

# DERECHO & DEBATES

ISSN: 3008-7511

Publicación Semestral del  
Departamento de Ciencias  
Jurídicas y Políticas de la  
Facultad de Ciencias  
Económicas, Jurídicas y  
Sociales de la UNSL.

AÑO 1. N° 1. OCTUBRE DE 2023



**FCEJS**

Facultad de  
Ciencias Económicas,  
Jurídicas y Sociales



Universidad  
Nacional de  
San Luis

# DERECHO Y DEBATES

Revista del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales  
Universidad Nacional de San Luis

## **CONSEJO EDITORIAL:**

### **DIRECTOR:**

Dr. Daniel G. Gorra

### **SECRETARÍA DE REDACCIÓN:**

Dra. Marta S. Julia

Mg. Mónica Busseti

Lic. Ana Laura López Piatti

### **EDITORA:**

Lic. Sol Antonella Maldonado Berlo

### **COORDINADORES:**

Ab. Aldana Romano

Ab. Martín Pérez Ranieri

## **CONSEJO ASESOR**

Dra. Gabriela Scataglini (Universidad de Buenos Aires)

Dra. Verónica Rodríguez Blanco (Universidad de Surrey, Inglaterra)

Dr. Federico Arena (CONICET)

Dr. Giovanni Battista Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Dr. Cristian Altavilla (CONICET)

Dr. Diego León Gómez (Universidad Santiago de Cali, Colombia)

Dr. Guillermo Lariguet (CONICET)

Dr. Sebastián Agüero San Juan (Universidad Austral de Chile)

Dra. Gloria Trocello (Universidad Nacional de San Luis)

Dr. Yussef Becher (Universidad Nacional de San Luis / CONICET)

Dra. Ma. Eugenia Perez Cubero (Universidad Nacional de San Luis / CONICET)

Dr. Juan Manuel Saharrea (CONICET)

Dra. Candela Villegas (U. Siglo XXI / CONICET)

Dr. Luciano Laise (CONICET)

Dr. Enrique Nieto Cáceres (Universidad Nacional Autónoma de México)

Dr. Gustavo Arocena (Universidad Nacional de Córdoba)

Dra. Márcia Miranda Soares (Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil)

Dr. Matías Parmigiani (CONICET/Universidad Nacional de Córdoba)

*Derecho y Debates* es una publicación del Departamento de Ciencias Jurídicas y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Luis. Publica trabajos vinculados a las ciencias jurídicas, ciencias políticas y filosofía. Además, apartados para reseñas bibliográficas y comentarios a fallos. Para ser publicados los trabajos son condiciones necesarias el rigor conceptual y la originalidad. Su sistema de arbitraje es ciego y con evaluadores externos. Se publica semestralmente cada año. Esta primera edición contó con el auspicio y financiamiento del Colegio de Abogados y Procuradores de ciudad de Villa Mercedes (San Luis), del Colegio de Abogados y Procuradores de la ciudad de San Luis (San Luis) y el Superior Tribunal de Justicia del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.



# INDICE

PRESENTACIÓN REVISTA DERECHO Y DEBATES .....	7
LA CREACIÓN DE DERECHOS EN EL FALLO HALABI. UNA EXPRESIÓN DE LA CORRIENTE NEOCONSTITUCIONALISTA EN LA ARGENTINA   María Agustina Puebla .....	9
Introducción .....	10
Una aproximación al concepto de neoconstitucionalismo .....	10
Breve recuento de los aspectos esenciales del fallo Halabi.....	11
El rol del juez en el fallo Halabi .....	13
Conclusión .....	14
Bibliografía .....	15
UNA CLÍNICA JURÍDICA PARA LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. PROPUESTA DE ESTRATEGIA DIDÁCTICA   María Amelia Marchisone.....	17
Presentación .....	18
2. Justificación de la incorporación de la enseñanza clínica en la formación de los abogados .....	18
3. Estrategia didáctica para el estudio clínico de los derechos de las personas con discapacidad.....	24
Bibliografía .....	28
LA TASA DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE VILLA MERCEDES   Fabricio Alberto Amaya.....	31
Consideraciones previas .....	32
La tasa de Seguridad e Higiene .....	33
La Tasa de Seguridad e Higiene en el Código Tributario de Villa Mercedes. ....	35
El hecho imponible.....	37
Sujetos pasivos – Contribuyentes .....	39
Base Imponible.....	41
Conclusiones .....	45
Bibliografía .....	47
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EN LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES   Pablo Martín Perot .....	49
1. Las reformas introducidas por las leyes 26.705 y 27.206 .....	50
2. Estrategia de la prescripción.....	50
3. Estrategia de la tutela judicial.....	52
Bibliografía .....	57
ESTUDIAR UNA CARRERA UNIVERSITARIA Y EL PROBLEMA DEL SENTIDO DE LA VIDA   Nicolás Zavadvivker .....	59
EL LUGAR DE LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA EN EL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL DERECHO. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD   Nicolás Salvi.....	63
1. Introducción .....	64

2. Interpretaciones históricas .....	64
3. El derecho privado y el estudio a través de institutos .....	65
4. Las propiedades y las normas de propiedad.....	65
5. Conclusión.....	67
Bibliografía .....	67
LA PARADOJA DEL DERECHO: ¿ENCLAVE PATRIARCAL O HERRAMIENTA DE CAMBIO SOCIAL?   Blas Sánchez Ovadilla .....	69
Palabras preliminares .....	69
I. Introducción .....	70
II. Contexto y desarrollo.....	71
III. Conclusiones y prospectivas.....	74
IV. Referencias bibliográficas .....	75
LÓGICA Y DERECHO. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA LÓGICA Y SU INVESTIGACIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO   Eugenio A. Camadro Jáuregui.....	77
I. Introducción .....	77
II. ¿Qué es la lógica? .....	78
III. Lógica y lenguaje .....	81
IV. ¿Lógica y Derecho?.....	81
A modo de conclusión.....	83
Bibliografía .....	84
SOBRE LA NECESIDAD LINGÜÍSTICA DE LA REMISIÓN A LA VOLUNTAD ORIGINAL DEL LEGISLADOR   Matías I. González .....	87
II. La viabilidad de las posturas contextualistas.....	89
III. Las virtudes del enfoque contextualista.....	91
IV. Los efectos del contextualismo en la interpretación jurídica .....	93
Referencias.....	94
Comentario a fallo: EL CASO 10.059 CIDH. PERSPECTIVA DE LA INFANCIA-PERSPECTIVA DE LA ADOLESCENCIA -PERSPECTIVA DE GÉNERO Comentario del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos   Ab. María Agustina Montiveros Garro.....	97
NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES.....	101
Forma y preparación de manuscritos .....	101
Declaración de privacidad .....	101

# PRESENTACIÓN REVISTA DERECHO Y DEBATES

**Dra. Ma. Eugenia Perez Cubero**

Directora del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Universidad Nacional de San Luis

Es un placer presentarles el primer número de la Revista Derecho y Debates, una iniciativa del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis. Esta publicación semestral se enfoca en temas de interés y actualidad en los campos del derecho, la ciencia política y disciplinas afines, con el objetivo de generar un espacio de reflexión y difusión de conocimientos inéditos en el ámbito académico y profesional.

La revista cuenta con destacados/as docentes, investigadores/as, profesionales y estudiantes, quienes contribuyen con un enfoque riguroso y crítico para fomentar el desarrollo de ideas innovadoras que puedan aplicarse en la práctica. Nos enfocamos en la publicación de artículos de calidad en el ámbito jurídico y político, en un espacio plural y abierto en el que se fomente la discusión y el intercambio de ideas sobre temas relevantes para la sociedad actual.

Este primer número de la revista Derecho y Debates es el resultado del arduo trabajo y el compromiso de muchas personas e instituciones. Queremos expresar nuestro profundo agradecimiento al Consejo Editorial encabezado por el Dr. Daniel Gustavo Gorra, quienes guiaron la creación de un primer ejemplar de excelencia, y a los integrantes del Consejo Asesor, quienes nos brindaron su valiosa opinión y apoyo. Agradecemos especialmente a lo/as autores, cuyas producciones originales enriquecen el contenido de esta primera edición, y a lo/as docentes de nuestra institución, cuya colaboración fue fundamental para el lanzamiento de la revista. Del mismo modo agradecemos a las autoridades de la Facultad que han acompañado este anhelado y ansiado proyecto, así como a las instituciones que se han sumado con el auspicio y financiamiento de este ejemplar, incluyendo el Colegio de Abogados y Procuradores de la Ciudad de San Luis, el Colegio de Abogados y Procuradores de la Ciudad de Villa Mercedes y el Superior Tribunal de Justicia del Poder Judicial de la provincia de San Luis. Su participación y compromiso son una muestra del valor que le dan a la investigación y difusión del conocimiento en el campo del derecho y la ciencia política.

Esta primera edición de la Revista Derecho y Debates reúne artículos de investigadores y experto/as en diversas áreas del derecho. Los temas abordados cubren una amplia variedad de campos, desde el derecho penal hasta la filosofía del derecho. Además, la revista incluye artículos que se enfocan en cuestiones específicas de género, discapacidad y gasto público, lo que ofrece una perspectiva única sobre cómo estas cuestiones afectan la práctica del derecho.

Creemos que esta revista será una valiosa contribución al avance del conocimiento en las áreas del derecho y la ciencia política, así como a la comprensión de los desafíos actuales del mundo jurídico y político a los que se enfrenta nuestra sociedad.

Estamos convencidos de que este primer número de la Revista Derecho y Debates abrirá camino a futuras ediciones que enriquecerán la calidad académica e institucional de la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis. Los invitamos a unirse en este emocionante viaje, enviar sus contribuciones y compartir sus investigaciones y análisis en futuras ediciones.





# LA CREACIÓN DE DERECHOS EN EL FALLO HALABI. UNA EXPRESIÓN DE LA CORRIENTE NEOCONSTITUCIONALISTA EN LA ARGENTINA<sup>1</sup>

**María Agustina Puebla<sup>2</sup>**

Universidad Nacional de San Luis

mariaagustinapuebla.5a@gmail.com

**Resumen:** El neoconstitucionalismo es un fenómeno jurídico que se encuentra en constante evolución desde su nacimiento en la década de 1990 aproximadamente. A su vez, este término no es inequívoco. Así el Diccionario Panhispánico del español jurídico, define al neoconstitucionalismo como la “teoría jurídica que transforma el Estado de derecho en Estado constitucional de derecho”. A los efectos del siguiente artículo, se escogió la definición de Alfonso (2008) según el cual el neoconstitucionalismo “(...) puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico (...)”. (Alfonso, 2008, p. 10). Incluso, Comanducci lo presenta desde tres dimensiones: una teórica, una ideológica y una metodológica, que también se encuentran presentes en nuestro ordenamiento jurídico. En el artículo, se analizó el fallo Halabi, en el que se prioriza la protección, ampliación y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ejerce una tarea creadora de normas, al reconocer la figura de las acciones de clase, determina cuál es el contenido de los derechos individuales y de incidencia colectiva reconocidos en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Se vislumbra el defecto de la textura abierta del derecho que menciona Hart en su libro “El concepto del Derecho”; y los peligros que el autor menciona en su obra. Por último, y no por ello menos importante, se generaron ciertas preguntas reflexivas en torno al fenómeno del neoconstitucionalismo en Argentina.

**Palabras claves:** neoconstitucionalismo – derechos individuales – textura abierta

**Abstract:** Neo-constitutionalism is a legal phenomenon that has been in constant evolution since its birth in the 1990s. At the same time, this term is not unequivocal. Thus, the Pan-Hispanic Dictionary of Legal Spanish defines neoconstitutionalism as the "legal theory that transforms the rule of law into a constitutional rule of law". For the purposes of the following article, the definition of Alfonso (2008) was chosen, according to which neoconstitutionalism "(...) can be seen as the legal theory that describes, explains, understands the consequences and encourages the process of transformation of the legal system (...)". (Alfonso, 2008, p. 10). Comanducci even presents it from three dimensions: a

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PROICO 15-20 “Derecho y Lenguaje: Análisis y delimitación de criterios judiciales”. Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de San Luis.

<sup>2</sup> Abogada y Procuradora, egresada en diciembre de 2021 de la Universidad Nacional de San Luis. Pasante docente en la asignatura Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la carrera de Abogacía. Pasante en investigación en el Proyecto de Investigación PROICO 15-20 “Derecho y Lenguaje: Análisis y delimitación de criterios judiciales”.

theoretical, an ideological and a methodological one, which are also present in our legal system. In the article, the Halabi ruling was analyzed, which prioritizes the protection, expansion and defense of the fundamental rights of citizens. In this judgment, the Supreme Court of Justice of the Nation also exercises a norm-creating task, by recognizing the figure of class actions, it determines what is the content of the individual and collective rights recognized in Article 43 of the National Constitution. The defect of the open texture of the law mentioned by Hart in his book "The Concept of Law" is glimpsed; and the dangers mentioned by the author in his work. Last but not least, certain reflective questions were raised regarding the phenomenon of neoconstitutionalism in Argentina.

**Keywords: neoconstitutionalism – individual right – open texture**

## **Introducción**

El presente artículo tiene como finalidad analizar las expresiones del neoconstitucionalismo como fenómeno jurídico en nuestro país. Para este fin, se analiza el emblemático fallo Halabi, dictado por la Corte Suprema de Justicia en el año 2009.

No se debe olvidar que el neoconstitucionalismo como fenómeno se encuentra en constante evolución, por lo que no es posible brindar una definición inequívoca. Celis Vela (2010) sostiene que esta corriente jurídica ha modificado la concepción que se tiene no sólo del Estado, sino también de la jurisprudencia, el ejercicio del derecho, la teoría y la dogmática. Sin embargo, la mayoría de los autores que se encuadran en esta corriente jurídica y filosófica coinciden en el importante rol que se le otorga al juez como salvaguarda de la constitución y, en consecuencia, de todo el ordenamiento jurídico. Incluso, tiene la facultad de resolver un caso "creando" nuevos derechos o recurriendo al derecho comparado cuando no hay legislación sobre la temática.

En el fallo Halabi, la Corte Suprema de Justicia (luego de numerosas apelaciones realizadas por el Estado Nacional) falla decretando la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley de Telecomunicaciones, así como también del decreto reglamentario de dicha ley. Además, incorpora novedosas figuras a nuestro ordenamiento jurídico en materia de derechos de incidencia colectiva. Finalmente, le encomienda al Poder Legislativo Nacional la tarea de sancionar una ley que regule las acciones de clase y los efectos que generan las mismas.

## **Una aproximación al concepto de neoconstitucionalismo**

De acuerdo con el *Diccionario Panhispánico* del español jurídico, el neoconstitucionalismo es la "teoría jurídica que transforma el Estado de derecho en Estado constitucional de derecho". Sin embargo, no existe una definición clara de este concepto. En este sentido, Moreso (2019) afirma que existen grandes dificultades para caracterizar este fenómeno.

Doctrinariamente, el neoconstitucionalismo "(...) puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico (...)" (Alfonso, 2008, p. 10). Moreso (2019) sostiene que el término neoconstitucionalismo también evoca una determinada cultura jurídica. Así, se reflejan cambios institucionales (en Europa, el fin de la Segunda Guerra Mundial, la caída de los regímenes dictatoriales, el crecimiento de la democracia constitucional; y en Latinoamérica, la vuelta a la democracia) que nacen de la sanción de Constituciones escritas y rígidas que contienen declaraciones de derechos y que reconocen un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. En Europa, estos cambios se representan con el fin de la Segunda Guerra Mundial, la caída de los regímenes dictatoriales y regímenes comunistas, y el crecimiento de las democracias constitucionales. En América Latina, en la década de los

ochenta se observa la vuelta a la democracia en varios países, lo que acarrea una mayor notoriedad a la conformidad de la ley con la constitución.

Comanducci (s/f) presenta al neoconstitucionalismo considerado desde tres dimensiones. Una teórica, una ideológica y una metodológica.

Así desde una **perspectiva teórica** se describen los logros derivados del proceso de la constitucionalización; en donde hay un catálogo de derechos fundamentales, que es acompañado por la incorporación de principios en la constitución, junto con ciertas reglas de interpretación y aplicación de la ley. Dentro de esta corriente, “el neoconstitucionalismo tiene un carácter parcial respecto al constitucionalismo visto como totalidad: le interesa especialmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la protección a los derechos humanos. En cambio, no presta mayor atención a la organización estatal, a la denominada “parte orgánica” (Alfonso, 2008, págs. 8 y 9). Por último, y no por eso menos importante, es necesario destacar el rol de los jueces (y del poder judicial). De acuerdo con Alfonso (2008), se promueve una nueva relación del poder judicial con los órganos gubernamentales y con la sociedad civil para conseguir la efectiva vigencia de los derechos humanos.

En segundo lugar, se encuentra el **neoconstitucionalismo ideológico**. De acuerdo con Comanducci (s/f) esta corriente prioriza la protección de los derechos fundamentales, así como también su defensa y ampliación. “El neoconstitucionalismo ideológico pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto de la ley, y también de la aplicación de la constitución respecto a la aplicación de la ley. Tales especificidades derivan de la diversidad del objeto constitución respecto a la ley, y manifiestan sobre todo en relación a las respectivas técnicas interpretativas” (Comanducci, s/f, p. 4).

Por último, está el **neoconstitucionalismo metodológico**. Según Comanducci, los partidarios de esta corriente afirman la existencia de un vínculo entre derecho y moral. Este vínculo puede ser necesario, identificativo y, en algunos casos, también justificativo. Sin embargo, desde el punto de vista del autor, no hay una conexión justificativa entre el derecho y la moral; a pesar de que “la tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral” (Comanducci, s/f, p. 9).

### **Breve recuento de los aspectos esenciales del fallo Halabi**

Ernesto Halabi presentó una acción de amparo solicitando la inconstitucionalidad de la Ley de Telecomunicaciones y de su respectivo decreto reglamentario, ya que consideró que estas disposiciones normativas eran violatorias del derecho a la privacidad y a la intimidad, de acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

En primera instancia, se hizo lugar a la demanda y se declara la inconstitucionalidad de la Ley de Telecomunicaciones y de su respectivo decreto reglamentario. Uno de los argumentos esgrimidos por parte de la magistrada fue que “no existió un debate legislativo suficiente previo al dictado de la ley, la cual carece de motivación y fundamentación apropiada” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009). Además, “las normas exhiben gran vaguedad pues de sus previsiones no queda claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se pronunció en el mismo sentido que el tribunal de primera instancia, ampliando los argumentos. “La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se pronunció en el mismo sentido que el tribunal de primera instancia, ampliando los argumentos. Así, la

sentencia también debe beneficiar a todos los usuarios de los bienes y servicios que se encuentran en la misma situación que el actor, pero que no iniciaron las acciones legales correspondientes. (Halabi, Ernesto c/ P.E.N – ley 25.873 – dto 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009)”

El Estado Nacional decide apelar la sentencia del tribunal de alzada mencionado *ut supra*. Es necesario recalcar que el Estado Nacional decidió atacar el efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad. La apelación fue aceptada, ya que “(...) el agravio del recurrente pone en cuestión la inteligencia que cabe atribuir a la cláusula del art. 43 de la Constitución Nacional y la decisión es contraria a la validez del derecho que se fundó en ella y es materia de litigio (...)” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncia, y falla decretando la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley de Telecomunicaciones, como así también del decreto reglamentario de dicha ley. Crea la figura de las acciones de clase en nuestro derecho, que puede ser definida doctrinariamente como “la acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada)” (Vergara, 2011, p.1). En el mismo fallo, reconoce a los derechos individuales y divide a los derechos de incidencia colectiva en dos grandes categorías: aquellos que tienen por objeto bienes colectivos (reconocidos típicamente en el artículo 43 de la Constitución Nacional); y aquellos referentes a intereses individuales homogéneos. Por último, le encomienda al Poder Legislativo Nacional la tarea de sancionar una ley que regule las acciones de clase y los efectos que generan las mismas. Sin embargo, al día de la fecha aún no hay una ley que trate esta temática.

*a. La textura abierta en la legislación. La consecuente creación de derechos por parte de la Corte Suprema.*

De acuerdo con Hart (1961) la textura abierta es una característica propia de la condición humana: todos los seres humanos (incluso los legisladores) tienen una cierta ignorancia de los hechos; además hay una relativa indeterminación de propósitos al momento de crear una norma. En consecuencia, cuando se intenta crear una regla general de conducta, el legislador establece cuáles son las condiciones que se deben cumplir para encuadrar en esta regla, y hay ejemplos claros de lo que ocurre en su ámbito, lo que constituyen los denominados “casos paradigmáticos”.

En el capítulo VII de su obra *El Concepto del Derecho*, Hart afirma que “la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso (...). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas (...)” (Hart, 1961, p.174-175).

Según Hart (1961) el lenguaje que se utiliza en la legislación posee un ámbito discrecional bastante amplio y en consecuencia la elección llevada a cabo por el intérprete no es arbitraria, o irracional.

En el fallo analizado, se puede observar cómo la Corte Suprema termina desarrollando una tarea creadora de normas jurídicas. Así, crea (y consecuentemente, delimita) tres categorías de derechos: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. A su vez, determina la legitimación activa para cada categoría. Esta creación legislativa tiene por finalidad crear un marco para que se puedan ejercer las acciones de clase

en nuestro país, no reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico hasta ese momento. En este sentido, la Corte Suprema sostiene que “ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. (...) Basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente (...)” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009).

De manera sucinta, la CSJN define a los derechos individuales como aquellos que protegen derechos divisibles, no homogéneos, y cuya vulneración causa un daño particularmente propio. Se encuentran alcanzados por la clásica acción de amparo reconocida en la Constitución Nacional.

Más adelante, define a los derechos de incidencia colectiva (reconocidos en el artículo 43 de la Constitución) como aquellos que tienen por objeto bienes colectivos. Es decir, los mismos pertenecen a toda la comunidad, son indivisibles y no se admite ningún tipo de exclusión.

La novedad se encuentra en el apartado 12, cuando reconoce a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. La CSJN sostiene que se encuentran reconocidos en la segunda parte del artículo 43 de la Constitución, y comprende “todos aquellos derechos personales o patrimoniales que se derivan de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009).

En realidad, el intérprete (en este caso, los jueces) toma la decisión de añadir un nuevo caso a un conjunto de casos ya previstos, por semejanzas relevantes y estrechas. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en el caso Halabi, reconociendo su rol de intérprete de la Constitución Nacional, al afirmar que “es pertinente recordar que, según lo ha sostenido invariablemente en sus pronunciamientos esta Corte, en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (...)” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009).

En la Argentina no existe una ley que regule las acciones de clase. Esto se trata de una omisión del Poder Legislativo, cuyos legisladores no han podido (o no han querido) trasladar y perfeccionar todos estos conceptos mencionados *ut supra* a una ley. Según Hart (1961), uno de los peligros de la textura abierta es el poder de creación jurídica que se le otorga a los tribunales, mucho más amplio (en algunas circunstancias) que aquel que se les otorga a los legisladores. El autor advierte que este tipo de decisiones tomadas por los jueces (ya sea en casos en los que la norma es clara, o en aquellos en donde se da lugar a dudas y discusiones) permanecerán en el tiempo si no hay una actividad legislativa al respecto; ya que los magistrados son la última autoridad en materia de interpretación de la ley.

### **El rol del juez en el fallo Halabi**

En su obra *El Derecho dúctil*, Zagrebelsky le otorga un rol fundamental al juez, bastante similar al protagonismo que el neoconstitucionalismo le otorga a esta figura de la vida democrática. Así, el magistrado tiene un amplio poder al momento de tomar decisiones. Ambas teorías conciben al caso judicial como un “problema” que debe tener una solución. A través de la comprensión del caso, de la adecuación e interpretación de las diversas reglas y principios, el juez toma una decisión que pone fin a la problemática mencionada anteriormente.

En el caso analizado, se ve como los ministros de la Corte actúan como “salvaguardas de la Constitución”, ya que no sólo se limitan a declarar la inconstitucionalidad de los artículos nombrados en la pretensión de la parte actora. Es decir, no sólo protegen el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia de Ernesto Halabi, sino que van un poco más allá y hacen extensivos los efectos de la inconstitucionalidad a todas aquellas personas que se encuentren en una situación similar a la del actor. Por este motivo, recurren a la legislación extranjera (particularmente la española y estadounidense) para brindar un concepto de acciones de clase. Incluso, reinterpretan el artículo 43 de la Constitución Nacional para reconocer las particularidades con las que cuentan los derechos de incidencia colectiva.

Si se tiene en cuenta el contexto sociohistórico en el cual fue dictado el fallo, vemos que los jueces suplen a los demás poderes estatales (el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, respectivamente) para poder garantizar los derechos reconocidos constitucionalmente, y también para hacer efectivas las promesas constitucionales (Alfonso, 2008).

Por último, algunos detractores de este poder de interpretación que el neoconstitucionalismo le otorga a los jueces podrían argumentar que la interpretación judicial puede ser más relevante que la propia voluntad del legislador, a tal punto que en algunos casos llega a invalidarla. Sin embargo, en el fallo Halabi la voluntad del legislador no ha sido invalidada, ya que es imposible conocerla en materia de acciones de clase. Por otro lado, y como fue mencionado *ut supra*, la ley de telecomunicaciones no tuvo un adecuado debate legislativo que permita conocer qué situaciones buscaba regular el legislador al momento de dictar la ley.

## **Conclusión**

Nuestra legislación ha recibido influencias del neoconstitucionalismo teórico de acuerdo con Comanducci, ya que con la reforma de 1994 se incorporan nuevas declaraciones, derechos y garantías (como los derechos ambientales, los derechos de usuarios y consumidores, y recursos sumarísimos como el amparo). Merece especial importancia especialmente con el artículo 75 inc. 22, que les otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, y en consecuencia, el resto de la legislación debe adaptarse a lo establecido por la Carta Magna. Es decir, con el reconocimiento de estas prerrogativas, hay un reconocimiento normativo de los derechos fundamentales.

Sin embargo, también se pueden ver influencias del neoconstitucionalismo ideológico que propone Comanducci, ya que en el fallo Halabi se prioriza la protección, ampliación y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia reconocen que no se están vulnerando los derechos constitucionales de un solo individuo, sino de un grupo de personas que se encuentran en una situación similar. Por este motivo, valida la decisión de un tribunal inferior que había dispuesto la expansión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a todas las personas que se encuentren en una situación similar a la de Ernesto Halabi. En consecuencia, se recurre a la figura de las acciones de clase, que aún no se encuentran reconocidas en nuestro derecho (aunque el fallo se haya dictado hace más de diez años).

Al determinar qué se entiende por acciones de clase, se vislumbra la tarea productora de normas del tribunal, actividad descrita por Hart en su libro *El Concepto del Derecho*, en 1961. A su vez, la Corte determina el contenido de los derechos individuales y de los derechos de incidencia colectiva; tarea fundamental para poder identificar en qué casos corresponde interponer una acción de clase y en qué casos no. En cierta manera, le está dando un marco al Poder Legislativo para que legisle sobre esta materia. También ayudaría a eliminar el problema de la textura abierta, de la que adolece la mayoría de las leyes de nuestro país.

Finalmente, luego de la lectura y el análisis de este fallo, se puede pensar en los siguientes interrogantes: si el Poder Legislativo no trata, no delibera, no sanciona una ley que puede generar un cambio en la vida de los ciudadanos para hacer valer sus derechos, ¿la creación judicial de un marco legal para actuar es válida? Si no es competencia de los jueces determinar y dar contenido a los derechos, sólo juzgar, ¿es activismo judicial injustificado?

## Bibliografía

**Alfonso, S.** (2008). “Sistema Jurídico, Teoría del Derecho y Rol de los Jueces: Las Novedades del Neoconstitucionalismo”. DIKAION ( ISSN 0120-8942, Año 22, Núm. 17, pp. 131-155). Chía, Colombia.

Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/720/72011607007.pdf>

**Comanducci, P** (s/f). *Constitucionalización y Neoconstitucionalismo*. Recuperado de [https://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada11/3\\_COMANDUCCI.pdf](https://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada11/3_COMANDUCCI.pdf)

**Cotrina Maccha, M. J.** (2018). “El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo como teoría jurídica y el nuevo papel de los jueces”. *Ius Vocatio*, 1(1), pp. 47-53. Disponible en <https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v1i1.431>

**Diccionario Panhispánico del español jurídico.** En: <https://dpej.rae.es/lema/neoconstitucionalismo>

**Hart, H.L.A.** (1961). *El Concepto de Derecho* (traducción de G.R. Carrió). Editorial Abeledo Perrot. (Obra publicada originalmente en 1963) Recuperado en [https://www.academia.edu/6574051/28490884\\_El\\_Concepto\\_de\\_Derecho\\_Herbert\\_Hart](https://www.academia.edu/6574051/28490884_El_Concepto_de_Derecho_Herbert_Hart)

**Moreso, J.J.** (2019) “Diez tesis sobre el neconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)”.

**Rico Chavarro, D.** (2015) “Los jueces en la democracia del Estado constitucional”. *Derecho y Realidad*. Recuperado de [https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho\\_realidad/article/download/7838/6202/20868](https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/7838/6202/20868)





# UNA CLÍNICA JURÍDICA PARA LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. PROPUESTA DE ESTRATEGIA DIDÁCTICA

**María Amelia Marchisone<sup>3</sup>**

Universidad Nacional de San Luis  
mamarchisone@hotmail.com

**Resumen:** En 2018 se implementó en la Universidad Nacional de San Luis el Proyecto PNUD ARG/16/022 “Acceso a la Justicia en la Web. Un portal accesible para personas con discapacidad”. Este proyecto propuso entre sus objetivos el desarrollo de material didáctico que estuviera a disposición de los docentes y alumnos de la carrera de abogacía de esa universidad y que contribuyera a la enseñanza y el aprendizaje de la práctica profesional jurídica. En el marco de este proyecto se resolvió la elaboración de una estrategia didáctica diseñada para la enseñanza de la práctica profesional en el campo de los derechos humanos de las personas con discapacidad. En este trabajo se presentan los fundamentos desde los que se seleccionaron y organizaron los recursos, método y actividades que componían esa estrategia didáctica, así como a los principios de la concepción teórica, epistemológica y axiológica que inspiró y puso en acción esta propuesta.

**Palabras claves:** discapacidad – aprendizaje – derechos humanos

**Abstract:** In 2018, Universidad Nacional de San Luis run the UNDP Project ARG/16/022 “Access to justice on the web. An accessible website for people with disabilities. This project proposed among its goals the elaboration of didactic material that would be available to teachers and students of the law career of that university and that would contribute to the teaching and learning of legal professional practice. Within this framework, it was decided to develop a didactic strategy designed for the teaching of professional practice in the field of human rights of people with disabilities. This work presents the guidelines from which the resources, method and activities that made up this didactic strategy were selected and organized, as well as the principles of the theoretical, epistemological and axiological conception that inspired and put into action this proposal.

**Keywords:** disability – learning – Human Rights

*“El dilema del profesional de hoy en día está en el hecho de que los dos extremos del vacío que pretende llenar con su profesión están cambiando rápidamente: el cuerpo de*

---

<sup>3</sup> Abogada, Especialista en Educación Superior. Profesora de la carrera de Abogacía e investigadora en temas relacionados con la educación legal clínica en la Universidad Nacional de San Luis y otras universidades. Coordinadora académica y profesora de la Especialización en Derechos Humanos y Acceso a la Justicia (UNSL).

*conocimientos que debe utilizar y las expectativas de la sociedad a la que debe servir”*

Harvey Brooks<sup>4</sup>

## **Presentación**

El Proyecto PNUD ARG/16/022 “Acceso a la Justicia en la Web. Un portal accesible para personas con discapacidad” propuso como objetivo el desarrollo de material didáctico que estuviera a disposición de docentes y alumnos de la carrera de Abogacía para la enseñanza y el aprendizaje de la práctica profesional jurídica y la elaboración de un programa de las actividades curriculares. En el marco de este proyecto se resolvió la elaboración de una estrategia didáctica diseñada para la enseñanza de la práctica profesional en el campo de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

En este trabajo se presentan los fundamentos desde los que se seleccionaron y organizaron los recursos, método y actividades que componían esa estrategia didáctica, así como a los principios de la concepción teórica, epistemológica y axiológica que inspiró y puso en acción esta propuesta.

## **2. Justificación de la incorporación de la enseñanza clínica en la formación de los abogados**

*El modelo tradicional. Críticas a un modo de enseñar y de aprender derecho*<sup>5</sup>

Las críticas al modelo tradicional de enseñanza del derecho no son pocas, ni tampoco novedosas. Del análisis de los discursos que circulan en diferentes ámbitos universitarios, políticos y de la comunidad, pareciera que existe un amplio consenso en cuanto a que el modo de enseñar la profesión de abogado requiere de cambios significativos. Sin embargo, a pesar de esos aparentes acuerdos, las prácticas que efectivamente se llevan adelante en la mayoría de las carreras de abogacía responden mayoritariamente a ese modelo y distan mucho de apartarse definitivamente de las aulas. Esta afirmación requiere de una breve caracterización que permita previamente entender a qué se hace referencia cuando se habla del modelo tradicional de enseñanza del derecho.

Básicamente, se trata de un modo de docencia que concibe a los procesos de enseñanza y aprendizaje desde una perspectiva muy semejante a la descrita por Paulo Freire como *concepción bancaria de la educación*. En esta concepción, todo el proceso se centra en la figura del profesor como único dueño de los conocimientos, quien los transmite mediante clases magistrales en las que los contenidos son “depositados” en los pasivos estudiantes. Así, el docente es el que habla, prescribe contenidos y evalúa, es decir, es el único que sabe; mientras que el alumno, en cuanto no sabe, se limita a escuchar, obedecer y recibir la información preseleccionada por el experto en forma de “depósito”. “En la visión bancaria de la

---

<sup>4</sup> Citado en Donald Schön (1992).

<sup>5</sup> El presente apartado ha tomado en cuenta el trabajo “Propuestas para la buena enseñanza del derecho”, presentado por la autora como trabajo final de la Especialización en Educación Superior de la Universidad Nacional de San Luis (2009).

educación, el ‘saber’, el conocimiento es una donación de aquellos que se juzgan sabios a los que juzgan ignorantes” (Freire, 2006).

Este modelo inspiraría un modo de enseñar que se distingue por una serie de rasgos distintivos que se encontrarían en la mayoría de las aulas donde se dictan clases de derecho. Algunos autores (Fauré, 1983) reconocen entre esos rasgos algunos más salientes, tales como: a) *verticalismo*, evidenciado en un particular modo de relacionarse jerárquicamente dentro del aula entre el superior (profesor) y sus subordinados (alumnos); b) *autoritarismo*, puesto que sólo uno de los actores, el docente, tiene voz y mando; c) *verbalismo*, dado que la clase se desarrolla preferentemente a través de exposiciones verbales reducidas a la descripción de un cuerpo acotado de conocimientos teóricos y que ignoran toda referencia a la realidad social y sus demandas; d) *intelectualismo*, pues se privilegia en los alumnos la acumulación memorista de normas e información, sin considerar otras dimensiones del derecho tales como la social y la axiológica. Como se puede advertir, el denominador común de esta modalidad radica en que el docente asume el protagonismo de todo el proceso y excluye al estudiante de toda participación en la construcción de su formación. En esta perspectiva, la docencia jurídica queda reducida a la tarea de transmitir contenidos (que, como se verá, son también incuestionables) escogidos arbitrariamente por el profesor dentro del marco general de un plan de estudios.

Al momento de describir las prácticas en las aulas de los primeros años de derecho en la Universidad de Harvard, Duncan Kennedy (2004) refiere a una particular relación docente-alumno que bien podría aplicarse a estos ámbitos:

“Reina en el aula una jerarquía extrema: el profesor recibe un trato deferente y despierta temores que se parecen más a la escuela secundaria que al *college*. Desaparece ese sentimiento de autonomía de las clases del *college*. (...) En su lugar hay una exigencia de pseudo-participación en donde uno lucha desesperadamente, delante de una gran audiencia, para tratar de leer la mente de un profesor decidido a confundirlo. (...) Es humillante sentirse temeroso e inseguro de uno mismo, especialmente cuando lo que crea esa inseguridad es la manera en que está estructurada el aula, que parece al mismo tiempo una familia patriarcal y un enigma kafkiano. Al comienzo del primer año, el aula de la facultad de derecho es culturalmente reaccionaria”.

En conclusión, bajo esta modalidad de enseñanza, el profesor poco contribuye para que el estudiante de derecho pueda pensar críticamente y no sea transformado en un ser repetitivo, “leguleyo” y dependiente, que cuando le toca pensar por sí mismo o problematizar el conocimiento jurídico sufra y exteriorice una profunda angustia y desazón (González, 2008).

Además, es muy probable que estas consecuencias no se agoten en el aula, sino que se prolonguen en el desempeño profesional del graduado a través de la consolidación de una determinada matriz de aprendizaje. En efecto, las personas al aprender no solo se apropian de un determinado contenido o habilidad, sino que, ante cada contacto con el objeto de conocimiento, se va afianzando un modelo o matriz de aprendizaje (que incluye aspectos conceptuales, emocionales y afectivos) por medio del cual seleccionan, perciben, articulan e interpretan los hechos de la realidad de una determinada forma (Quiroga, 1980). La clase expositiva verbal –sin producción académica del profesor y sin la participación democrática de los estudiantes–

utilizada como única estrategia didáctica, permite conocer fácilmente “lo que se tomará” (es decir, los contenidos que serán evaluados) y contribuye a forjar una determinada actitud de los estudiantes frente al aprendizaje que será reforzada por la aprobación de distintas instancias evaluativas durante la carrera. En otras palabras, el estudiante reduce el proceso de aprendizaje a la tarea de memorizar e incentivar la memoria para poder repetir lo más exactamente posible el apunte tomado de la clase del profesor, el artículo de la norma o el caso jurisprudencial leído en clase. Este particular modo de aprender de los estudiantes de derecho, impuesto por el ejercicio de la docencia concebida en los términos tradicionales, tiene consecuencias directas en el modo en que esos alumnos se relacionarán con la realidad en el futuro.

#### *El modelo tradicional y una manera de concebir al derecho*

El modelo hegemónico y tradicional de docencia jurídica se corresponde con otro modelo teórico dominante: el positivismo jurídico como expresión del formalismo jurídico. Desde esta perspectiva, el derecho-objeto de conocimiento es concebido como un todo ordenado, único, conformado por normas racionales, generales y abstractas, fundado en el monopolio coercitivo del Estado y con una metodología de estudio e interpretación propia –la dogmática jurídica–. Claramente, esta concepción del derecho “favorece la constitución de un ámbito de la realidad, el jurídico, como un campo de acción y de conocimiento autónomo, autosuficiente, autorreferenciado y autorreflexivo” (Lista, 2000).

Esta formación dogmática inhibe en los futuros “operadores jurídicos” la facultad (y la sensibilidad) de visualizar las injusticias y cuestionar el orden normativo. En efecto, esta visión del derecho contribuye a reducir la formación del abogado a la de un agente portador de un conocimiento especializado (el conocimiento de la legislación vigente en una sociedad) a quien hay que entrenar para solucionar un caso mediante la selección y aplicación de la norma más adecuada, como si fuera un operador técnico. En consecuencia, no sería extraño que ese estudiante, una vez egresado, se sentara en su despacho (ya sea del estudio jurídico o del tribunal) a esperar que el “juzicable” le traiga el conflicto al cual aplicar la norma que tan bien conoce, tal como lo hacía el profesor con la hoja de trabajos prácticos...

En este orden de ideas, autores como Carr y Kemmis (1988) destacan la función de socialización de las instituciones educativas en las que las estructuras de la sociedad, incluyendo obviamente al derecho, son naturalizadas y contempladas como algo dado, que no pueden ser problematizadas. De esta manera, si el derecho no es presentado como un constructo social, resultado de decisiones e intereses cruzados, los estudiantes son formados bajo la convicción de que el ejercicio del derecho se reduce a conocer y aplicar las normas y carecerán de herramientas que los habiliten a identificar los problemas jurídicos de una comunidad, cuestionar su orden normativo y responder a esas demandas.

Esta apariencia de neutralidad de la educación, tal como advierte Paulo Freire, es inaceptable. Por el contrario, todo espacio pedagógico que presume de neutro –en nuestro caso ocultando la dimensión conflictiva del derecho– termina adiestrando a sus alumnos para prácticas *apolíticas* (Freire, 1997). En consecuencia, así como fue negado el carácter político de la educación, los nuevos profesionales negarán también el ejercicio profesional como ejercicio político (Kennedy, 2007).

Desvinculado el derecho del contexto social en el que se produce, es fácil colegir que los estudiantes aborden su estudio sin cuestionarse si el mismo responde a las demandas genuinas de toda la sociedad o simplemente a los intereses del grupo social dominante. Es decir, si se enseña un derecho “neutral”, expuesto por un docente comunicador y un estudiante receptor, sin considerar ni valorar la realidad social circundante, no se puede pretender en esos alumnos formación ni comprensión ni derecho a discrepar o cuestionar contenidos o discursos; sólo cabe esperar reproducción del orden expuesto y aprehendido.

La queja percibida y nombrada, en cambio, supone un trabajo de construcción de la realidad social que incumbe, en gran parte, a los profesionales.

“El descubrimiento de la injusticia como tal reposa en el sentimiento de tener derechos, y el poder específico de los profesionales consiste en la capacidad de revelar los derechos y al mismo tiempo las injusticias o al contrario de censurar el sentimiento de injusticia fundado sobre el solo sentido de la equidad y, por ese medio, disuadir la defensa judicial de los derechos subjetivos” (Bourdieu, 2000).

Este es el importante rol profesional que es omitido en una formación dogmática donde pareciera que el saber jurídico se agota en el conocimiento de la norma.

#### *La enseñanza clínica del derecho como propuesta superadora*

Ante las críticas que califican a la enseñanza jurídica tradicional como memorista, enciclopedista y presuntamente apolítica, el modelo de enseñanza clínica propone cambios significativos a esa concepción y aspira a la superación del arquetipo tradicional.

Según Courtis (2007), el modelo tradicional olvidó que su principal objetivo es la formación de abogados. El haber perdido ese norte no es una cuestión menor. La práctica de la abogacía consiste básicamente en la resolución de conflictos y ello supone trabajar con narraciones de hechos –a los que hay que calificar jurídicamente–, imaginar posibles estrategias y luego decidir líneas de acción. En otras palabras, el tipo de destreza que caracteriza el ejercicio de la profesión es principalmente prospectiva: se trata de decidir a partir de ciertos datos –los hechos conocidos, las pruebas con las que se cuenta, el material jurídico a disposición– cuál es el mejor curso de acción para lograr determinados objetivos plausibles. Por ello, el mero entrenamiento en la recepción pasiva de información “predigerida” no se presenta como la capacitación más idónea para enfrentar el ejercicio profesional.

“La práctica de la abogacía no es una actividad meramente bibliográfica o de especulación teórica, sino que se informa de problemas reales, de personas de carne y hueso, y requiere la interacción con actores e instituciones. Esta dimensión práctica está completamente ausente de la educación jurídica tradicional, que se limita al estudio teórico de códigos, leyes y manuales” (Courtis, 2007).

Como institución formadora de profesionales del derecho, la Universidad no puede eludir su responsabilidad en una adecuada capacitación de los profesionales que gradúa. Esto no se reduce a asegurar el dominio de ciertos contenidos teóricos (más o menos actualizados y pertinentes) sino que comprende también la capacitación en destrezas y habilidades propias de la profesión y la concientización sobre valores estrechamente vinculados a la vigencia del estado democrático de derecho. Todo en un marco de práctica reflexiva, que les permita a los estudiantes

dar cuenta del conocimiento práctico adquirido y hacer inteligibles los procesos en los cuales se construye este conocimiento.

En este marco, ¿cómo contribuye la enseñanza clínica a una “nueva” formación de profesionales?

En primer lugar, una propuesta de enseñanza clínica se organiza a partir de situar al estudiante de derecho frente a un problema jurídico –real o simulado– que debe resolver. La nota distintiva de los problemas que se ofrecen a estudio es que cuentan con las mismas características y complejidades de los que deben resolver los abogados en su labor profesional cotidiana. De esa manera, el alumno es interpelado para construir y trabajar con un particular modo de conocimiento: el conocimiento práctico profesional. Esto supone de su parte reconocer, desarrollar y aplicar ciertas destrezas que exceden la preparación técnica para aplicar contenidos al caso o limitarse a ajustar su actuación al modelo acrítico que les proveen tutores o docentes.

El método clínico es un método de enseñanza y de aprendizaje cuyo objetivo es integrar el aprendizaje doctrinal y teórico, las destrezas de análisis, comunicación y persuasión al manejo de situaciones conflictivas que pueden ser resueltas por un profesional (Álvarez, 2007). En palabras de Víctor Abramovich (2007): “Si pudiera resumirse en una frase el método clínico, diríamos que procura que el alumno aprenda a pensar el derecho ocupando un lugar o un rol en un conflicto”.

Desde la perspectiva de los docentes, el método clínico provee de un conjunto de herramientas que contribuyen a la enseñanza de cualquier materia, despierta un mayor interés en los alumnos y permite profundizar la vinculación teoría y práctica que logre capacitar a los alumnos para resolver problemas reales. En otras palabras, se intenta promover una auténtica formación de profesionales autónomos, reflexivos y críticos mediante estrategias didácticas concretas, y no limitándose a pomposas declamaciones confinadas a los planes de estudio. Se trata de una revisión profunda y superadora de la enseñanza tradicional del derecho.

La pretensión de formar profesionales que además de ser autónomos (técnicamente capacitados) sean reflexivos y críticos requiere de algunas precisiones.

En efecto, el conocimiento práctico profesional no puede quedar reducido al conocimiento de hechos, reglas y procedimientos que los prácticos aplican a ciertas situaciones de la realidad. Por lo expresado, es oportuno explicitar cómo es concebido el conocimiento práctico profesional a partir del cual correspondería diseñar las actividades o estrategias para su enseñanza.

La noción de práctica profesional, según ya fuera adelantado en otros trabajos (Marchisone, 2014), ha sido entendida, en palabras de John Dewey, como la “competencia de una comunidad de prácticos que comparten las tradiciones de una profesión” y que también comparten: ciertas convenciones sobre cómo desempeñarse, las instituciones en las que llevan adelante su actividad profesional, un bagaje de conocimiento profesional explícito, un sistema de valores y preferencias que les sirven para interpretar y dirigir la acción y determinar aquello que será considerado como una conducta profesional aceptable (Schön, 1992).

Aprender el conocimiento práctico profesional no es solo aprender a pensar y actuar como lo haría un abogado o una abogada. Se requiere, además del dominio de normas y procedimientos, la competencia para indagar en la resolución de situaciones que se presentan como problemáticas (aquellas en las que la conexión del conocimiento general al caso particular no es evidente) y la reflexión sobre aquellas

situaciones reales que son inciertas o conflictivas. Por ello, la enseñanza de la práctica profesional es una instancia para que los estudiantes reflexionen en la acción y construyan nuevas categorías de conocimiento, estrategias y maneras de formular problemas. Desde esta perspectiva, los docentes son los encargados de destacar las zonas indeterminadas de la práctica (aquellas que tienen que ver con la incertidumbre, la singularidad y el conflicto de valores) y deben partir de la premisa de que no hay una única respuesta correcta para cada problema.

Este modo de concebir el conocimiento y las prácticas profesionales presentado por Schön ha permitido superar el punto de vista sostenido por la racionalidad técnica sobre la práctica, centrada exclusivamente en los problemas de índole instrumental.

#### *Teoría y práctica en la enseñanza*

La elaboración de un contexto didáctico para la enseñanza de la práctica profesional que sea alternativo –es decir, que supere las cuestionadas posiciones tecnicistas– **requiere necesariamente de una reflexión** sobre cómo habrá de entenderse la relación entre teoría y práctica para luego proponer determinadas –y consecuentes– estrategias de enseñanza.

Habitualmente, los docentes parten de una visión dicotómica respecto de la teoría y de su aplicación. Teoría y práctica son concebidas como ámbitos independientes en los procesos de enseñanza, a tal punto que deben ser enseñados y aprendidos sucesivamente, uno después del otro. Esta mirada se corresponde con una posición epistemológica que entiende que la construcción del conocimiento es resultado de la actividad teórica especulativa. Complementariamente, la práctica es percibida como la mera ejecución de aquellos saberes –la técnica aplicada– y carece de la jerarquía científica de la que goza la teoría, convirtiéndose en una especie de conocimiento de segunda categoría que solo encuentra su razón de ser en la aplicación de esta última. Claramente, esta visión se ajusta a las posiciones positivistas fragmentarias mencionadas más arriba y que impregnan el modelo tradicional de enseñanza.

Por el contrario, en el presente trabajo se adopta una perspectiva dinámica en la que teoría y práctica se articulan y relacionan de una forma dialéctica. En palabras de Elisa Lucarelli (2009): “se concretan en una praxis que encierra en sí, no solo la característica de la articulación sino la posibilidad de transformación de ese mismo objeto de conocimiento”. La práctica, desde esta posición, no es aplicación de un discurso teórico ni la sola ejercitación de otros contenidos, sino que es, en sí misma, posibilitadora de nuevos conocimientos. El complejo proceso de construcción del conocimiento integra y articula contenidos teóricos y prácticos. Es decir, al conocer se relacionan momentos o situaciones de alta abstracción teórica con otros en los que el sujeto pone en acción operaciones más concretas (Lucarelli, 2009).

Posibilitar la construcción de conocimiento en esa relación dialéctica requiere la planificación de ciertas estrategias metodológicas por parte de los responsables de la enseñanza. En este sentido, son valiosos los aportes de Donald Schön y su propuesta de reflexión *en* la acción. Reflexionar *en* la acción supone la posibilidad de tomar conocimiento en la medida en la que el sujeto está *haciendo*, es decir al decidir, organizar, actuar al presentarse las dificultades o los problemas.

La oportunidad para poner en acto este tipo de reflexión aparecería para Schön muy marcada en aquellas instancias auténticas de práctica profesional. Se trata de las denominadas *zonas indeterminadas de la práctica*, situaciones imprevistas que no pueden prepararse, provocan incertidumbre, son singulares y pueden acarrear conflicto de valores. Este tipo de situaciones son frecuentes en el ejercicio profesional, en ellas el graduado tiene que decidir entre dos o más cursos de acción, evaluando cuál resulta más conveniente para conseguir determinado resultado, poniendo en juego sus propios valores frente a ese caso concreto.

Sin embargo, el abordaje por parte de los estudiantes de aspectos específicos del ejercicio profesional –aquellos que requieren la puesta en acto de conocimientos, habilidades y destrezas– pueden convertirse en auténtica fuente de angustia para los futuros graduados. Por tal motivo, la organización de este tipo de propuestas exige de evaluación continua y acompañamiento personalizado, así como de un diseño curricular flexible que posibilite el aprendizaje significativo del conocimiento práctico profesional y evite ansiedades inconducentes. En este orden de ideas, la previsión de instancias de práctica reflexiva o de reflexión en la acción puede resultar de particular interés.

La práctica reflexiva en la enseñanza del derecho supone el análisis y la reflexión sobre aquellas acciones específicas que un profesional jurídico lleva adelante en el marco de sus tareas. Es importante destacar que no se trata de una revisión aislada de la experiencia profesional pasada, sino más bien de un auténtico hábito que permita racionalizar y desnaturalizar la actuación profesional, haciendo inteligible esa práctica, visibilizando concepciones y creencias subyacentes. La práctica reflexiva obliga al profesional a hacerse consciente de aquellos factores que afectan e influyen en sus decisiones. Esta profundización en el análisis de la actividad profesional, el proceso de toma de decisiones y sus condicionantes, debería conducir a una mejor práctica profesional, con mayor fundamento ético; de allí la importancia de introducir a los estudiantes en este ejercicio.

En palabras de Casey (2014), la práctica reflexiva provee a los estudiantes y a los noveles profesionales de una ayuda importante para desarrollar el hábito de reflexionar en la acción. Una vez adquirido, este ejercicio no solo se vincula con el aprendizaje del curriculum formal universitario sino también con una particular cultura de la práctica del derecho. Basta con pensar que la internalización de esta práctica en el ejercicio profesional supondrá que ese sujeto al abordar cada caso estará preguntándose a sí mismo si alcanzó el estándar de competencia profesional que se espera de él; si podría haber alcanzado el mismo objetivo con una estrategia diferente; si sus preferencias, prejuicios, experiencias previas personales –o de los otros sujetos– influyeron en sus decisiones; si su accionar profesional se encuentra condicionado por estructuras sociales y otros aspectos vinculados a la reflexión sobre su propia performance profesional.

### **3. Estrategia didáctica para el estudio clínico de los derechos de las personas con discapacidad**

#### *3.1. Una clínica jurídica en discapacidad y derechos humanos*

La implementación de una clínica jurídica en discapacidad y derechos humanos en el ámbito de la carrera de abogacía de la Facultad de Ciencias



Económicas, Jurídicas y Sociales (en adelante, FCEJS) de la Universidad Nacional de San Luis era una iniciativa que contaba con el respaldo de abundantes antecedentes en la materia.

En consecuencia, atendiendo al contexto institucional, antecedentes de los equipos de investigación y vinculación mencionados, se elaboró una estrategia didáctica para la enseñanza del derecho de la discapacidad para el Trayecto de Derechos Humanos y Ciudadanía de la carrera de abogacía.

La estrategia propuso la realización de una clínica jurídica en discapacidad y derechos humanos que abordaría, a lo largo de un cuatrimestre, el tratamiento de un caso particular de necesidades jurídicas dentro del colectivo de las personas con síndrome de Down de la ciudad de Villa Mercedes. A estos efectos, se convocó a referentes de la Asociación de Padres de Personas con Síndrome de Down quienes colaboraron con el equipo docente en la tarea de la selección de un caso. La situación problemática, escogida entre los habituales inconvenientes que enfrenta ese colectivo para acceder al derecho de la salud, fue presentada como una situación hipotética pero con todos los elementos de un caso real que involucró a una familia de la Asociación.

### *3.2. Instancia de práctica reflexiva*

Concluida la estrategia jurídica, se propuso la realización de una actividad en la que los estudiantes reflexionaran sobre sus propios desempeños en el abordaje y tratamiento del caso. Para ello se elaboró una grilla con preguntas indicadoras siguiendo los lineamientos de Casey (2013).

¿Qué dijeron los protagonistas?

La primera etapa requería que el estudiante comparara su propia actuación con un modelo objetivo o estándar. En este aspecto, los estudiantes coincidieron en su mayoría que el tratamiento de un caso de este tipo demandaba especialización jurídica. Reconocieron que, si bien contaban con elementos de derecho procesal para trabajar el caso, no tenían una formación adecuada en la temática específica. Sin perjuicio de ello, los estudiantes pudieron identificar las fuentes de información disponibles. Es interesante destacar cómo la profundización en el estudio del tema ayudó a identificar áreas de vacancia en la formación, así como la sensibilización de los estudiantes frente a ciertas cuestiones, por ejemplo, el uso del lenguaje apropiado:

*“(...) el manejo del vocabulario en ciertas cosas que creo, antes del trayecto, era horrible, sin saberlo y sin intención de hacer sentir mal a alguien. Por ejemplo, al hablar de discapacitado o inválido”.*

Además de la formación disciplinar jurídica, se advertía la necesidad de contar con un compromiso ético y personal del profesional con la causa. Los estudiantes evidenciaron una profunda sensibilidad frente al caso que se les había propuesto.

*“(...) Para mí, alguien que se haga cargo de esta causa debe tener un fuerte compromiso al exigir la protección de los derechos y garantías de las personas (...) focalizarse constantemente en que no estás trabajando con un cliente más, sino que se está trabajando con una persona en una situación de vulnerabilidad y que la*

*respuesta que se tiene que dar a la persona además de ser rápida tiene que ser lo más efectiva posible”.*

Por su parte, en la segunda etapa, el estudiante debía describir las diferentes maneras en que se podría haber cumplido con la tarea asignada y las elecciones concretas que llevó adelante en el caso. Recién después de estos dos pasos, el estudiante estaba en condiciones de reflexionar acerca de las razones por las que optó por un determinado curso de acción.

Estos comentarios destacaron la valoración del quehacer profesional en relación a los objetivos/resultados buscados, en desmedro de aspectos formales como la elocuencia o corrección de lo trabajado. En este orden de ideas, se introdujo la idea de que había que repensar las estrategias tradicionales por parte de los profesionales:

*“(…) que desestructure la idea básica que tiene de cómo llegar a diversos casos, porque por lo general un abogado está acostumbrado a trabajar con ciertos recursos, de cierta forma, y tiene que darse cuenta que ante situaciones de especial vulnerabilidad es necesario, por ahí, utilizar otro tipo de herramientas para poder llegar a una solución más rápida y efectiva”.*

También se reconoció la importancia de la labor interdisciplinaria como una vía para abarcar el caso en toda su complejidad y fortalecer la estrategia argumentativa frente al juez.

Al ser interrogados sobre lo que consideraban había sido un déficit, concretamente sobre lo que faltó, llamó la atención la respuesta que se limitó a responder *“habilidades personales”*.

Asimismo, fueron numerosos los estudiantes que explicitaron que el contacto con el cliente, con la situación problemática tal como se había dado en la realidad, había impactado en el desempeño profesional. En estos casos, los estudiantes dieron cuenta de que todo ejercicio profesional suponía poner en cuestión las propias creencias, sentimientos y valores.

*“Yo creo que hubiese sido muy distinto si nos hubieran dado primero para que contestemos el amparo sin haber tenido la entrevista. (...) Nos hubiéramos puesto más del lado de la obra social, la respuesta hubiera sido diferente porque después ya estábamos como condicionados por todo lo que sucedió en la entrevista.”*

Los estudiantes valoraron particularmente esta instancia de aprendizaje con la incorporación de ciertos aspectos prácticos:

*“(…) en la primera consulta uno analiza sus objetivos, analiza al cliente, también uno se plantea la otra parte, porque obviamente hay una contraparte y también se tiene que poner del otro lado, si nos está mintiendo, nos está diciendo la verdad. Los elementos internos y externos que siempre hablamos también”.*

En el tercer estadio de reflexión, los estudiantes debían reconocer aquellos factores internos que afectaron sus decisiones. En esta instancia de reflexión se esperaba que el estudiante fuera capaz de analizar sus propias creencias,

experiencias, prejuicios, representaciones sociales, características personales, etc. Estos “factores internos” modelan su perspectiva individual y ejercen una influencia –nunca reconocida– al tomar decisiones concretas referidas al caso.

*“(…) por eso es necesario ponerse en el lugar del otro, porque uno por ahí no se imagina, uno lo ve desde afuera que están reclamando que lo necesitan y siempre están renegando, todos los meses le falta un papel y no consiguen lo que necesitan, cambiaron las autoridades y entonces cambió todo el procedimiento para conseguir una misma cosa”.*

En la etapa cuatro, el estudiante debía trasladarse desde esa perspectiva interna a otra externa. La idea es que pueda reconocer ahora las perspectivas, creencias, preferencias, representaciones sociales y características del resto de las personas involucradas en el caso.

*“Yo creo que el factor fundamental fue lo económico, pero también lo social, ya que para la sociedad las personas con discapacidad son personas improductivas.”*

Luego, en la quinta etapa, los estudiantes debían ampliar su mirada al contexto social más amplio e identificar estructuras sociales, instituciones políticas, condicionantes económicas, etc. En general, los estudiantes identificaron como obstáculos significativos para el acceso a la justicia y la satisfacción de las necesidades jurídicas, una estructura burocrática de algunas organizaciones de salud, en complicidad con un sistema judicial ineficiente. Reconocieron la existencia de instituciones informales (el amiguismo) que están naturalizadas y se mostraron de acuerdo con la utilización de esos canales si ello les permitía acceder a una resolución del problema de su cliente.

*“(…) Y cómo no caer y usar ese amiguismo. El amiguismo es bueno o malo, depende del lado en el que uno esté”.*

Como conclusión de cierre, desde la mirada de los estudiantes, el desafío de enfrentar situaciones problemáticas reales contribuyó significativamente al aprendizaje del conocimiento práctico profesional:

*“Lo que me permitió, en mi caso particular, es que en la facultad no nos preparan para tratar con la gente; cuando uno se queda solo con la persona, te quedas en blanco, porque vos no sabes qué preguntarle, o si se larga a llorar, y te empiezan a contar temas que no hacen a la causa, no es fácil, no sabemos qué hacer”.*

*“Por ejemplo, cuando nosotros hacemos los trabajos prácticos de la carrera, es como que ustedes nos decían que había varias posibilidades, es como que uno está tan estructurado al libro, al parcial, al final, al programa, que se olvida de que puede haber miles de soluciones, y es a lo que estamos acostumbrados.”*

Las limitaciones del presente trabajo impiden abarcar la amplitud de las conclusiones que podrían brindarse. Más allá de algunas respuestas tentativas a las inquietudes iniciales, cabe destacar que quedan aspectos riquísimos para ser considerados desde la perspectiva de la investigación educativa. Principalmente, lo que tiene que ver con la motivación y el entusiasmo de los estudiantes por participar en una actividad innovadora que los puso “realmente” en el rol profesional y que interpeló sus capacidades, saberes y desempeños. El abordaje de esta dimensión excede largamente las pretensiones de esta propuesta, pero no se pueden dejar de mencionar como positivos “efectos secundarios” en la formación de profesionales reflexivos.

## Bibliografía

**Abramovich, V.** (2007) “La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público”. En: *Enseñanza clínica del Derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. (Pp. 91 y ss.) ITAM-CLIP. México.

**Álvarez, A.** (2007) “La educación clínica: hacia la transformación de la enseñanza del derecho”. En: *Enseñanza clínica del Derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. (PP.225 y ss.) ITAM-CLIP. México.

**Bourdieu, P.** (1991) “Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva”. En: Chazel y Commaille (eds.) *Normas Jurídicas y Regulación Social*, L.G.D.J. París.

**Casey, T.** (2014) “Reflective Practice in Legal Education: The stages of reflection”. En: *Clinical Law Review* (Spring 2014, Vol.20, p. 317).

**Courtis, C.** (2007) “La enseñanza clínica del derecho como práctica transformadora”. En: M. Villarreal y C. Courtis: *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados* (pp. 9-24). ITAM-CLIP. México.

**Espósito, C.** (2012) “Acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. De la estigmatización al ejercicio de los derechos”. En: *Discapacidad, Justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*; dirigido por Pablo Oscar Rosales (1a ed.). Buenos Aires. Infojus.

**Fauré, E. et al** (1983). *Aprender a ser*. Madrid, Alianza, Universidad UNESCO.

**Freire, P.** (2006). *Pedagogía del Oprimido*. Siglo XXI Editores, Argentina.

**González, M. G.** (2008) “De cómo se transmiten saberes y prácticas o haceres”, en: *V Jornadas de Sociología de la UNLP. Cambios y continuidades sociales y políticas en Argentina y la región en las últimas décadas. Desafíos para el conocimiento social*. Noviembre 2008, La Plata, Argentina.

**Kennedy, D.** (2004) “La educación legal como preparación para la jerarquía”. En: *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. UBA (Año 2, N° 3). Buenos Aires, Argentina.

**Lawson, A.** (2007) “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”. (p. 573) 34 *Syracuse J. Intl. L.& Com.* 563.

**Litwin, E.** (2013) *El oficio de enseñar. Condiciones y contextos*. Paidós, Buenos Aires.

**Lucarelli, E.** (2009) “La enseñanza de las prácticas profesionales en la universidad”. En: *Profesorado. Revista de Currículum y Formación del Profesorado* (Volumen 13, No 1). Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/profesorado/article/view/42167>

**Marchisone, M.** (2014) “La formación de abogados reflexivos en la UNSL. Algunas reflexiones en torno a las primeras experiencias”. Ponencia en XV Congreso Nacional y VI Latinoamericano de Sociología Jurídica, Rosario, Argentina.

**Quiroga, A.** (1980) “Enfoques y perspectivas en la psicología social de Pichon Riviere”. En: *El sujeto en proceso de conocimiento*. Ediciones Cinco, Buenos Aires.

**Rosales, P.O.** (2012) “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Una introducción al marco teórico y jurídico de la discapacidad y los derechos humano”. En: *Discapacidad, Justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad* (dirigido por Pablo Oscar Rosales, 1a ed.). Buenos Aires. Infojus.

**Sánchez Vázquez, R.** (2002) “Algunas consideraciones sobre la docencia y la investigación jurídicas en México”. En: *VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (12 al 15 de febrero de 2002). México.

**Schön, D.** (1998) *La formación de profesionales reflexivos*, Paidós, España.



## LA TASA DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE VILLA MERCEDES

**Fabrizio Alberto Amaya** <sup>6</sup>  
fabricioamayal@gmail.com

**Resumen:** Los Municipios argentinos están desfinanciados, están obligados a brindar más servicios; se les han trasferidos responsabilidades, no recursos, ni potestades tributarias. ¿Cómo han resuelto esto? Creando más Tasas sin la prestación de un servicio, tienen un claro fin recaudatorio; violando la Ley de coparticipación y el Pacto Fiscal para la Producción y el Empleo. La Tasa de Seguridad e Higiene en el Código Tributario de Villa Mercedes, es un tributo desnaturalizado, su hecho generador no está vinculado a una actividad estatal ni al contribuyente, presenta características propias de los impuestos. Su hecho imponible grava cualquier actividad realizada a título oneroso, sin requerir un local habilitado, se exige a cambio de servicios globales indivisibles, su prestación no es concreta, efectiva e individualizada. Distingue tres clases de contribuyentes, los Pequeños, Medianos, a los que se les aplica el régimen general, y los Grandes Contribuyentes, aquellos que han obtenido ingresos brutos netos de IVA a nivel país por un importe superior a \$ 11.000.000,00; tomándose en cuenta su capacidad contributiva, independientemente del costo del servicio, por dicha razón se abonan sumas desproporcionadas provocando una clara inconstitucionalidad. Esta tasa que recae sobre toda actividad lucrativa, sin la prestación de un servicio, sin la realización de inspecciones, es claramente un impuesto y quiebra al sistema tributario federal, resulta inconstitucional. El gasto público y el déficit fiscal de las comunas se financian con tasas que no son tales. Por dicha razón, la reformulación del sistema tributario argentino, es impostergable cuestión que resulta urgente, pero se visualiza lejana.

**Palabras claves:** seguridad – higiene –gasto público

**Abstract:** he Argentine municipalities are underfunded, they are obliged to provide more services; Responsibilities have been transferred to them, not resources, nor tax powers. How have you resolved this? By creating more Rates without providing a service, they have a clear collection purpose; violating the Coparticipation Law and the Fiscal Pact for Production and Employment. The Safety and Hygiene Tax in the Villa Mercedes Tax Code is a denatured tax, its generating event is not linked to a state activity or to the taxpayer, it presents characteristics typical of taxes. Its taxable event is levied on any activity carried out for consideration, without requiring a licensed premises, it is required in exchange for indivisible global services, its provision is not specific, effective and individualized. It distinguishes three classes of taxpayers, Small, Medium, to which the general regime is applied, and Large Taxpayers, those who have obtained net gross income from VAT at the

---

<sup>6</sup> Abogado en ejercicio de la profesión, matriculado en el colegio de abogados de Villa Mercedes (T041, F.1741), en el colegio de abogados de la Capital Federal (CPACF T.131, F.166), Matricula Federal (T126, F.134). Esp. en Procedimiento Tributario, Penal Tributario. Asesor Jurídico de la Cámara de Comercio de Villa Mercedes

country level for an amount greater than \$11,000,000.00; taking into account their taxable capacity, regardless of the cost of the service, for this reason disproportionate amounts are paid, causing a clear unconstitutionality. This rate that falls on all lucrative activity, without the provision of a service, without inspections, is clearly a tax and bankruptcy to the federal tax system, it is unconstitutional. Public spending and the fiscal deficit of the communes are financed with rates that are not such. For this reason, the reformulation of the Argentine tax system cannot be postponed, an urgent matter, but it is viewed as far away.

**Keywords: security – hygiene - public expenditure**

### **Consideraciones previas**

Las comunas tienen cada vez más asuntos que atender; están obligadas a brindar mayores y eficientes servicios a sus vecinos para que estos alcancen una mejor calidad de vida. A esto hay que añadirle una urbanización caótica y no planificada que exige infraestructura. Tampoco se puede dejar de lado la transferencia de ciertas responsabilidades que antes estaban en cabeza de las provincias, las cuales no fueron acompañadas en la coparticipación provincia/municipios, ni en el engrosamiento de sus potestades tributarias.

¿Como han resuelto estos inconvenientes los municipios? Mediante la creación de más y nuevas tasas municipales<sup>7</sup>, con consecuencias económicas perjudiciales. Pero las comunas, además de las razones arriba mencionadas, también han sido afectas por motivos de índole jurídicos, como la utilización de los crecientes tributos de afectación específica, que el Estado Nacional se apropia<sup>8</sup>; y no podemos dejar de mencionar la no creación de un nuevo régimen de coparticipación federal que debió implementarse antes de finalizar el año 1996 según la cláusula transitoria sexta de la C.N.

Todo esto ha generado que se creen tasas desnaturalizadas o que carecen de las cualidades que las identifican como tales, ya que en muchas ocasiones el ineludible servicio que se debe prestar está ausente o ni siquiera realizan un aporte para una determinada actividad económica, porque generalmente tienen un directo y simple fin recaudatorio fiscalista que resulta imprescindible para hacer frente al progresivo e incontrolable gasto público. Es decir que, en la implementación de estos tributos comunales denominados tasas, no se toma en cuenta el efecto sobre el mercado, sobre los precios, sobre el empleo, la capacidad contributiva, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad, ni la afectación de derechos de raigambre constitucional.

Es importante tener presente que la Ley N°23.548 de Coparticipación Federal de Impuestos<sup>9</sup>, estableció en su art. 9 inciso b) que las provincias adheridas, sus organismos administrativos y las municipales, no deben aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos. En el Pacto Fiscal para la Producción y el Empleo se acordó dejar sin efecto las tasas municipales que recaigan sobre idénticos hechos económicos a los

---

<sup>7</sup>Las tasas que introdujeron con mayor frecuencia los municipios en los últimos tres años fueron: las que se aplican sobre los combustibles (denominada: tasa vial o tasa combustible), la que grava el uso de los espacios públicos y publicidad (carteles, toldos, publicidad o propaganda), la tasa de seguridad ciudadana (para destinar fondos a seguridad), la “ecotasa” o “tasa verde”, destinada a mejorar la recolección y el tratado de residuos, o tasas permanentes para financiar infraestructura como red vial, educación, hospitales, etcétera.

<sup>8</sup> En virtud del art. 75 inc. 2 y 3 de la Constitución Nacional.

<sup>9</sup>La ley de coparticipación ha caducado, dado que la disposición transitoria sexta de la C.N. de 1994 estableció que un régimen de coparticipación siguiendo los parámetros del art. 74 inc. 2 y la reglamentación del organismo fiscal federal debían ser establecidos antes de finalizar 1996, pero el total de lo que se recauda se sigue distribuyendo conforme a una ley que no se ajusta a los parámetros de la Constitución.



impuestos provinciales o cuando no haya contraprestación efectiva de servicios. Es decir que estos acuerdos y pactos limitaron la potestad tributaria de las comunas con el fin/objetivo de generar una armonía del sistema tributario, pero lamentablemente debemos decir que no se cumplió, ni se alcanzó dicha finalidad.

### La tasa de Seguridad e Higiene

Entre los gravámenes que han creado las comunas a los fines de solventar sus gastos, encontramos la tasa de seguridad e higiene, la cual posee gran importancia recaudatoria para los municipios. Se la suele denominar tasa por inspección sanitaria, higiene, profilaxis y seguridad; tasa por inspección de seguridad e higiene; derecho de registro e inspección como Seguridad e Higiene<sup>10</sup>. Esta tasa también ha encontrado recepción legislativa en el nuevo Código Tributario de la Ciudad de Villa Mercedes, bajo la incorrecta y desnaturalizada denominación “Contribución que incide sobre la actividad Comercial, Industrial y de Servicios”.

A través de la misma se financia el servicio público proporcionado por el Estado Municipal, el cual consiste en la realización de inspecciones en locales o establecimientos con el fin de comprobar y preservar la seguridad, la salubridad y la higiene en los mismos. Por ende, todos aquellos que desarrollen actividades comerciales, de industria o de servicios deben admitir coactivamente que esta prestación de inspección sea efectivamente proporcionada por el municipio, porque es la comunidad<sup>11</sup> quien en definitiva se favorece con estos controles. Esto es así, al menos en el plano abstracto.

El nuevo ordenamiento Tributario villamercedino al regular a esta gabela adoptó criterio, ya en desuetudo, del Superior Tribunal de Córdoba, doctrina que fue expresamente rechazada por la Corte Suprema en el fallo “Laboratorios Raffo” dictado en el año 2009<sup>12</sup>. La reaccionaria posición doctrinaria que acogió el legislador comunal implica que esta tasa puede ser reclamada aun cuando el sujeto pasivo carezca dentro de la jurisdicción de un establecimiento o local, es decir que es posible su exigencia sin que el ente municipal proporcione servicio alguno<sup>13</sup>, a pesar de que la prestación concreta, efectiva e

<sup>10</sup>Aunque no contamos con datos oficiales podemos afirmar que esta es una tasa que posee gran importancia en la recaudación en el Municipio de Villa Mercedes. La Secretaría de Asuntos Municipales dependiente del Ministerio de la Nación nos dice en su publicación “La estructura de la recaudación tributaria municipal: alcance, limitaciones y desafíos”, que esta tasa “tiene un peso que representa el 43% de la recaudación de tasas, derechos y contribuciones de los municipios argentinos...”.

<sup>11</sup>C.S.J.N, Fallos: 251:222, Consid. 2º y su cita de fallo 251:50. “Municipalidad de San Lorenzo c YPF”.

<sup>12</sup>Fallos: 332:1503. C.S.J.N. Laboratorios Raffo S.A. c/ Municipalidad De Córdoba. 23/06/2009.

<sup>13</sup>Fallo: 236:22. C.S.J.N “Cándida de Gregorio viuda de Cipriano y otros”. 3/10/1956. “...al cobro de una tasa debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente...”

- Ley de Coparticipación 23.548 art. 9 inc. b) 2º párr. “...En cumplimiento de esta obligación no se gravarán por vía de impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, cualquiera fuere su característica o denominación, las materias impondibles sujetas a los impuestos nacionales distribuidos ni las materias primas utilizadas en la elaboración de productos sujetos a los tributos a que se refiere esta ley, esta obligación **no alcanza a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados...**”. Es decir, tal como señala el Dr. José O. Casás, no puede haber tasa sin contraprestación de un servicio público particularizado en el contribuyente.

- XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tema I: Tasas Y Precios. Caracas 1991. “7) Es de la esencia de la tasa que el servicio estatal que constituye su presupuesto de hecho sea prestado efectivamente por la Administración al contribuyente, aun cuando éste se resista a recibirlo.

individualizada del servicio público a cargo del Estado constituye un requisito que hace a la esencia de los tributos *tasas*<sup>14</sup>.

Asimismo, cuando el edil estableció los servicios a cargo del Estado Municipal no realizó una enumeración cerrada y limitada de actividades que debe realizar la comuna a favor del contribuyente, sino que procedió a efectuar una descripción abierta, enunciativa e indefinida de servicios, enumerándolos de un modo no taxativo<sup>15</sup>, transformándolo en un servicio indirecto e indivisible, características más bien propias de los impuestos que de las tasas, esta posición normativa confronta con la Coparticipación Federal, con el Convenio Multilateral y con el Impuesto provincial a los Ingresos Brutos.

Otro punto relevante es el criterio que emplea la nueva ordenanza para determinar el monto de esta tasa cuando se trata de Grandes Contribuyentes<sup>16</sup>, dado que utiliza como base imponible a los ingresos brutos para establecer la cuantía de las obligaciones tributarias, que están a cargo de esta categoría contribuyentes. Surge naturalmente y necesariamente preguntarnos: ¿Cuál es la relación que existe entre la tasa de Seguridad e Higiene y el impuesto provincial a los ingresos brutos o con algún otro impuesto nacional coparticipable?

Resulta de suma importancia examinar la legitimidad del monto que el municipio le exige a cada contribuyente obligado al pago de esta tasa. Existe un respetado criterio doctrinario y jurisprudencial que señala que las sumas que se deben satisfacer a través de este tributo no pueden ser exorbitantes porque de lo contrario su exigencia podría resultar confiscatoria<sup>17</sup>. Asimismo, el importe exigido debe guardar una razonable y prudente proporcionalidad con el costo del servicio<sup>18</sup> que presta la comuna, porque de lo contrario, los principios constitucionales de igualdad y de razonabilidad resultarían transgredidos, y en dicho caso, el contribuyente estaría facultado para accionar judicialmente contra el ente Municipal.

Estos cuestionamientos no revisten un carácter meramente académico o abstracto, sino por el contrario, afecta la armonía del federalismo fiscal que se rige por las

---

La prestación efectiva del servicio al contribuyente es uno de los elementos caracterizadores más importantes para distinguir la tasa de las otras especies tributarias, particularmente del impuesto...”

<sup>14</sup> Fallos: 312:1575. “Cia. Química, S.A. c. Municipalidad de Tucumán”, S.C.J.N, 05/09/1989. En el mismo sentido se manifiestan los fallos: 234:663; 236:22; 251:222; 259:413; 312:1575; 325:1370; 329:792 y M.1893, L.XLII, “Mexicana de Aviación S.A. de CV c/Estado Nacional”, sentencia del 26 de agosto de 2008, entre otros.

- “Así, y como se desprende de las concepciones elaboradas en torno a la especie tasa, es prácticamente unánime la doctrina –nacional y extranjera– cuando afirma que el presupuesto de hecho que origina el deber de pagar este tributo, es la prestación de un servicio público individualizado hacia el sujeto pasivo”. Tomado de: “Las Tasas Municipales en el Ámbito Tributario”, Matich y Almada, 1ª Ed., Bs.As. La Ley, 2009. Pág. 79.

<sup>15</sup> Art. 149 CTM: “...como cualquier otro, no retribuido por un tributo especial que tienda al bienestar general de la población...”

<sup>16</sup>El Art. 152 del CTM establece: “La Ordenanza Tributaria Anual podrá clasificar a los contribuyentes en las categorías que a continuación se detallan: a) Grandes Contribuyentes. b) Medianos Contribuyentes. c) Pequeños Contribuyentes.”

<sup>17</sup> Fallos: 281:338. C.S.J.N. “Saic Sniafa Sociedad Nuevas Industrias Argentinas Fibras Artificiales v. Municipalidad de Berazategui”. 17/12/1971. Voto en disidencia de los Doctores Risolía y Argúas.

-Fallos C.F.A de San Martín. “Gas Natural Ban S.A. c/Municipalidad de La Matanza s/Acción meramente declarativa –medida cautelar”. 02/09/2000. Sienta el criterio que el monto de las tasas debe guardar una razonable y prudente razonabilidad con el servicio prestado.

<sup>18</sup>Fallos 319-2211, in re “Empresa de Transporte de Pasajeros Navarro Hnos.S.R.L s/ acción de inconstitucionalidad contra ordenanza n° 068/90 – Municipalidad de Puerto Tirol”; 10/10/1996; fallos 201-545 de 18/05/1945; 234-663 de 16/05/1956; 236-22 de 03/10/1956; 192-139 de 06/03/1942.

denominadas normas intrafederales<sup>19</sup>, aqueja a los contribuyentes, además, genera un efecto regresivo sobre la actividad comercial, industrial y sobre el consumidor.

### **La Tasa de Seguridad e Higiene en el Código Tributario de Villa Mercedes.**

El Municipio de Villa Mercedes como gobierno autónomo<sup>20</sup> y en ejercicio de su poder de imposición<sup>21</sup> ha creado la *Contribución<sup>22</sup> sobre la Actividad Comercial, Industrial y de Servicios*, en el nuevo Código Tributario Municipal que por su naturaleza corresponde a la especie tasa, siguiendo la doctrina más aceptada<sup>23</sup>.

La tasa como especie de tributo presenta amplias y fecundas divergencias doctrinarias y jurisprudenciales al momento de su caracterización. Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la *tasa* es una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, que si bien posee una estructura jurídica análoga al impuesto, se diferencia de éste por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general<sup>24</sup>.

Se la ha conceptualizado como “una prestación pecuniaria coactiva que el Estado exige del sujeto obligado mediante ley, en concepto de contraprestación por un servicio público, divisible, efectivamente prestado”<sup>25</sup>, también “... toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige, en virtud de ley, por un servicio o actividad estatal que se particulariza o individualiza en el obligado al pago...”<sup>26</sup>; “... un tributo cuyo hecho imponible consiste en la prestación de un servicio o la

<sup>19</sup> Ley Convenio de Coparticipación Federal Impuestos 23.548; La Ley de Impuesto Nacional a la Transferencia de Combustibles 23.966; El Pacto Federal para el Empleo, Producción y el Crecimiento del 13/agos/1993; El Pacto de Hidrocarburos del 14/nov/1994; El Convenio Multilateral del 18/agos/1977, su Protocolo Adicional, entre otros.

<sup>20</sup> Art. 1 Carta Orgánica Municipal. Art. 248 Const. Provincial.

<sup>21</sup> Art. 18 Carta Orgánica Municipal. Art. 270 inc. 1, Const. Provincial.

- La facultad de los municipios de establecer tasas deriva de su poder tributario no de su poder de policía. “Es erróneo pretender que el derecho de aplicar tasas emana del poder de policía, como alguna vez dijeron nuestros tribunales...” Tomado de: Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, 9ª ed., La Ley, Bs.As., 2004, p. 863.
- “Lo concreto es que la tasa proviene del poder tributario que detenta el estado municipal, bien que para su legitimidad requiera de un servicio que se presta en ejercicio del poder de policía, por lo que ambos poderes se relacionan de manera directa...” Tomado de: “Tasas Municipales”. Dir. Bulit Goñi, Tomo II, Editorial Lexis Nexis-2008, Cap. XIV “La tasa por inspección de seguridad e higiene”, Gonzalo J. Llanos, p. 673, citando a Dino Jarach.

<sup>22</sup> El término *Contribución* es claramente erróneo ya que no lo describe, no lo denomina jurídicamente, ni conceptualiza al tributo tasa.

<sup>23</sup> “...Conforme a la clasificación más aceptada por la doctrina y el derecho positivo, los tributos se dividen en impuestos, tasas y contribuciones especiales. Estas categorías no son sino especies de un mismo género, y la diferencia se justifica por razones políticas, técnicas y jurídicas. No sólo las facultades de las distintas esferas de poder dependen de esta clasificación en algunos países, sino que además los tributos tienen peculiaridades individualizantes...” Tomado de: *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Héctor B. Villegas. Ediciones Depalma, 7ª Ed.-2001.

<sup>24</sup>Fallo “Quilpe S.A. -Inconstitucionalidad S.C. Q.20”, L.XLVH. Fallos: 251:50 y 222; 312:1575; 323:3770; 326:4251; 332: 1504, entre otros.

<sup>25</sup> En: Sainz de Bujanda, Fernando (1987). *Lecciones de Derecho Financiero*, Ed. Facultad de Derecho Universidad Complutense (5ª edición, p. 159). Madrid.

<sup>26</sup> En: García Vizcaíno, C. (2000). *Derecho Tributario*. (T. I, 2ª Ed. p. 99). Editorial Depalma.

relación de una actividad de la administración que afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo<sup>27</sup>. Se advierte en todas las conceptualizaciones que su fuente siempre es legal por aplicación del principio de legalidad tributaria y que el estado debe prestar un servicio público.

Nos señala Valdés Costa que en doctrina lo único que está fuera de debate doctrinario con respecto a la *tasa* es que se trata de un “tributo cuya obligación está vinculada jurídicamente a determinadas actividades del Estado, relacionadas directamente con el contribuyente<sup>28</sup>”. Al respecto debemos señalar que nuestra Corte Suprema ha sostenido invariablemente que el cobro de las tasas debe corresponder siempre a una concreta, efectiva<sup>29</sup> e individualizada prestación de un servicio público relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente<sup>30</sup>. Es decir que la prestación del servicio público divisible parte del Estado a favor del sujeto pasivo constituye un requisito fundamental de las tasas. Y precisamente la obligación de tributar nace cuando la hipótesis legal condicionante *acaee*<sup>31</sup> o se constata en la realidad<sup>32</sup> y se vincula con un sujeto determinado, denominado contribuyente.

Resulta ineludible señalar que la ley<sup>33</sup> establece un conjunto de hechos hipotéticos y condicionantes, cuyo perfeccionamiento en el plano de la realidad de los hechos previstos en la norma, determinan el nacimiento del vínculo jurídico obligacional entre el fisco y el sujeto pasivo, cuya acreencia se torna líquida y exigible recién en el momento de la liquidación del gravamen, o en su caso cuando el fisco proceda a determinarlo subsidiariamente.

Como en otras ramas del derecho, la conceptualización o definición de la teoría general de la tributación, de la naturaleza jurídica de los tributos, de su clasificación, ha sido abordada por tributaristas, por especialistas de otras ramas del derecho y por economistas, pero en general se han aceptado con matices, parámetros para definir al tributo y se ha aceptado su clásica clasificación tripartita en: impuestos, tasas y contribuciones especiales.

Sin embargo, estos conceptos han comenzado desnaturalizarse porque la realidad impone la implementación de tasas por parte de los municipios, que han travestido<sup>34</sup> a la

<sup>27</sup> En: Ferreiro Lapatza (1997). “Curso de Derecho Financiero Español”. Marcial Pons (p. 180).

<sup>28</sup> En Valdés Costa, Ramón (1996). “Curso de Derecho Tributario”. Ed. Temis S.A. (2ª ed., p. 143).

<sup>29</sup> Se debe señalar que existe cierta doctrina que sostiene que el *servicio puede ser potencial*, en tal sentido se ha expresado el Superior Tribunal de Justicia de Bs. As. SCBA, in re, “Nobleza Picardo SIC y F c/ Mun. Gral. San Martín”, 18/11/1995, B-51937. Aunque la C.S.J.N en las oportunidades en que ha podido expresarse ha señalado inalterablemente que la imposición de tasas resulta legítima, entre otros aspectos, en tanto sea retributiva de servicios efectivamente prestados. Fallos: 279-76 años 1971; 251:222, año 1961: “*está sujeto a las tasas correspondientes a servicios locales realmente prestados*”.

<sup>30</sup>Fallos: 312:1515 año 1989; 201:545 año 1945; 234:663 año 1956; 236:22 año 1956, etc.

<sup>31</sup> En: Villegas, H. B. (2001). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Ediciones Depalma. (7ª Ed., p. 272). “Denominamos ‘acaecimiento’ a la producción en la realidad de la imagen abstracta que formuló la norma legal.”

<sup>32</sup> En: García Vizcaíno, C. (2000) *Derecho Tributario* (T. I, 2ª Ed., p. 310) Editorial Depalma. “Se llama **subsunción** al fenómeno consistente en que un hecho, conjunto de hechos, actividad, etc., configure rigurosamente el **h.i.** previsto en forma abstracta por la ley.”

<sup>33</sup>En: Giuliani Fonrouge, C.M. (2004). *Derecho Financiero*. (T. I, 9ª Ed., p. 343) Bs.As. La Ley. “Todos coinciden en que la relación jurídico-tributaria corresponde al derecho público, por vincularse con la facultad tributaria, que es manifestación del poder de imperio del Estado, que actúa en caso en el ámbito de aquel, y también es opinión casi unánime que la obligación tributaria es una obligación *ex lege*”.

<sup>34</sup>Expresión acuñada por el Doctor José Osvaldo Casas.

tradicional conceptualización del tributo tasa, ya que actualmente este tributo tiene como hecho generador una circunstancia *desligada de toda actividad estatal* y no se puede afirmar que *esté vinculada de modo directo con el contribuyente*.

Nuestra intención es señalar las características y la sinuosa regulación que tiene actualmente la tasa de Seguridad e Higiene de la ciudad de Villa Mercedes, pero sin dejar de mencionar que su naturaleza actual puede ser considerada como es mixta, porque presenta algunas características propias de los impuestos, pero también conserva algunos de los requisitos de las tasas.

Pero esta distinción no es simplemente abstracta, por el contrario, diferenciar entre *tasa e impuesto* es importante porque se vincula directamente a las potestades tributarias que tienen los tres niveles de gobiernos, bajo la lupa de la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos y los Pactos Fiscales suscriptos entre la Nación y las provincias y sus municipios.

Resulta necesario que estas normas que sostienen las relaciones entre la Nación, las provincias y los municipios sean cumplidas para que el contribuyente pueda tener seguridad jurídica y las comunas puedan crear y aplicar tributos sin cercenar derechos y alcanzar sus fines como tercer estado. Este fenómeno tiene lugar, no porque el legislador comunal pretende ser transgresor o crear tasas de dudosa legitimidad, el problema es de una escala mayor, dado que el edil no sabe cómo sancionar un presupuesto con ingresos propios y al mismo tiempo respetar las pautas del federalismo fiscal vigente.

### El hecho imponible

El hecho imponible, cuya verificación en la realidad convierte al Estado Municipal en acreedor y por ende con derecho a exigir el pago de la tasa, debe estar ineludiblemente integrado por: **Aspecto Material**, descripción objetiva de un hecho o situación. **Aspecto Personal**, individualización de la persona que debe realizar o encuadrarse en tal descripción, es decir aquel que realiza el hecho o encuadra en la situación descripta, al cual se lo denomina *destinatario legal del tributo*<sup>35</sup>. **Aspecto Temporal**, momento en que tiene que producirse la configuración o tiene que tenerse por configurada la realización del hecho imponible, *periodo fiscal*. **Aspecto Espacial**, lugar donde tiene que acaecer o se debe tener por acaecida la realización del hecho imponible<sup>36</sup>, en la *jurisdicción o ámbito de competencia municipal*.

El presupuesto de procedencia o de hecho del cual surge la legitimidad de la tasa de inspección, seguridad e higiene exige:

El ejercicio habitual y efectivo de actividades comerciales, industriales o de servicios, a título oneroso -es lo que se grava con esta tasa-

La prestación concreta y efectiva por parte del estado municipal de un servicio público individualizado hacia el sujeto pasivo<sup>37</sup>.

Hay municipios que al regular la tasa de inspección de seguridad e higiene exigen normativamente la obligatoriedad de un local habilitado dentro de la jurisdicción comunal como componente objetivo del hecho imponible. Otros en cambio, no exigen como requisito la obligatoriedad de un local habilitado dentro de la jurisdicción comunal para ejercer la

<sup>35</sup> En: Villegas, H. B. (2001). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario* (7ª Ed., p. 248). Editorial Depalma.

<sup>36</sup> Se emplea la expresión “hecho imponible” en sentido restrictivo porque resulta adecuado para este trabajo, siguiendo el criterio del Dr. Villegas (2001) en: *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Ed. Depalma (7ª ed., pp. 272/273).

<sup>37</sup> La inmensa similitud entre el impuesto provincial a los ingresos brutos y la tasa que analizamos (identidad de sujetos, de hecho y de base imponible) resulta salvada por la expresión prestación de servicios que constituye una exigencia del tributo comunal, pero si no se cumple la identidad es absoluta.

inspección, solo es necesario la realización o el ejercicio de una actividad lucrativa dentro del territorio municipal, este es el criterio que ha adoptado el legislador comunal cuando sancionó el Código Tributario de Villa Mercedes.

Al definir el hecho imponible, el art. 149 de la Ordenanza N°661-HYP/O/2015 de la tasa de inspección de Seguridad e Higiene, se puede inferir que lo que se grava es “ejercer cualquier tipo de actividad comercial, industrial, de servicios u otra a título oneroso”, lo que constituye su aspecto material.

Y, por otra parte, adopta una enumeración genérica de servicios al expresar: “en virtud de los servicios municipales de contralor de la salubridad, seguridad e higiene, preservación del medio ambiente, conservación, mantenimiento, y demás servicios destinados al ordenamiento urbano y a la conservación de su infraestructura, así como cualquier otro, no retribuido por un tributo especial, que tienda al bienestar general de la población”. De ese modo se intenta justificar la exigencia de la tasa en virtud de servicios globales independientemente de la existencia de un local habilitado dentro de la jurisdicción comunal.

Aquellos que participan de esta concepción global del hecho imponible manifiestan que los servicios descriptos deben ser considerados conjuntamente, porque esto permite que las actividades lucrativas que se desarrollan dentro del ejido municipal se ejecuten de manera ordenada, pacífica, segura, y esto se logra controlando el buen estado de los edificios, ordenando el transporte, ordenando el tránsito, y regulando el estacionamiento, denominando, numerando y asignando el sentido de las calles y en general organizando las reglas básicas para promoción, ejercicio y progreso de las actividades comerciales, industriales, y de servicios que se desarrollan en la ciudad, dado que estas actividades son propias e inherentes a los municipios y no son realizadas por otra autoridad.

La doctrina mayoritaria sostiene que la legitimidad de la tasa de inspección de seguridad e higiene está supeditada a la efectiva prestación del servicio divisible por parte del estado quien debe comprobar la salubridad, seguridad e higiene. Resulta más que claro que esa inspección real, efectiva e individualizada solo es posible si existe un establecimiento, un local, una oficina, instalaciones, es decir, un asentamiento físico dentro de la jurisdicción de la comuna.

La prestación de servicios, por parte del Estado Municipal, constituyen el hecho generador de este tributo, y el germen del cual surge la obligación de pago en cabeza del contribuyente vecinal. “Solo los municipios en que el sujeto tenga local podrán aplicarla, por cuanto solo ellos estarán en condiciones de prestar de manera efectiva el servicio de inspección, seguridad, salubridad e higiene, en tanto es de toda obviedad que ese servicio no puede prestarse a quien no tenga local en el municipio<sup>38</sup>”. En general los autores tributaristas sostienen que la existencia de un establecimiento, un local, una oficina, instalaciones, resulta necesaria para que el sustento territorial se dé por cumplimentado, siendo este presupuesto esencial para la existencia de este tributo tasa<sup>39</sup>.

La definición del hecho imponible que retribuye servicios generales o indivisibles sin que recaiga de modo directo sobre un sujeto pasivo ha sido cuestionada también por aquellos tribunales que han podido expresarse al llegar a su conocimiento y decisión esta cuestión. La Cámara Contencioso Administrativa de la provincia de Tucumán, declaró la

---

<sup>38</sup> En: Bulit Goñi, Enrique. “Semblanza General del Impuesto sobre los Ingresos Brutos y del Convenio Multilateral: algunos problemas actuales, causas, y soluciones, a medio siglo de su vigencia (como recuerdo del maestro Dina Jarach)”, ob. Cit. en nota 1, p. 265.

<sup>39</sup> En: Colombo, Hernán E (2007). “Facultades tributarias de los municipios respecto del servicio de telefonía móvil”, en: Urresti, Esteban J. (coord.) *Derecho tributario provincial y municipal*. (2ª parte, 1ª edición, p. 118). Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires; García, Mirta y Krivocapich, Germán (2002) en: Bulit Goñi, Enrique (coord.) *Derecho Tributario provincial y municipal*. (pp. 177-181). Editorial Ad-Hoc.

inconstitucionalidad del tributo establecido por la municipalidad de San Miguel de Tucumán, al expresar: “... la prestación efectiva del servicio a que la tasa refiere debe ser individualizada y la excesiva latitud de la descripción de la actividad gravada no permite identificar debidamente las prestaciones cuya manutención impone”.

En este mismo sentido se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Compañía Química SA c/Municipalidad de Tucumán” (fallos 312-1575) al declarar la inconstitucionalidad de la ordenanza municipal, expresó que “la citada norma resulta irrazonable, toda vez que carga sobre aquellos contribuyentes que realizan actividades comerciales, industriales o de servicios la supuesta manutención de servicios públicos indiscriminados que beneficiarían a toda la comunidad, consagrando así una manifiesta iniquidad. A ello cabe sumar la excesiva latitud de la norma impugnada, contraria al principio de legalidad que rige en la materia, al no discriminar debidamente los servicios cuya manutención solicita, posibilitando la eventual recaudación de los fondos para una finalidad ajena a la que presuntamente le habría dado origen. (...) Tales circunstancias ponen en evidencia, además, que se han desnaturalizado, en forma indebida, las facultades estatales en la materia, al impedirse a quienes se ven obligados a sostener económicamente la prestación de los servicios, conocer en forma fehaciente cuáles son los servicios públicos cuya manutención específica les exige -dada la interpretación esbozada por el *a quo*- en forma imperativa el ente municipal”.

En definitiva, la legitimidad y la constitucionalidad de la Tasa de Inspección de Seguridad e Higiene se hallan supeditadas a la efectiva prestación del servicio divisible por parte del estado municipal y esto solo es posible si existe un establecimiento, un local, una oficina, instalaciones, es decir, un asentamiento físico dentro de la jurisdicción de la comuna.

El código tributario de Villa Mercedes, al regular la Tasa de Inspección de seguridad e higiene, establece una prestación de servicios que son enumerados de modo genérico, amplio, ambiguo, comprensivo de toda la población sin que se pueda individualizar ni vincular el servicio prestado con el sujeto pasivo, esto hace que la norma resulte ser claramente inconstitucional.

### **Sujetos pasivos – Contribuyentes**

El art. 151 del Código Tributario Municipal (CTM) empleando un término corriente y no preciso, nos dice quién es el sujeto pasivo, que tiene la obligación de tributar la tasa de seguridad e higiene. La norma expresa: “son contribuyentes las personas o entidades que realizan las actividades enumeradas en art. 149”. Se puede advertir que lo que determina la obligación de pagar es desarrollar alguna de las actividades enumeradas, sin que el municipio realice alguna actividad específica a favor del obligado al pago. La norma establece tres categorías de contribuyentes:

- a. Grandes contribuyentes
- b. Medianos contribuyentes
- c. Pequeños contribuyentes

Esta norma delega en la Ordenanza Tributaria Anual el encuadramiento de los contribuyentes a cada una de las categorías.

La Ordenanza Impositiva Anual N°1131-HyP/O/2021 para el ejercicio del año 2022, nos dice en su art. 49, siguiendo al art. 154 del CTM: *que se encuadran dentro de la categoría de Grandes Contribuyentes aquellos que en el año calendario anterior hayan obtenido ingresos brutos netos de IVA a nivel país por un importe superior a \$ 11.000.000,00. Y se establece el 2% a la alícuota general, la cual se aplica sobre los ingresos brutos de los categorizados como grandes contribuyentes.*

También establece alícuotas especiales para *grandes contribuyentes* según sus actividades lucrativas: a. para las Entidades Financieras la alícuota es del 6 ‰ sobre los

ingresos brutos; **b.** para Agencias Financieras de compraventa de oro y moneda extranjera la alícuota es del 6 ‰ sobre los ingresos brutos; **c.** para Comisionistas y similares la alícuota es del 4 ‰ sobre los ingresos brutos; **d.** para las Empresas Productoras de Combustibles Líquidos y/o gas natural (Comercializadores) la alícuota es del 3,5 ‰ sobre los ingresos brutos; **e.** para Empresas Nacionales o Internacionales comercializadoras de Telefonía Celular la alícuota es del 3 ‰ sobre los ingresos brutos; **f.** para Cadenas de Farmacias es del 3 ‰ sobre los ingresos brutos.

La ordenanza impositiva anual para el año 2022, en su art. 57 establece que grandes contribuyentes no pueden abonar anualmente un monto superior a \$ 424.214,51, lo cual no incluye las contribuciones adicionales, sean estas fijas o variables; y también establece un mínimo de \$12.831,75 para los que encuadran en esta categoría. También realiza una exclusión de actividades, que tienen montos mínimos especiales, señaladas en el siguiente cuadro.

ACTIVIDADES CON MINIMOS ESPECIALES		
CODIGO DE ACTIVIDAD	DESCRIPCIÓN	IMPORTE MÍNIMO
1017	CONSTRUCTORES EMPRESAS	\$ 16.056,56
1032	FRIGORIFICOS	\$ 96.138,93
1059	INDUSTRIAS EN GENERAL	\$ 32.119,24
2029	COMERCIOS AL POR MAYOR	\$ 25.200,00
3020	ART Y ARTEF. DEL HOGAR EN GRAN ESCALA	\$ 32.119,24
3025	AGENCIA DE AUTOMÓVILES	\$ 25.200,00
3196	HIPERMERCADOS	\$ 112.841,68
3197	SUPERMERCADOS	\$ 39.200,00
3200	CASINOS	\$ 152.343,01
4001	EMPRESA DE TRANSPORTE	\$ 33.600,00
5003	AGENCIAS FINANCIERAS	\$ 23.868,08
5007	BANCOS Y FINANCIERAS	\$ 120.227,85
6037	CLINICAS Y SANATORIOS	\$ 28.890,34
6084	CEMENTERIOS PARQUES	\$ 28.000,00
6085	EMPRESA FUNEBRES	\$ 28.965,52
6153	EMPRESA DE MONTAJE	\$ 23.800,00
6154	DISTRIBUIDORA DE GAS NATURAL	\$ 91.764,89
6156	COMERCIALIZACION DE TELEFONIA FIJA	\$ 120.227,85
6157	COMERCIALIZACION DE TELEFONIA CELULAR-EMPRESAS NACIONALES E INTERNACIONALES	\$ 84.020,85

A los pequeños y medianos contribuyentes se les aplica el *régimen general*, es decir, se calcula según la cantidad de empleados, metros cuadrados de superficie, tipo de infraestructura y zona geográfica. El cálculo determinativo surge de una tasa básica que se establece para cada actividad, y a su vez, a dicha tasa básica se le aplica un coeficiente que resulta de la sumatoria de coeficientes –señalados en la tabla abajo añadida–, la cual tiene en cuenta la zona geográfica, la superficie cubierta, el personal empleado, tipo de infraestructura de cada comercio.



**Tabla de Niveles y Coeficientes de Cálculo:**

Parámetros/Nivel	0,8	1	2	3	5	7	9	11	13	15	17	19	Coef
<b>Zona</b>	6	5	4	3	2	1	-	-	-	-	-	-	<b>0,20</b>
<b>Superficie</b>	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Mas de	Hasta	Mas de	
<b>Cubierta en m2</b>	40	80	120	160	200	500	1500	3000	5000	5000	10000	10000	<b>0,25</b>
<b>Personal</b>	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Hasta	Mas de	Hasta	Mas de	
	1	5	10	15	30	60	90	120	200	200	300	300	<b>0,25</b>
<b>Infraestructura</b>	----	Interna =		0	----	Externa = +	0,9	----					

Para el código Tributario de Villa Mercedes, todo aquel que desarrolle una actividad onerosa o lucrativa dentro de la jurisdicción comunal, queda alcanzado por la tasa de seguridad e higiene, sin exigir un local habilitado dentro del distrito municipal. La obligación de pagar esta tasa nace cuando el municipio realiza efectivamente los servicios de inspección<sup>40</sup>. Y los servicios de inspección de salubridad, higiene y seguridad solamente pueden realizarse si existe dentro del ámbito municipal un local, establecimiento, oficina. Puntualmente el municipio de la ciudad de Villa Mercedes generalmente no realiza inspecciones solamente se limita a exigir el pago de la tasa.

Pero el código mercedino trata de enmendar esta falencia, dado que al definir el *hecho imponible* –como ya señalamos– recurre a una enumeración genérica de servicios que comprende cualquier otro servicio no retribuido por un tributo especial que tienda al bienestar general de la población, se advierte que se intenta justificar la procedencia de esta tasa mediante supuestos servicios globales, pero a decir verdad todos los servicios enunciados tienen específicamente una tasa mediante el cual son retribuidos en caso de verificarse.

Resulta más que claro que, tal como ha sido estructurado normativamente este tributo, se puede afirmar que retribuye servicios generales o indivisibles que engloba a toda la población sin una estricta vinculación directa y exclusiva a un sujeto pasivo u obligado legal al pago, es decir que estamos ante características que son propias de los impuestos y ajenas a la naturaleza de las tasas.

### Base Imponible

Enseñaba Dino Jarach que “la base imponible representa uno de los elementos constitutivos del hecho del imponible, originado en la necesidad de cuantificar dicho presupuesto de hecho, a fin de aplicar sobre esa cantidad el porcentaje o escala progresiva cuya utilización dará como resultado el importe del impuesto”<sup>41</sup>.

En consecuencia, la base imponible implica transformar el hecho imponible en una expresión económica a los fines de aplicar sobre esa cantidad las alícuotas correspondientes y de ese modo obtener la cuantía de lo que se debe tributar. La Corte Suprema ha dicho: “... no cabe confundir el hecho imponible con la base o medida de la imposición, pues el primero

<sup>40</sup> En: Valdez Costa, R. (1996). *Curso de derecho Tributario*. Depalma, Buenos Aires (p. 143).

<sup>41</sup> En: Jarach, Dino (1983). *Finanzas públicas y derecho tributario*. Ed. Cangallo, Bs. As. (p. 388).

determina y da origen a la obligación tributaria, mientras que la segunda no es más que el elemento a tener en cuenta para cuantificar el monto de dicha obligación<sup>42</sup>.

Los municipios ejercen su poder tributario dentro de su ámbito territorial, por lo tanto, las distintas manifestaciones económicas que estos gravan deben producirse dentro de su ámbito físico de competencia fiscal. Y puntualmente con relación a la tasa de seguridad e higiene, el Estado Municipal va a tener derecho a recibir la pertinente tasa por las actividades habituales que a título oneroso se realizan en la comuna, siempre que los locales, establecimientos estén radicados en su ámbito competencia y que se preste sobre ellos el servicio de inspección de seguridad e higiene, salubridad; y si los ingresos se generan dentro del ámbito comunal.

Este punto aparentemente fácil de entender en el plano teórico, resulta muchas veces de compleja aplicación práctica, porque según como se determine la base imponible del tributo, puede ser ingresos brutos globales o totales, lo cierto es que al momento de su determinación, la base puede aplicarse sobre el total de los ingresos del contribuyente que desarrolla en la jurisdicción comunal, aun cuando parte de los ingresos tengan origen foráneo, pero se devengan dentro del ejido municipal por la actividad que desarrolla. También el inconveniente se presenta cuando los ingresos brutos tienen su generación en distintas competencias municipales, en este punto es necesario sujetarse y recurrir a las disposiciones del convenio multilateral en su cuestionado art. 35. Todo esto afecta gravemente al contribuyente porque no logra desarrollar su actividad económica con certeza y seguridad jurídica.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria entiende que la tasa se encuentra legítimamente graduada, si hay una relación o proporcionalidad entre el costo de la prestación del servicio público divisible realizado por ente municipal y el monto de lo recaudado<sup>43</sup>. Así lo entendió la Corte al expresar: “*El pago de tasas o servicios (...) finca en una contraprestación aproximadamente equivalente al costo del servicio prestado*”<sup>44</sup>. Ha señalado García Belsunce que la cuantía global de lo recaudado no puede superar razonablemente el costo del servicio y no puede admitirse que el ingreso obtenido con el tributo recaudado se financien otros servicios o funciones gubernativas<sup>45</sup>. Con respecto al costo del servicio, se entiende que este debe incluir los costos directos y los costos indirectos que integran la estructura comunal que se necesita para la prestación del servicio, dado que sin municipio el servicio no sería posible de ser prestado, señala Álvarez Echague, tomando una posición intermedia si se quiere<sup>46</sup>.

También se ha discutido la procedencia y la legitimidad de la graduación de la tasa cuando se la mide tomando en cuenta la capacidad económica del contribuyente. La capacidad contributiva<sup>47</sup> es un criterio constitucional que se aplica a todos los tributos, pero

<sup>42</sup> Fallos: 286-301 del 13/09/1973; S.A. “indunorC.I.F.I.yF c. Provincia de Chaco”.

<sup>43</sup> En: Álvarez Echagüe, Juan Manuel. Los Municipios, las tasas y la razonable proporcionalidad entre lo recaudado y el costo del servicio.

<sup>44</sup> Fallos 192:139234:663.

<sup>45</sup> En: García Belsunce, H. (1982) *Temas de Derecho Tributario*. Abeledo-Perrot (p. 227).

<sup>46</sup> Lo que se pretende con la aplicación de este principio es que, quienes desarrollan actividades económicas, destinatarios del servicio de inspección, absorban los costos que dicho servicio implica y lo redistribuyan en base a su capacidad contributiva. Su utilización no puede perseguir recaudación que exceda el costo global del servicio que esta tasa financia, por el contrario, que la distribución de dicho costo entre el grupo de contribuyentes sea justo, razonable y equitativa, pero esto sería muy difícil de advertir porque el municipio de Villa Mercedes no publica sus gastos.

<sup>47</sup> “La capacidad contributiva es la ‘aptitud económico-social’ para contribuir al sostenimiento del Estado. Si bien se la vincula con el principio del sacrificio, puede enfocársela también considerando las posibilidades de un individuo, más que su sacrificio. A la capacidad contributiva se

establecer la cuantía de una tasa teniendo únicamente en cuenta la capacidad o importancia económica de una empresa, tomando para ello como medida a los ingresos brutos, conduce muchas veces a que la determinación del monto que se debe abonar sea ilegítimo por resultar violatorio de los principios constitucionales de igualdad y razonabilidad<sup>48</sup>: “El principio de capacidad contributiva, ya que el monto individual de la tasa a abonar se establecerá básicamente teniendo en cuenta el costo del servicio individualmente determinado, pero tomando como criterio de cuantificación a la capacidad económica individual de cada sujeto obligado, postura esta que ha sido avalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación...”<sup>49</sup>.

El Código Tributario de Villa Mercedes, en su art.153, establece que la cuantía de lo que se debe abonar por tasa de seguridad e higiene se determina por: **1.** Por un importe fijo. **2.** Por aplicación de una alícuota sobre los ingresos brutos. **3.** Por cualquier otro índice o parámetro que contemple las particularidades de determinadas actividades y se adopte como medida del hecho imponible o servicio retribuido. **4.** Por la aplicación combinada de alguno los criterios mencionados en los incisos precedentes.

Cuando la determinación del monto se realiza por una alícuota sobre los ingresos brutos el art. 154 conceptualiza lo que se debe entender por tal concepto, al expresar: “... *se considera ingresos brutos la suma total devengada en cada periodo fiscal por la venta habitual de bienes en general, la remuneración total obtenida por la prestación de servicios o cualquier otro pago en retribución de la actividad gravada*”.

Es necesario señalar que la capacidad contributiva no es el elemento esencial de las tasas. El elemento fundamental de las tasas *es la prestación efectiva del servicio por parte del estado municipal*, la capacidad contributiva es condición de procedencia de las tasas, esto implica que sin capacidad contributiva no hay tasa, pero que haya capacidad contributiva no significa que haya tasa<sup>50</sup>.

La utilización de la capacidad contributiva como criterio de cuantificación por parte del Código Tributario Local para la categoría denominada *grandes contribuyentes*, conduce a que empresas deban abonar importes por tasa de seguridad e higiene irrazonables, desproporcionados y disociados del servicio que presta el municipio, que en casi la totalidad de los casos no se verifica porque el municipio no realiza las inspecciones<sup>51</sup>.

Cuando una actividad lucrativa es desarrollada habitualmente en más de una jurisdicción, el art. 150 del CTM nos dice que si el contribuyente tiene sede central o sucursal en ámbito de competencia de la comuna; o realiza su actividad a través de terceros, con o sin relación de dependencia; o realiza *gastos*<sup>52</sup> dentro del ejido municipal, la base

---

la mide por índices (patrimonio, renta) o por indicios (gastos, salarios pagados, transacciones, etc.)”. Tomado de: García Vizcaíno, C. (1999). *Derecho Tributario*. Ed. Depalma (T. 1, p. 55).

<sup>48</sup>Sentencia del 21-9-00, Impuestos LVIII-B-2015, con comentario de Daniel Malvestiti.

<sup>49</sup> En: Álvarez Echagüe, Juan Manuel. Los Municipios, las tasas y la razonable proporcionalidad entre lo recaudado y el costo del servicio.

<sup>50</sup>En: Simón-Acosta, E. (1974) “Las Tasas en el Ordenamiento Tributario Español”. En: *Las tasas de las entidades locales (El Hecho Imponible)*. Editorial Aranzadi.

<sup>51</sup>“La naturaleza jurídica de la tasa no viene dada exclusivamente por el hecho imponible, sino que resulta de la armoniosa interacción entre éste y la base imponible, de modo que estaremos frente a una genuina tasa en la medida que el hecho imponible de la norma respectiva describa un servicio divisible, y siempre que en la base imponible se atienda exclusiva y objetivamente a medir el costo de dicho servicio, prescindiendo de toda referencia a la capacidad contributiva del administrado, a menos que sea para liberar de tributar a quien manifiestamente carece de dicha capacidad”. En: Álvaro Luna Requena, “Inaplicabilidad del principio de capacidad contributiva a las tasas”. *Revista Argentina de Derecho Tributario* (Nº2, Buenos Aires, Abril-Junio 2002, pp. 451 y ss).

<sup>52</sup>Los gastos son decrementos en el patrimonio neto de la empresa, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, de reconocimiento o aumentos de pasivos, siempre que no

imponible de la tasa se determina sobre el *total de los ingresos brutos* del Gran Contribuyente siguiendo las normas del Convenio Multilateral.

Como se puede advertir, por una parte, se pretenden gravar las erogaciones (“realiza gastos”) que ejecuta una actividad comercial o empresaria, considerando que ese gasto es una manifestación de actividad lucrativa o de riqueza, aquí el legislador comunal se escapa del concepto de ingresos brutos para inmiscuirse directamente en otro impuesto.

Por otra parte, debemos señalar que el Convenio Multilateral en su art. 35 establece tres criterios: en primer lugar, fija un tope al cual deben someterse las comunas que pertenecen a una misma provincia, porque estas solamente pueden gravar conjuntamente la base imponible de la provincia que integran. El segundo criterio fijado es el que establece que la base imponible se distribuye entre los Municipios de una misma provincia siguiendo los parámetros fijados por los convenios intermunicipales, pero si no hay acuerdo entre las comunas se debe seguir al Convenio Multilateral. Por último, si las normas comunales exigen la existencia de un local o asentamiento físico dentro de la jurisdicción, en este caso el municipio donde el contribuyente tiene habilitación puede gravar el cien por ciento del monto imponible que le corresponde a la provincia.

La Ordenanza Impositiva Anual para el ejercicio del año 2022, nos dice que pertenecen a la categoría de Grandes Contribuyentes aquellos que en el año calendario anterior han obtenido ingresos brutos netos de IVA a nivel país por un importe superior \$11.000.000,00. Y se establece 2 ‰ como la alícuota general, la cual se aplica sobre los ingresos brutos. Aquí debemos señalar una vez más que las municipalidades poseen potestad tributaria dentro de su ámbito comunal y únicamente pueden gravar las expresiones económicas que se desarrollan dentro de límites territoriales en donde tienen competencia tributaria.

Este punto nos obliga a referirnos al reciente y trascendental fallo de la Corte en los autos “Eso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa” del 21 de septiembre 2021, circunscribiéndonos a la cuantificación de esta tasa cuando se toma como base a los ingresos brutos. Debemos decir que luego de 20 años la Corte se expidió en un fallo, de contenido económico, el cual evitó referirse al caduco Sistema Tributario Argentino; si bien reconoció que los municipios están sujetos a los límites y exigencias constitucionales que rigen en tributación, manifestó que las tasas garantizan la subsistencia de las comunas y, en consecuencia, su autonomía.

El Alto Tribunal admitió la utilización de los ingresos brutos como mecanismo de medición de la base imponible respecto de la tasa de Seguridad e Higiene. Y agregó que no se puede afirmar la ilegitimidad del tributo porque el monto a pagar no tenga estricta relación con el costo del servicio. Con respecto a la potestad que tienen los municipios de gravar actividades desarrolladas fuera de su jurisdicción, la Corte omitió referirse sobre el artículo 35 tercer párrafo del Convenio Multilateral, expresando “el Convenio Multilateral forma parte del derecho público local” (considerando quinto)<sup>53</sup>.

Las derivaciones del fallo preocupan porque ensanchan la discrecionalidad de las comunas al momento de establecer las tasas y fijar su monto. Los municipios no estarían

---

tengan la consideración en distribuciones, monetarias o no, a los socios o propietarios. Gravar los gastos constituye en términos coloquiales, un dislate.

<sup>53</sup>Lamentablemente, el uso de los ingresos brutos como elemento integrador de la base imponible de la Tasa de Seguridad e Higiene ha sido avalado por el no Convenio Multilateral, pacto celebrado entre todas las Provincias en el año 1977. Este Convenio tuvo por finalidad establecer mecanismos que evitaran la doble imposición del impuesto sobre los ingresos brutos, pero sin embargo el art. 35 de este convenio reguló al mismo tiempo una hipótesis de hecho respecto de tasas municipales donde la base imponible recae precisamente sobre los ingresos brutos fijando directrices para distribuir dicha base cuando un mismo y único contribuyente tienen locales en varios municipios, configurándose un oxímoron normativo.

obstaculizados para fijar su cuantía tomando como referencia a tributos nacionales sobre el patrimonio, renta o consumo dado que también reflejan capacidad contributiva y la información está disponible para las comunas, aunque nada tenga que ver con el servicio de seguridad e higiene que las comunas deben o deberían prestar. Aunque las consideraciones vertidas por Lorenzetti, le dan esperanza al contribuyente, pero es un asunto ajeno al tema que tratamos.

## Conclusiones

En la tasa de seguridad e higiene, tal como ha sido regulada en el código tributario para la ciudad de Villa Mercedes, se advierten las siguientes cuestiones:

Queda alcanzado por esta tasa todo aquel que realice de modo habitual cualquier actividad comercial, industrial, de servicios a título oneroso, y aunque no lo exprese la norma, siempre que se realice dentro del ámbito de competencia del municipio. Como se puede advertir, este presupuesto es similar o idéntico al hecho imponible del impuesto sobre los ingresos brutos<sup>54</sup>.

La prestación de los servicios de inspección, seguridad, higiene y salubridad, debe ser efectivamente realizada por el municipio<sup>55</sup>. ¿Por qué? El deber del contribuyente de pagar la tasa nace cuando el *Estado Municipal* presta de modo concreto y efectivo el servicio de inspección. La norma omite exigir la existencia de un local, oficina, instalación, un establecimiento dentro del ejido municipal en donde se verifique la inspección, y dicho requerimiento constituye un requisito indispensable para validez y exigencia de esta tasa. Sin local no es posible la inspección y esta constituye el hecho que genera la obligación de pagar la tasa. Estamos ante una omisión deliberada del legislador comunal, dado que se pretende abarcar a todos aquellos que realicen dentro de la comuna, alguna actividad onerosa aun cuando no posea un asiento físico dentro del ejido municipal, pero sin un local habilitado, no hay inspección y por lo tanto no hay obligación, ni derecho de exigir su pago. Lamentablemente nuestra comuna exige el pago de esta tasa, aun cuando en la inmensa mayoría de los casos no realiza la correspondiente inspección. Esta circunstancia habilita al contribuyente a oponerse al pago o a cuestionar lo abonado porque la comuna constriñe a los que están alcanzados por este tributo como si se tratara de un impuesto.

El legislador comunal ha tratado de enmascarar la no exigencia de un local, intentando justificar su procedencia, recurriendo a una enumeración genérica de servicios. Pero tal como ha sido regulado normativamente este tributo, se puede inferir que estamos ante una tasa que retribuye servicios generales o indivisibles que abarca a toda la población

<sup>54</sup>En tal sentido se expresan: Bulit Goñi, E. G. (1997). *Impuesto sobre los ingresos brutos*. Ediciones Depalma (2ª edición, Buenos Aires, p. 5 y ss.); y Casas, O. J. (coord.) “Naturaleza jurídica de los municipios. Exigencias de la ley de coparticipación federal en materia de tributos municipales”. En: *Derecho Tributario Municipal* (2001, 1ª edición, p. 184) Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.

<sup>55</sup>La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) viene sosteniendo desde hace muchos años que el cobro de una tasa debe necesariamente corresponderse con la prestación de un servicio concreto, efectivo e individualizado a favor de un bien o acto del contribuyente (ver, por ej., Fallos 332:1503). En la causa “Quilpe S.A. - Inconstitucionalidad”, la CSJN expresó en el considerando 4º: “La corte ha expresado en reiteradas oportunidades que la tasa es una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, que si bien tiene una estructura jurídica análoga al impuesto, se diferencia de este por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquel, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50 y 222; 312:1575; 323:3770; 326:4251; 332:1503, entre otros)”. Asimismo, el Alto Tribunal asevera que la carga de la prueba de que el servicio fue efectivamente prestado corresponde a los municipios y no a quienes pagan las tasas (Fallos 335:1987).

sin una estricta vinculación directa con el obligado legal al pago, en consecuencia, este tributo presenta características que lo ubica dentro de los impuestos. Además, los servicios que enumera la norma ya se encuentran alcanzados por otras tasas vigentes.

Para determinar la suma que deben abonar aquellos obligados al pago categorizados como Grandes Contribuyentes, se utiliza como base imponible a los ingresos brutos para determinar su cuantía. Esto desnaturaliza a las tasas, dado que lo esencial es la efectiva prestación del servicio; y se debe cuantificar tomando en cuenta el costo total del servicio, no la capacidad contributiva de contribuyente. Esto genera, muchas veces, una notable desproporción entre el costo del servicio y lo que la comuna recauda por este tributo. Además, provoca desigualdades, porque que no es lo mismo inspeccionar a un banco que inspeccionar a una fábrica metalúrgica -pyme-; porque la capacidad contributiva de la entidad bancaria puede ser varias veces superior a la capacidad económica de una fábrica metalúrgica -pyme-; y la inspección de la entidad es muy simple, sin mayores costos, a diferencia de la inspección de la metalúrgica.

Generalmente la comuna no cumple con su obligación de prestar el servicio de inspección de salubridad, seguridad e higiene. Por dicha razón, entendemos que sería adecuado y necesario que cada contribuyente lleve un libro de actas de inspección, a los fines de constatar la efectiva prestación del servicio y esto le permitiría a la comuna justificar la legalidad y procedencia de la tasa cuyo cobro exige.

La tasa de seguridad e higiene presenta grandes dificultades en todas las comunas sobre todo porque esta tasa se ha convertido prácticamente en un impuesto, dado que el contribuyente no recibe ningún servicio como contraprestación; porque se abonan sumas desproporcionadas, esto se evidencia en aquellos que poseen mayor capacidad contributiva. Se puede decir que atenta contra la generación genuina de riqueza y de empleos, que un mismo *proceso productivo sea gravado por varios tributos exigidos por diferentes niveles de gobiernos*<sup>56</sup>. Nuestro ordenamiento jurídico tributario comunal, siguiendo las pautas de la ordenanza impositiva anual, les exige a los categorizados como Grandes Contribuyentes, entre el 2‰ al 6‰ de sus ingresos brutos; y algunos pueden llegar a abonar anualmente, un poco más de cinco millones de pesos, por sencillos controles de higiene, salubridad y seguridad que no se realizan. Se advierte que la capacidad contributiva es utilizada, no para evitar que quien carece de dicha capacidad quede exento de pago, muy por el contrario, sino para medir su base imponible, exigiendo más a quien posee mayor capacidad, independientemente del costo del servicio, que en la inmensa mayoría de los casos, la comuna mercedina no lo presta -reitero una vez más-.

El actual esquema de distribución de las competencias tributarias, que se basa en la ley convenio de coparticipación federal, resulta claramente agredido por las comunas que quiebran los límites fijados por el mismo, creando tributos que son impuestos con la denominación tasas, a las cuales nuestro Código Tributario Comunal denomina erróneamente Contribuciones. No se puede seguir financiando el gasto público, el déficit fiscal a través de tributos más costos; este es un punto más que motiva la necesidad de una impostergable reformulación del sistema tributario argentino, cuestión que resulta urgente, pero a la vez lejana.

---

<sup>56</sup> “Valga a título de ejemplo, el señalar que el producto de las ventas de un negocio o de las prestaciones de servicios es la base imponible del impuesto nacional al valor agregado; con ciertas deducciones para llegar al ingreso neto del impuesto a las ganancias; en ciertos productos de los impuestos internos al consumo: del impuesto provincial a las actividades lucrativas (Ingresos Brutos) y de las tasas municipales por derechos de inspección, habilitación o como quiera llamársele.” En: García Belsunce, H. (1982) *Temas de Derecho Tributario*. Abeledo-Perrot (pág. 212).

## Bibliografía

**Almada, L. y Matich, C.** (2009) *Las Tasas Municipales en el Ámbito Tributario* (1ª ed.) La Ley. Buenos Aires.

**Álvarez Echagüe, Juan Manuel.** “Los Municipios, las tasas y la razonable proporcionalidad entre lo recaudado y el costo del servicio”. En: Casás, J.O. (coord., 2002) *Derecho tributario municipal*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires.

**Bulit Goñi, Enrique G.** (1997) *Impuesto sobre los ingresos brutos*. (2ª edición) Ediciones Depalma. Buenos Aires.

----- (2002) *Derecho Tributario provincial y municipal*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.

----- (Dir., 2008) *Tasas Municipales*. Editorial Lexis Nexis.

**Casás, O. J.** (Coord., 2002) *Derecho Tributario Municipal*. (1ª edición) Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.

Código Tributario de Villa Mercedes. Ordenanza N°661-HyP/O/2015.

**Ferreiro Lapatza, J:J.** (1997) *Curso de Derecho Financiero Español*. Marcial Pons.

**García Belsunce, H.** (1982) *Temas de Derecho Tributario*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

**García Vizcaíno, C.** (2000) *Derecho Tributario*. (Tomo I. 2ª ed.) Editorial Depalma.

**Giuliani Fonrouge, C.M.** (2004) *Derecho Financiero*. (Tomo I. 9ª ed.) La Ley. Bs.As.

**Jarach, Dino** (1983) *Finanzas públicas y derecho tributario*. Ed. Cangallo. Bs. As.

**Llanos, Gonzalo J.** (2008) “La tasa por inspección de seguridad e higiene”. En: Bulit Goñi, Enrique G. (Dir) *Tasas Municipales*. (Tomo II) Lexis Nexis. Buenos Aires.

**Luqui, Juan C.** (1989) *La obligación tributaria*. Editorial Depalma.

Ordenanza Impositiva Anual para el año 2022. Ordenanza N°1131-HyP/O/2021.

**Rosatti, H. D.** (2012) *Tratado de Derecho Municipal*. Ed. Rubinzal-Culzoni.

**Simón-Acosta, E.** (1974) “Las Tasas En el Ordenamiento Tributario Español”. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra.

----- (1999) *Las Tasas De Las Entidades Locales (El Hecho Imponible)*. Editorial Aranzadi.

**Valdés Costa, Ramón** (1996) *Curso de derecho Tributario*. Editorial BdeF. Buenos Aires.

**Villegas, V.** (2001) *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. (7ª ed) Ed. Depalma.





# PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EN LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

**Pablo Martín Perot** <sup>57</sup>

Universidad Nacional de Mar del Plata  
pmperot@yahoo.com.ar

**Resumen:** El trabajo analiza cómo se deberían decidir los casos de agresiones sexuales perpetradas contra menores de edad, que han sido cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de las leyes 26705 y 27206; pero que deben resolverse con posterioridad. Para ello se reconstruyen los argumentos ofrecidos en diferentes decisiones judiciales, identificando dos posiciones básicas: la estrategia de la prescripción y la estrategia de la tutela judicial. Luego, se precisa de qué forma debe comprenderse la controversia para no caer en un planteo ingenuo, que distorsione los argumentos que ambas estrategias ofrecen. Se concluye señalando que, en algunas situaciones, resulta claro cómo resolver la cuestión, sin abandonar una visión garantista del derecho penal, sea declarando la prescripción para garantizar los derechos del imputado, pero sin burlar la tutela de la víctima; o admitiendo la vigencia de la acción penal para asegurar esa tutela, pero sin restringir aquellos derechos.

**Palabras claves:** prescripción – tutela judicial – abusos sexuales

**Abstract:** The paper analyzes how cases of sexual aggressions perpetrated against minors, which have been committed prior to the entry into force of laws 26705 and 27206, should be resolved afterwards. To this end, the arguments offered in different judicial decisions are reconstructed, identifying two basic positions: the strategy of prescription and the strategy of judicial protection. Then, it is specified how the controversy should be understood in order not to fall into a naive approach that distorts the arguments offered by both strategies. It concludes by pointing out that, in some situations, it is clear how to resolve the issue, without abandoning a guaranteeing vision of criminal law, either by declaring the statute of limitations to guarantee the rights of the accused, but without circumventing the protection of the victim; or by admitting the validity of the criminal action to ensure such protection, but without restricting those rights.

**Keywords:** prescription – effective legal protection – sexual assault

---

<sup>57</sup> Abogado. Docente de la asignatura Teoría General del Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Miembro del grupo de investigación *Explicación y comprensión* de la misma universidad. Auxiliar letrado del Juzgado en lo Correccional N° 5 de Mar del Plata.

## 1. Las reformas introducidas por las leyes 26.705 y 27.206

Antes de la entrada en vigor de la ley 26.705 (BO: 05/10/2011), denominada «Ley Piazza», para los casos de abusos sexuales contra menores regían las pautas generales del Código Penal respecto de la prescripción de la acción penal. En ese contexto normativo, podían darse situaciones en las que la víctima menor de edad viese por completo frustrado su derecho a la tutela judicial; dado que, al momento del hecho, no tenía legitimación propia para denunciar porque la ley se lo impedía (arts. 71, inc. 1, y 72 del CP) y, al adquirir la mayoría de edad, la acción ya podía haber prescrito. La mentada ley modificó los plazos de prescripción relativos a ciertos delitos contra la integridad sexual al establecer que, cuando la víctima fuera menor de edad, el transcurso de esos plazos se suspendería, comenzando a correr desde el día en que ella hubiera alcanzado la mayoría de edad.<sup>58</sup>

El debate parlamentario que condujo a la sanción de la ley 27.206 (BO: 10/11/2015) se inició alegando que la ley 26.705 todavía dejaba cierto margen de impunidad, porque impedía investigar los hechos que se denunciaban luego de vencidos los plazos de prescripción contados como ella lo disponía. La labor legislativa se inició en la Cámara de Senadores con la propuesta de establecer la imprescriptibilidad de los abusos sexuales cuando la víctima fuere menor de edad. Una vez ingresado el proyecto a la Cámara de Diputados, si bien una minoría propuso rechazar la reforma porque la flexibilidad del plazo atentaba contra la garantía de ser juzgado sin dilaciones indebidas<sup>59</sup>, el proyecto se aprobó estableciendo un nuevo régimen para la prescripción de la acción en tales casos (Magio y Puig 2019).

En la nueva normativa, a diferencia de lo que sucedía con el régimen derogado, el plazo de prescripción se suspende desde la comisión del delito hasta que se verifique alguna de las condiciones que expresamente se indican como hito inicial de ese plazo. Teniendo presente que siempre debe tratarse de casos en los que la víctima sea menor de edad, para que el plazo de prescripción inicie su curso debe darse alguna de las siguientes condiciones: a) que ella formule la denuncia siendo mayor de edad; b) que ratifique la denuncia que sus representantes legales formularon cuando era menor; o, c) si como consecuencia del delito se provocó su muerte, que se llegue al día en el que la víctima hubiera adquirido la mayoría de edad.

Uno de los problemas que surgieron luego de promulgadas las leyes 26.705 y 27.206 es cómo deben tratarse los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor; pero que son juzgados con posterioridad a ella. En lo que sigue se distinguirán dos posiciones o estrategias básicas para enfrentar tal problema, que pueden identificarse en algunas decisiones judiciales que resolvieron ese tipo de casos. Luego, se precisará de qué forma debe comprenderse la controversia para no caer en un planteo ingenuo o pueril de la misma, que distorsione los argumentos que ofrece cada una de las alternativas.

## 2. Estrategia de la prescripción

<sup>58</sup> La ley 27.455 (BO 25/10/2018) modificó el artículo 72 del Código Penal en lo que concierne a las acciones dependientes de instancia privada, disponiendo que, para los delitos previstos por los arts. 119, 120 y 130 del mismo Código, se procederá de oficio cuando la víctima fuere menor de dieciocho años o haya sido declarada incapaz.

<sup>59</sup> En el trabajo se utilizarán como sinónimos las expresiones «derecho a ser juzgado en un plazo razonable», «sin dilaciones indebidas», «derecho a un juicio rápido» y «la prohibición de duración excesiva del proceso penal». Daniel Pastor, en cambio, prefiere la primera de las denominaciones porque la considera mejor desde un punto de vista técnico, dado que aportaría una precisión insuperable al establecer la noción de «plazo», la que se encontraría determinada con toda exactitud por el derecho procesal penal (Pastor, 2002:48 y Pastor, 2004:55-56).

En la práctica forense se han adoptado decisiones judiciales que, más allá de las diferencias significativas entre los casos individuales resueltos y la riqueza de argumentos que se brindaron como justificación, es posible agrupar en dos posiciones o estrategias básicas, en función a la respuesta afirmativa o negativa que ofrezcan a la siguiente incógnita: *¿se deben aplicar las normas del Código Penal vigentes al momento del hecho y, por ende, declarar prescriptas las acciones penales que emanan de las agresiones sexuales perpetradas contra menores antes de la sanción de las leyes 26.705 y 27.206?*

La posición básica que responde de forma afirmativa esa pregunta será denominada estrategia de la prescripción.<sup>60</sup> Desde tal perspectiva, las agresiones sexuales cometidas contra menores con anterioridad a la entrada en vigor de las leyes 26.705 y 27.206, deben considerarse prescriptas si transcurrieron los plazos establecidos por el Código Penal al momento de perpetrarse los hechos. Se afirma, en tal sentido, que el derecho a la tutela judicial de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como el correlativo deber del Estado de investigarlos y sancionarlos, deben conjugarse con otros principios y derechos que poseen idéntico rango y juegan en favor de la situación de los imputados de tales delitos.

En especial, quienes participan de esta posición consideran que debe respetarse el principio de legalidad penal. De conformidad con la referida máxima, por mucho que una conducta sea socialmente nociva y reveladora de necesidad de castigo, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente deletérea, sería el precio que se ha de pagar por la seguridad jurídica y la falta de arbitrariedad, es decir, por hacer que la aplicación de la potestad punitiva del Estado sea calculable. Las exigencias del principio de legalidad tradicionalmente se traducen en prohibiciones, una de las cuales consiste, precisamente, en la prohibición de retroactividad o *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Ella exige que la punibilidad del hecho esté declarada y determinada legalmente antes de su realización (Roxin, 1992:137-138 y 140-141).

En nuestro sistema jurídico el principio de legalidad posee rango constitucional, dado que no sólo forma parte de las prescripciones contenidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional; sino que también está reconocido en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 15 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP). Desde esta posición, además, se destaca que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido desde el fallo “Mirás” (Fallos: 287:76) que el instituto de la prescripción es alcanzado por el principio de legalidad dado que “... cabe sin duda alguna en el concepto de ley penal, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadores del régimen de extinción de la pretensión punitiva”.<sup>61</sup>

Para la estrategia de la prescripción, la tutela judicial de las víctimas debe congeniarse con las garantías que protegen al imputado en el marco de un proceso penal, en particular, con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Recientemente, en los fallos

<sup>60</sup> Los argumentos que componen la estrategia de la prescripción pueden encontrarse en las siguientes decisiones: C. Nac. Crim. y Correc. CABA, Sala IV, 09/04/2013, causa “S. A. J. H.”; C. Nac. Crim. y Correc. CABA, sala IV, 15/10/2013, causa “B. A., H. R.”; C. Nac. Crim. y Correc. CABA, Sala 5, 15/09/2014, causa “A., J.”; C. Fed. de Cas. Pen. CABA, Sala IV, 22/03/2016, causa “A., J.”, voto de la minoría; C. Nac. Crim. y Correc. CABA, Sala VI, 25/10/2017, causa “M., P.”, voto de la mayoría; C. Ap. y Gar. Pen. Mar del Plata, Sala II, 01/10/2018, causa “L., H. O.”, voto minoría; C. Nac. Cas. Crim. y Correc. CABA, Sala III, 18/12/2018, causa “F., N.”, voto mayoría; C. Nac. Cas. Crim. y Correc. CABA, Sala II, 01/02/2019, causa “M., P.”; C. Nac. Crim. y Correc. CABA, Sala VI, 29/04/2019, causa “C., G.”; Trib. Impug. Salta, Sala IV, 16/07/2019, causa “A., J. C.”.

<sup>61</sup> La CADH y el PIDCP no parecen admitir a primera vista una interpretación tan amplia, pero por aplicación del principio *pro homine*, debería preferirse la aplicación del artículo 18 de la Constitución Nacional conforme la interpretación citada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

“Espíndola” (Fallos: 342:584) y “Escudero” (Fallos: 344:378), la Corte Suprema de la Nación Argentina reafirmó que el mentado derecho posee rango constitucional, no sólo por ser un corolario del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN), sino también por estar previsto expresamente como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a la justicia en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 8.1 de la CADH y art. 14.3 del PIDCP, en función del art. 75, inc. 22, de la CN). El Alto Tribunal subrayó que, en sus propios precedentes y a partir del marco normativo descripto, ya se había fijado una línea clara acerca de cuáles eran las pautas que deben considerarse en materia de plazo razonable de duración del proceso penal. Específicamente, recurrió a “Mattei” (Fallos: 272:188) para sostener que existe afectación de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, toda vez que la prosecución de un pleito indebidamente prolongado conculque el derecho de defensa de los acusados, debiendo resolverse esa cuestión en forma previa a todas las demás. También invocó “Barra” (Fallos: 327:327) para aseverar que la garantía prevalece frente a las reglas del derecho común que impiden su realización efectiva, en particular, que es independiente de los plazos generales que el legislador ordinario impone teniendo en mira clases de casos, como lo serían los términos de prescripción de la acción penal. En lo que se refiere a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacó que ella atendió a cuatro elementos para evaluar la razonabilidad de la duración de un proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada.

En definitiva, a partir de la estrategia de la prescripción se concluye que, cuando han transcurrido los plazos de prescripción, contados de acuerdo con la legislación vigente al momento de los hechos, debe declararse la extinción de la acción penal de los delitos contra la integridad sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes. Ello debe ser así porque la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206 sería contraria al principio de legalidad penal, en la medida en que sus disposiciones amplían los plazos de prescripción, perjudicando la situación de los imputados y cercenando su derecho a ser juzgados en un plazo razonable.

### 3. Estrategia de la tutela judicial

Una respuesta negativa a la pregunta de si se deben aplicar las normas del Código Penal vigentes al momento del hecho y, por ende, declarar prescriptas las acciones penales que emanan de las agresiones sexuales perpetradas contra menores de edad antes de la sanción de las leyes 26.705 y 27.206, es ofrecida por la posición que será denominada *estrategia de la tutela judicial*.<sup>62</sup> Desde este punto de vista, se destaca que el derecho a la tutela judicial efectiva brinda un sólido sustento a las leyes referidas, sobre todo si se repara que las víctimas de los delitos a los que ellas se refieren disfrutaran de una triple protección.

En primer lugar, gozan de la protección que en general se confiere a toda persona de conformidad con los artículos 8.1 y 25 la CADH y 14.1 del PIDCP. Entre las exigencias básicas del derecho a la tutela judicial se encuentran la posibilidad de acceder a la jurisdicción, a participar en un debido proceso que culmine con una decisión final y a la

<sup>62</sup> Los argumentos que componen la estrategia de la tutela judicial pueden verse en las siguientes decisiones: C. Fed. de Cas. Pen. CABA, Sala IV, 22/03/2016, causa “A., J.”, voto de la mayoría; C. Nac. Crim. y Correc. CABA, Sala VI, 25/10/2017, causa “M., P.”, voto de la minoría; C. Ap. y Gar. Pen. Mar del Plata, Sala II, 01/10/2018, causa “L., H. O.”, voto mayoría; C. Nac. Cas. Crim. y Correc. CABA, Sala III, 18/12/2018, causa “F., N.”, voto minoría; Trib. Impug. Salta, Sala IV, 19/12/2018, causa “L., E. R.”; C. Ap. y Gar. Pen. La Plata, Sala IV, 07/03/2019, causa “O. L.”; Sup. Trib. Chaco, Sala II Crim. y Correc., 3/05/2019, causa “N. M. E.”; C. 1ra Ap. Crim. y Corr. Formosa, 30/07/2019, causa “B., J. D.”

efectividad de esa decisión. Es decir, el derecho no se agota en la posibilidad de reclamar ante la justicia, ni en el desarrollo de un procedimiento con las debidas garantías; sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que se determine la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen. El derecho quedaría satisfecho, aunque se rechace la pretensión articulada, siempre que el rechazo esté justificado (González Pérez, 1989:43-44; Cafferata Nores, 2008:53-54).

En segundo lugar, disfrutan de la protección especial que se concede a los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece la obligación de los Estados de adoptar medidas tendientes a asegurar al menor de edad la protección y el cuidado necesarios para su bienestar en general y, más específicamente, la protección de su indemnidad sexual. La consideración primordial que se debe otorgar al interés de los niños también ha sido prescripta en el ámbito interno por el artículo 3 de la ley 26.061, al establecer que, si existe un conflicto entre los derechos e intereses de los menores frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberá prevalecer “el interés superior del niño”.

Por último, también gozan de la especial protección que se confiere a las mujeres, que en la gran mayoría de los casos son las víctimas de las agresiones sexuales sufridas por menores. En el ámbito internacional el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra la mujer tiene su fuente en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”). Mientras que en el ámbito interno la ley 26.485 de protección integral de las mujeres garantiza los derechos reconocidos tanto por la Convención de Belem do Pará como por la CDN, en particular la integridad sexual de las mujeres (art. 3), y tiene por objeto promover y garantizar el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia (art. 2).

Uno de los argumentos más sólidos de esta estrategia radica en que el derecho a la tutela judicial de las víctimas posee rango constitucional gracias al estatus que le otorga el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional a la CADH, al PIDCP y a la CDN. Por tal razón, se afirma que no se pueden oponer las normas del Código Penal que regulaban la prescripción como fundamento para desconocer el derecho a la tutela judicial, en la medida en que las disposiciones que garantizan ese derecho estaban vigentes al momento de los hechos y que, desde entonces, ya formaban parte del bloque constitucional, por lo que claramente poseen una jerarquía superior a las normas del Código Penal que regulaban los plazos de prescripción.

En definitiva, a partir de la estrategia de la tutela judicial se concluye que no se debe declarar la extinción de las acciones penales que emergen de los delitos contra la integridad sexual de menores cometidos antes de la entrada en vigor de las leyes 26.705 y 27.206, aunque según las reglas del Código Penal vigente al momento de los hechos los plazos de prescripción hubieran transcurrido en su totalidad; porque esas reglas entran en conflicto con las normas de rango constitucional que garantizan el derecho a la tutela judicial de niñas y niños, las que también se hallaban vigentes al momento de los hechos.

#### **4. La propuesta de Caramuti y Graña**

Comentando un fallo dictado por el Tribunal de Impugnaciones de Salta<sup>63</sup>, Carlos Caramuti y Matías Graña efectúan una defensa de la estrategia de la tutela judicial, cuyo análisis puede resultar sumamente útil como punto de partida para identificar el problema normativo que subyace al enfrentamiento entre las dos posiciones discriminadas (Caramuti y Graña, 2019). Los autores conciben la cuestión señalando que se verifica una relación

<sup>63</sup> Trib. Impug. Salta, Sala IV, 19/12/2018, causa “L., E. R.”.

conflictiva o tensión entre el instituto de la prescripción de la acción penal y los derechos de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva de las víctimas de abuso sexual infantil. Ciñen el ámbito fáctico del problema a aquellos casos en los que efectivamente han operado los plazos legales de prescripción vigentes en el Código Penal a la fecha de los hechos del caso; pero en los que resulta evidente que la víctima no ha podido instar oportunamente la puesta en funcionamiento de los mecanismos estatales de investigación penal, y ese impedimento fáctico aparece como una circunstancia esencial para que hayan operado los plazos de prescripción. Precisan que la tensión es mayor cuanto más vulnerable es la víctima, frente a un victimario especialmente poderoso o que goza del amparo o protección de una institución que le garantiza un importante nivel de impunidad. En breve, subrayan que la tensión aumenta proporcionalmente a medida que crece la desigualdad entre el imputado (poderoso) y la víctima (vulnerable). Explican que, en tales casos, la prescripción se vuelve un obstáculo al acceso a la justicia de las víctimas vulnerables, y se transforma en una herramienta al servicio de la impunidad de imputados poderosos.

La propuesta de los autores resulta interesante porque no se limita a resumir y elogiar los argumentos expuestos en la sentencia. Luego de manifestar que comparten la orientación que surge de la reforma legal en la Argentina sobre prescripción en los casos de abuso sexual infantil y la solución del fallo que comentan, afirman que resulta conveniente fijar estándares objetivos muy rigurosos, de interpretación restrictiva, para legitimar el apartamiento de las normas legales de prescripción. Aunque advierten que la casuística es muy diversa y siempre pueden presentarse circunstancias imprevistas, sin pretender agotar su enunciación, consideran que puede excluirse la prescripción en los casos donde concurran las siguientes circunstancias:

a) *Gravedad de los hechos*: debe tratarse de delitos que revistan especial gravedad, implicando violación de derechos humanos fundamentales, aunque no sea necesario que sean considerados de *lesa humanidad*.

b) *Vulnerabilidad especial de la víctima con relación al victimario*: además de ser menor de edad, rasgo que torna a la víctima vulnerable por sí misma, debe existir un contexto que denominan “de silencio y/o de inferioridad” en relación con el victimario, quien aparece en una posición preponderante o de poder frente a la víctima.

c) *Imposibilidad real de denunciar por amparo o tolerancia del poder*: la nota distintiva del amparo o tolerancia del poder estaría principalmente por el Estado, pero también podría producirse por otras instituciones que configuran un aparato o entramado socio cultural de poder en un tiempo y lugar determinados (instituciones religiosas; agrupaciones políticas; comunidades cerradas; etc.).

d) *Perduración de los efectos del delito*: las agresiones sexuales pueden tener severas consecuencias tanto físicas como psicológicas. En particular, destacan las dificultades que tienen las víctimas para interiorizar y comprender los abusos; la distorsión y represión del recuerdo de los hechos; la vergüenza; las barreras sociales y culturales que les impiden contar lo que les pasó. Indican que todo ello se potencia, en la medida en que no haya oportunidades reales de denunciar el hecho, sea por impotencia psicológica o por los altos costos de esa naturaleza que implica la exposición de hechos vividos como vergonzantes, con la carga adicional de tener que enfrentar a sus victimarios poderosos y, frecuentemente, con alto nivel de protección estatal o de instituciones que gozan de su reconocimiento.

A partir de lo anterior, los autores concluyen que puede excluirse la prescripción en los casos donde concurran estas circunstancias o estándares, teniendo en cuenta la obligación que recae sobre los jueces de llevar a cabo siempre un control de convencionalidad de las normas que aplican en los casos concretos, conforme al compromiso asumido por la Argentina (deber de garantía y de remover obstáculos internos; arts. 1º y 2º, CADH; en relación con el art. 27, Convención de Viena). En los supuestos en que el derecho no haya sido garantizado por las leyes, como sucedería en los casos de abuso sexual infantil que son

objeto de análisis, tocaría a los jueces subsanar la deficiencia y hacer efectivas las obligaciones internacionales asumidas. Como reflexión final y citando a Luigi Ferrajoli, enfatizan que hay que partir siempre de un estándar conforme al cual el derecho debe ponerse del lado del más débil y vulnerable, compensando el desequilibrio respecto del poderoso.

## 5. Un falso dilema: legalidad o tutela judicial

La propuesta de Caramuti y Graña resulta ambigua, dado que no es del todo claro cómo conciben la controversia que enfrenta a las estrategias de la prescripción y de la tutela judicial y, por ende, cuál es el alcance preciso de la posición que defienden. Antes de finalizar su trabajo realizan una serie de aclaraciones entre las que destacan que no existiría violación al principio de legalidad en los casos analizados. Ello se justificaría en que las conductas ilícitas imputadas efectivamente estaban prohibidas en el momento de los hechos y la prescripción no integraría el núcleo duro del principio de legalidad, en tanto no puede considerarse que el autor tome en cuenta la eventual prescripción de su acción al momento de cometer los hechos.

Este no parece ser un buen argumento para justificar la estrategia de la tutela judicial, fundamentalmente, por dos razones. En primer término, uno de los argumentos más convincentes de la estrategia de la prescripción radica en que a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia establecida en el caso “Mirás”, no se modificó ni siquiera en el tratamiento de los delitos de *lesa humanidad*. En “Priebke” y “Arancibia Clavel”, por ejemplo, se mantuvo que la prescripción estaba comprendida por el principio de legalidad; pero se admitió que las reglas de prescripción interna quedan desplazadas por las normas internacionales en los delitos de *lesa humanidad*. Los votos mayoritarios en “Arancibia Clavel”, salvo el del Ministro Petracchi, concordaron en que la aplicación del Derecho internacional no contradice el principio de irretroactividad de la ley penal, porque el Derecho de gentes reconocido por la Constitución Nacional afirmaba la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad* al momento de llevarse a cabo los hechos bajo juzgamiento. Es decir, si la retroactividad de las leyes que modifican los plazos de prescripción en perjuicio de los imputados fue rechazada por la Corte Suprema para los delitos de *lesa humanidad*, manteniendo la doctrina sentada en “Mirás” de que el principio de legalidad penal comprende las reglas que gobiernan el instituto de la prescripción; con mayor razón debería rechazarse en los delitos abarcados por las leyes 25.706 y 27.206 que, en general, como lo admiten Caramuti y Graña, no poseen tal carácter.

En segundo término, no resulta bueno el argumento propuesto porque pareciera suponer que, para dar sustento a la vigencia de las acciones penales en los casos objeto de análisis, sería necesario justificar que la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206 no afecta el principio de legalidad penal. En términos más generales, ello presupone que el conflicto entre las opciones en pugna podría presentarse como un dilema: o bien respetamos el principio de legalidad penal, pero debemos dejar de lado el derecho a la tutela judicial de niñas, niños y adolescentes víctimas de agresiones sexuales, dado que está prohibido aplicar retroactivamente las leyes 26.705 y 27.206; o bien garantizamos el derecho a la tutela judicial de las víctimas, pero dejamos de lado el principio de legalidad, porque tenemos que aplicar retroactivamente tales leyes.

No obstante, es ineludible destacar que un partidario de la estrategia de la tutela judicial no necesita sostener la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206, como parecen presuponer Caramuti y Graña. Para esa estrategia la vigencia de las acciones penales se justifica mostrando que los fundamentos constitucionales y convencionales de las leyes referidas (e.g. CADH, PIDCP y CDN), que ya estaban en vigor al momento de los hechos,

permiten justificar que no deben aplicarse las normas del Código Penal que regulan la prescripción. Dicho de otro modo, el argumento principal que sostienen es que, como la aplicación de esas normas sobre prescripción puede frustrar por completo el derecho a la tutela judicial de las víctimas menores de edad, ellas resultan inaplicables por contradecir las normas constitucionales y convencionales que reconocen el derecho a la tutela judicial. Lo anterior es muy distinto a decir que las leyes pueden aplicarse retroactivamente, porque la prescripción “no integra núcleo duro del principio de legalidad”, como lo hacen Caramuti y Graña.

Lo que se pone en evidencia de ese modo es que el dilema que nos obliga a elegir entre el principio de legalidad y el derecho a la tutela judicial supone una visión distorsionada del problema normativo que se debe resolver, porque las alternativas que presenta no son las únicas posibles. En otras palabras, el dilema sería falso o aparente. La distorsión más grave a la que conduce es que ambas alternativas se ofrecen como mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas, sin advertir que pueden existir casos en los que se puedan respetar conjuntamente el derecho a la tutela judicial, el principio de legalidad penal y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Es decir, de conformidad con el dilema, parecería que no queda más que elegir algunos de ellos en desmedro de los otros. Afortunadamente, ello no es así en todos los casos, porque es factible identificar situaciones en las que resulta claro cómo resolver la tensión que se presenta entre tales derechos y principios, sea declarando extinguida la acción penal o afirmando su vigencia, sin dejar de lado a ninguno de ellos. Pero para poder identificar esas situaciones es imprescindible abandonar el falso dilema y plantear la cuestión de un modo distinto.

## **6. Plazo razonable y tutela judicial efectiva de las víctimas**

Caramuti y Graña sostienen que, cuando estamos en presencia de hechos graves, en los que la víctima presenta una vulnerabilidad especial con relación al victimario, existió una imposibilidad real de denunciar por amparo o tolerancia del poder y perduración de los efectos del delito, sería un abuso del derecho esgrimir la violación del plazo razonable para justificar la extinción de las acciones penales. En tal sentido, precisan que la garantía a ser juzgado sin dilaciones indebidas no solo ampara al imputado, sino también a la víctima. Ello obligaría a determinar, desde su perspectiva, cuál ha sido la razón por la cual la duración del proceso ha sido irrazonable o ha transcurrido el paso del tiempo sin que él se inicie. En los casos en que ello se debió a la inacción del Estado o de la víctima o sus representantes para instar su inicio o avance, no podría reprochársele al imputado la demora y, por ende, sí existiría violación al plazo razonable de juzgamiento en contra de éste. Por el contrario, si el paso del tiempo obedeció a la indefensión y vulnerabilidad de la víctima y la contrapuesta posición de poder o privilegio del imputado o su amparo por el Estado, por otra institución poderosa o por el entramado socio cultural de poder o prejuicios, que lo impidan o tornen particularmente dificultoso, en su entendimiento debería concluirse que no hay violación del plazo razonable respecto del imputado y, más bien sí respecto de la víctima cuya tutela judicial efectiva el Estado tiene el deber de garantizar.<sup>64</sup>

La argumentación anterior presupone una forma de concebir el problema que resulta más fructífera, porque permite entender con mayor precisión la polémica entre la estrategia de la prescripción y la de la tutela judicial. El conflicto no se verificaría entre el principio de legalidad y la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206, como pretenden los

---

<sup>64</sup> También aclaran que, para habilitar la investigación y búsqueda de la verdad, a pesar del cumplimiento de los plazos de prescripción, no es necesario declarar expresamente la inconstitucionalidad de las normas sobre prescripción, dado que ello puede hacerse mediante la “no aplicación” de estas, en virtud de los mandatos convencionales y las obligaciones asumidas por nuestro país.



partidarios de la prescripción. Tampoco se daría entre el derecho a la tutela judicial y el instituto de la prescripción penal, como se pretende desde la estrategia de la tutela judicial. Por el contrario, el argumento resumido en el párrafo anterior supone que el conflicto se verifica entre el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas que otorga fundamento constitucional al instituto de la prescripción y el derecho a la tutela judicial que hace lo propio con las leyes de reforma mentadas.

Además, es importante advertir que no todos los casos individuales deben ser resueltos de acuerdo con una de las posiciones en disputa; dado que existen situaciones en las que resulta claro cómo resolver la cuestión, sea declarando la prescripción para garantizar los derechos del imputado, pero sin burlar la tutela de la víctima; o admitiendo la vigencia de la acción penal para asegurar esa tutela, pero sin restringir aquellos derechos. Por tal razón, sería más preciso plantear el problema a través de la pregunta: *¿Bajo qué condiciones estaría justificado afirmar la vigencia de las acciones penales, pese a que los plazos de prescripción establecidos en el Código Penal en vigor al momento de los hechos habían transcurrido en su totalidad?*

Para responder esa pregunta, en términos generales, lo primero que debe observarse es en qué medida se han satisfecho el derecho a la tutela efectiva de las víctimas y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable del imputado. Si la víctima ha tenido una auténtica oportunidad para realizar la denuncia y, con posterioridad al desarrollo de un debido proceso, no se hizo lugar a su reclamo de manera fundada; entonces, debe declararse la prescripción de la acción penal, dado que lo contrario supondría una clara violación al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. En cambio, si la víctima no ha tenido esa oportunidad y el imputado no ha sufrido significativamente ninguna restricción derivada de la tramitación de un proceso penal en su contra; entonces, debe mantenerse la vigencia de la acción penal, porque lo contrario implicaría una restricción inaceptable del derecho a la tutela judicial.

Este modo de concebir el problema resulta más adecuado para dar cuenta del ideal Garantista al que hacen referencia Caramuti y Graña, citando a Ferrajoli. Si bien el maestro italiano afirma que el fin genérico del derecho penal es la protección del más débil contra el más fuerte, también aclara que deben discriminarse dos momentos distintos para identificar quién ocupa cada lugar (Ferrajoli, 1989:335). En el momento del delito, el más débil es el ofendido o amenazado por la conducta desviada, en tanto el más fuerte es el delincuente. Respecto de los abusos sexuales sufridos por menores de edad ello es aún más claro, dado que se trata de víctimas especialmente vulnerables. Sin embargo, en el momento de la reacción penal, la más débil es la persona contra la cual se dirige esa reacción y la más fuerte es la parte ofendida o los sujetos públicos solidarios con ella. En los casos analizados esa valoración no puede descartarse aludiendo exclusivamente a la especial vulnerabilidad de las víctimas, sino que debe conjugarse con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable que protege al imputado, es decir, al más débil en el marco del proceso penal.

## Bibliografía

**Albanese, S.** (2007) *Garantías Judiciales*. Buenos Aires. Ediar (2° ed.).

**Cafferata Nores, J. I.** (2008) *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto (2ª ed. actualizada por Santiago Martínez).

**Caramuti, C. S. y Graña, M.** (2019) “La (no) prescripción en el abuso sexual infantil. Sobre la influencia en la prescripción de estos delitos del cambio de paradigma en la interpretación y aplicación del derecho, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”. *LLNOA2019* (agosto). Cita Online: AR/DOC/2328/2019.

**Ferrajoli, L.** (1989) *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza. Traducción de: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta.

----- (1999) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. Traducción de Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi.

**Gargarella, R.** (2008a) (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo I. Democracia*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

----- (2008b) (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo II. Derechos*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

**González Pérez, J.** (1989) *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid. Civitas (2º ed.).

**Hendler, E. S.** (2001) (comp.) *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires. Editores del Puerto.

**Maggio, F. y Puig, R. M.** (2019) “Plazos de prescripción en delitos contra la integridad sexual”. En: *Suplemento Penal 2019 (mayo)*, 14. La Ley. Online: AR/DOC/39/2019.

**Maier, J.** (1996) *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires, Editores del Puerto (2da. ed.).

**Pastor, D. R.** (2002) *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires. AD-HOC.

----- (2004) “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”. En: *Jueces para la Democracia* (Nº49, pp. 51-76). Madrid.

## ESTUDIAR UNA CARRERA UNIVERSITARIA Y EL PROBLEMA DEL SENTIDO DE LA VIDA

**Nicolás Zavadvker** <sup>65</sup>

CONICET / Universidad Nacional de Tucumán  
nicozava@yahoo.com

**Resumen:** Cada año, miles de estudiantes egresan del nivel secundario y se encuentran existencialmente desorientados, al perder el marco de referencia que organizó y le dio sentido sus días por varios años. El propósito de este trabajo –de carácter sociológico y filosófico- es desarrollar justamente una de las respuestas que las sociedades occidentales encuentran al problema del sentido de la vida, particularmente cómo éste se le manifiesta al reciente egresado. Nos referimos a la decisión de ingresar a una carrera universitaria, y a la contención social y existencial que ella encarna como institución, en consonancia con el discurso social que llama a convertirse en un profesional para ser ‘alguien’ en la vida.

**Palabras claves:** universidad – estudiantes – ingreso

**Abstract:** Every year, thousands of students graduate from high school and find themselves existentially disoriented, losing the frame of reference that organized and gave meaning to their days for several years. The purpose of this work -of a sociological and philosophical nature- is to develop precisely one of the answers that Western societies find to the problem of the meaning of life, particularly how it manifests to the recent graduate. We refer to the decision to start a university degree, and to the social and existential contention that it embodies as an institution, in line with the social discourse that calls for becoming a professional in order to be 'someone' in life.

**Keywords:** university – students - entrance exams

El propósito de este trabajo es desarrollar una de las respuestas que las sociedades occidentales encuentran al problema del sentido de la vida, particularmente cómo éste se le manifiesta al reciente egresado del secundario. Nos referimos al discurso social que insta a iniciar una carrera universitaria con vistas a convertirse en un profesional.

Es sabido que el problema del sentido de la vida cobra diferentes aristas de acuerdo a cuál sea el lugar que las personas ocupan dentro de la estructura social. Las respuestas que se presentan ante esta cuestión –acaso la más importante de todas– varían según diversos factores: el ser hombre o mujer, rico o pobre, religioso o laico, etc. Otra fuente de variación,

---

<sup>65</sup> Licenciado y doctor en filosofía por la Universidad Nacional de Tucumán. Profesor de Ética, Lógica y Filosofía del Derecho en esa universidad. Autor de los libros "Una ética sin fundamentos" y "La ética y los límites de la argumentación moral". Especializado en ética, metaética y ética jurídica.

que es la que aquí nos interesa considerar, la constituyen las diversas edades de los actores sociales, y consiguientemente, la etapa de la vida en la que se encuentran.

Este trabajo versará concretamente sobre el problema del sentido de la vida en los actores que se hallan en “edad universitaria”, período en el que –por ejemplo– la conciencia de la muerte no cumple un papel esencial. Aclaremos además que lo dicho en el presente trabajo corresponderá más bien a los jóvenes pertenecientes a los estratos económicos medios y altos, que son los que en general se plantean la alternativa de estudiar una carrera universitaria.

Situémonos en primer lugar en el contexto de quienes en general ingresan a la universidad, es decir, del reciente egresado del nivel secundario. Al completar la secundaria o el Polimodal, éste pierde no sólo posiblemente su grupo de pertenencia (su curso, su colegio) y la mayor parte de sus relaciones cara a cara (con compañeros, profesores, etc.), sino también una organización social de su tiempo que le demandaba al menos la mitad de su día. El estudiante se veía dispensado de preguntarse cada día en qué iba a ocupar su tiempo, puesto que las rígidas rutinas institucionales constituían una respuesta social a dicho asunto. Y así como el pasaje por la educación media había orientado durante al menos cinco años su existencia, su egreso significa inmediatamente una desorientación existencial, una pérdida del marco que daba sentido a la conducta cotidiana al referirla a la institución.

Es sabido que el exceso de tiempo libre suele conllevar aburrimiento, fastidio y angustia, sensaciones que reflejan el vacío existencial que nos constituye. Es en este contexto dramático en que suele dispararse la pregunta por el sentido de la vida, es decir, en aquel preciso momento en que se vive la ausencia de sentido. Esta es la situación en que potencialmente se encuentra el estudiante del secundario al perder justamente ese rol (el de estudiante) que guiaba su conducta.

Pero si bien el problema del sentido de la vida se plantea originariamente en la primera persona del singular, se trata en este caso de un problema social acuciante, pues son miles los adolescentes que se encuentran año a año en esta circunstancia, que pone en riesgo la continuidad de la sociedad. Así las cosas, las sociedades occidentalizadas han encontrado, entre otras respuestas, la siguiente: el joven debe proseguir sus estudios en una carrera universitaria con vistas a obtener un título profesional. De esta forma, lo normal es que el reciente egresado del nivel medio ingrese a una carrera en la que prontamente su tiempo se vea nuevamente ocupado por horarios institucionales, y que parte de su angustia se vea mitigada por este hecho<sup>66</sup>.

De esta manera, vemos que la institución universitaria dista de ser una mera transmisora de conocimientos y dadora de títulos, cumpliendo además en la actualidad una función de contención social. Esto explica por qué son miles y miles los jóvenes que año a año ingresan a la universidad, cuando la mayor parte de ellos sienten aversión por el estudio y lo evitaron en la medida posible en el nivel educativo anterior<sup>67</sup>. Por ello el elevado número de inscriptos nada tiene que ver con la cantidad de profesionales que obtendrán un título: es sabido que en las universidades argentinas más de la mitad de los ingresantes nunca llega a cursar el 2° año, y que aproximadamente el 10% llega a recibirse.

Es notorio también que mucha gente permanece varios años en el marco de la institución universitaria, pese a que carece de toda posibilidad de avanzar en sus estudios y que a veces ni siquiera rinde materias. En algunos de esos casos, el propio estudiante evita el

---

<sup>66</sup> El ámbito universitario carece en general de la contención propia de las escuelas secundarias, constituyendo para el estudiante un grupo de referencia antes que uno de pertenencia. Contrástese por ejemplo las expresiones “Soy **de** tal colegio” con las más frías “Estudio **en** la Facultad de Ciencias Económicas”.

<sup>67</sup> Agreguemos, para el caso argentino, tres factores que facilitan el ingreso masivo a la universidad: la gratuidad de ese nivel, la ausencia –en la mayoría de los casos– de exámenes de ingreso y la falta de ofertas laborales.

mayor tiempo posible el reconocimiento de su deserción y se promete a sí mismo cursar o rendir más materias al año siguiente. Esto se debe a que vive su deserción como un fracaso de su proyecto de vida, y no logra aún imaginarse un proyecto de vida alternativo fuera de la institución, por lo que su permanencia en ésta le evita la sensación de fracaso y de desorientación existencial.

Estos curiosos fenómenos refuerzan el hecho de que esas personas encuentran en la universidad ante todo un ámbito de contención existencial, una forma sobrelleable de perder el tiempo. Esto es particularmente cierto en los centros de estudiantes, que en una medida considerable están formados por alumnos que perdieron toda expectativa de recibirse y que llenan su tiempo con reuniones diversas, planes de lucha y configuración de carteles.

Analizaremos ahora el papel que cumple la dimensión temporal en la opción por matricularse en una carrera. En su libro *Tiempo y sociedad*, el filósofo Samuel Schkolnik advirtió que los actos humanos cobran significado por remitirse al pasado o por remitirse al futuro. Así, por ejemplo, una persona que fuera interrogada por las razones por las que ejecuta una acción determinada, probablemente respondería de una de estas dos maneras:

- a) “Porque así se hace”, expresión que –como muestra Schkolnik– equivale a “Porque así se *hizo* hasta ahora”. El presente recibe así su forma y su fundamentación del **pasado** colectivo.
- b) “Porque me propongo **x**”, donde **x** refiere a la acción a un estado de cosas **futuro** que se desea obtener.

Tanto el conjunto de normas sociales que regulan nuestros actos desde el pasado, o el conjunto de expectativas que orientan nuestra acción desde el futuro, confieren significado a nuestro presente y nos liberan de experimentar su evanescencia, su insoportable levedad. Las normas nos liberan además (aunque no en todos los casos) de la pesada carga de tener que tomar decisiones constantemente. Agreguemos también que las aspiraciones no son menos sociales que las normas con las que nos guiamos, elemento que nos será útil para explicar el masivo ingreso al nivel universitario.

El elemento predominante en la decisión de matricularse en una carrera corresponde, evidentemente, al presente en la respuesta 2), esto es, un estudiante que se inscribe, por caso, en la carrera de Abogacía, justificaría su acto en su deseo de convertirse en abogado (o de adquirir una posición económica sólida).

De esta forma, el conjunto de actos cotidianos que involucran el ser un estudiante (levantarse a la mañana para asistir a clases, estudiar para un parcial, inscribirse para rendir en una mesa de exámenes, etc.) componen una *serie*, y es la expectativa de recibirse lo que le confiere unidad y sentido a esa serie. La vida del estudiante cobra su sentido entonces en el futuro, y éste es posibilitado por la capacidad de *proyectarse*, de imaginarse como el profesional que aspira a ser.

Esto explica por qué una vez que se recibe el joven profesional vuelve –en casi todos los casos– a experimentar una crisis existencial, puesto que una vez más ha perdido el marco de referencia que organizaba su vida cotidiana y ha realizado el proyecto de largo plazo que se había trazado, por lo cual debe trazarse nuevas metas y enfrentarse con el duro mundo laboral, cuyas reglas son muy diferentes a las del sub-mundo universitario.

El sociólogo Georg Simmel ha reparado en un ingrediente esencial a las sociedades humanas que permite articular las expectativas individuales de integración a la sociedad con la continuidad de la misma. De acuerdo a Simmel, entre los *a priori* que hacen posible a las sociedades humanas se encuentra el siguiente: el individuo siente que tiene un lugar asignado para él en algunas de las instituciones de la sociedad, que ésta lo espera. Esta creencia, sin la cual la sociedad misma no sería posible, está claramente presente en todo aquel que se dedica a estudiar una carrera, y va generando en el alumno una serie de expectativas para cuando se reciba.

Para Simmel, el sentido de la vida resulta de una transacción entre las solicitudes del individuo y las exigencias de la sociedad. La sociedad despliega un abanico de posibilidades de sentido prefiguradas y cada individuo elige y combina.

Hasta el momento hemos atribuido un origen social al masivo ingreso de estudiantes a las universidades argentinas, pero no hemos justificado aún esa afirmación. Nuestra fundamentación hará hincapié en una serie de discursos vinculados al tema que circulan en el imaginario social de las personas de clase media y alta, tomando en cuenta una serie de consideraciones realizadas por Peter Berger y Thomas Luckmann en su libro *La construcción social de la realidad*.

Berger y Luckmann encuentran cuatro niveles de legitimación, proceso social directamente emparentado con la significación de las acciones que busca que las objetivaciones de “primer orden” ya institucionalizadas lleguen a ser objetivamente disponibles y subjetivamente plausibles. El nivel de legitimación que ahora nos interesa es descripto de la siguiente manera:

“El segundo nivel de legitimación contiene proposiciones teóricas en forma rudimentaria. Aquí podemos hallar diversos esquemas explicativos que se refieren a grupos de significados objetivos. [...] En este nivel son comunes los proverbios, las máximas morales y las sentencias...”<sup>68</sup>

Queremos constatar la circulación, en los niveles medios y altos de nuestra sociedad, de un conjunto de proposiciones pertenecientes a este nivel que legitiman fuertemente el estudio de una carrera universitaria. Considérese enunciados tales como “Sin un título no se es nadie” o “Hay que perfeccionarse en la vida”. No sólo constituyen claros incentivos para decidir el ingreso a la universidad, sino que otorgan sentido al acto de estudiar una carrera una vez que se está allí (pues el alumno siente así que llegará a ser “alguien”, esto es, que ocupará un lugar reconocido por la sociedad). Conjuntamente con estas frases circulan distintas versiones de ideas tales como que la educación genera progreso, que una carrera permite acceder a trabajos mejor remunerados y de mayor estatus, etc. Influenciado por estas ideas, lo normal es que el estudiante recién salido del secundario apenas llegue a experimentar un vacío de sentido, puesto que la sociedad prefiguró para él una respuesta casi automática.

Este imaginario que se teje en torno a la universidad –tan ajeno al placer por el conocimiento– permite pues que nuestros estudiantes vean mitigadas sus crisis existenciales al menos por unos cuantos años.

---

<sup>68</sup> Berger, P. y Luckmann, T. (1998) *La construcción social de la realidad*. Amorrortu. Buenos Aires (p. 123).

# EL LUGAR DE LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA EN EL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL DERECHO. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

**Nicolás Salvi** <sup>69</sup>

Universidad San Pablo (Tucumán, Argentina)  
nicolassalvi3@gmail.com

**Resumen:** En este artículo se argumenta la importancia de la interpretación histórica en el análisis sistemático del Derecho, centrándose en el caso de los derechos de propiedad. Se destaca cómo el descuido del contexto histórico ha dado lugar a confusiones sobre las características y diferenciaciones de los institutos jurídicos. Se explica que una interpretación histórica enriquece el estudio de los derechos de propiedad en la doctrina y la jurisprudencia, permitiendo una mejor comprensión de cómo las herramientas jurídicas se han adaptado para interpretar mejor las relaciones de propiedad en diferentes sistemas políticos y económicos. Se concluye que la interpretación histórica debe ser una herramienta constante para el estudio del derecho contemporáneo y que el análisis crítico de los contextos en los que estaban sumidos los legisladores es esencial para entender el escenario completo de la sociedad que dio a nacer las normas, con especial atención a los contextos de armonización jurídica

**Palabras clave:** Interpretación Histórica - Derechos de Propiedad - Derechos Reales

**Abstract:** This article argues for the importance of historical interpretation in the systematic analysis of law, focusing on the case of property rights. It highlights how the neglect of the historical context has led to confusion about the characteristics and differentiations of legal institutes. It explains that a historical interpretation enriches the study of property rights in doctrine and jurisprudence, allowing a better understanding of how legal tools have been adapted to better interpret property relations in different political and economic systems. It is concluded that a dynamic approach is necessary to fully understand the historical context of legal norms and to demonstrate the relevance of the theoretical and practical side of legal harmonisation.

**Keywords:** Historical Interpretation - Property Rights - Property Rights - Real Rights

---

<sup>69</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) y Magíster en Derecho Privado Europeo por la Universidad Mediterránea de Reggio Calabria (Italia). Es Profesor Adjunto de la materia Introducción a los Sistemas Jurídicos en la Universidad San Pablo-Tucumán (USP-T). Además, es docente de Teoría General del Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de Filosofía del Derecho en la UNT.

## 1. Introducción

El criterio histórico en la interpretación de los institutos jurídicos parece estar perdiendo fuerza en los académicos y operadores jurídicos. Esto va más allá de la dogmática del derecho positivo, sino que el propio análisis filosófico parece olvidar el valor de la evolución y reconstrucción histórica en la conceptualización de los elementos del Derecho.

En este trabajo queremos fundamentar la importancia que tiene la interpretación histórica (o el criterio histórico) en la teorización del derecho como sistema, centrándonos en cómo no puede reflexionarse sobre el concepto de un instituto sin entender como se ha generado y desarrollado en los grupos sociales que lo fueron moldeando.

Como caso de estudio, tomaremos a los derechos de propiedad, que son un caso ejemplar para entender cómo el olvido histórico genera confusiones en sus elementos, características y diferenciaciones. Sin entender los sistemas económicos y políticos que han imperado en las sociedades, no puede comprenderse como los sistemas políticos adaptan sus herramientas legales para configurar propiedades que logran interpretar jurídicamente mejor las relaciones subjetivo-objetivas.

A partir de esta técnica de interpretación, la actualidad de las normas de propiedades toma un sentido más amplio y enriquece su estudio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del derecho privado en especial. En nuestro caso, mostraremos como los derechos de propiedad están condicionados por el pasado, lo que limita su presente.

## 2. Interpretaciones históricas

Desde que se cimentó la idea del Derecho como un sistema, los juristas han intentado dar con el método más perfecto para realizar la interpretación jurídica (Aftalión, García Olano & Vilanova, 1960; Moreso&Villajosa, 2004). Nuestro objetivo no es encontrarlo, y seguramente en la *praxis* de los operadores jurídicos, lo mejor sea no optar por un monopolio metodológico, sino por una pluralidad de métodos que se adapten a las situaciones y requerimientos de tales tareas.

Sin embargo, nos parece interesante mostrar cómo en la tarea doctrinal, el profesional del derecho halla a la historia de forma omnipresente en su labor interpretativa de las normas. Sabemos que las normas han sido sancionadas en algún tiempo y lugar, en un contexto. E igualmente, es situada su lectura y exégesis.

La interpretación histórica, en simples palabras, estudia el pasado que puede influir en la comprensión actual de la norma. Se trata entonces de utilizar el origen y desarrollo de las regulaciones para explicarla en el presente. Ampliando esta definición, Anchondo Paredes (2012) distingue dos tipos de interpretaciones históricas. Estas son la estática y la dinámica.

La primera, la estática o conservadora, es la forma clásica de entendimiento del instituto o norma. Para funcionar, este tipo utiliza como base la idea de “naturaleza jurídica”, aceptando en mayor o menor medida alguna clase de esencialismo jurídico. Es decir, ante la duda de un concepto, se apela como tradicionalmente lo ha definido la comunidad jurídica. Se objetiviza e intenta petrificar al concepto, sus caracteres y elementos.

La segunda, la dinámica o evolutiva, es en la que las normas e institutos son vistos de manera dúctil, con cambios de circunstancias que transforman el entendimiento de las reglas dependiendo del momento en que son interpretadas. Así como avanza la historia, lo hacen también los institutos e instituciones que los garantizan (Rabbi Baldi Cabanillas, 2020).

Aunque en esta distinción ya notamos que el tipo dinámico es el más acorde a una interpretación histórica de ayuda constante para el estudioso del derecho contemporáneo, no basta para la demostración de nuestros objetivos. Por eso, desde otro enfoque, Christian



Baldus (2006) propone una clasificación de interpretación histórica estricta y amplia que puede darnos más herramientas para vislumbrar la importancia del criterio histórico.

La interpretación histórica estricta es la observación del momento de la emisión de la norma. Entra aquí el análisis del trabajo de los legisladores y redactores, sus opiniones y discusiones. La versión amplia, en cambio, intenta ir más allá de ese momento puntual. Se intenta usar la experiencia de la norma en la historia jurídica. Las experiencias del desarrollo viajan en el tiempo y la eficacia normativa se ve afectada por ese paso de situaciones. Para eso se necesita prestar atención al *telos* de la norma y el análisis crítico de los contextos en los que estaban sumidos los legisladores más allá del mero debate legislativo. Es necesario un enfoque interdisciplinario que permite entender el escenario completo de la sociedad que dio a nacer la disposición legal.

Creemos entonces que una interpretación histórica, para no ser meramente una reconstrucción documental y asuma su cariz funcional-contemporáneo, debe ser evolutiva y entendida en sentido amplio. El estudioso del derecho abocado a la descripción radical de los institutos, para lograr comprender las condiciones de posibilidad del elemento jurídico que se dedica a estudiar, consigue resultados más fructuosos utilizando un criterio de análisis que se enfoca en la labor normativa, jurisprudencial y doctrinal de las normas situado en tiempo y espacio.

### **3. El derecho privado y el estudio a través de institutos**

Indudablemente, la relación del derecho con la historia va más allá que la comprensión de un contexto de aparición, sino que también que sus normas se ven restringidas. Esto es aún más evidente en el derecho privado, y sus distintas mutaciones desde su surgimiento en la Antigüedad. Tal como afirma Baldus (2006) que “toda norma de Derecho privado está condicionada históricamente y, por tanto, limitada en el presente y abierta hacia el futuro” (p. 1618).

Sumado a esto, se encuentra siempre vigente la influencia de Friedrich Karl von Savigny, no solo en su entendimiento histórico del derecho, sino en su esquematización sistemática del área de estudio jurídico. Se compartan o no las posiciones dogmáticas de Savigny y sus sucesores, eso no quita que el derecho privado continúe siendo estudiado a través de institutos o instituciones. Es decir, en núcleos comunes de relaciones jurídicas y normas unidos por una idea común.

Esta concepción, aunque tiene orígenes en la Antigua Roma, debe su sistematización al maestro prusiano y sus seguidores. Esta labor sigue marcando a los iusprivatistas en todas sus labores, y en gran medida a todo el estudio dogmático contemporáneo del derecho positivo. Al trabajar con institutos, es imposible escapar al telón de fondo de la historia que los ve nacer y desarrollarse e incorporarse al órgano sistemático de un *corpus* jurídico. Explica el propio Savigny que “todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y que la armonía de este sistema en donde se reproduce su naturaleza orgánica” (Savigny, 1878, p. 27).

El enfoque histórico es base hoy de las tareas armonizadoras del derecho privado, disciplina en boga sobre todo en la Unión Europea, pero también en el resto del mundo. Conocidos son los trabajos de Reinhardt Zimmermann (2017) en esta área, buscando en qué momento los institutos tomaron distintos caminos para encaminarlos de nuevo a la unificación a través del propio estudio dogmático.

### **4. Las propiedades y las normas de propiedad**

A modo de ejemplo, siguiendo esta propuesta que presentamos, creemos muy palpable la muestra de lo dicho en los derechos de propiedad. Una interpretación literal o

hasta exegética no basta para ahondar en todas las relaciones de propiedad presentes en los ordenamientos jurídicos.

El instituto de las propiedades está presente desde los inicios del *Ius* en Roma, y ha sufrido una gran cantidad de transformaciones a lo largo de la historia, acompañando los diversos sistemas económicos adoptados por cada sociedad en cada tiempo y lugar. No obstante, aunque parezcan incompatibles los diversos tipos de propiedad que los ordenamientos jurídicos han desarrollado, se puede detectar en todas ellas la nota de exclusividad en este instituto, sea que tome forma individual o colectiva, privada o pública (Salvi, 2019). Así, dando cuenta de la propiedad privada, por ejemplo, a través de la historia podemos trazar, como propone Paolo Grossi (1988), un hilo conductor entre el *Dominium* romano, *Dominia* medieval y la *Propiedad* de los pandectistas<sup>70</sup> modernos.

El estudio de estos derechos nos muestra que las propiedades se presentan en múltiples modalidades que mutan junto a la economía y eventos propios de cada momento político. Así, en la superficie del derecho occidental veremos como Roma veía distintos tipos de propiedades en tanto su sociedad se complejizaba junto con el crecimiento del territorio; el feudalismo partiría los derechos subjetivos sujetos al instituto al igual que se fragmentaba la posesión y el poder político; y la modernidad crearía una propiedad absoluta con un Estado Absoluto como herramientas esenciales del capitalismo (Grossi, 1992). El cambio luego, hacia un Estado de Bienestar en casi todo Occidente a través de la aceptación de preceptos keynesianos, llevó a limitar los poderes del propietario individual, favoreciendo la idea de la propiedad en su función social con la comunidad (Pasquale, 2014).

Del otro lado de la cortina de hierro, en el bloque socialista, aunque se promulgaron algunas normas de fomento de propiedad colectiva, fue la propiedad estatal absoluta la protagonista del experimento soviético del siglo XX. No obstante, las características de esta hegemónica propiedad pública social-estatalista son similares a la absoluta, solo que teniendo como sujeto dominante al Estado socialista<sup>71</sup>.

A lo largo de la historia, esta línea de estudio hegemónica ha convivido en mayor o menor medida con modalidades colectivas (Grossi, 1990). Dar cuenta de la existencia de estas propiedades “alternativas”, muestran los histórico y no lineal, así como la existencia de propiedades, y no una sola propiedad absoluta (Congost, 2007; 2011). Para hacer más palpable esto último, podemos tomar el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948:

“Artículo 17:

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

Vemos aquí como se reconoce que la propiedad puede presentarse en distintas modalidades, demostrando que la individual y absoluta no es la única. Este reconocimiento se debe, en parte si hacemos una interpretación histórica en sentido estricto, al acuerdo necesario entre las ideologías de los bloques capitalista y socialista en su redacción. Pero yendo en sentido amplio, se cumple en el mismo las particularidades del instituto, que es múltiple (propiedades y no propiedad).

Además, cada país firmante reconocerá de forma distinta las distintas tradiciones de propiedad colectiva que se han presentado en sus territorios e historias. La URSS y

---

<sup>70</sup> La pandectística fue una escuela jurídica alemana que tuvo su apogeo en el siglo XIX y a la que se le reconoce el estudio y *aggiornamento* del derecho romano a la modernidad, sobre todo en el ámbito del derecho privado (Garrido Martín, 2019).

<sup>71</sup> Sobre esta hegemonía pública de la propiedad, el propio León Trotsky (2001) reflexionó diferenciando la colectivización de la estatización de la propiedad: “La propiedad del Estado no es la de ‘todo el pueblo’ más que en la medida en que desaparecen los privilegios y las distinciones sociales y en que, en consecuencia, el Estado pierde su razón de ser. Dicho de otra manera: la propiedad del Estado se hace socialista a medida que deja de ser propiedad del Estado” (p. 178).

Yugoslavia podrían entenderlo como una herramienta económica de uso de cooperativas de trabajo, Europa como las relaciones reales de colectivos rurales donde sobreviven tradiciones no individualistas desde el medioevo, y en América se las relaciona análogamente a la llamada propiedad comunitaria indígena y los reclamos ancestrales de los pueblos originarios por sus territorios (Salvi, 2021).

Realizar una genealogía<sup>72</sup> de las propiedades es necesaria para mostrar el desarrollo del concepto, que se ve nutrido por las historias que lo rodean (naciendo una teoría de las propiedades y no de la propiedad). Ese análisis es tomado por los operadores jurídicos, que podrán a través de una interpretación histórica dinámica y amplia, comprender condicionamientos, limitaciones y perspectivas futuras de los institutos de propiedades en las normas en las que se encuentran plasmados.

## 5. Conclusión

Tomando un caso en concreto, mostramos cómo la interpretación histórica en su versión más amplia es una herramienta de análisis imprescindible para los juristas. Aunque no indispensable en toda área, es seguro que el derecho privado no puede esquivarla, dadas las particularidades de su dogmática, heredera de los sistemas de la escuela histórica y la pandectística alemana.

Se permite simultáneamente con este instrumento dar una amplitud a la comprensión de las normas e institutos, permitiendo que las teorías no sean estáticas ni conservadoras. Conociendo los límites se pueden dominar con más profundidad las probabilidades de los institutos, sea desde la *praxis* como en la teoría, que en este ámbito están plenamente relacionados. Asimismo, es pilar fundamental para la ayuda en la armonización de un instituto a través del estudio doctrinal

Más es importante notar que proponemos que los juristas no solo tengan en cuenta la realidad política y la evolución social, sino que no se pierda el eje a la norma jurídica como centro de toda teorización del derecho positivo. Sintetizado todo esto, pregonamos aún como principio de estudio la afamada e incansablemente repetida frase del jurista galo Raymond Saleilles: “*Au delà du code civil, mais par le code civil*”.

## Bibliografía

**Aftalión, E. R., García Olano, F. & Vilanova, J.** (1960) *Introducción al Derecho*. Buenos Aires. El Ateneo.

**Anchondo Paredes, V. E.** (2012). “Métodos de interpretación jurídica”. *Quid iuris* (16, pp. 33-58).

**Baldus, C.** (2006). Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado europeo: sobre la concretización de la “falta de conformidad de escasa entidad”. *Anuario de derecho civil* (N°59 (4), pp. 1611-1640).

**Congost, R.** (2007). *Tierras, leyes, historia. Estudios sobre la gran obra de la propiedad*. Barcelona. Crítica.

<sup>72</sup> Nos referimos a genealogía en el sentido que lo utiliza Michel Foucault. Es decir, no en un *racconto* lineal de los elementos, ni en encontrar sus orígenes, sino ver cómo estos emergen a través de relaciones de poder que los moldean en sus luchas. Decía Foucault: “Llamemos, si ustedes quieren, genealogía al acoplamiento de los conocimientos eruditos y las memorias locales, acoplamiento que permite la constitución de un saber histórico de las luchas y la utilización de ese saber en las tácticas actuales. Ésa sería, pues, la definición provisoria de las genealogías que traté de hacer con ustedes durante los últimos años” (Foucault, 2001, p. 22).

----- (2011). De la idea de una propiedad absoluta a los derechos de propiedad como construcción social. Nuevos retos para los estudios históricos. *Estudios del ishí* (N° 1(1), pp. 71-810).

**Foucault, M.** (2001). *Defender la sociedad*. Buenos Aires. Fondo Económico de Cultura.

**Garrido Martín, J.** (2019). Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846). Granada. Comares.

**Grossi, P.** (1988). La proprietà e le proprietà nell'officina del storico. En: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (N°17(1), pp. 359-422).

----- (1990). Assolutismogiuridico e proprietàcollettive. En: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (N°9(1), pp. 505-555).

----- (1992). *Il dominio e le cose*. Milano. Giuffrè.

**Moreso, J. J. & Vilajosana, J. M.** (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid. Marcial Pons.

**Pasquale, M. F.** (2014). “La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica”. *Historia Constitucional* (N°15 (1) pp. 93-111).

**Rabbi-Baldi Cabanillas, R.** (2020). *Interpretación Jurídica: Teoría y práctica jurisprudencial*. Buenos Aires. Astrea.

**Salvi, N.** (2019). Poder y Propiedad: el gran relato del dominio y el control social. En: *Fuegia: Revista de estudios sociales y territorio* (N°2 (2), pp. 76-84).

----- (2021). Sobre la operatividad de las propiedades constitucionales. *Revista Académica del Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura (IESPYC-USPT)* (N°10 (1), pp. 207-216).

**Savigny, F. K.** (1878). *Sistema del derecho romano actual*. Traducción de J. Mesía y M. Poley. Madrid. F. Góngora y Compañía.

**Trotsky, L.** (2001). *La revolución traicionada: ¿Qué es y adónde va la URSS?* Madrid. Fundación Federico Engels.

**Zimmermann, R.** (2017). *Derecho privado europeo*. Bogotá. Astrea.

## LA PARADOJA DEL DERECHO: ¿ENCLAVE PATRIARCAL O HERRAMIENTA DE CAMBIO SOCIAL?

**Blas Sanchez Ovadilla** <sup>73</sup>

Universidad Nacional de Tucumán  
sanchezovadilla@live.com

**Resumen** El presente texto pretende arrimar algunas reflexiones acerca de la posibilidad o no del derecho de ser resignificado en su proyección societal, esto es, si eventualmente puede convertirse en una herramienta con consecuencias político sociales progresivas, o si, de lo contrario, a pesar de las transformaciones normativas en curso, el derecho mantiene su esencia como instrumento de opresión. En ese marco, ponderaré aportes democráticos jurídicos de los activismos feministas y LGBTTTI+, y mencionaré la categoría “habitus” de Bourdieu para abordar la dominación masculina, vinculando aquel con el derecho. Tendré en cuenta artículos académicos de autoras/es feministas y LGBTTTI+, artículos periodísticos y también publicaciones del autor.

**Palabras claves: patriarcado – opresión - activismo**

**Abstract:** This text aims to bring together some reflections about the possibility or not of the right to be resignified in its societal projection, that is, if it can eventually become a tool with progressive social and political consequences, or if, on the contrary, despite the normative transformations in progress, the law maintains its essence as an instrument of oppression. In this framework, I will ponder legal democratic contributions of feminist and LGBTTTI+ activisms, and I will mention Bourdieu's “habitus” category to address male domination, linking it with law. I will consider academic articles by feminist and LGBTTTI+ authors, newspaper articles and also publications by the author.

**Keywords: patriarchy – oppression - activism**

### Palabras preliminaries

El presente texto pretende arrimar algunas reflexiones acerca de la posibilidad o no del derecho de ser resignificado en su proyección societal, esto es, si eventualmente puede convertirse en una herramienta con consecuencias político sociales progresivas, o si, de lo contrario, a pesar de las transformaciones normativas en curso, el derecho mantiene su

---

<sup>73</sup> Abogado (Universidad Nacional de Tucumán) y Especializando en Estudios de Mujeres y de Géneros (Universidad Nacional de Tucumán). Diplomado en “Estudios Feministas” (UNCAUS) y en “Derechos Humanos” (UNT). Integrante del Proyecto PIUNT 2023 Código H703 “Estudios sobre identidad, género, ciudadanía, comunidad y cuidado. Prácticas, representaciones y debates en el espacio público” (Director: Raúl Arué, UNT)

esencia como instrumento de opresión. En ese marco, ponderaré aportes democráticos jurídicos de los activismos feministas y LGBTTTTI+, y mencionaré la categoría “habitus” de Bourdieu para abordar la dominación masculina, vinculando aquel con el derecho. Tendré en cuenta artículos académicos de autoras/es feministas y LGBTTTTI+, artículos periodísticos y también publicaciones del autore.

## I. Introducción

Si bien los planteos feministas tienen historia, y vienen hace tiempo cuestionando la asimetría de derechos respecto de mujeres y hombres, en lo que va del siglo XXI es novedosa la visibilización que han tenido las demandas de las colectivas feministas que bregan por los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes. A ellas se ha sumado la exigencia de los colectivos LGBTTTTI+ por una ciudadanía plena, en pos de alcanzar la efectiva vigencia de sus derechos sin discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género.

Estos activismos en la Argentina (y en muchas partes del mundo), constituidos como sujetos socio políticos, han aglutinado colectivamente reclamos que fueron plasmados por el derecho (no todos), teniendo el Estado un rol protagónico en la transformación jurídica.

Estos avances parten de cuestionar la imposición del patriarcado, para el cual, “al ser androcéntrica, la visión del mundo dominante insta a su antojo clasificaciones sociales, diferencias, y una distribución de los roles, a partir de diferencias corporales ciertamente reales” (Chauviré y Fontaine, 2008). Es así que, para Bourdieu, “el mundo social construye el cuerpo como realidad sexuada y como depositario de principios de visión y de división sexuales” (2000, p.11).

En tanto, la ley de Identidad de Género, de vanguardia para el mundo, puso en crisis a esta mirada androcéntrica, e incluso a feminismos esencialistas y biologicistas. Surgen preguntas como ¿el derecho es capaz de garantizar el ejercicio de una ciudadanía plena a todos/todas/todes? ¿Qué es lo que han aportado los activismos feministas y LGBTTTTI+?

Los cambios en la redacción de algunas sentencias judiciales, en la ejecución de determinadas políticas públicas y en la sanción de ciertas leyes, no necesariamente han reflejado una aceptación tácita de dominados/dominadas/dominades respecto de la “incorporación de las jerarquías sociales por medio de los esquemas del *habitus*” (Capdevielle, 2011, p.34), si se piensa en clave de Bourdieu.

Las y los agentes más desventajados, tampoco se han inclinado “a percibir el mundo como evidente y a aceptarlo como natural, más que a rebelarse contra él, a oponerle mundos posibles, diferentes, y aun, antagonistas” (Capdevielle, 2011, p.34).

Cabe interrogarse entonces, cuál es la naturaleza del derecho, si es este un enclave patriarcal o es una herramienta de cambio social. La categoría de “habitus”<sup>74</sup> de Bourdieu puede resultar insuficiente para explicar la dinámica que la lucha organizada de mujeres y personas LGBTTTTI+ ha alcanzado en la reconfiguración del derecho.

---

<sup>74</sup> “Se trata, según argumenta este autor, de un sistema de disposiciones prácticas, duraderas e imprescindibles para el desarrollo de todo sujeto en la sociedad; son unos principios generadores y organizadores de las prácticas y de las (auto) representaciones sociales, pero que no suponen la obediencia incuestionable a reglas, lo cual supondría un enfoque conductista, rechazado por este autor, sino que dichas prácticas están organizadas colectivamente, como una orquesta sin director” (Gamero Cabrera, 2012, p. 189).

## II. Contexto y desarrollo

### II.1 Marco teórico.

En Argentina, los activismos feministas y LGBTTTI+<sup>75</sup> han logrado concretizar demandas importantes<sup>76</sup>. Las exigencias de estos movimientos vienen siendo receptadas por el Estado y se han integrado al plexo normativo vigente (Sánchez Ovadilla, 2021). Barrancos ha expuesto que “hasta el propio orden legal tuvo que plegarse al reclamo de derechos y de dignidad de quienes refutan la heterosexualidad normativa” (2017, p. 29).

Leyes como la del Matrimonio Igualitario, la de Identidad de Género y la de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) son un ejemplo de demandas enarboladas por los feminismos y los activismos LGBTTTI+ que hoy conforman derecho positivo en nuestro país.

En tanto, teniendo en cuenta a Bourdieu, para quien el concepto de “habitus” constituye “sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes” (citado por Gutiérrez, 2004, p. 293), podría decirse que las colectivas feministas y LGBTTTI+ han logrado, en algunos casos, frenar las representaciones que el *habitus* patriarcal engendra, obturando “el proceso por el cual se impone la violencia simbólica a los agentes sociales” (Gutiérrez, 2004, p. 295).

Mientras que para feministas críticas como Facio “el derecho es un instrumento de articulación del sistema patriarcal” (2005, p. 32), el cual, junto al trabajo sexuado y a la educación androcéntrica, integran la institucionalidad patriarcal; para Bourdieu, conforme el orden social, y las relaciones sociales de dominación y de explotación, corresponde a los hombres el espacio de “lo exterior, de lo oficial, de lo público, del derecho” (2000, p. 25).

Si bien no puede confirmarse que el patriarcado haya sido derrotado, ya que unido al capitalismo y al racismo, mantiene subyugada la vida de millones de mujeres y personas LGBTTTI+, es necesario reconsiderar el devenir del derecho en el proceso de cambios culturales, políticos y jurídicos en curso en nuestro país.

### II.2. Desarrollo

#### II.2.1. Leyes conquistadas

El derecho en parte ha sido resignificado por leyes trascendentales, conquistadas por los activismos feministas y LGBTTTI+, como ser las leyes de Matrimonio Igualitario, la de Identidad de Género y la de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE). Estas demandas colectivas reconvertidas en leyes, han repercutido favorablemente para el trayecto hacia una ciudadanía plena de quienes integran tales grupos humanos vulnerabilizados.

El matrimonio igualitario, sancionado en 2010 e incluido en el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015, ha acercado la posibilidad de conformar parejas y familias al conjunto de la diversidad sexual. Vale recordar que el modelo de familia nuclear y patriarcal, caracterizado por la convivencia de una pareja heterosexual monogámica (Jelin, 2017, p. 71), está en crisis, y que el concepto de familia es un concepto abierto y no cerrado.

<sup>75</sup> “Estos colectivos ostentan una tradición organizativa mucho más reciente” (Barrancos, 2017, p. 29).

<sup>76</sup> “(...) recuperando la memoria de las madres y abuelas de Plaza de Mayo, las mujeres y las diversidades sexuales se reorganizaron, coordinaron espacios federales, incorporaron nuevas y jóvenes voces, implementaron distintas estrategias y exigieron al Estado que sus reclamos sean escuchados y concretados” (Sánchez Ovadilla, 2020, p. 233).

A su turno, la ley de Identidad de Género ha implicado un salto histórico en materia de trato digno y no discriminatorio a las personas LGBTTTTI+. El objetivo de esta norma es, entre otros, despatologizar la identidad de género de las personas trans.

La federalización y potencia del reclamo por el derecho al aborto (Sánchez Ovadilla, 2019, p. 9), desembocó en la sanción de la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), dejando como mensaje que el cuerpo es de las mujeres y de quienes pueden gestar.

Estas normas nos llevan a repensar la naturaleza del derecho, sobre si es una institución en favor de los hombres, o si es una herramienta de cambio social que puede promover una vida más digna para mujeres y personas LGBTTTTI+.

## II.2.2. ¿Sentencias con perspectiva de género?

La efectividad de las leyes depende de su concreción cotidiana en la vida de las personas. En tal sentido, teniendo en cuenta la división tripartita del Estado (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial), destaco en este parágrafo la importancia de la aplicación de las leyes alcanzadas por los activismos feministas y LGBTTTTI+ en las sentencias judiciales.

Este desenvolvimiento judicial, desde luego, debe ser con perspectiva de género, si se respeta lo establecido por la Ley Micaela<sup>77</sup>. En estos años, se han difundido resoluciones emitidas por autoridades del Poder Judicial de Tucumán, que contenían respuestas con perspectiva de género a lo petitionado por las/los/les ciudadanes. Menciono a modo ilustrativo un reciente fallo donde se:

“ordenó a EDET que proceda a agregar en la liquidación mensual del medidor perteneciente a la parte incumplidora (N.E.S.) el monto de la cuota alimentaria fijada mediante sentencia del 14/06/2021, y una vez percibido los importes correspondientes, proceda a depositarlos en la cuenta judicial abierta en el presente expediente” (La Gaceta, 2022).

Este fragmento del artículo periodístico demuestra que, en el ámbito del derecho de las familias, las autoridades judiciales hacen esfuerzo no solo para cumplir con el derecho positivo, sino que también, a los fines de no dejar en abandono a niñas y niños, y a madres que vivencian violencia de género económica, optan por resolver medidas innovadoras.

Sin embargo, no puede desconocerse que, en la provincia de Tucumán, la incorporación de la perspectiva de género es la excepción y no la regla. En el “Monitoreo sobre la implementación de la Ley Micaela en el Poder Judicial” (La Nota, 2022), la organización civil CLADEM denunció que la capacitación del personal judicial de Tucumán se encuentra entre los niveles más bajos del país (20%), junto a Mendoza (22%) y Catamarca (12%).

En este informe se recordó el rol negativo que tuvo el juez penal Francisco Pisa, quien en noviembre de 2021 “fue destituido por el *jury* de enjuiciamiento por incumplimiento de los deberes a su cargo” (La Nota, 2022). Las actuaciones de este funcionario sin perspectiva de género en el caso Paola Tacacho fue una de las principales razones de su destitución.

## II.2.3. La categoría de “habitus” en tensión

Abordando el concepto “habitus” de Bourdieu, explica Gamero Cabrera (2012) que “en todas las sociedades y desde la primera etapa de nuestro aprendizaje, ya hemos

<sup>77</sup> “Artículo 1° - Establécese la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación” (Tomado de: *Argentina.gob.ar*, 2019).



incorporado, como esquemas inconscientes de percepción y de comprensión de nuestra realidad, las estructuras históricas del orden masculino” (p. 191).

Agrega la autora que:

“el tratamiento diferencial de los sexos supone, según Bourdieu, una construcción arbitraria, cuya génesis se encuentra en los principios de la división de la razón androcéntrica, fundada a su vez en los distintos roles sociales atribuidos a hombre y mujer” (Gamero Cabrera, 2012, p. 192).

De esta manera, las teorías de Bourdieu arriman explicaciones valederas para describir cómo se proyecta en nuestras vidas el patriarcado, el cual impuso un orden masculino con su respectivo “habitus”, y el que, desde luego, habilita violencia sobre mujeres y personas de la diversidad sexual.

No obstante, pareciera que, más allá de las conquistas logradas por los activismos feministas y LGBTTTI+ (los de su época), para Bourdieu no hay margen para escapar del orden convivencial patriarcal, ya que, sutilmente, se mantiene la dominación simbólica<sup>78/79/80</sup>.

Para Bourdieu (2000), hay posibilidad de escapatoria en clave marxista:

“la ruptura de la relación de complicidad que las víctimas de la dominación simbólica conceden a los dominadores sólo puede esperarse de una transformación radical de las condiciones sociales de producción de las inclinaciones que llevan a los dominados a adoptar sobre los dominadores y sobre ellos mismos un punto de vista idéntico al de los dominadores” (p. 33).

En tanto, Gamero Cabrera (2012) trae presente el planteo de Bourdieu acerca de la necesidad de cuestionar a instituciones como el Estado y el derecho:

“otra tarea pendiente del feminismo (y de todas las formas de dominación) es iniciar este mismo debate sobre aquellas instituciones que apenas son cuestionadas, pero que son los principales agentes reproductores del orden social y transmisores del habitus, como el Estado, la escuela y la iglesia. Señalar cómo estas instituciones han contribuido, desde su posición de autoridad, a inculcar las estructuras de dominación es una tarea ineludible para cualquier intento de cambiar estas estructuras” (p. 199).

<sup>78</sup> “(...) aún en el presente hay techos de cristal, de tal modo que, aunque las mujeres se hayan incorporado al mundo laboral, los puestos más altos siguen ocupados por varones y en igualdad de condiciones, ellas siguen recibiendo menores salarios” (Gamero Cabrera, 2012, p.193).

<sup>79</sup> “La violencia simbólica, entonces, se sustenta en el poder simbólico, y por ello, circula en las luchas por el poder simbólico (Bourdieu y Wacquant, 1992)” (Gutiérrez, 2004, p. 292).

<sup>80</sup> “(...) siempre he visto en la dominación masculina, y en la manera como se ha impuesto y soportado, el mejor ejemplo de aquella sumisión paradójica, consecuencia de lo que llamo la violencia simbólica, violencia amortiguada, insensible, e invisible para sus propias víctimas, que se ejerce esencialmente a través de los caminos puramente simbólicos de la comunicación y del conocimiento o, más exactamente, del desconocimiento, del reconocimiento o, en último término, del sentimiento” (Bourdieu, 2000, p.5).

Las distintas olas feministas han exigido derechos al Estado, y este, mediante la reconfiguración del derecho, ha otorgado algunos a las mujeres y personas LGBTTTTI+. El derecho se ha visto cuestionado, pero, paradójicamente, se ha obtenido del mismo, la consagración de derechos fundamentales de las mujeres y de la diversidad sexual.

Esto contradice en cierto punto al concepto de “habitus” de Bourdieu, dado que, por un lado, hay una discontinuidad en la dominación masculina al lograrse el derecho a la identidad de género de las personas trans, el derecho al aborto y el matrimonio entre persona homosexuales en la Argentina. Desde luego que se trata de una conquista jurídica formal, que requiere su adopción progresiva y extendida en la población.

Por otro lado, comprendo que hay tensión con lo postulado por Bourdieu en el “habitus” y el derecho resignificado por la lucha de los movimientos feministas y LGBTTTTI+, ya que, para aquel, “los agentes sociales determinarán activamente, sobre la base de categorías de percepción y apreciación social e históricamente constituida, la situación que los determina” (Capdevielle, 2011, p. 38). Este planteamiento refleja distanciamiento con la realidad: los grupos humanos vulnerabilizados han arrancado derechos del Estado, y la autodeterminación no ha sido suficiente, más allá de los valores alcanzados con la organización.

Bourdieu mantiene la postura que limita posibles cambios en el “habitus”, una vez que:

“las libertades formales -derecho de voto, derecho a la educación, acceso a todas las profesiones, incluidas las políticas- se han adquirido, la autoexclusión y la ‘vocación’ (que ‘actúa’ tanto de manera negativa como positiva) acuden a tomar el relevo de la exclusión expresa” (Bourdieu, 2000, p.31).

### **III. Conclusiones y prospectivas**

A lo largo de este trabajo se abordó qué implica hablar de la paradoja del derecho como enclave patriarcal o herramienta de cambio social. Se destacó, asimismo, el rol protagónico que han alcanzado los movimientos feministas y LGBTTTTI+ con sus demandas.

En ese contexto, se ponderó el concepto de “habitus” elaborado por Bourdieu, el cual, si bien brinda explicaciones sobre el patriarcado y su desenvolvimiento a través de instituciones como el Estado y el derecho, puede ser insuficiente para describir los cambios operados, siendo “un concepto deficitario, o tal vez contradictorio, para captar el proceso de transformación de las distintas facetas de la singularidad” (Capdevielle, 2011, p.43).

Las normas citadas, como la Ley del Matrimonio Igualitario, la Ley de Identidad de Género y la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), así como también algunas sentencias con perspectiva de género, han demostrado y demuestran la posibilidad de modificar el “habitus”, cuestión para la cual Bourdieu muestra desacuerdo.

Según Gutiérrez (2004, p. 41), Bourdieu reflexionó limitadamente sobre las posibilidades del cambio de “habitus”. En ese caso, señaló que las vías eran el proceso de autosocioanálisis o de autosocioanálisis asistido, destacando en este último el desenvolvimiento intelectual.

No obstante, Bourdieu no pudo registrar que los movimientos organizados de mujeres y personas LGBTTTTI+ han hecho valiosos aportes para las transformaciones jurídicas en curso y que, en efecto, han podido resignificar, en ciertos casos, la naturaleza del derecho.

#### IV. Referencias bibliográficas

**Barrancos, D.** (2017). 1. Feminismos y agencias de las sexualidades disidentes. En: Faur, E. (comp.) *Mujeres y Varones en la Argentina de Hoy. Géneros en Movimiento* (29-50). Siglo Veintiuno Editores.

**Bourdieu, P.** (2000). *La dominación masculina*. Anagrama. <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2015/09/Bondu-Pierre-la-dominacion-masculina.pdf>

**Capdevielle, J.** (2011). El concepto de habitus: “con Bourdieu y contra Bourdieu”. *Anduli - Revista Andaluza de Ciencias Sociales* (pp. 31-45). <https://revistascientificas.us.es/index.php/anduli/article/view/3664/3196>

**Chauviré, C. y Olivier F.** (2008). *Conceptos: “cuerpo”, “dominación” y “habitus”*. En: *El vocabulario de Bourdieu*. Atuel.

**Facio, A. y Fries, L.** (2005). “Feminismo, género y patriarcado”. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*. (Año 3, Número 6, pp. 259-294). [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf)

**Gamero Cabrera, I. G.** (2012). Los efectos de la dominación simbólica en el feminismo. *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*. (Núm. 13, pp. 189-200). <https://raco.cat/index.php/Astrolabio/article/view/256822/343830>

**Gutiérrez, A. B.** (2004). Poder, *hábitus* y representaciones: recorrido por el concepto de violencia simbólica en Pierre Bourdieu. *Revista Complutense de Educación*. (Núm. 1, Vol. 15, pp. 289-300). Universidad de Córdoba.

**Jelin, E.** (2017). 2. Familia. Un modelo para desarmar. En: Faur, E. (comp.) *Mujeres y Varones en la Argentina de Hoy. Géneros en Movimiento* (pp. 51-73). Siglo Veintiuno Editores.

**La Gaceta:** “Por orden judicial, EDET le retendrá los fondos porque debe la cuota alimentaria de su hija” (05/09/2022). En: <https://www.lagaceta.com.ar/nota/959919/sociedad/por-orden-judicial-edet-le-retendra-fondos-porque-debe-cuota-alimentaria-hija.html>

“Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las Personas que integran los tres Poderes del Estado”. Ley 27499. Argentina.gob.ar. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27499-318666/texto>

**Romero, B. D. H.** “Sólo el 20% del Poder Judicial de Tucumán se capacitó en perspectiva de género”. (16/08/2022) *La Nota*. <https://lanotatucuman.com/solo-el-20-del-poder-judicial-de-tucuman-se-capacito-en-perspectiva-de-genero/genero-y-diversidad/16/08/2022/72200/>

**Sánchez Ovadilla, B.** (2019). *La praxis participativa feminista y su impronta democratizante en Argentina* [Archivo Word]. XXVII Jornadas de Jovens Pesquisadores da Associação de Universidades Grupo Montevideo – AUGM. <https://jornadasaugm.faiufscar.com/anais#/trabalho/2202>

----- (2020) “Praxis participativas feministas y LGBTTTI en contexto de pandemia”. *Boletín del Comité de Ciencias Políticas y Sociales de la Asociación de Universidades Grupo Montevideo*. (Número 1, pp. 232-236) *El tiempo que vivimos. COVID 19 y su impacto en nuestras sociedades*. Colacrai M. y Álvarez S. T. (Comp.). UNR Editora. <https://formasdelapolitica.com/el-tiempo-en-que-vivimos-covid-19-y-su-impacto-en-nuestras-sociedades/>

----- (2021). “La emergencia de la institucionalidad de género en Argentina”. *Interfolio. Revista del Interescuelas de Filosofía del Derecho*. <https://interescuelas.files.wordpress.com/2021/09/sanchez-ovadilla-blas.pdf>



# LÓGICA Y DERECHO. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA LÓGICA Y SU INVESTIGACIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO

**Eugenio A. Camadro Jáureguy** <sup>81</sup>  
Universidad Nacional de Mar del Plata  
eugenio88cj@hotmail.com

Resumen: En el presente se intenta dar una caracterización preliminar y general sobre el concepto de la lógica y la relación de esta con el estudio del fenómeno jurídico, la cual sirva como un contacto preliminar -y sumamente general- a quién se encuentre interesado en la temática, para facilitar el entendimiento de otros textos de carácter más avanzado.

Palabras claves: lógica – investigación – derecho

Abstract: The present attempt aims to provide a preliminary and general characterization of the concept of logic and its relationship with the study of the legal phenomenon, which can serve as an initial and highly general contact for those interested in the topic, to facilitate understanding of other more advanced texts.

Keywords: logical – research - law

## I. Introducción

Abordar cuestiones vinculadas al estudio lógico del derecho parece una tarea sumamente ardua, e inicialmente muy desalentadora, entre otras razones por la aridez de la temática, la formación previa con la que solemos contar los juristas y la falta de textos de carácter intermedio en la materia (los cuales suelen pasar de explicaciones muy simples, a fundamentaciones sumamente complejas respecto de distintas cuestiones o niveles de análisis). Pese a esto, el empleo de este instrumental ha sido sumamente fructífero en el desarrollo teórico del campo jurídico durante la segunda mitad del siglo XX, por lo cual, pareciera imponerse como una necesidad imperiosa -al menos el manejo de algunas nociones básicas- para quien pretenda estudiar teoría jurídica de forma más o menos seria<sup>82</sup>.

En el presente trabajo, se busca brindar una caracterización preliminar sobre el concepto de la lógica y su relación con el derecho, que sirva a modo de una introducción

---

<sup>81</sup>Abogado por la UNMdP, Magister en "Global Rule of Law and Constitutional Democracy" por la Università degli studi di Génova, Italia, Especialista en "Derecho Constitucional" por la Universidad de Salamanca, España, profesor adscrito de "Teoría Constitucional" y miembro del grupo de investigación permanente "Explicación y Comprensión" de la UNMdP-

<sup>82</sup> Buena cuenta de ello da la inclusión de tópicos de la materia en distintos cursos de postgrado o formación de magistratura, a partir de asignaturas como Metodología o Teoría General del Derecho.

preliminar -y sumamente general- a quien se encuentre interesado en la temática, para servir de guía o facilitar el entendimiento de otros textos de carácter más avanzado.

En este orden de consideraciones, en primer, lugar, se busca definir qué es la lógica, cuáles son sus principios centrales y dar cuenta brevemente del desarrollo histórico de la misma; luego, se indica las relaciones entre la lógica y el lenguaje; finalmente, se da una caracterización de la relación del estudio lógico con los distintos niveles del discurso jurídico.

## II. ¿Qué es la lógica?

Pese a la existencia de una noción intuitiva común -bastante vaga- entre los hablantes, resulta difícil caracterizar de manera acabada sobre qué versa la lógica<sup>83</sup>. A modo de una primera aproximación, se puede afirmar que es aquella rama del conocimiento encargada del control crítico y abstracto del razonamiento<sup>84</sup>, a partir de patrones o criterios de corrección (los cuales se suelen representar mediante esquemas estructurales de argumentación)<sup>85</sup>.

En apretada síntesis, se puede decir entonces que la lógica es el estudio de los principios y métodos utilizados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto<sup>86</sup>. La lógica, en este sentido, se encarga de establecer parámetros de juicio para evaluar la corrección y estructura de los razonamientos desarrollados, de modo tal que se contraste o no el cumplimiento de distintas formas de validez<sup>87</sup>, en la derivación de consecuencias desde las premisas hacia las conclusiones.

Esta definición preliminar permite separarla tanto del estudio genérico de la argumentación (en particular distinguiéndola de la retórica y la tópica), como de la noción intuitiva de verdad (elemento que durante mucho tiempo resultó central en la definición de la misma, principalmente por la identificación exclusiva de esta con el silogismo categórico), vinculándola primariamente con la noción de consecuencia lógica<sup>88</sup>.

La lógica se inicia como ciencia demostrativa, en tanto instrumento para el conocimiento, en los libros del *Organon* de Aristóteles<sup>89</sup>, resultando la teoría del silogismo categórico -desarrollada sustancialmente en los *Primeros analíticos* por este pensador- el paradigma de identificación temática que predominaría por largo tiempo.

---

<sup>83</sup>En el lenguaje natural es común asociarla a las nociones de razón, argumento, causa, método, verdad, etc. Para observar distintas significaciones dadas a la palabra como primera aproximación véase: Mora, J. F. (2009). *Diccionario de Filosofía-Edición Ampliada y Revisada* (T-III, p. 2175 y ss.).

<sup>84</sup>La lógica -en sí misma- no constituye una teoría, sino una figura(ción) especular del mundo, y dentro de estas *la matemática es un método lógico* (§6.13). Partiendo, en definitiva, de la idea que *la figura lógica de los hechos es el pensamiento* (§3), y de ahí la importancia de como estos últimos se expresan y articulan para configurar nuestra visión de los primeros (Cfr. Wittgenstein, L. (1921). *Tractatus lógico-philosophicus*).

<sup>85</sup>Cfr. Navarro, P & Rodríguez, J. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems* (p.3 y ss.).

<sup>86</sup>Copi, I & Cohen, C. (2013). *Introducción a la lógica* (p.4).

<sup>87</sup>Término empleado aquí con un sentido divergente al que se le suele aplicar en el derecho en general y completamente al uso kelseniano del mismo (vinculado principalmente a la idea de fuerza obligatoria).

<sup>88</sup>Cfr. Alchourron, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (p. 64 y ss.).

<sup>89</sup>Siendo célebre -aunque errada- la afirmación de Kant, en el prólogo a la segunda edición de su *Crítica a la Razón Pura*, cuando sostiene que *la lógica es una ciencia que nació perfecta y completa en las manos de su creador Aristóteles*.

Es así que la lógica clásica se caracteriza por la aplicación de tres principios centrales, a saber:

**a. el principio de identidad**

“para toda entidad  $x$ ,  $x$  es idéntica a sí misma”

$[\forall x=x]$

**b. el principio de no contradicción**

“una proposición  $x$  y su negación  $-x$ , no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido”

$[-(x \wedge -x)]$

**c. el principio del tercio excluido**

“si existe una proposición ‘ $x$ ’ que afirma algo, y otra que lo contradice ‘ $y$ ’, una de las dos debe ser verdadera, y una tercera opción ‘ $z$ ’ no es posible”

$[(x \vee -x) \neq y]$

En la actualidad, y pese a la importancia de la noción de la lógica clásica, esta dista mucho de agotar el posible contenido teórico de la materia; en particular a partir de la revolución sufrida en esta disciplina durante el transcurso del siglo XIX<sup>90</sup>, con el inicio y consolidación de la lógica formal.

La lógica formal adquirió autonomía como campo de conocimiento, frente a la filosofía en sentido lato, presentando cuatro hitos centrales a ser mencionados en este proceso<sup>91</sup>: En primer lugar, la publicación de George Boole (1815-1864) de *El análisis matemático de la lógica* (1847) y la edición de Augustus de Morgan (1806-1871) de *Lógica Formal*, textos en donde se demostró que las relaciones lógicas pueden ser expresadas mediante fórmulas algebraicas. En segundo lugar, Gottlob Frege (1848-1925) publicó *Notación conceptual* (1879), en el que se expone por primera vez un sistema de lógica por completo formalizado, el cual sería perfeccionado con posterioridad por B. Russell y A. Whitehead (1903). En tercera instancia, David Hilbert (1862-1943) introdujo, en su libro *Fundamentos de la geometría* (1899), la idea de la matemática como un lenguaje en sí mismo y el ideal de sistematización axiomatizada de la misma. En cuarto lugar, Alfred Tarski (1901-1983) escribió varios trabajos significativos, en particular *El concepto de verdad en los lenguajes formalizados* (1933) y *Sobre el concepto de consecuencia lógica* (1936).

A partir de la segunda mitad del siglo XX se desarrollaron una serie de distintas lógicas no clásicas -sustentadas por diversas inquietudes filosóficas y empíricas- que dan cuenta de un “pluralismo de la lógica” que quiebra el ideario de un paradigma metodológico único.

Se abre así una discusión filosófica, que continúa hasta nuestros días, sobre cuál sistema lógico se debe adoptar y por qué. Existiendo tres grandes respuestas posibles: *cualquiera, solo una y ninguno*. La primera respuesta da lugar a la postura filosófica llamada *pluralismo lógico*, para la cual puede elegirse cualquier sistema lógico, dependiendo de la finalidad. La segunda respuesta da lugar al *monismo*, para ella debe elegirse una única lógica. Y, la tercera, da lugar al *nihilismo*, para la cual no debe elegirse ninguna lógica<sup>92</sup>.

<sup>90</sup>Alchourron, C. (2010). Fundamentos para una teoría general de los deberes (p. 40).

<sup>91</sup>Cfr. entre otros, Bochenski, J. M. (1985). Historia de la lógica formal (p. 432 y ss.).

<sup>92</sup> Cfr. Beall, J. C. & Restall, G (2006). Logical Pluralism, y Arazim, P. (2021). The Problem of Plurality of Logics. Understanding The Dynamic Nature of Philosophical Logic.

Entre estas lógicas no clásicas, se puede mencionar la lógica paraconsistente (abocadas a teorías inconsistentes, pero no triviales); la lógica de la relevancia (en tanto lógica relativa, construida para la formalización del discurso ordinario); la lógica modal (que estudia distintas modalidades posibles de necesidad y posibilidad -necesidad, posibilidad, contingencia e imposibilidad-); las lógicas polivalentes (centradas en construcciones alternativas a los sistemas binarios, construyendo sistemas trivalentes); la lógica difusa (centradas en funciones de conjuntos que toman sus valores o imágenes en un conjunto de más de dos valores); la lógica temporal (centrada en el reconocimiento de cómo el tiempo modifica el valor de propiedad de las proposiciones); y la *lógica de mundos posibles* (centrada en las posibilidades empíricas de existencia)<sup>93</sup>.

Durante el siglo XX, la lógica -en particular luego de la obra de Frege<sup>94</sup>- se constituyó en instrumento fundamental en el pensamiento filosófico<sup>95</sup>. Teniendo una importancia significativa -en este breve itinerario histórico- lo que se conoció como “*el proyecto logicista*”, el cual fue una empresa teórica que en sus comienzos pretendió definir la totalidad de los conceptos matemáticos en términos puramente lógicos y derivar proposiciones apoyándose en principios del pensamiento autoevidentes; y que luego se extendió a otras ramas de las ciencias, creándose distintos tipos de lógicas según su campo de aplicación<sup>96</sup>.

Asimismo, una serie de distinciones capitales surgieron al emplearse esta metodología en sentido genérico para reconstruir y analizar distintos lenguajes -tanto naturales como técnicos-, los cuales condicionaron hasta la fecha la totalidad del quehacer filosófico y la evolución misma de distintas ciencias en sentido estricto (vbr., entre otras la distinción entre *sentido y referencia*<sup>97</sup>)<sup>98</sup>.

Entre las llamadas lógicas modales, tiene especial importancia por su aplicación en el ámbito jurídico la llamada *lógica deóntica*, originada a partir de la publicación de los célebres artículos “An Essay in Modal Logic” y “Deontic Logic” (1951) de von Wright, los cuales dieron inicio a una rama de estudio generada a partir de la observación de la similitud

<sup>93</sup>Cfr. Palau, G. (2002). Introducción filosófica a las lógicas no clásicas.

<sup>94</sup>Frege elaboró un método de representación formal de la estructura de los pensamientos y las inferencias. Lo hizo desarrollando: (a) un sistema que permitió estudiar inferencias formalmente, (b) el análisis de oraciones complejas y frases cuantitativas que mostraron una unidad subyacente a ciertas clases de inferencias, (c) un análisis de prueba y definición, (d) una teoría de extensiones que, aunque posteriormente perfeccionada, ofrecía una imagen de los fundamentos de las matemáticas, (e) un análisis de enunciados sobre números, (f) un conjunto de definiciones y pruebas de algunos de los axiomas básicos de la teoría de números a partir de un conjunto limitado de conceptos y axiomas lógicamente primitivos, y (g) una concepción de la lógica como una disciplina inferencial. Cfr. Zalta (2018) “Gottlob Frege”, publicado en The Stanford Encyclopedia of Philosophy, §1. Reposición en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/frege/>.

<sup>95</sup>La explosión en el desarrollo y el conocimiento lógico vivida en el siglo XIX ha implicado una alta tecnificación del saber y la proliferación de investigaciones especializadas, sin una correlativa divulgación y asentamiento de las bases constitutivas del paradigma de conocimiento común. Caracterizándose, pese a la diversidad de denominaciones -tales como lógica matemática, lógica simbólica, lógica formal, etc-, en un sentido vulgar por la formalización de los lenguajes naturales. Cfr. Echave, Guiburg & Urquijo (1980). *Lógica, proposición y norma* (Cap. I).

<sup>96</sup>Ello sin perjuicio de no ignorarse las críticas y extralimitaciones que sufrió dicho proyecto, en particular al sobreestimar el potencial de su propio instrumental metodológico y de la posibilidad de conocimiento y acción humana en general.

<sup>97</sup>A título meramente ilustrativo sobre la génesis de esta distinción -la cual muchas veces ha sido reformulada con distintos alcances- véase “Sobre sentido y referencia” (1892) y “Consideraciones sobre sentido y referencia” (1893-1895) publicados por Frege, G. (1984) en: *Estudios sobre semántica* (p.51 y ss.).

<sup>98</sup>Glock, H. (2008). ¿Qué es la filosofía analítica? (p. 48).



entre los operadores aléticos clásicos del cuadro de oposición aristotélico (“algunos-ninguno-todos”) con los operadores modales (“posible-imposible-necesario”), lo que derivó en la aplicación de las modalidades normativas como operadores proposicionales básicos (“prohibido-permitido-obligatorio”)<sup>99</sup>.

### III. Lógica y lenguaje

Por fuera de esta evolución histórica, en un sentido genérico, el análisis lógico se aplica -entre otras cosas- a la realidad, la cual suele ser caracterizada o representada mediante distintos discursos, entendidos estos especialmente como construcciones formuladas y expresadas a partir de lenguajes. Estos presuponen una importante tripartición<sup>100</sup> subyacente en la metateoría de todo acto de habla, la cual resulta vital para poder entender los distintos enfoques predominantes de la lógica<sup>101</sup>. Es así que la semiótica (en tanto teoría general de los símbolos) presenta tres niveles de análisis de los actos de habla, a saber:

a.) La sintaxis (siendo la parte de la metateoría que considera las propiedades y relaciones de formulación entre los signos de un lenguaje objeto con independencia de toda interpretación del lenguaje);

b.) La semántica (siendo la parte de la metateoría en la que se consideran las propiedades y relaciones entre los signos de un lenguaje objeto que dependen de las correlaciones entre las expresiones del lenguaje y la realidad establecidas por las funciones de interpretación |i); y

c.) La pragmática (siendo la parte de la metateoría en la que se consideran las reglas de uso de los signos lingüísticos adoptados por un hablante o una comunidad de hablantes del lenguaje dado)<sup>102</sup>.

### IV. ¿Lógica y Derecho?

Dentro del ámbito jurídico es común que se apele a la idea de que algo<sup>103</sup> resulta o es lógico -en un sentido vulgar- para calificar o justificar determinada conclusión. Cuando uno se adentra al estudio del razonamiento jurídico, la lógica suele ser caracterizada de un papel ambiguo, el que no se exagera si se tilda de *cuasi esotérico*; ello en tanto su rol es tan frecuentemente sobrestimado como subestimado<sup>104</sup>.

En primer lugar, existe una falsa idea de la lógica como un poder metodológico omnímodo, capaz de resolver cualquier dificultad jurídica y construir un derecho concebido como el reino de las certezas más absolutas y prístinas<sup>105</sup>; por el otro lado, aún más común,

<sup>99</sup> Cfr. von Writhg (1999). “Deontic Logic; A personal view” (p.29 y ss.).

<sup>100</sup> A partir de la distinción originalmente desarrolladas por Charles Sanders Peirce y luego refinadas por Ferdinand de Saussure. Véase: Atkin, A. (2013). “Peirce's Theory of Signs” y Legg, C. & Hookway C. (2021). “Pragmatism” §4.4.

<sup>101</sup> Siendo posible enumerar como aproximaciones posibles a la lógica -entre otras- un enfoque psicológico, un enfoque sintáctico, un enfoque semántico, un enfoque sintáctico-semántico, un enfoque intuitivo y un enfoque general abstracto. Cfr. Alchourron, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (Cap.I, p.39 y ss.)

<sup>102</sup> Cfr. Alchourron, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (p.47).

<sup>103</sup> Piénsese aquí en una decisión jurisdiccional o en una ley promulgada por una legislatura.

<sup>104</sup> Alchourron, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (p.155).

<sup>105</sup> “En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general, la premisa menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el Juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la

es la concepción peyorativa respecto de la misma, considerándose un oscurantismo academicista vinculado a un formalismo vacío, que poco se corresponde con la realidad jurídica y su estudio útil.

Ambos extremos resultan desacertados y pueden ser atribuidos al desconocimiento generalizado en la materia y el rechazo a la formación meta-teórica abstracta por parte de los abogados y juristas; siendo la lógica meramente un recurso metodológico útil<sup>106</sup> para:

a) aportar elementos en el desarrollo de un mejor conocimiento teórico del derecho, en particular: (a.iii) brindando fundamentación filosófica sólida para abordar y entender el fenómeno jurídico desde un plano de reflexión meta teórica, (a.iii/a.ii) mejorando la capacidad de análisis de las premisas y presupuestos-tanto explícitos como implícitos- en las normas e ideales que las rigen (certeza, completitud y consistencia) (tanto al nivel meta teórico, como de segundo orden), y (a.i) permitiendo comparar estos en relación a los ordenamientos, sistemas y prácticas que efectivamente se desarrollan en la realidad;

b) generando -subsecuentemente- un (a.i') ejercicio práctico para analizar, construir y criticar cadenas argumentales en la actividad cotidiana de creación, fundamentación y aplicación de leyes.

Para asegurarse de emplear la lógica dentro de un mismo nivel discursivo, se deben partir -además- de tres categorías o planos ideales presentes en el fenómeno jurídico<sup>107</sup>, los cuales en la práctica muchas veces aparecen entremezclados, a saber: (i) un nivel de discurso objeto, identificable con las normas jurídicas y/o las prácticas institucionales del derecho; (ii) un nivel discursivo de segundo orden, identificable con la dogmática jurídica y los discursos que la constituyen, y (iii) un nivel discursivo de tercer orden, identificable usualmente con la teoría general del derecho<sup>108</sup>:

(i) El nivel del discurso objeto, se conforma con las prácticas y acciones constitutivas del derecho mismo, que son realizadas y empleadas a diario por los sujetos y las instituciones jurídicas y estatales en general, con el objeto de ordenar y regular los comportamientos humanos (en sentido genérico se pueden incluir los actos de creación normativa, su producto y la posterior aplicación concreta de este).

(ii) El nivel del discurso de segundo orden, consiste en el desarrollo de una práctica que presenta aspectos descriptivos y normativos simultáneamente, en tanto que se

---

incertidumbre.” En: Beccaria C. (1764). *De los Delitos y las Penas*. Edit. de la Universidad Carlos III (2015, p. 22).

<sup>106</sup>Para ver una excelente presentación del papel de la lógica en el Derecho, consultar: C. Alchourrón (1996). “On Law and Logic”, publicado en *Ratio Juris* (vol. 9/4).

<sup>107</sup>Se puede traer aquí a colación a J. Searle, quien divide las distintas conductas lingüísticas presentes en los grupos humanos entre: (a) hablar, (b) caracterizar el habla, y (c) explicar el habla, lo que traducido en términos de dimensiones lingüísticas jurídicas implicaría: (a) expresar una norma, ej. «el derecho *w* prescribe *x* si se da la condición *z*»; (b) caracterizar algún aspecto de la norma, ej. «para dar por configurada “*x*” la doctrina mayoritaria entiende que “*z*” debe ser un acto voluntario, de conformidad al resto de prescripciones de “*w*”, y (c) explicar algo relativo a la norma, ej. «la condición “*z*” es un antecedente fáctico que actúa como condición de aplicabilidad de la prescripción normativa “*x*”. Los discursos (b) y (c) son caracterizaciones y explicaciones lingüísticas, respectivamente, a las que subyace siempre (a) como fenómeno empírico previo, lo que explica la posibilidad del conocimiento caracterizador (b). Los datos del discurso normativo de “*w*” (a), registrados y caracterizados dogmáticamente (b), permiten ser explicados o descriptos teóricamente (c). Cfr. Searle (1969). *Actos de habla: Ensayo de filosofía del lenguaje* (p.24 y ss.).

<sup>108</sup>Guastini, R (1996). *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho* (p.29 y ss.).

formulan para caracterizar, expresar, determinar, influir y dirigir directamente el nivel del discurso objeto (dogmática jurídica).

(iii) El nivel del discurso de tercer orden, consiste en el análisis de todos los niveles anteriores, partiendo de la pretensión de desarrollar un conocimiento de tipo netamente descriptivo, tendiente a la explicación acabada de un proceso social complejo y los distintos mecanismos simbólicos y fácticos que lo articulan, tanto en un plano concreto como abstracto, identificable con las distintas disciplinas relacionadas a las ciencias jurídicas en sentido amplio y restringido (historiográfico, sociológico, económico, etc. y con la teoría general del derecho respectivamente).

El derecho y la lógica, tienen asimismo un punto de organización en común que se debe subrayar, en tanto parten de una estructuración de tipo deductivo o axiomático<sup>109</sup>; tanto sea que se trate de organizar la forma de vida de una determinada sociedad mediante un sistema escalonado y jerárquico de mandatos, permisos y prohibiciones, como para evaluar de forma abstracta las premisas presentes en los modelos de razonamiento y sus presupuestos implícitos<sup>110</sup>.

El Derecho positivo se constituye -al menos en buena parte<sup>111</sup>- como fenómeno comunicacional: se construye y caracteriza por las directivas emanadas de la autoridad con el empleo de distintos lenguajes naturales, directivas que califican deónticamente ciertas acciones y articulan los mecanismos de cooperación que en definitiva posibilitan la vida en comunidad tal como la conocemos. Por lo tanto, una comprensión de cómo funciona la comunicación lingüística, y en particular, en qué medida está el Derecho determinado por su formulación discursiva, es fundamental para comprender qué son y cómo se emplean las normas jurídicas<sup>112</sup>.

En esta línea, si se acepta la posibilidad de conceptualizar las normas y los sistemas normativos como entidades lingüísticas (enunciados que correlacionan casos con soluciones), es posible dar tratamiento en un nivel puramente sintáctico, semántico o pragmático, lo que permite el empleo de la metodología lógica para el análisis formal del Derecho; facilitando la reconstrucción de los problemas tradicionales de la ciencia y la dogmática jurídica a partir de las propiedades estructurales de los sistemas y sus defectos estructurales (contradicciones y lagunas), evidenciando ciertos ideales racionales - independientes de la ideología- y distintas cuestiones respecto a la asignación de significados e intenciones por parte de los operadores jurídicos<sup>113</sup>.

## A modo de conclusión

<sup>109</sup>Bulygin, E. (1989). "Los límites de la lógica en el razonamiento jurídico" (p.336 y ss.).

<sup>110</sup>Alchourron, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (p.157).

<sup>111</sup>No se debe ignorar que esto constituye una reducción en el objeto de estudio; dado que el fenómeno jurídico (en tanto acción humana organizada) presenta distintas dimensiones fácticas y simbólicas (entre las cuales existe una dimensión importante de organización del poder material y sus manifestaciones sociales concretas, por ejemplo, una persona sola en una carretera siguiendo una regla de tránsito). Sin perjuicio de lo cual, en tanto el Derecho es una construcción y articulación de conductas humanas, estas deben ser al menos expresables en términos lingüísticos.

<sup>112</sup>Marmor, A. (2011). *Philosophy of Law* (p.136).

<sup>113</sup>Cfr. al respecto: Alchourron, C. & Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales (NS)*, cap. I. Cabe señalar aquí que, si bien A&B se propusieron *a priori* realizar un análisis puramente sintáctico de los sistemas normativos en NS, la reconstrucción de ellos presupone -al menos parcialmente- una previa interpretación semántica de los mismos.

Resulta difícil dar cuenta de modo simple del potencial metodológico de una herramienta como la que aquí se analiza; sin perjuicio de ello y por fuera de esta caracterización preliminar, parece innegable que el estudio de las normas jurídicas positivas y la concepción de los sistemas jurídicos, se ha enriquecido directa o indirectamente a través de la indagación lógica de los mismos.

Así, desde la elaboración del conocimiento jurídico, nociones como la de norma (y sus distintas posibilidades en tanto mandato que califica jurídicamente como prohibido, obligado, facultativo o permitido determinada acción), sistema normativo, proposiciones normativas, lagunas, contradicciones, ordenamiento jurídico, procesos como la dinámica, sanción y derogación de las normas, han sido analizadas fructíferamente desde este ámbito. Por otro lado, y en el plano concreto, por fuera del conocimiento teórico de los elementos implícitos en la praxis, el ejercicio del razonamiento lógico sirve para construir y criticar cadenas argumentales que sostienen las decisiones concretas.

## **Bibliografía**

**Alchourrón, C.** (1961). “Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*”, citado en: (2021) *Análisis Lógico y Derecho* (2ª edic., pp. 49-68). Edit. Trotta.

----- (1972). “Fundamento intuitivo del discurso normativo y su formalización”, citado en: (2021) *Análisis Lógico y Derecho* (2ª edic., pp. 93-107). Edit. Trotta.

----- (1996). “On Law and Logic”, citado en *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Edit. Marcial Pons. Madrid.

----- (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Edit. Marcial Pons. Madrid.

**Alchourrón, C. y Bulygin, E.** (1971). *Normative Systems*, citado por la traducción al español de los autores en: (1975) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Edit. Astrea. Buenos Aires.

----- (1981). “La concepción expresiva de las normas”, citado en: (2021) *Análisis Lógico y Derecho* (2ª edic., pp. 161-190). Ed. Trotta.

**Atkin, A.** (2013). “Peirce's Theory of Signs”, en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2013 Edition).

URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/peirce-semiotics/>>.

**Beccaria, C.** (2015). *De los Delitos y las Penas* (Publicación original en 1764). Edit. de la Universidad Carlos III.

**Bochenski, Joseph M.** (1985). *Historia de la lógica formal*. Edit. Gredos. Madrid.

**Bulygin, E.** (1989). “Los límites de la lógica en el razonamiento jurídico”, citado en: (2021) *Análisis Lógico y Derecho* (2ª edic., pp. 335-360). Ed. Trotta.

----- (1997). “Lógica Deóntica”. En: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (Vol. 7, p. 129-141). Edit. Trotta. Madrid.

----- (2018) *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas* (Introducción de Ratti, G.: “Apuntes preliminares sobre el estatus filosófico de la lógica deóntica”, p.13-28). Edit. Marcial Pons. Madrid.

**Copi, I. & Cohen, C.** (2013). *Introduction to logic*. (Traducción al español: *Introducción a la lógica*, 2ª edic). Edit. Limusa. México.

**Echave, D. T., Guibourg, R. A. & Urquijo, M. E.** (1980). *Lógica, proposición y norma*. Edit. Astrea. Bs As.

**Ferrater Mora, J.** (2009). *Diccionario de Filosofía*. Nueva edición revisada, aumentada y actualizada por J. M. Terricas. Edit. Ariel. Barcelona.

- Frege, G.** (1892). *Estudios sobre semántica* (Traducción de U. Moulinis, 1984). Ediciones Orbis S.A, Argentina.
- Guastini, R.** (1996). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino. Giappichelli. Citado por la traducción al español de Jordi Ferrer Beltrán (1999) *Distinguendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*. Edit. Gedisa. Barcelona.
- Glock, Hans-Johann** (2008). *What is Analytic Philosophy*. Citado por la traducción al español de García Trevijano C. (2012) *¿Qué es la filosofía Analítica?* Edit. Tecnos. Madrid.
- Jørgensen, Jørgen** (1937-8). "Imperatives and Logic". *Erkenntnis* (vol. 7, pp. 288-296).
- Legg, C. & Hookway, C.** (2021). "Pragmatism". En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/pragmatism/>>.
- Marmor, A.** (2011). *Philosophy of Law*. Edit. Princeton University Press. New Jersey.
- Navarro, P. E. & Rodríguez, J. L.** (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. Edit. Cambridge University Press. Oxford.
- (2021). "Concepciones de las normas". Inédito.
- Palau, G.** (2002). *Introducción filosófica a las lógicas no clásicas*. Edit. Gedisa. Barcelona.
- Rodríguez, J. L.** (2021). *Teoría analítica del derecho*. Edit. Marcial Pons. Madrid.
- Searle, J.** (1969). *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language*. Citado por la traducción al español de L. M. Valdéz Villanueva (1994). *Actos de habla: Ensayo de filosofía del lenguaje*. Edit. Planeta-Agostini. Barcelona.
- Von Wright, Georg Henrik** (1963). *Norm and Action. A logical Enquiry*. Citado por la traducción al español de Pedro García Ferrero (1970). *Norma y Acción. Una investigación lógica*. Edit. Tecnos. Madrid.
- (1999) "Deontic Logic; A personal view". En *Revista Ratio Iuris* (Vol.12, N°1, pp. 26-38).
- Wittgenstein, L.** (1921). *Tractatus lógico-philosophicus*. Citado por la traducción J. Muñoz e I. Reguera (2003). Edit. Ariel.
- Zalta, E. N.** (2018). "Gottlob Frege". En "*The Stanford Encyclopedia of Philosophy*". URL=<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/frege/>.



# SOBRE LA NECESIDAD LINGÜÍSTICA DE LA REMISIÓN A LA VOLUNTAD ORIGINAL DEL LEGISLADOR

**Matías I. González** <sup>114</sup>

Universidad Nacional de Mar del Plata.

ignaciomgonzalez97@gmail.com<sup>115</sup>

**Resumen:** El propósito del presente trabajo es explorar el rol de las intenciones comunicativas de los legisladores y su influencia en la construcción de algunos cánones interpretativos tradicionales. En particular, se analizará, desde una óptica lingüística, el fenómeno de la remisión a la voluntad del legislador y su clasificación como una pauta interpretativa. En esta línea, se sostendrá que aceptar que la remisión a la voluntad original del legislador conforma un canon interpretativo es equivocado. En su lugar, se propone entender a este fenómeno como una necesidad lingüística previa a la interpretación; en otras palabras, desentrañar la voluntad del legislador es un presupuesto o un paso previo a la interpretación y no conforma un canon o pauta interpretativa.

Para justificar esta conclusión, se parte del análisis de la contraposición de dos ideas respecto a la naturaleza del lenguaje. Por un lado, se estudia la postura de Frederick Schauer que argumenta en favor de la acontextualidad parcial del lenguaje y, por otro, se analizan algunos preceptos de las posturas contextualistas. A continuación, se señalan ventajas de sostener este último tipo de posturas y, en consecuencia, se sostiene que la intención comunicativa es un elemento fundamental para determinar qué significado lingüístico fue expresado por el legislador. Esto podría significar que la remisión a la intención comunicativa no es un canon interpretativo, sino una regla de comprensión. Esta aclaración resultaría útil para la praxis jurídica ya que permitiría dilucidar el alcance real de posturas originalistas sobre la interpretación.

**Palabras clave:**

**Intención del legislador – interpretación judicial – contextualismo**

**Abstract:** The purpose of this paper is to explore the role of legislative communicative intentions and their influence on the concepts of some traditional interpretive criteria. In particular, the phenomenon of resorting to legislative intent in order to interpret

---

<sup>114</sup> Estudiante de Abogacía, becario de investigación y ayudante estudiante de Teoría General del Derecho en la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP). Miembro del grupo de investigación “Explicación y Comprensión” de la UNMdP.

<sup>115</sup> Estudiante de Abogacía, becario de investigación y ayudante estudiante de Teoría General del Derecho en la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP). Miembro del grupo de investigación “Explicación y Comprensión” de la UNMdP.

legal texts and its classification as an interpretive method will be analyzed from a linguistic perspective. In this line of thought, it will be argued that accepting that resorting to the original legislative intent constitutes a method of interpretation is incorrect. Instead, this phenomenon should be understood as a linguistic necessity prior to interpretation; in other words, unraveling the intention of the legislation is a preliminary step to interpretation and does not constitute an interpretive guideline.

To justify this conclusion, a contrast of two ideas regarding the nature of language will be presented. On the one hand, Frederick Schauer's position on the partial acontextuality of language is reviewed and, on the other, some of the tenets of contextualist positions are studied. Next, the advantages of the latter positions are pointed out, and, consequently, it is argued that communicative intention is a fundamental element in determining what linguistic meaning was expressed by the legislation. This could mean that resorting to communicative intention is not an interpretive method, but a rule for understanding meaning. This clarification would be useful for legal practice as it would elucidate the real scope of originalist's positions on interpretation.

**Key words:**

**Legislative intent – judicial interpretation - contextualism**

## **I. Introducción**

La filosofía del lenguaje puede parecer, a primera vista, una empresa teórica sin consecuencias relevantes para la praxis jurídica. Pero transitada la idea de que el lenguaje y el significado son nociones asociadas con regularidad, y que a la interpretación de textos legales subyacen latentes teorías del significado, debe concluirse que las reflexiones sobre el lenguaje son ineludibles al dar una caracterización de casi cualquier fenómeno jurídico. Uno de los desarrollos teóricos más prominentes a partir de esta fuerte relación entre conceptos jurídicos y lenguaje lo presenta Frederick Schauer en *Las reglas en juego* (1991). Según el autor, su posicionamiento teórico respecto del lenguaje es central para su análisis posterior de las clases de reglas, toma de decisiones judiciales e interpretación jurídica (Schauer, 1991 p. 61).

La característica más relevante que Schauer señala en el lenguaje es su (al menos) parcial autonomía semántica. De acuerdo con esta idea, el lenguaje es capaz de transportar significado, sin que sea necesario para identificar ese significado recurrir al contexto de emisión de una expresión. Para explicar esta característica, traza una distinción entre significado literal y significado o intención del emisor. Siguiendo esta distinción, según Schauer, es posible identificar un significado literal que comunica un mensaje definido de manera autónoma a las intenciones del hablante. En otras palabras, el lenguaje tiene la capacidad de ser significativo de manera independiente respecto de las intenciones comunicativas particulares. Esta enunciación es, aún, una expresión sobre la autonomía semántica plena, pero Schauer reconoce que esto no puede aceptarse sin conceder algunos contrapuntos.

Schauer menciona dos limitaciones a la idea de autonomía semántica, o acontextualidad parcial. En primer lugar, acepta la existencia de un contexto universal o "*baseline context*". Estas serían las concepciones comunes que todos los seres vivientes tenemos por hablar un mismo lenguaje. Ciertos elementos contextuales pertenecen a fenómenos que todos los usuarios de cierto idioma experimentamos, y ese es un contexto



mínimo que compartimos. El contenido de este contexto, los elementos que lo conforman, pueden ser pocos y escasos, pero siguen siendo el fundamento de la comunicación lingüística (Schauer, 1991, p. 58).

En segundo lugar, Schauer no sostiene que el contexto particular no existe. Lo cierto es que le resta importancia para determinar la carga significativa de una expresión. Si bien acepta que el contexto particular influye en lo que se transmite, esta influencia solo embellece y enriquece el proceso de comunicación, haciendo posible para los hablantes comunicar mucho más eficientemente que lo que lo harían si su discurso estuviese restringido al significado literal o acontextual (Schauer, 1991, p. 58). Por contraste, no es el contexto particular o la intención del hablante lo que transmite el significado central de un mensaje; es el lenguaje literal el que tiene la capacidad de comunicar significados sin prestar demasiada atención al contexto del hablante en particular.

Opuestas a la visión de Schauer existen dos concepciones del significado que, según él, nos llevarían a la incapacidad de comprender el fenómeno comunicativo: el contextualismo y el particularismo del significado. La postura contextualista asumiría que un intérprete deberá recurrir al contexto de emisión de cualquier expresión para poder entender su significado central. El particularismo plantearía que el significado es una función de lo que, en cada caso comunicativo en particular, un hablante tiene la intención de comunicar. De acuerdo a Schauer, una postura contextualista tendría ciertos puntos de conexión con una postura particularista del significado, ya que sería posible aceptar que para comprender cualquier instancia comunicativa haría falta analizar un contexto distinto y particular. Aceptar las consecuencias de estas ideas podría llevarnos a aceptar una falta de estabilidad semántica en la comunicación: no podríamos, por ejemplo, entender nunca lo que alguien dice si no podemos acceder a algún elemento del contexto de emisión, o explicar por qué, si el significado es una mera función de lo que decimos, elegimos una palabra en vez de otra (Schauer, 1991, p. 58).

Lo que se intentará sostener en estas páginas es que estos temores son parcialmente infundados: sostener que la comunicación no sería posible solo por seguir las últimas dos posturas reseñadas es una conclusión injustificada. De hecho, se sostendrá que el hermanamiento bien entendido de estas posturas podría explicar de manera más eficaz el suceso comunicativo que la tesis de la autonomía semántica. A su vez, estas teorías pueden arrojar conclusiones esclarecedoras sobre algunos argumentos en torno al canon interpretativo de la voluntad original del legislador. Como referentes de las posturas contextualistas utilizadas a continuación se tomarán los trabajos de Recanati (2004) y Carston (2002).

## **II. La viabilidad de las posturas contextualistas**

Para comenzar esta tarea, es necesario identificar ciertas similitudes entre lo expuesto por Schauer y las posturas contextualistas. La más importante de ellas es la existencia de, al menos, dos niveles contextuales. Por un lado, tenemos un nivel contextual básico, mínimo o universal, y luego es posible identificar un contexto particular de cada acto comunicativo.

Esta distinción es una herramienta teórica riesgosa, ya que si bien sirve para explicar los presupuestos contextualistas, también sirve para construir formulaciones oscuras de esta misma postura. En particular, suele decirse que el contextualismo pleno supone una indiferencia ante el contexto básico o universal, y reduce todo significado al uso de un lenguaje particular, en un momento particular, por un hablante particular, con un propósito particular (Schauer, 1991, p. 55). Pero esta es una generalización poco clara e inexacta. Contra esto, Recanati (2001) sostiene que cada instanciación de una expresión particular hereda el significado del tipo de expresión de la que es una instanciación (p. 264).

Para plasmar una caracterización más precisa de lo sostenido por el contextualismo, es necesario destacar la diferenciación entre enfoques arriba-abajo (top-down) o abajo-arriba (bottom-up) que utiliza Recanati (2004). Esta idea se asemeja a lo que se conoce como procesamientos mentales de arriba hacia abajo o de abajo hacia arriba: en los procesamientos mentales arriba-abajo los mensajes se decodifican prestando atención a características “superiores” o elementos relativos al contexto particular del mensaje, como por ejemplo el conocimiento previo de la situación comunicativa. Luego, se debe ir “bajando” por los niveles de análisis hasta los estamentos semánticos, sintácticos y lógicos de las expresiones, elementos del contexto general o universal. Son procesos de decodificación guiados por el contexto particular de una expresión. Por oposición, el tipo de procesamiento abajo-arriba enfocará el análisis en estas capas inferiores y contextualmente generales de significado, para luego ir complementando lo expresado en ellas con los niveles superiores. En general, este tipo de procesos solo recurre al contexto particular ante la necesidad lingüística-lógica de completar un significado proposicional. Un ejemplo de este tipo de procesos es la saturación (cf. Recanati 2004). Lo que un contextualista sostendría sería, entonces, que la decodificación de un mensaje y el entendimiento de significados son procesos guiados por las características contextuales particulares, o “*pragmatically*” o “*contextually mandated*”, mientras que la postura opuesta sostendrá que estos procesos son guiados por necesidades lingüísticas generales o *linguistically mandated*, en tanto se recurre a niveles particularistas de significado cuando los niveles generales son insuficientes.

Una metáfora útil para entender este tipo de procesos es la imagen de una pirámide. En los niveles inferiores se encuentran las formas lógicas y sintácticas y las reglas semánticas del significado, y en los niveles superiores existen elementos relativos a lo particular de la expresión lingüística, en general formados por convenciones comunicativas de menor alcance. En este recorrido, todos los elementos que se puedan asignar a distintos estamentos son elementos convencionales de distinto alcance: todo proceso comunicativo tiene algún tipo de convención subyacente, ya sea lingüística o extralingüística. El piso de la pirámide es el contexto universal y su cúspide es el contexto particular. En el medio, se yuxtaponen una serie de convenciones lingüísticas y contextuales de distinto alcance que conformarán el proceso de interpretación del significado.

Ante este panorama, es posible adoptar estos dos enfoques: de arriba hacia abajo o de abajo hacia arriba. El segundo es el propuesto por Schauer: el significado literal (perteneciente a los niveles más bajos de la pirámide) es el que determina el significado central de una expresión o, al menos, el significado literal ofrece ciertas pautas de corrección por sobre el significado de los actos de habla emitidos. Por lo tanto, estos niveles contextuales más particulares solo embellecen, enriquecen y complementan este núcleo significativo.

Pero la alternativa, el enfoque arriba-abajo, parece representar mucho mejor el suceso comunicativo, en especial porque permite replicar o truncar convenciones pertenecientes a niveles inferiores. Según este enfoque, el núcleo significativo se encuentra en la cúspide de la pirámide, pero esto no implica que los niveles inferiores, universales y de alcance más general, no existan ni que no sean utilizados. Diferentes niveles contextuales estarán conformados por convenciones de mayor o menor alcance, como fue dicho. Ahora, mientras más abajo se encuentren estas convenciones, más universal será su alcance. Si en algo Schauer está en lo correcto es en que la comunicación con pretensiones de generalidad descansa sobre estas convenciones de amplio alcance. Pero lo falaz es sugerir que el contextualismo propone que toda instancia de comunicación presupone la aparición de elementos contextuales particulares *ad hoc*. De hecho, cuando comunicamos en instancias particulares, a muchos interlocutores, usamos incontables elementos contextuales generales. Las instancias particulares de significado pueden replicar y utilizar convenciones generales. En otras palabras, el significado es una función de lo que el hablante quiere comunicar, pero

es posible que el hablante refiera en su discurso a convenciones lingüísticas de alcance general. Esta idea es posible también construirla a partir de diversos conceptos que, según Carston (2002), refieren al mismo fenómeno: espacios mentales comunes en Fauconnier (1994), dominios discursivos generales en Recanati (1996), y las *resource-situations* en Barwise y Perry (1986). Es claro que hay motivos para elegir una palabra por sobre la otra cuando uno quiere comunicar a cierta generalidad de interlocutores, incluso desde las posturas contextualistas y particularistas. Pero incluso en estas situaciones podemos sostener que el significado es una función de lo que se quiere decir, en tanto lo que se quiere decir implica la utilización de convenciones generales.

Hasta aquí se ha intentado probar que los temores de Schauer relativos a la imposibilidad explicativa de la comunicación del contextualismo es infundada: un enfoque particularista del significado, apareado con un contextualismo pleno, son capaces de explicar la comunicación humana. A continuación se explorarán posibles virtudes de esta postura respecto a la sostenida por Schauer.

### III. Las virtudes del enfoque contextualista

El enfoque de Schauer no puede dar cuenta de dos fenómenos, al menos de la manera eficiente en la que podría hacerlo el contextualismo: el truncamiento del significado literal en niveles superiores y la remisión a otros niveles contextuales para completar el núcleo significativo. Respecto del primero de estos puntos, la tesis de la autonomía semántica parecería implicar un compromiso profundo con la determinación del significado por las convenciones generales: sería siempre necesario recurrir a estas convenciones para fijar el contenido de una expresión. De todas formas, esto no se da en la realidad. El uso sarcástico del lenguaje es un claro ejemplo de esto: la locución “Claro que sí” tiene un significado general que se asimila a una expresión afirmativa. Ahora, en un caso particular esto puede verse truncado: imaginemos una conversación entre dos amigos que conocen del otro su poca predisposición para salir de fiesta. Uno le pregunta al otro: “Mi hermano me invitó a ir de fiesta. ¿Querés venir?”. El amigo contesta: “Claro que sí”. Aquí “Claro que sí” implica un significado asimilable a una expresión opuesta a su significado general; implicaría algo parecido a “Claro que no”. En este ejemplo, vemos cómo elementos contextuales de “niveles superiores” particulares (en este caso, el conocimiento previo de la poca predisposición para las fiestas) truncan y contradicen el significado de la expresión según sus convenciones generales. Si dejásemos determinar el núcleo de una expresión por sus convenciones generales no tendríamos herramientas para dar cuenta de este fenómeno. Un enfoque arriba-abajo es, cuanto menos, más eficiente que el contrario, máxime si notamos que en este caso el contexto particular no aclara o enriquece el significado central, sino que lo cambia de manera total<sup>116</sup>.

<sup>116</sup> Es posible, aun así, señalar que el derecho, por su ínsita naturaleza general -en tanto las normas generales están dirigidas a regular una cantidad de casos indeterminados-, suele excluir este tipo de usos contraintuitivos y particulares. Esto es cierto. Pero aun cuando en el derecho sea usual excluir este tipo de usos, afirmar que una característica del lenguaje es la autonomía semántica solo por este tipo de exclusiones es confundir generalidad con caracterización, y extender las conclusiones relativas a lo jurídico a otros campos de conocimiento de manera injustificada. Por otro lado, ver en qué manera el lenguaje jurídico es una herramienta distinta del lenguaje ordinario, en grado tal que se sostiene sin responder a un principio general del último, excede los límites de este trabajo. El objetivo central del trabajo es intentar aplacar los temores que el contextualismo parece infundir en algunos autores de la teoría general del derecho y señalar posibles virtudes de estas posturas. Sumado a esto, asumir que el derecho -solo por su naturaleza- excluye la utilización de estos usos particularizados es más un ideal regulativo que una descripción del fenómeno jurídico. ¿Si una norma incurriera en este tipo de usos de índole particularista deberíamos decir que no es derecho, o que es una mala utilización del lenguaje *en el derecho*? En este trabajo se presupone la última alternativa.

Es posible argumentar en contra de esta postura que el significado literal, aun con sus limitaciones -que incluyen la vaguedad y ambigüedad de sus elementos- constriñe el significado particular que podrá ser expresado en cualquier instancia comunicativa. Una idea similar podría plantearse utilizando conceptos desarrollados por Searle (1969), en tanto este autor sostiene que los actos de habla realizados con la expresión de una oración son en general una función del significado de la oración. Es decir, una oración (aun sin ser una proposición) podría arrojar un espectro de significados posibles, y luego, uno de los significados posibles será instanciado por el uso particular que se le da a la oración. Por ello, aun cuando una oración sea ambigua o vaga -en el sentido de que podría instanciar distintos actos de habla dependiendo del contexto particular-, esta ofrece pautas de corrección significativas que indicarían que el proceso de decodificación está guiado por el lenguaje literal. Sin embargo, esto tampoco puede sostenerse. Del mero hecho de que *en general* los actos de habla sean una función de los significados de la oración, no se sigue que deban serlo. Autores contextualistas dan cuenta de la existencia de entidades similares a lo que Searle llama *significado de las oraciones* (Sperber y Wilson (1986) lo llaman *formas lógicas subproposicionales*; Bach (1994) lo llama *fragmentos de proposiciones*), pero no se asume que estas entidades determinen de alguna forma lo que se significará en una instancia en particular. Sumado a esto, si analizamos el ejemplo dado vemos como la expresión “Claro que sí” se utiliza para significar lo opuesto a lo que significa de acuerdo con el contexto universal.

Si seguimos el concepto de eficiencia del lenguaje desarrollado por Barwise y Perry (1983), encontraremos ideas que refuerzan la posibilidad del lenguaje de significar cualquier generalización mental, siempre y cuando exista una convención, en cualquier nivel (general o particular) del contexto, que la sustente. La alternativa a este modelo, que sostendría quien bregue por un enfoque abajo-arriba, no es promisoria. Esta alternativa consistiría en sostener que el significado literal es tan escaso (y, por lo tanto, tan vago y ambiguo) que cualquier palabra podría significar cualquier cosa. Es decir, quien fuera capaz de asumir el enfoque abajo-arriba se vería enfrentado con la problemática que Schauer planteó para la posición opuesta: ¿qué motivos tendríamos para elegir una palabra en vez de otra?

Con respecto al segundo punto mencionado pero relacionado con esta última idea, ¿qué sucede cuando la literalidad no es suficiente para determinar el mensaje central? Esto sucede muy a menudo, y no se presta atención a que un enfoque abajo-arriba no explica este fenómeno de manera eficiente. De una expresión como “Poné eso ahí” Schauer diría que su significado central está expresado por la literalidad y que luego deberemos recurrir al contexto particular para embellecer este significado. Lo cierto es que el alcance significativo de la expresión “Poné eso ahí” es muy pobre, y es necesaria una remisión a elementos contextuales superiores no solo para complementar el significado si no para fijar su núcleo. Si bien el enfoque abajo-arriba puede explicar este fenómeno, no lo hace de la manera en que Schauer lo plantea: el contexto particular, en este caso, no solo aclara el mensaje literal sino que lo determina.

Por este tipo de razones, y bajo esta lectura del contextualismo, es posible asumir que al enfoque contextualista le asisten mejores herramientas para dar cuenta del suceso comunicativo. Hasta cierto punto, a las distinciones realizadas hasta aquí parece rodearlas un aura de futilidad. La adopción de una u otra teoría del significado no induce modificaciones inmediatas en la práctica jurídica. En ese sentido, Kent Greenawalt ha expresado que los desacuerdos de alguien sobre su teoría del significado no deberían producir rechazos a sus ideas centrales (1997, p. 1449). De todas maneras, es posible señalar algunas construcciones derivadas de una teoría del significado en otras temáticas que conducen a, ya sí, desaciertos descriptivos de la *praxis* jurídica. En particular, se verá como adoptando una postura contextualista podemos evidenciar una confusión de niveles en la discusión sobre el canon de interpretación según la voluntad del legislador original.

#### IV. Los efectos del contextualismo en la interpretación jurídica

Schauer, asiendo de la tesis de la autonomía semántica, sostiene la invalidez de un argumento en particular a favor de la interpretación según la voluntad original del legislador. Este argumento puede plantearse de la siguiente manera: si para entender cualquier mensaje es necesario recurrir al contexto particular de emisión, la interpretación según la voluntad original del legislador se plantea como una necesidad lingüística. Con este estado de situación, sostener lo contrario a esta teoría del significado (como lo hace Schauer) implicaría dar por inválido el argumento a favor del originalismo así entendido. Sin embargo, esto no es así.

Hay una seria confusión de niveles en el argumento y contraargumento que Schauer trata. No se debería decir, asumiendo la postura contextualista, que la necesidad lingüística presentada para entender significados da un argumento a favor del originalismo. Lo que sí debe decirse es que el contextualismo bien entendido plantea la remisión a la voluntad del legislador como un paso previo a la interpretación, es decir, no como una fórmula interpretativa sino como un paso previo a la elección de estas fórmulas.

La mera idea de proponer al originalismo como fórmula interpretativa es errónea. Para entender el núcleo significativo de una expresión *es necesario* recurrir a su contexto particular. Es, sin embargo, posible que este contexto utilice convenciones de amplio alcance general. Es decir, es posible (y usual) que, de acuerdo con lo propuesto, los niveles convencionales “superiores” repliquen o remitan a elementos contextuales de niveles “inferiores”. Pero esto no quita que es, de hecho, necesario estudiar el contexto particular para identificar el mensaje central de lo que fue dicho. Por este motivo, el originalismo es un presupuesto interpretativo y no una mera fórmula de interpretación.

Las fórmulas interpretativas recién se hacen presentes cuando el contexto particular y el general son insuficientes para determinar un mensaje claro. Podemos, en forma preliminar, hacer mención a dos situaciones que reflejan esta insuficiencia: es posible que el legislador sólo tenga una serie de contextos en mente que él desea regular y se genere, en su mensaje normativo y respecto a una nueva situación, un vacío regulativo respecto a ciertos casos. Por otro lado, también puede suceder que por el paso del tiempo, los elementos del contexto particular sean inaccesibles para determinar el significado central de un mensaje. El primer caso se daría si es posible identificar que el legislador sólo pensó ciertas aplicaciones de las reglas, pero una fórmula interpretativa analógica o extensiva elonga el alcance de la regla a situaciones no previstas por el legislador. El segundo caso, sobre inaccesibilidad a los elementos contextuales, podría remitirnos a un caso similar al sostenimiento del culto católico apostólico romano en la Argentina: si ante un artículo constitucional que rezara que se “sostiene” el culto católico apostólico romano no existieran elementos contextuales suficientes para determinar el mensaje (por ejemplo, si en este caso “sostiene” significa sostener económica o moralmente), este mensaje perderá precisión comunicativa, dejándonos con diferentes opciones interpretativas, pero ya nunca podremos saber qué es lo que, en realidad, dijo el legislador. En cualquiera de estas dos situaciones solo podremos debatir sobre lo que nosotros, como intérpretes, queremos que el legislador diga, pero nunca sobre el mensaje original porque este es inaccesible o insuficiente. Es en este segundo nivel donde algunos cánones interpretativos podrían entrar en juego.

Este tipo de confusiones es perjudicial para la teoría jurídica porque lleva a pensar que la discusión sobre cánones interpretativos debe darse en el plano de lo necesario y lo debido cuando, en realidad, al discutir sobre fórmulas de interpretación, estamos hablando sobre cómo *queremos interpretar* y no sobre cómo *debemos hacerlo*. La praxis jurídica tiene características especiales y amplias influencias sobre la vida de las personas y su organización en sociedad, mas no tiene influencia en la manera en que se desentrañan los

significados comunicativos. La influencia de la praxis jurídica debe reconocer sus limitaciones para establecer una discusión clara en términos de lo que deseamos para nuestras comunidades, y para no alargar una discusión en estos términos utilizando conceptos analíticos intrusos mal planteados.

## V. Conclusiones

En este trabajo se persiguieron tres objetivos distintos pero relacionados. Estos tres objetivos encuentran raíces en el libro de Frederick Schauer *Las reglas en juego* (1991) y su desarrollo de la tesis de la autonomía semántica parcial. Esta tesis se plantea en oposición a las posturas contextualistas, y algunas de las herramientas que se utilizan para desbaratar al enfoque contextualista se basan en señalar que este último no podría dar cuenta de la estabilidad semántica necesaria para explicar el funcionamiento del lenguaje de alcance general. Por lo tanto, el primer objetivo de este trabajo es ofrecer una posible reconstrucción del contextualismo, basado en los trabajos de Recanati y Carston, que dé cuenta de esta crítica. En particular, se trabajan las ideas de contexto general y convenciones lingüísticas generales para explicar que el significado de una expresión puede seguir siendo una función de la intención particular del hablante (en un contexto particular), aún cuando la intención del hablante remita y utilice elementos contextuales pertenecientes a convenciones lingüísticas generales. En segundo lugar, se exploró el enfoque contextualista y la idea de procesamiento de significado “arriba-abajo”, y sus virtudes diferenciales para dar cuenta del truncamiento del significado general por convenciones particulares. En último lugar, se proyectaron estas ideas al campo de la interpretación jurídica. En especial, se intentó sostener que de acuerdo a los enfoques contextualistas del significado, lo que comúnmente se denomina “interpretación según la voluntad del legislador original” no debería considerarse un canon interpretativo en sí mismo, sino que debería pensárselo como un presupuesto interpretativo. Esta conclusión facilita comprender mejor la discusión sobre cánones interpretativos, en tanto se sostiene que no se trata de una discusión sobre los cánones interpretativos que *debemos usar* por algún tipo de mandato o necesidad lingüística; se trata de una discusión sobre qué cánones interpretativos *son convenientes* usar en el campo de lo jurídico.

## Referencias

- Bach, K.** (1994, Junio 2). Conversational Implicature. *Mind & Language* (9, 2, pp. 124-162).
- Carston, R.** (2002). *Thoughts and Utterances: The Pragmatics of Explicit Communication*. Blackwell Publishing.
- Fauconnier, G.** (1994) *Mental Spaces: Aspects of meaning construction in natural languages*. Cambridge University Press.
- Greenawalt, K.** (1999, Enero 6). Nature of Rules and Meaning of Meaning. *Notre Dame Law Review*, 72(5), pp. 1449-1477. <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol72/iss5/6>
- Perry, J. y Barwise, J.** (1983). *Situations and Attitudes*. MIT Press.
- Recanati, F.** (1996). Domains of discourse, *Linguistics and philosophy* (19, pp. 445-475).
- (2001). *Literal/Nonliteral*. *Midwest Studies in Philosophy* (XXV, pp. 264-274).
- (2004). *Literal Meaning*. Cambridge University Press.

**Schauer, F.** (1991). *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision making in law and in life*. Clarendon Press.

**Searle, J.** (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge University Press.

**Sperber, D. y Wilson, D.** (1986). *Relevance: Communication and Cognition*. Blackwell Publishers Inc.





COMENTARIO A FALLO: EL CASO 10.059 CIDH.  
PERSPECTIVA DE LA INFANCIA- PERSPECTIVA DE LA  
ADOLESCENCIA -PERSPECTIVA DE GÉNERO  
COMENTARIO DEL INFORME DE LA COMISIÓN  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, A LA LA  
HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS  
HUMANOS.

**Ab. María Agustina Montiveros Garro** <sup>117</sup>  
Universidad Católica de Cuyo  
agustinamontiveros@gmail.com

El Caso 14.059 – “María” y su hijo “Mariano” de la República Argentina - refiere a la responsabilidad internacional del Estado argentino por la violación de diversos derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos cometidas en el marco del proceso administrativo y judicial de guarda y adopción del niño Mariano en perjuicio del propio niño, de su madre María y de la madre de María.

María era una adolescente de 13 años víctima de abuso sexual intra familiar. Producto de dichos abusos es que a la edad de 13 años queda embarazada. A meses de embarazo recurre a la salud pública y es allí donde comienzan las irregularidades institucionales.

La maternidad que la atendió a la niña, propició visitas reiteradas por parte de profesionales del área a los fines de que la niña entregara a su hijo en adopción. La Comisión Interamericana señaló que el Estado no acreditó que los funcionarios públicos que intervinieron o fueron llamados a intervenir durante el período de gestación de “Mariano” adoptaran medidas para asesorar tanto a María como a su madre sobre la decisión de dar en adopción a su hijo y su nieto, respectivamente. Este tipo de orientación y apoyos resultaban esenciales a efectos de que María y su madre, pudieran consentir sobre una adopción de manera previa, libre e informada, máxime si se tiene en consideración el estado en el que se encontraba María como víctima de abuso y violencia sexual en el ámbito de su propia familia y la situación emocional en que se encontraba por su carácter de niña gestante.

En su Informe de Admisibilidad y Fondo, la Comisión observó en primer término que, a partir del derecho a la protección a la familia, a la vida familiar, a la integridad personal y del derecho a la identidad, se derivan una serie de obligaciones estatales que se

---

<sup>117</sup> Abogada- Escribana. Diplomada en Derecho Administrativo: Universidad Austral. Abogada relator de Fiscalía de estado de la Provincia de San Luis. Docente universitario Universidad Católica de Cuyo. Designada como Juez Interino a cargo del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis (2021). Designada como Juez Interino a cargo del Juzgado de Familia, Niñez, Adolescencia y Violencia de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis (2022). Integrante como investigadora en el Proyecto de Investigación Consolidado POICO N° 15-01-20 “Derecho y Lenguaje: Delimitación y Alcance de criterios Judiciales”. Columnita de la “Revista Derecho del Estado” -Universidad Externado-

traducen en un derecho de niños y niñas a permanecer, en principio, con quienes son sus progenitores biológicos. Ello implica que el Estado debe adoptar medidas para que el niño sea criado por su familia biológica, agotar las posibilidades de que ello ocurra y, de existir un consentimiento para la adopción, asegurar que tal decisión sea libre y en el mejor interés superior del niño.

Asimismo, se destacó que la decisión de la magistrada interviniente de entregar en carácter de guardadores preadoptivos del niño por nacer Mariano al matrimonio López no solo no tenía base legal, sino que adoleció de falta de fundamentación básica. La Comisión también destacó la considerable demora en realizar el examen médico forense a María destinado a determinar su capacidad de comprender el acto de entrega de su hijo - el cual tuvo lugar casi cuatro meses más tarde desde la orden de la jueza - como así también la dilación injustificada por parte de las autoridades judiciales en tomar contacto directo con María a fin de escuchar su posición. Se constató que recién en abril de 2015 - casi ocho meses después del nacimiento de Mariano y del inicio del proceso judicial de guarda y adopción - María y su madre pudieron contar con asistencia legal efectiva proporcionada por un grupo de abogadas actuando en carácter pro-bono y que tanto las autoridades de la defensa pública encargadas hasta ese entonces de la representación legal de María como el tutor designado al niño Mariano no ejercieron actividad alguna.

Es de destacar que el juzgado de familia interviniente aún no ha resuelto la cuestión de fondo respecto de la situación de adoptabilidad del niño Mariano. Hasta la fecha, el niño permanece bajo la custodia del matrimonio López, a quienes ve como sus padres y quienes han tomado todas las decisiones relativas al ejercicio de la patria potestad.

Finalmente, y tras haber evaluado de manera integral la conducta estatal en el presente caso, la Comisión concluyó que el Estado argentino incurrió en una serie de acciones y omisiones que se traducen en un actuar negligente respecto de la protección de los derechos de “María” y “Mariano”. Tales actos resultan asimismo incompatibles con la dignidad de adolescente, mujer y ocasionaron un daño profundo e irreparable al derecho irrenunciable de ella y de su hijo a construir un vínculo afectivo.

Con respecto a los derechos vulnerados, la Comisión considero que el Estado argentino resultaba responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida familiar, a la protección a la familia, a la igualdad y a la protección judicial, consagrados respectivamente en los artículos 5, 8.1, 17, 11, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con sus artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respetar los derechos) en perjuicio de María. Asimismo, la CIDH concluyó que el Estado violó el derecho de María a vivir una vida libre de violencia, establecida en el artículo 7 de la Convención Belem Do Pará.

También el Estado resultaba responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección de la familia y a no sufrir injerencias arbitrarias o abusivas en su vida familiar consagrados en los artículos 8.1, 25, 17 y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente en relación con el artículo 1.1 del mismo texto en perjuicio de la madre de María y en perjuicio del niño Mariano.

Nuevamente el Estado argentino es llevado a la máxima instancia de justicia por violación a los Derechos Humanos. Casos como el que luce, atropellan en forma sustancial el orden público convencional. Entregan, en su resolución, abundante material de interpretación respecto de la norma convencional suprema y vulnerada. Es de mi entender, que la sentencia del Máximo Tribunal Regional marcará y reforzará la aplicación correcta de la norma de fondo y de forma cuando entren en conflicto derechos referidos a la protección de la familia, a la mujer y al niño.

Aquí los derechos de María han sido vulnerados en forma ascendente y sin retorno desde los primeros años de su existir. Su padecimiento comienza cuando fue violentada en su integridad física, sexual, psicológica por parte de un miembro su propio grupo familiar, quien era el primer responsable de velar por el bienestar de esta niña a vivir una vida acorde a su desarrollo y madurez.

Recrudece el escenario, el sufrimiento de la niña en manos del estado, el que al constatar la situación de embarazo de una criatura de 13 años, no le brinda protección alguna, no resulta ser relevante la constatación de violación intra familiar y María vuelve a ser víctima a cara de todo un sistema que es quien pasa a ser su segundo verdugo. La omisión por parte del estado vuelve a silenciar y consentir el sufrimiento y las circunstancias de peligro existente e inminente de una niña que tenía todo para vivir una vida mejor. Se advierte que la intervención estatal es a los fines de tomar al niño por nacer y darlo en adopción en forma inmediata al parto. Se advierte además la invisibilidad de María, persona en desarrollo que merecía la plena protección por parte del estado.

La legislación interna establece un plazo de 45 días para que el consentimiento libre e informado de los progenitores sea tomado legítimo para dar un hijo recién nacido en adopción. Ya hay legislación de forma que prevé un plazo aún menor, pero siempre conforme la voluntad libre e informada de los progenitores (en general estamos en presencia de un solo vínculo filiar y es el de la mujer gestante), no bastando en ningún caso la sola manifestación de la voluntad sino siendo imprescindible el acompañamiento de la mujer gestante por parte de profesionales del Órgano Administrativo de Protección Integral de Derechos, del Registro único de postulantes para adopción y del juez quien será la autoridad encargada de tener por satisfecho el acto para que sea jurídico.

En lo absoluto en el presente caso se han seguido los lineamientos establecidos por la ley para tener por iniciado un proceso de adopción. Se advierte un escenario en donde quien asume el rol desquiciado es el mismo estado y donde quien se supone detenta el derecho de entregar a su hijo en adopción resulta siendo quien implora para que no le sea arrebatado.

Opino que el caso 10. 059, será un nuevo paradigma convencional que brindará luz en torno a la toma de real conciencia de las implicancias que impone el respeto de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, pondrá de relieve la necesidad de proceder por parte de los operadores del estado bajo la obligación del acatamiento absoluto, no sólo de los derechos humanos, sino además de la perspectiva de la infancia. Sabido es que un recién nacido se encuentra imposibilitado de manifestar su voluntad en relación al ejercicio de sus derechos, sin desconocer por esto -que por el hecho de ser persona es sujeto de derechos- siendo imprescindible resaltar que el mismo estado es garante de satisfacer sus derechos, y en ese sentido todas las decisiones a tomar habrán de velar por hacer efectivo el derecho a vivir con su familia de origen y que sólo en casos excepcionales puede ser separado de ella.

De la perspectiva del adolescente, como sujeto de derechos. Preservar los derechos de los que es titular, en cuanto a la posible negación o vulneración de los mismos; hacerse a la problemática vivenciada por el adolescente, agotar todos los medios posibles frente al embarazo adolescente, para arribar con certeza al conocimiento de la voluntad del adolescente, es decir, si la persona ya vulnerada por una violación actúa con la autonomía suficiente para decidir y planificar su presente e inminente futuro, diseñar y decidir que desea hacer con su vida. El estado no debe imponer un plano de vida individual, sino que debe ofrecer la posibilidad para que los niños o adolescentes elijan – conf. Art. 19 CN-. Asimismo, el restablecimiento de los derechos de un niño, niña o adolescente respecto a situaciones como las planteadas, jamás debería verse por satisfecha al recibir la noticia de la continuidad del embarazo en forma voluntaria por el adolescente, sino que habrá de proteger a la persona en especial condición de vulnerabilidad (por ser una persona en desarrollo) del círculo de violencia a la que se ha visto inmersa. Dicho extremo incluye traer la justicia

penal frente a la comisión delitos y desplegar estrategias para la restitución de los derechos que a una adolescente en circunstancias de quebrantamiento a sus derechos se ha visto afectada.

De la perspectiva de género, por cuanto habrá que proceder con una mirada singular orientada a entender y respetar el sentir de la mujer en su individualidad, como sujeto de derechos individualmente considerados e individualmente considerada, en lo que estrictamente respecta, al respeto por la maternidad libre de violencia institucional. Derecho a recibir trato digno, a recibir información, respeto por el parto y a recibir trato especialmente considerado al tiempo del alumbramiento, rechazando cualquier actuar que implique la proscripción de su especial condición de mujer y de mujer en estado de embarazo.

Es de mi entender, que el presente caso, “María, Mariano Vs. Argentina” se convertirá en fuente de derecho, porque además de ser la CIDH el Tribunal encargado de restablecer el orden damnificado, al tiempo de dictar sentencia, sentará sendas bases al momento de interpretar para aplicar toda la normativa que yace en torno a la Familia, a la Mujer y a los Niños Niñas y Adolescentes, generándose y reconociéndose un ramo de derechos que implican perspectiva de la infancia, perspectiva de la adolescencia y perspectiva de género, cuales ha sido los ángulos que se ponen de relieve en la casuística que les ha dado visibilidad.

## NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

Los trabajos propuestos deben ser originales e inéditos y no deben encontrarse en estado de revisión por el comité editorial de otra revista ni ser enviados a otras revistas mientras dure el proceso de revisión. Las contribuciones deben ser enviadas a la dirección de correo [derechoydebateunsl@gmail.com](mailto:derechoydebateunsl@gmail.com).

*Derecho y Debates* publica artículos originales, discusiones, notas críticas y reseñas bibliográficas en inglés, portugués y español. También son de interés las contribuciones críticas a artículos ya publicados en la revista.

Los artículos no deberán exceder las 10.000 palabras, las notas críticas, las 3.000 palabras, y las reseñas bibliográficas, las 1.000 palabras. La revista se reserva el derecho de considerar la publicación de trabajos que sobrepasen esos límites.

Los trabajos propuestos serán sometidos a la evaluación de al menos dos revisores externos, bajo el sistema doble ciego. La decisión final sobre la publicación la tomará el Consejo Editorial teniendo en cuenta los informes emitidos por los evaluadores.

Cuando una contribución resulte aceptada, el autor recibirá por correo electrónico las pruebas en formato PDF. El autor deberá cotejarlas cuidadosamente y enviar sus comentarios en el plazo de cinco días hábiles a [derechoydebateunsl@gmail.com](mailto:derechoydebateunsl@gmail.com). Los autores recibirán la separata digital de su artículo en formato PDF.

### Forma y preparación de manuscritos

Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente en el texto. Las referencias se citarán por el apellido del autor y el año de publicación, por ejemplo, Hart (1963) o (Bulygin, 2006, p. 127) en el mismo cuerpo del texto. Al final del texto se deberá incluir un listado completo de las referencias citadas en el artículo, bajo el encabezamiento “Bibliografía”, siguiendo el orden alfabético de los apellidos de los autores y de forma que los títulos de los libros y revistas aparezcan en cursiva, según el orden siguiente:

Guibourg, R. (2008). *Lógica, proposición y norma*. Astrea.

Adams, Z. (2023). TRADE UNIONS AND THE LAW: A MATERIALIST PERSPECTIVE. *The Cambridge Law Journal*, 82(1), 30-57. doi:10.1017/XXXX

En general, la revista sigue las pautas de la American Psychological Association (APA).

Aviso de derechos de autor/a

Esta revista proporciona un acceso abierto inmediato a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global de conocimiento. Los autores mantienen los derechos de autoría de sus manuscritos.

### Declaración de privacidad

Los nombres y las direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionarán a terceros o para su uso con otros fines.