

Revista electrónica de

Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas ©

Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas

Año I - Número III

Diciembre de 2005



Director

Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani

Departamento de Posgrado

Facultad de Derecho

Universidad de Buenos Aires

Indice

	Pag.
• Ancianidad, Discriminación y Derecho. Reflexiones bioéticas para la construcción de una ciudadanía humanista Dra. María Isolina Dabove	3
• Sobre las causas de la ineffectividad del derecho social; el caso argentino Dr. Adrián Goldín	11
• Ética judicial e interpretación jurídica Dr. Rodolfo Luis Vigo	26
• Acto de cierre de cursos 2005	44
• Información general Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas	45



Ancianidad, Discriminación y Derecho. Reflexiones bioéticas para la construcción de una ciudadanía humanista

María Isolina Dabove¹

Sumario: Introducción. I- Discriminación y Derecho: un encuentro ambivalente. II- Ancianidad, discriminación y Derecho: reflexiones bioéticas para la construcción de una ciudadanía humanista. Conclusiones.

1- A partir de 1988 se encuentra vigente en el Derecho Argentino una ley nacional, destinada a sancionar la ejecución de Actos Discriminatorios. Se trata de la Ley **23.592**, modificada por la **24.782**. Es muy breve en su articulación, apenas cuenta con 4 o 5 apartados y su contenido principal puede verse sintetizado en el 1º. Allí se señala que:

*Art. 1: Quien **arbitrariamente** impida, obstruya, restrinja o de algún modo **menoscabe el pleno ejercicio** sobre bases **igualitarias** de los **derechos y garantías fundamentales** reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a **reparar el daño moral y material** ocasionados.*

*A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por **motivos** tales como **raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos**.*

2- Ahora bien, una lectura rápida de este texto podría llevarnos a creer que estamos ante una serie de preceptos normativos claros y plausibles desde el punto de vista valorativo. Sentimientos de empatía parecen despertar de su contenido y una fuerte creencia en su razonabilidad nos impulsa a mostrar una masiva adhesión a esta fuente del Derecho. Sin embargo, una mirada más atenta y pausada de esta ley nos advierte de lo contrario: que nos hallamos, una vez más, frente a postulados que presentan una textura lingüística franca y tentadoramente “abierta” para el debate interpretativo².

3- Así, por ejemplo, nos preguntamos qué significa el término “discriminación”. Qué entenderemos por “arbitrariedad”. ¿Cuándo se ejercen los derechos “de manera plena y sobre bases igualitarias” y cuándo no? ¿qué es, pues, la “igualdad” y la plenitud, para el Derecho? ¿A quiénes está dirigido el texto legal: SÓLO a las personas físicas, a las jurídicas, al Estado, tal vez; a todos juntos? ¿Cuál es el alcance de la reparación? ¿Cómo se define el

¹ Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR). Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad; profesora de Filosofía del Derecho y de Derecho de la Ancianidad, de la Facultad de Derecho de la UNR y UNICEN. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. E.mail: mdabove@fderec.unr.edu.ar.

² V. HART, H.A.L.; *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 (trad. castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963).



daño moral? ¿Y el material...? ¿Qué significado tiene esta normativa en el contexto de la Bioética?

4- Pero, si además de todo ello observamos aún otras dos cuestiones Primero: que el legislador en esta ley no tuvo en cuenta a la “edad” como causal de discriminación. Tal como ocurre en las situaciones que padecen las personas de 45 y más años en el mercado de trabajo; o bien, como veremos, con los ancianos en general. Al tiempo que, en segundo lugar, advertimos que la Convención Constituyente del 94 –es decir, tiempo después– incorpora a la “ancianidad” en calidad de móvil legitimador del desarrollo de medidas de acción afirmativa o de “discriminación” –esta vez llamada- INVERSA en su art. 75 inc. 23; nos daríamos cuenta con entusiasmo que urge realizar un estudio sistemático en la materia, que nos permita comprender su complejidad.

5- Muchos son los aspectos que esta complejidad conmina a abordar. Pero, en este trabajo tan sólo esbozaré una serie de reflexiones filosóficas iniciales que, espero, habiliten para pensar el impacto que esta legislación tiene respecto de los principios constitutivos de la Bioética. Dejo para una próxima oportunidad, el desarrollo de un tratamiento más completo de la materia. Así, pues, dos serán las preguntas sobre las cuales les propongo que pensemos: ¿qué se entiende por discriminación en el Derecho Argentino? Y, ¿por qué, a la luz de la Bioética, la consideración de la ancianidad en calidad de “causal jurídica de discriminación”, podría contribuir significativamente a la construcción de una ciudadanía humanista?

I- Discriminación y Derecho: un encuentro ambivalente

6- Lo primero que cabe decir respecto al concepto de discriminación es que, en la tradición filosófica occidental este término no existe. El prof. **José FERRATER MORA** en su Diccionario de Filosofía nos ofrece una prueba contundente de lo dicho, al no incluirla en su vastísimo repertorio. Sin embargo, nuestro autor hace alusión a otras palabras semejantes, tales como distinción, diferencia o división³. Y en ellas sí, podremos encontrar ideas que bien pueden aplicarse por analogía a nuestro tema.

7- Por ejemplo, en referencia a “distinción” puede leerse, que ella se contrapone al concepto de unidad o identidad; más también al de confusión. Distinguir significa detectar lo plural, lo no idéntico, lo diverso, tanto como observar con claridad cada elemento y las relaciones que mantienen entre sí. Con las nociones de “diferencia” y “división” sucede algo parecido. Se oponen a la de unidad, pero a la vez, no pueden entenderse sin ella. Al tiempo que ambas, además, denotan “especificidad”. Mucho ha sido lo escrito sobre el tema por Platón, Aristóteles y la Escolástica. No entraremos en detalle⁴. Sin embargo, es pertinente mostrar todavía que el diccionario de nuestra lengua castellana indica en sentido coincidente que discriminar es: separar, distinguir, diferenciar.

8- De la **interpretación lingüística**, entonces, es posible inferir una primera afirmación. Aquella que sostiene que **la discriminación constituye una operación lógica**. Esto es: una acción intelectual –una función racional o un proceso de razonamiento– destinado a separar, distinguir o diferenciar, los elementos constitutivos de cualquier ente, del cual pueda predicarse su unidad e identidad. De modo tal que a su vez, de esta aseveración pueden extraerse incluso otras dos: si la discriminación es una operación lógica, **sus resultados son: o bien enunciativos; o bien, valorativos**. Si son enunciativas, la

³ V. FERRATER MORA, J.; *Diccionario de Filosofía*, dir. Josep Maria Terricabras, Barcelona, Ariel, Tomo I, págs. 922 y ss.

⁴ V. FERRATER MORA, J.; *op. cit.*, págs. 923 y ss.



discriminación no llevará implícita connotación axiológica alguna, tal como ocurre en el campo de las ciencias formales (la matemática, física, geometría, etc.-). Mas, si los efectos son valorativamente relevantes, entonces la discriminación se torna una actividad ambivalente. **Será o bien disvaliosa (discriminación negativa); o bien, valiosa (discriminación positiva –o inversa).** Es esta última posibilidad interpretativa de la discriminación la que nos interesa analizar ahora, puesto que es ella la que ingresa sin más, a la esfera del Derecho.

9- La **Historia del Derecho y de su Filosofía**, por su parte, nos muestran que el término “discriminación” ingresa a la palestra jurídica hacia la mitad del siglo XX. Entre **las décadas del 40 y del 50**, numerosos **movimientos políticos** se originarán en Occidente, tendientes a luchar contra los estragos de la desigualdad social. Ya se trate de casos motivados por razones de raza, género o enfermedad; tanto como en virtud de preferencias sexuales, políticas e ideológicas, o por la edad (niñez y ancianidad). Particular importancia cobraron estos hechos, creo yo, sobre todo en dos países: en la Alemania nazi –responsable del exterminio masivo de judíos- y, en la “blanca” Norteamérica –racista ontológica, hasta Martin Luther King y la bomba Atómica-.

10- Además, en concordancia con aquellos movimientos, el mundo de postguerra fue dando lugar a un fenómeno jurídico importante para nuestro tema: el **proceso de especificación de los derechos humanos**, que se desarrolló en el marco del derecho internacional sustentado por la ONU. Al respecto dice el profesor **Norberto BOBBIO**, que este proceso normativo permitió introducir una rica variedad de catálogos jurídicos que se distinguían entre sí, en función de sus “sujetos titulares”. Por ello, a partir de los años '50, podemos encontrar legislación alusiva a grupos humanos discriminados, **afectados en su identidad** (o especificidad compartida o uniforme). Tal es el caso de los textos referidos a los derechos de los prisioneros de guerra, de las mujeres, los enfermos, discapacitados, niños, minorías sexuales, étnicas o religiosas, y a los ancianos, entre otros⁵.

11- En la **actualidad**, el problema de la discriminación aparece vinculado a un nuevo fenómeno: el de la **diversidad, pluralidad y el multiculturalismo**⁶. Razón por la cual, cabe suponer que con la incorporación de la discriminación, el mundo jurídico ¡¡¡se ha vuelto heracliteano!!! Parece transformado en un eterno devenir, en un río jurídico siempre cambiante, sorprendente y pluriforme. En el marco, entonces, de este entramado histórico y cultural trataremos de acercarnos un poco más a la problemática de la discriminación, a la luz de los aportes de la **Teoría general del Derecho**. Utilizaré para ello, el enfoque tridimensional⁷.

12- En el mundo jurídico, la discriminación constituye sin dudas, un **fenómeno complejo**, de **carácter relativo**. Entre sus múltiples rostros, hallamos elementos lógicos, sociológicos y valorativos. Así, la discriminación puede ser entendida como un proceso lógico de distinción o diferenciación, cuya puesta en práctica genera siempre acciones autoritarias –repartos autoritarios-, formalizadores de relaciones jurídicas desiguales. **Es, en suma, una distinción autoritaria, constitutiva de relaciones jurídicas desiguales, -valiosas o disvaliosas- –pero nunca, en Derecho, serán neutras o indiferentes al valor-**.

⁵ V. BOBBIO, N.; *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991; DABOVE, M.I.; *Los derechos de los ancianos*, Bs. As., Ciudad Argentina, 2002.

⁶ V. WALZER, Michael; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁷ Respecto a la teoría trilateral del Derecho que nos sirve de referencia puede verse: V. GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6° ed., 5° reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; CIURO CALDANI; Miguel Angel; *Panorama trilateral de la Filosofía del Derecho en la Postmodernidad*, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 20, 1997; *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, FIJ, 1994; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, FIJ, 2000.b



13- De esta definición cabe aún realizar algunas otras precisiones, sociológicas, valorativas y normativas. Desde el **punto de vista sociológico**, la discriminación NO ES un acto de Violencia, pura y simple. Resulta más bien el resultado de acciones autoritarias. De manera que en toda discriminación jurídica nos hallaremos frente a **relaciones de poder**. Ahora bien, estas adquieren únicamente **carácter ordenancista**, ya que el vínculo discriminatorio que se establece entre las partes está basado en el cumplimiento de mandatos tipo o “estereotipados”. Pero si, para el cumplimiento de este mandato se necesita del ejercicio de una fuerza física directa, la acción discriminatoria se tornaría lisa y llanamente en situación de violencia (materia propia de otro encuadre legal).

14- Por otra parte, al ser ésta una acción que se origina en una operación mental, las **razones** de la misma adquieren importancia vital. Cada acto de discriminación se construye sobre la base de ciertas presunciones (o móviles). Se esgrime en virtud de argumentaciones o justificaciones alegadas individuales y se sostiene en el tiempo gracias a las razones sociales⁸. Así, pues, aunque parezca contradictorio, el análisis ius-sociológico nos muestra que la discriminación requiere de “actos “razonados”, o “razonables”, para su configuración. Claro está que, a la luz de los criterios de justicia, o de verdad, o de utilidad, observaremos que estas “razones” son prejuicios y estereotipos. Pero, que tienen la virtualidad de provocar consecuencias –negativas o positivas-, en la esfera de la identidad del beneficiario del acto discriminatorio-. Sobre ello volveremos en breve.

15- La discriminación requiere, asimismo, de ciertos criterios de ordenación social que sean masivamente compartidos. Un hecho aislado, sólo nos alerta acerca de los riesgos de desarrollo de este fenómeno (¡¡¡no hace verano!!!). Por ello, es muy probable que detrás de cada acto discriminatorio se encuentre agazapado algún tipo de planificación junto a costumbres, reputadas ejemplares por la sociedad. Es muy difícil sustentar la existencia de discriminación, reitero, sin contar con acciones precedentes más o menos ordenadas, en la materia.

16- En la esfera valorativa, tres criterios aparecen contrapuestos con el desarrollo de actos de discriminación: los derivados de la idea justicia, de verdad y utilidad. Y son los tres los que intervienen de manera conflictiva en el campo de la identidad de la persona receptora de la discriminación y en su sentido de pertenencia a un grupo. El plano de la identidad abarca, a mi juicio, aquel conjunto de características específicas de la persona que éste considera valiosas, porque constituyen su concepto de dignidad. Así, por ejemplo, el espacio de libertad, la idea de autonomía, su historia individual, sus creencias, preferencias, etc., que le permiten desarrollar proyectos y vivir en plenitud. El sentido de pertenencia, a su vez, incluye el abanico de creencias, reglas morales y éticas, que acercan a las personas entre sí, en el plano de la convivencia, la tolerancia y la igualdad.

17- Ambos conceptos generalmente se ven representados en todos los catálogos de derechos humanos y personalísimos. Por ello, cuando estos elementos se ven comprometidos en sentido negativo, se suelen desencadenar situaciones jurídicas altamente dramáticas para la persona victimizada con la discriminación. En este sentido, entonces, no creo que resulte exagerado afirmar que la discriminación es el nuevo nombre de la “miseria”, el eufemismo que utilizamos en el siglo XXI, para hablar de las nuevas formas de opresión y condena social.

18- No obstante, recordemos además que la discriminación constituye un fenómeno ambivalente. Así, si tomamos como referencia el criterio formal de justicia de

⁸ Al respecto puede verse: GOLDSCHMIDT; W.; *op. cit.*, págs. 57 y ss.; PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS TYTECA, L.; *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989; págs. 122 y ss.; DABOVE, M.I.; *Los derechos... cit.*, págs. 443 y ss.



ARISTÓTELES veremos entonces, que la discriminación será valiosa, cuando la desigualdad sea proporcional a las desigualdades que sustenten las personas vinculadas. Mas se tornará disvaliosa, cuando la desigualdad se mantenga entre sujetos calificados como semejantes entre sí⁹. La posición social, jurídica, cultural, de las personas, por ejemplo, nos indicarán cuándo dos personas son iguales o disímiles entre sí.

19- El plano normativo también es propicio para analizar el carácter dual de la discriminación. En la legislación que analizamos en el inicio de esta exposición puede advertirse el carácter disvalioso o negativo del fenómeno estudiado. El término "arbitrariedad", utilizado en el art. 1º constituye un indicador nítido de esta significación. Sin embargo en nuestro propio sistema normativo, contamos asimismo con preceptos que nos muestran lo contrario. El art. 75 inc. 23 de la CN, atribuye a la discriminación, un sentido positivo, permitiendo la ejecución de distinciones autoritarias (políticas, en su mayoría) a favor de algunos grupos humanos desventajados. Tal es el caso de los niños, enfermos, mujeres, discapacitados y ancianos.

20- Por ello, llegados a esta instancia conviene recordar aún, que la discriminación es además, un conflicto de igualdad, que afecta –o daña, en caso de ser negativa, según vimos-, la identidad de los sujetos más frágiles de la comunidad jurídica, poniendo en juego el contenido del art. 16 de la CN. Pero, también pone en riesgo la construcción misma del concepto de ciudadanía, si no se respetan cabalmente los principios bioéticos y biojurídicos de beneficencia, autonomía y justicia.

II- Ancianidad, discriminación y Derecho: reflexiones bioéticas para la construcción de una ciudadanía humanista

21- En nuestro tiempo, tres problemas recurrentes padecen los ancianos, que los coloca en el papel de "sujetos tentadores" de acciones autoritarias de discriminación. La vulnerabilidad física, la pobreza y el aislamiento. Y, por desgracia, en el Derecho argentino no hallamos antídotos eficaces para su erradicación. El anciano es, por ello, una persona triplemente frágil en el mundo jurídico. Es débil biológicamente, lo es desde el punto de vista histórico y también, en el plano cultural.

22- En otra oportunidad, escribía que la ancianidad constituye una de las mayores preguntas que el ser humano puede llegar a formularse acerca de sí mismo y de sus circunstancias. Y, continúo aún pensándolo. Significa ni más ni menos que preguntarse, desde el presente, acerca del final de la vida, con toda la carga de un pasado que ya es mayoritario. Significa interrogarse acerca del tiempo que podemos llegar a vivir, en último término. Significa, en suma, proyectar el cierre en base a un balance de conclusión vital.

23- Preguntarse sobre la vejez puede, incluso, llegar a ser más difícil que interrogarse respecto de la propia muerte. Llegar a viejo, en gran medida, también significa aprender a convivir con la muerte. Aprender a convivir forzosamente con ella, puesto que se trata de "habitar" el final sabiendo que lo es, sin ningún tipo de fuga posible. Significa, y mucho, aprender a asumir plenamente el último riesgo vital profundo. Después de la vejez, no hay otra vida terrena posible.

24- La ancianidad es, por ello, una pregunta exigente: requiere materialmente una respuesta para seguir sosteniéndose. La muerte, en cambio, parece ser un dilema infinito,

⁹ V. ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco*, 5º ed., trad. y ed. bilingüe de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, libro V; DABOVE, M.I.; *op. cit.*, Capítulo I. Justo es dar lo igual a lo que es igual, y lo desigual a lo desigual.



para cada persona tanto como para la humanidad. Es la apertura total al misterio de la existencia. Es, quizás por ello, o sólo pregunta o sólo respuesta¹⁰.

25- Al Derecho y a la Bioética les interesa muy especialmente el desafío "discriminatorio" que la vejez plantea puesto que, en gran medida, a ellos les corresponde encontrar una respuesta. A ellos les corresponde establecer normativamente las condiciones sociales y valorativas que deben ser respetadas en relación con los ancianos. A ellos les cabe reconocer al viejo en tanto sujeto. Y a ellos le cabe situar al anciano en un espacio y en un tiempo comunitarios, fortaleciendo su posición frente al gobernante, frente a los demás ciudadanos, frente a lo demás y aún frente a sí mismo¹¹.

26- En el Derecho actual el lugar de los ancianos aparece bastante desdibujado, sobre todo, por el profundo y contradictorio silencio en el que están inmersos. Se dice, por ejemplo, que las personas -en general- cuentan con un importante caudal de derechos que todos los Estados democráticos deben garantizar si quieren ser tales, puesto que son básicos. Se habla de derechos humanos civiles y políticos; de derechos económicos, sociales y culturales; de derechos relativos al medio ambiente, a la paz y al desarrollo; y hasta de derechos de las generaciones futuras.

27- Pero, de otro, ocurre también que todos los días se nos informa impávidamente acerca de la muerte de ancianos en espera de una plaza para ingresar en algún geriátrico. Se nos informa acerca de situaciones de abandono a las que los exponen sus propios familiares o algunos profesionales de la salud. O bien, simplemente, tenemos la "suerte" de ser testigos cotidianos de sus magros salarios, de los abusos y maltratos que reciben las personas mayores en la calle, en sus casas, en su ciudad, y hasta en las instituciones que supuestamente deberían proteger su posición. Por desgracia, en todas ellas aparecen situaciones favorables para la discriminación negativa.

28- Ahora bien, es importante que observemos que estas contradicciones no son fruto de la falta de garantías eficaces o de planteos económicos únicamente. Estas contradicciones aparecen también invadiendo lo cotidiano por cuestiones jurídicas de fondo. A mi parecer, el principal problema que se presenta en este sentido parte de una tensión cultural, provocada fundamentalmente por la progresiva desintegración de la idea de comunidad en la consciencia de la vida postmoderna¹². Y ella se observa también, en las dificultades para asumir los principios bioéticos en el campo de la política jurídica.

29- En esta tensión, dos son los factores encontrados que se ponen en juego: la igualdad y la unicidad o identidad. La igualdad, en tanto exigencia de homogeneidad vital¹³, necesaria para el sostenimiento de un sistema jurídico coherente. Y, la unicidad, en cuanto reclamo de diferenciación valiosa y de respeto por la identidad de la persona¹⁴.

30- Sabemos que, cuando la igualdad y la unicidad funcionan dialógicamente, la comunidad logra sustentar un Estado de Derecho con sentido humanista. Es decir, deja espacio a la consolidación de un sistema democrático que puede ser calificado de tolerante. En este marco, nuestra condición humana es respetada como fin en sí, al tiempo que se nos sitúa igualitariamente frente a la ley en atención al grupo humano y cultural del cual

¹⁰ Al respecto puede verse: NAGEL, Thomas; *La muerte en cuestión. Ensayos sobre la vida humana*, trad. Carlos Valdés, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, págs. 19 y ss.

¹¹ V. GOLDSCHMIDT, W.; *Introducción... cit.*, págs. 446 y ss.; *Justicia y Verdad*, Bs. As., La Ley, 1978.

¹² Respecto al concepto de comunidad ver: GOLDSCHMIDT, W.; *Introducción... cit.*, págs. 444 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Derecho y Política*, Buenos Aires, Depalma, 1976, págs. 103 y ss.; HELLER, Agnes; *Sociología de la vida cotidiana*, 3º ed., prefacio György Luckács, trad. J.F. Yvars y E. Pérez Nadal, Barcelona, Península, 1991, págs. 67 y ss.

¹³ Entendiendo por *homogeneidad vital*, la calidad de pertenecer a un mismo género, en nuestro caso: a la humanidad. En este sentido puede verse el concepto descriptivo de igualdad propuesto por WILLIAMS, Bernard, *La idea de igualdad*, en "Conceptos morales", comp. Joel Feinberg, trad. José A. Pérez Carballo, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 267 y ss.

¹⁴ V. GOLDSCHMIDT, W.; *op. cit.*, págs. 438 y ss.



formamos parte¹⁵. Estaremos, en definitiva, ante una verdadera sociedad pluralista, donde lo diverso puede ser solidariamente integrado, haciéndose acreedor de un trato igualitario justo¹⁶.

31- Sin embargo, ya hemos observado cómo, en la actualidad, la posición jurídica del anciano dista mucho de ser la propia de un régimen humanista. Entre otras razones, porque la condición de los mayores vive atravesada por exigencias iusvalorativas que se han vuelto profundamente autistas. Vive, envuelta en exigencias valorativas que se sitúan de manera tan distante de la realidad, que terminan configurando un ámbito jurídico de actuación poco vinculante, o incluso, hasta perverso, para los ancianos implicados.

32- Esta falta de consciencia del sentido de comunidad hace que los requerimientos de igualdad y unicidad parezcan funcionar sin conexión, como fundamentos jurídicos trazados en paralelo. Por ello, si una sociedad no comprende el alcance de la fraternidad como ideal político-jurídico, difícilmente podrá establecer un Estado de Derecho sensible a la posición desventajosa de los débiles¹⁷. Difícilmente podrá promover la instauración de medios de protección que fortalezcan la posición cultural del anciano contra la fragilidad de su naturaleza. Así como tampoco será capaz de establecer asociaciones constructivas, que respeten nuestra condición humana de manera finalista¹⁸.

33- En este sentido, recordemos si no, la importancia que le atribuía **ARISTOTELES** a la filía y a la amistad como base de la ética social. Con la amistad -observará el estagirita-, devienen la justicia y la concordia, la igualdad y la benevolencia. La amistad, -dirá también- parece vincular las ciudades; y de su falta o desviación irremediablemente se derivan las formas corrompidas de gobierno¹⁹.

34- Aunque la fraternidad hoy se haya convertido en la pariente pobre de la tríada democrático-republicana moderna, como le gusta decir a **Toni DOMENECH**. Aunque hoy esta palabra suene vacía o parezca ingenua, creo que conviene rescatarla en favor de la integridad de la convivencia. Sin sentido de fraternidad, no puede haber comunicación intergeneracional, ni identidad comunitaria en los pueblos. Como tampoco podrán ser eficaces los consensos culturales que recoja cualquier sistema jurídico²⁰. Es precisamente a partir de la idea fraternidad, desde donde se puede concretar el valor de la solidaridad. En particular, porque la fraternidad constituye un principio político que funciona a partir de la existencia de un vínculo real común entre las personas que integran una sociedad. En tanto que la solidaridad funciona entonces como valor instrumental, relativo al vínculo creado por ellas.

35- En el Derecho, la carencia de vínculos sociales solidarios genera una peligrosa escisión entre la realidad social por un lado, y los valores y normas consagrados, por otro. A causa de esta grieta creciente, la realidad jurídica "gira en descubierto" como realidad anómica y flotante, librada al juego distorsionador del poder de turno. En este marco, pues,

¹⁵ Esta integración sólo será posible sobre la base de los valores que cada sociedad comparte. Al respecto ver: HELLER, A.; *Sociología... cit.*, págs. 79 y ss.. Y también ver: GOLDSCHMIDT, W.; *Introducción Filosófica al Derecho... cit.*, págs. 438 y ss.

¹⁶ V. PRIETO SANCHIS, Luis; *Igualdad y minorías*, en "Derechos y Libertades", revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, N° 5, año II, julio - diciembre de 1995, págs. 112 y ss.

¹⁷ Acerca de la idea de fraternidad como concepto base, organizador de la comunidad, puede verse el interesante trabajo del profesor DOMENECH, Toni; *... y fraternidad*, en "Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política", N° 7, Madrid, abril de 1993, págs. 49 y ss.

¹⁸ V. CIURO CALDANI, M. A.; *Derecho y Política... cit.*, págs. 103 y ss.

¹⁹ De la monarquía, la tiranía; de la aristocracia, la oligarquía; y de la timocracia se pasa a la democracia... Como sabemos, para el filósofo del Liceo, la amistad era el grado más perfecto de relación intersubjetiva, que va más allá de la relación afectiva particular. V. ARISTOTELES, *Ética Nicomaquea*, 15° ed., trad. Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1996, Libros VIII y IX "De la amistad", págs. 102 y ss. Y ver también: DOMENECH, T.; *op. cit.*, págs. 52 y ss.; CIURO CALDANI, M.A.; *op. cit.*, págs. 125, cuando se refiere a la importancia del amor como base de la convivencia política.

²⁰ V. DOMENECH, T.; *op. cit.*, págs. 52 y ss. Y también: HELLER, A.; *Sociología... cit.*, págs. 35 y ss.; CORTINA, Adela; *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*; 2° ed., Salamanca, Sigueme, 1988, págs. 155 y ss.



sólo regirá la fuerza de lo fáctico, convertida en única norma de coexistencia. Fuerza que, por cierto, no admitirá críticas, ni ajustes racionales o valorativos, generando, por cierto, situaciones de vulnerabilidad para los ancianos en general²¹.

36- Así, en este espacio fracturado por la discriminación negativa no resultará extraño que se elaboren soluciones normativas respaldadas sólo por la igualdad, que rayen en el igualitarismo masificador²². O bien que se opte ideológicamente por el respeto a la individualidad con carácter excluyente. Opción ésta que sólo nos conducirá a una fragmentación indebida de nuestra calidad de sujetos y a la más profunda alienación²³.

37- El resultado de esta dinámica jurídica no puede ser otro que la discriminación arbitraria de los sujetos que intervienen en el caso a resolver²⁴. Y es por causa de esta discriminación por la que numerosos ancianos quedan situados ilegítimamente en la más profunda indefensión, en el silencio que los "invisibiliza", en la condición incorpórea del que no tiene cabida ni lugar, como veremos con el devenir de este trabajo²⁵.

38- Por este juego perverso de discriminación ilegítima, los mayores cada vez están más expuestos a un doble riesgo. A la prevalencia de soluciones jurídicas igualitaristas, que no suelen considerar a la ancianidad como un dato diferenciador relevante²⁶. Así como también, a las respuestas particularistas que, por atender a una especificidad ciega, terminan estableciendo un "sistema de privilegios o castigos" -según los casos- más que de verdaderos derechos y obligaciones²⁷. Dentro de este escenario, entonces, tan necesario será interpretar los postulados de la Ley Antidiscriminación con carácter extensivo, de manera de poder incorporar a su articulado a la "edad", como causal de imputación; como desarrollar políticas de discriminación inversa o positiva. Pues, en este último caso, se trabajarán jurídicamente con finalidad preventiva de lo anterior.

²¹ Acerca de la solidaridad puede verse, básicamente: PECES BARBA, G.; *Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución Española*, en "Derecho y Derechos Fundamentales", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 294 y ss.; CORTINA, A.; *op. cit.*, págs. 15 y ss.; GOLDSCHMIDT, W.; *op. cit.*, págs. 90 y ss. Respecto de la posición del anciano en el seno de la comunidad puede verse: SLUTZKY, Leonardo; *Hacia una gerontología comunitaria*, en revista "Geriatría Práctica", Vol. V, N° 1, 1995, págs. 14 y ss.

²² V. RAZ, Joseph; *Principles of Equality*, en "Mind", vol. LXXXVII, N° 347, July 1978, págs. 322 y ss.; DWORKIN, Ronald; *Ética privada e igualitarismo político*, trad. Antoni Domènech, intr. Fernando Vallespín, Barcelona, Paidós, 1993, págs. 13 y ss.

²³ V. BOBBIO, Norberto; *Igualdad y libertad*, int. Gregorio Peces Barba, trad. Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, 1993, págs. 83 y ss.; PECES BARBA, Gregorio; *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1991, págs. 242 y ss.; DWORKIN, Ronald; *Ética privada e igualitarismo político*, int. Fernando Vallespín, trad. Antoni Domènech, 1993; RAILTON, Peter; *Alienation, consequentialism, and the demands of morality*, en "Philosophy and public affairs", vol. 13, N° 2, Spring 1984, págs. 134 y ss.

²⁴ V. BOBBIO, N.; *Igualdad y libertad... cit.*, págs. 74 y ss.

²⁵ V. BUCK, Trevor; *Ageism and legal control*, en "Discrimination: the limits of Law", ed. por Bob Hepple y Erika M. Szyszczak, London, Mansell, 1992, págs. 240 y ss.

²⁶ V. PECES BARBA, G.; *Curso de Derechos Fundamentales... cit.*, págs. 247 y ss.; BOBBIO, N.; *Eguaglianza ed Igualitarismo*, en "Revista Internazionale di Filosofia del Diritto", N°3, págs. 330 y ss.

²⁷ Acerca de la problemática de la discriminación desde perspectivas diferentes, puede verse básicamente: RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda; *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 79 y ss.; VV.AA, *Discrimination: the limits of Law*, ed. por Bob Hepple y Erika M. Szyszczak, London, Mansell, 1992; DABOVE, María Isolina y SOTO, Alfredo M.; *Algunas ideas en torno a la igualdad en relación a la discriminación y a la especificidad*, en "Investigación y Docencia", N° 20, 1992, págs. 111 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Notas para una comprensión dikelógica de la discriminación*, en "Bioética y Bioderecho", N° 1, 1996, págs. 35 y ss.; FERNANDEZ GARCIA, Eusebio; *La dignidad de la persona*, en "Libro de ponencias del Congreso Internacional sobre La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo", Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1996, págs. 59 y ss.; GARCIA AMADO, Juan Antonio; *Igualdad y discriminación*, en "Libro de ponencias... cit.", págs. 21 y ss.; ALVAREZ GARDIOL, Ariel; *La discriminación y la tolerancia*, en "Libro de ponencias... cit.", págs. 55 y ss.; TIETJENS MEYERS, Diana; *Social exclusion, moral reflection and rights*, en "Law and Philosophy", vol. 12, N° 2, May 1993, págs. 217 y ss.; BLOCK, Walter; *Discrimination: an interdisciplinary analysis*, en "Journal of Business Ethics", N° 11, 1992, págs. 241 y ss.; BIRKELUND, Gunn Elisabeth; *Stratification and segregation*, en "Acta Sociologica de la Scandinavian Sociological Association", N° 35, 1992, págs. 47 y ss.



Conclusiones:

39- A lo largo de este trabajo hemos visto que, la discriminación es un fenómeno complejo, propio de este tiempo y de carácter relativo. La hemos definido como una operación lógica, de la cual derivan distinciones y acciones, constitutivas de relaciones jurídicas desiguales, -valiosas o disvaliosas. Pero nunca, en Derecho, serán neutras o indiferentes al valor. Hemos visto también que, la discriminación funciona en un marco de relaciones de poder que se ejerce, sin llegar a expresiones de violencia. Dijimos además que la discriminación afecta de manera ambivalente la esfera de la identidad de la persona y su sentido de pertenencia a una comunidad. Razón por la cual, cuando la discriminación es disvaliosa, estaremos pura y simplemente ante situaciones "miserables de condena social". Los ancianos, constituyen hoy una de los grupos humanos más frágiles del mundo jurídico. Por ello, desde la Bioética y el Bioderecho, urge pensar sobre ello y, trabajar en consecuencia.

40- Así, pues, como dice **Víctor HUGO** en Los miserables:

Mientras, a consecuencia de las leyes y de las costumbres, exista una condenación social, creando artificialmente, en plena civilización, infiernos, y complicando con una humana fatalidad el destino, que es divino;

mientras no se resuelvan los tres problemas del siglo: la degradación del hombre por el proletariado, la decadencia de la mujer por el hambre, la atrofia del niño por las tinieblas;

en tanto que en ciertas regiones sea posible la asfixia social;

en otros términos y bajo un punto de vista más dilatado todavía, mientras haya sobre la tierra ignorancia y miseria,

los "libros -en este caso, un pequeño texto- de la naturaleza del presente, podrán no ser inútiles..."²⁸

²⁸ V. HUGO, V.; *Los miserables*, trad. H.G. Simon, pról. M. Vargas Llosa, Bs. As., Suma de Letras Argentina, 2005, pág. 19.



Sobre las causas de la ineffectividad del derecho social; el caso argentino²⁹

Adrián Goldín

1. El contexto institucional, regional y cultural

El enfoque del tema de la efectividad del derecho del trabajo y de la seguridad social³⁰ desde la Argentina exige tener en cuenta una triple aproximación contextual: a. el derrotero más reciente del derecho social como categoría histórica; b. una cierta tradición latinoamericana que le caracteriza y c. un fenómeno cultural específicamente argentino.

Desde una perspectiva que trasciende límites regionales y, con matices e intensidades diversas parece tener dimensión universal, es necesario, en primer lugar, considerar el fenómeno de un cierto debilitamiento del derecho social, que admite tres aproximaciones:

i. Debilitamiento normativo, producto de las demandas de flexibilidad laboral, desregulación, reducción de la intensidad de la protección. En pocas palabras, una situación de pérdida de recursos de protección.

ii. Debilitamiento subjetivo, derivado de fenómenos como el de la informalidad creciente, la desintegración vertical de las empresas y las tendencias de descentralización productiva, fraude evasivo y diversas manifestaciones de la denominada "huida del derecho del trabajo"³¹, políticas públicas que admiten el tratamiento de trabajadores dependientes como si no lo fueran (i.e. trabajadores a domicilio, transportistas, aprendices, etc.), relaciones ambiguas en las que se torna altamente difícil establecer la naturaleza (dependiente o autónoma) de los vínculos³². En pocas palabras, una situación de pérdida de ámbito personal del derecho social.

iii. Debilitamiento aplicativo, derivación indirecta de los fenómenos evocados en los apartados anteriores y de la de otros tales como la disminución de la significación política o limitación de las competencias de los actores políticos que son agentes de aplicación del ordenamiento de la protección laboral y social (Ministerio de Trabajo, inspección del trabajo,

²⁹ En su versión en francés, este trabajo documenta la presentación del autor en el Séminaire International de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, organizado por la Université Montesquieu, Bordeaux IV en Bordeaux, Francia, del 4 al 15 de Julio de 2005, juntamente con los departamentos y centros de investigación europeos de las universidades de Bruselas, Francfort, Hull, Lisboa y Lodz. El tema del seminario fue "La efectividad del Derecho Social: ¿bajo qué condiciones?"

³⁰ La efectividad, sostuvo Antoine Jeammaud en su presentación en el mismo seminario, "...es una relación cuantitativa de conformidad de los datos del mundo social (situación de personas o de cosas, relaciones sociales, conductas, operaciones de los actores, etc) a los modelos que constituyen las reglas que componen el sistema de derecho considerado o, en el caso de una regla jurídica particular, de conformidad de las situaciones empíricas a las cuales ella es aplicable, al modelo que ella instituye. En un sentido derivado del precedente – continúa Jeammaud – es la calidad de un sistema de derecho o de una regla que pertenece a ese sistema que se beneficia de un grado elevado de conformidad de los estados del mundo social que le toca regir".

³¹ Cfr, Rodríguez Piñero, Miguel "La huida del derecho del trabajo" en Relaciones laborales, Madrid, 1992-1 pág. 85

³² Por toda la extensísima y muy reciente bibliografía sobre este tema, ver el enfoque descriptivo en el informe V (1) de la Oficina Internacional del Trabajo para la 95ª reunión de 2006, OIT, Ginebra 2005.



tribunales del trabajo³³, etc.) o su lisa y llana supresión, junto a la dispersión de sus atribuciones³⁴, así como de los actores sociales (debilitamiento y pérdida de influencia de los sindicatos), todo lo cual va frecuentemente acompañado por la devaluación ideológica del derecho del trabajo y otras formas de protección social execradas como manifestaciones de paternalismo anacrónico, etc. En otras palabras, una pérdida de efectividad en sentido estricto del derecho social.

En segundo lugar, será necesario evocar la histórica dicotomía entre derecho y realidad que se ha constituido en una de las notas caracterizantes del derecho social latinoamericano. Un ordenamiento en el que con harta frecuencia se consagran normativamente derechos de naturaleza social que se esgrimen y declaman, pero que en verdad no se gozan y que, como recuerda Ermida³⁵, algunos juristas denominaron “crisis de autenticidad” de la legislación. En las palabras del autor citado, “...parecería que en nuestra región, las relaciones de trabajo que se registran en los hechos no siempre coinciden con las descritas en las normas. El “sistema de relaciones industriales” parecería tender a funcionar de manera bastante diferente a lo previsto en una legislación destinada a regularlo”³⁶.

En tercer lugar, habrá que tener en cuenta que, como se postulara en un recordado ensayo³⁷, la sociedad argentina, y los factores de poder, incluidos los gobiernos, tienen una tendencia recurrente a la anomia en general y a la ilegalidad en particular, lo que se vincula con los factores que se señalan como relevantes para explicar la involución del desarrollo argentino, además de su poder causal independiente. La Argentina es pues un país que alberga tendencias anómicas que se manifiestan en un generalizado desapego a la ley.

La percepción de este último fenómeno, no obstante, suele ser sesgada y facciosa. A modo de ejemplo, mientras innumerables empleadores se sustraen al cumplimiento de las normas de protección del trabajo y al de las de la protección social y hasta lo justifican desde la lógica de los costos y de los mercados, otros – en este caso, trabajadores o sindicatos en conflicto – son renuentes a someterse a las reglas de juego a las que el ordenamiento sujeta el ejercicio de la acción directa, y alegan también una hipotética legitimidad del incumplimiento de la ley (de otro modo, no nos escuchan...). De ningún modo creo que las necesidades que se alegan en sustento de unas y otras perspectivas sean axiológicamente equiparables. Va sin decirlo, no obstante, que en una secuencia ciertamente multicausal, esas tendencias a la anomia y la ilegalidad tienen también un alto poder explicativo de las carencias de efectividad del ordenamiento jurídico en general y, en especial, del derecho social³⁸.

En los apartados que siguen procuraré presentar sucesivamente, de modo muy breve, algunos de los diversos factores que, en el marco de aquellos condicionamientos contextuales, comprometen la efectividad del sistema argentino de protección sociolaboral o

³³ Es el caso, en la Argentina, del traslado de competencias otrora laborales a otros fueros (señaladamente, el comercial, en el caso de las quiebras), así como el de la adjudicación a los tribunales laborales de competencias ajenas (la atención de los amparos a que diera lugar la restricción de la disposición de los depósitos bancarios).

³⁴ Proceso descrito por Harry Arthurs (de la York University, Toronto, Canada) en su aporte aún inédito al seminario THE SCOPE OF LABOR LAW: RE-DRAWING THE BOUNDARIES OF PROTECTION que tuviera lugar del 23 al 27 de mayo de 2005 en el Bellagio Study Center de la Rockefeller Foundation, trabajo que lleva el sugestivo título “What immortal hand or eye? Who will redraw the boundaries of labour law?”

³⁵ Cfr. Ermida Uriarte, Oscar, “Las relaciones de Trabajo en América Latina”, en “Temas Laborales”, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Junta de Andalucía, 18/1990, pág. 70.

³⁶ Idem, nota anterior.

³⁷ Cfr. Nino, Carlos, “Un país al margen de la ley; estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino”, EMECE editores, 1992

³⁸ Hay que decir que, sin embargo, aquellos genéricos sesgos de debilitamiento normativo, subjetivo y aplicativo del derecho social, la brecha latinoamericana entre derecho y realidad y nuestras tendencias a la anomia y la ilegalidad, no conducen de modo necesario a una visión pesimista acerca de su futuro; es que con esos factores críticos coexisten otros gravitantes factores de contrapeso – institucionales, políticos, ideológicos, económicos, productivos y técnicos – que aún dan respaldo a la lógica de la protección.



ponen en evidencia ese problema: el alto desempleo, la informalidad creciente, los rasgos del debate laboral y de las tensiones reformistas, ciertas notas de nuestro sistema de relaciones colectivas del trabajo – el régimen sindical, la negociación colectiva y el conflicto -, los límites instrumentales e ideológicos de la inspección del trabajo, la inspiración de algunos de los regímenes de la seguridad social. Haré referencia, finalmente, a otros factores de ineffectividad del derecho social de más generalizada presencia en la experiencia comparada, que no trataré en esta oportunidad para no exceder las limitaciones de espacio propuestas por los organizadores de este seminario.

2. El desempleo

La Argentina padece a partir de los últimos años de la década de los '80 un crecimiento notable de sus índices de desempleo³⁹ que la inédita crisis económica y social que se desencadena a partir de los últimos meses de 2001 exacerba hasta niveles sin precedentes: en el 4to trimestre de 2002 había unos 3 millones de desocupados y otras 900 mil personas se registraban como ocupados en planes sociales financiados con fondos públicos; de ese modo, el desempleo alcanzaba al 26 % de la PEA⁴⁰. Esa situación comienza a mitigarse a partir de comienzos de 2003; desde entonces, se generaron aproximadamente 1 millón y medio de empleos (sin incluir planes sociales). El empleo asalariado privado formal creció en el total urbano en 610 mil nuevos puestos de trabajo⁴¹. El déficit de empleos hacia el tercer cuatrimestre de 2004 alcanzaba a 2765000000 (de nuevo, 18 % de la población activa)⁴² situación que continuó mejorando y que a la fecha de elaboración de este documento afectaba a 2.500.000 de trabajadores (algo más del 16 % de la PEA).

Se trata, ciertamente, de una situación sumamente crítica, aunque en proceso de recuperación, que tiene marcada influencia sobre el grado de efectividad del ordenamiento en la instancia aplicativa. La situación crítica del mercado de trabajo genera condiciones que mellan, de un lado, la limitada capacidad de autotutela individual; el trabajador teme perder su trabajo sin perspectivas de lograr su reemplazo en un tiempo razonablemente corto. En ese marco, tiende a tolerar las condiciones que impone el empleador – i.e. jornada excesiva, salario inferior a los mínimos de aplicación, condiciones de higiene y seguridad insatisfactorias – que sólo atina a reclamar en oportunidad de producirse la ruptura del vínculo laboral. Aún arribado a esa instancia terminal, frecuentemente se abstiene de formular reclamos en instancias judiciales o administrativas, pues teme que ello se constituya en un factor determinante para la producción de informes negativos por parte de su empleador anterior, en el proceso de búsqueda de nuevo empleo⁴³. En una u otra circunstancias, las normas laborales aparecen postergadas cuanto menos transitoriamente y, en muchos casos, de modo definitivo.

El alto nivel del desempleo tiende también a debilitar notablemente la acción sindical y el poder de conflicto de los sindicatos – los trabajadores no están dispuestos a acompañar acciones que puedan poner en riesgo los puestos de trabajo que en contexto de

³⁹ La tasa de desocupación, que hacia fines de los '80 no superaba aún el 8 % de la PEA, habría de alcanzar en la medición de mayo de 1995 al 18.4 %.

⁴⁰ Del "Newsletter sobre la situación laboral y social de la Argentina" de SEL Consultores, febrero de 2005

⁴¹ Incluyendo empleadores y trabajadores independientes con capital, el aumento del empleo privado formal alcanzó a unos 900 mil puestos.

⁴² El desempleo abierto abarcaba a 1 millón 975 mil trabajadores, además de 790 mil planes sociales.

⁴³ Temen, en pocas palabras, quedar incorporados a *listas negras* más o menos explícitas.



escasez aún detentan – por lo que poco pueden hacer sus representantes para reivindicar la aplicación de las normas que no se cumplen.

Hasta los actos de intervención de la inspección del trabajo pierden eficacia en la recuperación de la efectividad de las normas. Los trabajadores se tornan reticentes ante los inspectores por temor a la represalia de sus empleadores; en la concreta experiencia de los funcionarios, se describen situaciones en la que los trabajadores involucrados en relaciones de menguada legalidad imploran el retiro de la inspección para evitar que la misma ponga en riesgos sus puestos de trabajo.

Es desde esa perspectiva que he sostenido en más de una oportunidad que el pensamiento de los juristas comprometidos con las normas laborales no puede considerar a la problemática del empleo como ajena a sus competencias, pues uno de los métodos más atinados para asegurar la efectividad de las normas laborales, es el desarrollo de una adecuada política de empleo⁴⁴.

3. La informalidad laboral

El fenómeno y sus causas

Como manifestación conspicua de ineffectividad del sistema de protección del trabajo – consecuencia, entonces, y no factor causal - casi 2.800.000 personas trabajan “en negro” (sin registración formal y, por lo tanto, al margen de la legislación laboral y de la seguridad social)⁴⁵. A criterio de Ernesto Kritz, ese fenómeno no es nuevo y, contrariamente a lo que suele sostenerse desde perspectivas que cuestionan las intervenciones tutelares del Estado, no es atribuible a la legislación laboral, ni al costo de la seguridad social. Está a su juicio, por el contrario, íntimamente ligado a la evasión impositiva⁴⁶, que genera ingresos al margen del circuito legal cuya ilegalidad⁴⁷.

Si bien puede argumentarse que esa generalizada evasión procura compensar la baja productividad de las pequeñas empresas en las que más intensamente se radica, de lo que no cabe duda es que obra en la práctica como un factor de la más severa ineffectividad de las normas laborales y de la seguridad social, que se expresa en el trabajo no registrado

⁴⁴ Conviene evitar la trampa conceptual de aquellos que impugnan las instituciones laborales con el argumento de que de ese modo contribuyen a la recuperación del empleo, cuando en verdad esa finalidad es totalmente ajena a sus preocupaciones sustantivas (ver mi “Regulaciones Laborales y Empleo” en “Libro Blanco del Empleo en la Argentina”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires, 1995).

⁴⁵ Suma que no incluye a los ocupados en el servicio doméstico (1 millón), ni los beneficiarios de los planes de asistencia social (650 mil), ni los trabajadores por cuenta propia no regulares sin capital (800 mil) (conf. SEL, consultores, loc. cit en nota 9, abril de 2005).

⁴⁶ Cuya importancia económica es tres o cuatro veces mayor que la de la evasión de las obligaciones de seguridad social, a la que da lugar (idem, nota anterior)

⁴⁷ En los '80, antes de cualquier intento de flexibilización, el trabajo no registrado había crecido del 18 % al 26 %; en los '90, con contratos flexibles y una baja del 50 % en los costos laborales no salariales, aumentó del 26 al 34 %. Si es reconocible una relación estrecha e inversa con el tamaño de la empresa (a menor tamaño, mayor informalidad): el 52 % de los no registrados trabajan en establecimientos que ocupan hasta 5 personas; en los que trabajan hasta 10 personas, están el 70 % de los no registrados. En esas empresas, la evasión del impuesto al valor agregado, a los ingresos brutos y a las ganancias es fuente principal de recursos; los ingresos “en negro” asociados a la evasión de tributos inducen a contratar trabajadores en negro y a pagar en negro una parte de los salarios de los que sí están registrados (del Newsletter de SEL Consultores, citado en nota anterior). Se afirma allí mismo que la relación entre empleo en negro y evasión del IVA pone en evidencia los límites de una política contra la informalidad basada en los controles del registro de los trabajadores. *No hay manera de terminar con el empleo informal, se concluye, si sigue habiendo evasión impositiva en los ingresos. El combate a la informalidad pasa en gran medida por la disminución de la evasión del IVA y otros tributos.*



del 47,5 % de los asalariados. Según da cuenta SEL⁴⁸ de esos trabajadores la mitad tiene empleo precario, su remuneración es la mitad de la de los formales y su tasa de desempleo es casi el doble que el promedio y cinco veces más alta que la de los formales.

Las respuestas punitivas

La seriedad del problema indujo al legislador a tratar ese fenómeno mediante sanciones punitivas que al hacer potencialmente costosa la contratación de trabajadores al margen de la ley, la desalentara y redujera consecuentemente su implantación.

De ese modo, la Ley Nacional de Empleo de 1991 estableció que aquel empleador que es requerido por un trabajador para que regularice un vínculo no registrado y no lo hace dentro de los 30 días de aquel requerimiento, queda obligado a pagar al interpelante – a título de sanción – el 25 % de todas las remuneraciones percibidas desde su ingreso⁴⁹. Complementariamente, y para evitar una represalia por parte del empleador interpelado, se estableció que el despido sin justa causa producido dentro de los 2 años posteriores al requerimiento de regularización da lugar al pago de una indemnización equivalente al doble de la prevista para ese despido incausado. Posteriormente, otra norma (ley 25323) estableció que, aún no mediando requerimiento alguno, el despido de un trabajador no registrado determina la duplicación de las indemnizaciones a que tiene derecho en caso de despido sin justa causa.

Salvo que en una cuestionable alegación contrafactual se pretendiera que el crecimiento del trabajo informal hubiera sido mucho mayor en caso de no haberse establecido esas sanciones, será necesario admitir que la técnica sancionatoria – cuya inspiración compartí en sus orígenes - no tuvo éxito; desde la imposición de la primera de las normas mencionadas hasta la fecha en que se elabora este documento, el trabajo informal no se redujo sino que, por el contrario, se incrementó desde el 26 % hasta el actual 47,5%. Según parece, contradiciendo el criterio de eficacia⁵⁰, el régimen sancionatorio se usa menos para lograr la regularización de vínculos puestos al margen de la ley, que para incrementar los montos de los reclamos indemnizatorios mediante su invocación al momento en que, por iniciativa de una u otra parte, se plantea la extinción de la relación. Obviamente, la propuesta sancionatoria parece haber carecido del efecto disuasivo (de la contratación ilegal) que fuera su explícita motivación.

⁴⁸ Loc. cit en nota anterior

⁴⁹ Análoga solución se prevé para aquellos que hubieran registrado debidamente a sus trabajadores pero atribuyéndoles una remuneración inferior a la realmente pagada, o les inscribieran como si hubieran ingresado en una fecha posterior a la del real inicio de la vinculación.

⁵⁰ Siguiendo una vez más a Antoine Jeammaud (ver nota 1), "...por eficacia de un instrumento cualquiera, se entiendo su aptitud para procurar el resultado en cuya satisfacción ha sido concebido y fabricado. En el caso de una regla de derecho, o de un cuerpo de reglas, o aún de un dispositivo jurídico constituido por esas reglas, será su aptitud para obtener el resultado perseguido por su autor (por ejemplo, el órgano que ejerce el poder de legislar), o que le asignan los actores sociales o un cierto observador que se interroga sobre esa aptitud. La eficacia se revela, por consecuencia fuera del orden jurídico mismo, en consideración de un objetivo o de resultados metajurídicos, es decir, en el campo socio-económico, político o ético, y más o menos globales y distantes de la producción de las reglas jurídicas de las que se trata: realización de un cierto orden, de la seguridad, de una vida política democrática, de relaciones sociales justas, de una cierta libertad concreta de individuos y de grupos, o bien de la satisfacción de ciertas necesidades, de la adecuación de la oferta de un bien (o de la mano de obra) a su demanda, de una estabilización del empleo, de la baja de la tasa de desempleo, de una disminución de los accidentes del trabajo, de un desarrollo de la negociación colectiva, de una elevación del nivel de calificación profesional, etc".



4. Transformaciones productivas y reformas institucionales

También las economías “en desarrollo” – la Argentina entre ellas – están sometidas a procesos de transformación que afectan sus relaciones de producción. Les afectan ciertamente las tendencias de internacionalización de los flujos del comercio, las finanzas y la inversión directa, los cambios en las bases tecnológicas de los procesos de trabajo, en la ordenación del trabajo, en la organización de la producción.

Les afectan también los debates ideológicos y el enfrentamiento comparativo de los modelos en vigencia; muy particularmente, del “modelo social europeo”, “vis a vis” el denominado “modelo americano”. La Argentina – es también el caso, a nuestro juicio, de otras naciones latinoamericanas – adscribe histórica y culturalmente al modelo social y cultural continental, del que ha recibido rasgos institucionales y jurídicos valiosos y – también hay que decirlo – adherencias autoritarias de los regímenes en boga en la primera mitad del siglo XX de las que no le ha resultado sencillo desprenderse. Como he sostenido en otras oportunidades, esa es, sin embargo, una pertenencia continental “débil” que le hace más frágil ante los embates ideológicos de diversa procedencia: unas veces, desde las más duras perspectivas neoclásicas; otras, desde visiones que no logran disimular sus anacrónicos rasgos populistas, en un continuum cuyas variantes se suceden aún al interior de las mismas gestiones de gobierno.

En ese marco, el debate laboral enfrenta posiciones muy marcadas: de un lado, la de quienes propician una desregulación tan amplia como lo permita el mercado político; de otro, la de aquellos que atribuyen una significación regresiva a toda propuesta de reforma institucional. En la arena política, una secuencia de vencimientos recíprocos se traduce en una sucesión de marchas y contramarchas: entre otras, de la protección a la desregulación y la flexibilidad, y luego vuelta a la institucionalidad tradicional; de la intervención estatal a fórmulas más abstencionistas, y luego el regreso al intervencionismo del modelo histórico; de la centralización inducida por la ley a la descentralización forzada para volver luego nuevamente a la centralización impuesta, etc.

Ni que decir hay que ese transcurrir tan pendular impide una actualización pausada y progresiva de las instituciones laborales, les desvincula de las cambiantes manifestaciones del mundo del trabajo y les condena a una ineludible ineffectividad, a veces por exceso, otras por defecto, las más de las veces por dogmática negación de las demandas de la realidad.

Ineffectividad cuya corrección demanda aptitud para distinguir entre los desafíos puramente políticos e ideológicos que afronta el derecho social y otros que derivan de fenómenos objetivos que suscitan las nuevas formas que asume el trabajo en sí – el trabajo que cambia, en palabras de Supiot – así como sus nuevos basamentos tecnológicos y organizativos. Y así como la desvalorización ideológica de la protección exige una correlativa respuesta en ese mismo terreno (el debate, la acción política, la formación de una conciencia de compromiso con la lógica de la protección social), los otros desafíos, producto esta vez de innegables transformaciones que afectan las relaciones de producción, reclaman una predisposición inteligente orientada a la revisión de las normas y la reforma de algunas de las instituciones laborales.



5. La organización sindical, la producción de normas colectivas y el conflicto

Los sindicatos

Es por cierto una obviedad afirmar que los sindicatos pueden hacer aportes relevantes para el fortalecimiento del derecho social y la efectividad de sus normas e instituciones. Sólo a modo de ejemplo, además de su indiscutible protagonismo en la reivindicación colectiva y la tarea de producción de normas (a esta función me referiré luego de modo especial), hay que evocar su rol de acción y representación al interior de las empresas, cuando coprotagoniza la gestión misma de las relaciones laborales, insta la aplicación y cumplimiento efectivo de las normas (de modo directo o actuando como denunciante ante la inspección del trabajo), asume la representación de los trabajadores en las reclamaciones individuales o pluriindividuales; cuando se sirve, en suma, de las técnicas de la participación, la negociación y el planteo del conflicto en el nivel de la empresa.

No menos significativa es la labor que compete a las organizaciones sindicales en niveles supraempresariales y, en especial, en las instancias políticas superiores en las que se materializan las formas más abarcativas de diálogo social, se formulan las políticas públicas y se definen las opciones legislativas. Va de suyo que cuánto más eficaces se muestren las organizaciones sindicales – especialmente las de los niveles superiores – en la ejecución de esos cometidos, mayor ha de ser el grado de correlativa efectividad y eficacia de los acuerdos, las políticas, las normas y las instituciones que de tal modo se produzcan.

Esa brevísima introducción acerca de lo que en verdad es obvio, no se propone sino poner en contexto una perspectiva crítica acerca de los modos de organización y acción sindical imperantes en la Argentina. Por expresar en muy pocas palabras lo que demanda un debate mucho más profundo y extendido⁵¹, hay que decir que el ordenamiento que regula la organización sindical vigente en la Argentina ha dado lugar un régimen de sindicato único impuesto por la ley y habilitado en cada caso por el gobierno, basado en una estrecha relación con el Estado, una fuerte concentración sindical, un excluyente ejercicio de la representación al interior de la empresa y una estructura interna cupular y rigurosamente verticalizada.

Conviene agregar que, además, el sistema argentino de relaciones laborales no se ha estructurado a partir de la representación sindical en las empresas ni, por ende, a partir de las relaciones que se sustancian en ese ámbito, sino desde la instancia de la formación de sindicatos supraempresariales y del acto individual de afiliación a los mismos.

Esa configuración organizativa, junto a otros factores causales, define un estilo de acción sindical que no ha contribuido en medida suficiente a mejorar el grado de efectividad del derecho social y la consiguiente satisfacción social que habilitan sus normas. En un ejercicio de inevitable y extrema simplificación⁵² – no es esta la oportunidad para dedicar a esta cuestión el tratamiento minucioso que sin duda requiere – me parece pertinente formular unas pocas inferencias relativas a la cuestión del débil aporte sindical para

⁵¹ Debate al que he dedicado buena parte del libro “El trabajo y los mercados; sobre las relaciones laborales en la Argentina”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.

⁵² Se trata de un tema altamente polémico y soy bien consciente de los riesgos de debilidad argumental y empírica a los que pueden dar lugar simplificaciones como las que aquí se proponen; para quien desee dar un primer paso en una incursión algo más sustantiva en este tema, me remito a un documento muy accesible para quienes están participando en esta reunión convocada por la Université Montesquieu (Bordeaux IV); se trata de mi “Continuité et chagement dans le système des relations professionnelles argentin”, en el Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale” COMPTRASEC, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2001pág. 29 y sgtes. Un desarrollo más completo en op. cit en la nota anterior.



incrementar la efectividad del sistema de protección socio-laboral. Inferencias para las que no pretendo en esta oportunidad, precisamente por la precariedad de su presentación, otra condición que la de meras hipótesis:

i. El modo de construcción del sistema argentino de relaciones laborales y la estructura de su modelo de representación sindical no reconoce su eje matriz en el nivel de la empresa lo que, sin perjuicio de las ventajas representativas que cabe atribuir a los criterios supraempresariales de organización⁵³, lo cierto es que ha limitado la aptitud de los sindicatos para instar desde allí la efectividad en la aplicación de las normas e instituciones del trabajo.

ii. La estrecha relación que el sindicalismo mantiene con el Estado (por adhesión o por rechazo)⁵⁴ compromete su autonomía y por ende la eficacia tutelar de su intervención a la hora del ejercicio del diálogo social y otras formas de participación en el diseño de las políticas públicas⁵⁵.

iii. El régimen de organización sindical favorece un estilo de conducción verticalizado y cupular que limita la participación de los afiliados en la vida sindical, dificulta el acceso a los congresos o asambleas, restringe la participación en los procesos electorales, debilita las representaciones sindicales en las empresas y compromete el control social de la conducta de los dirigentes. La natural y tantas veces descripta tendencia a la oligarquización de las conducciones no encuentra atenuantes sino exaltación en el régimen sindical argentino y profundiza las carencias de las que dan cuenta los apartados anteriores.

La negociación colectiva

Distorsiones operativas

Esa carencia representativa se proyecta también sobre la negociación colectiva ensombreciendo su aptitud regulatoria y tutelar. También este tema, como el anterior, requeriría un despliegue hartamente más cuidadoso y complejo. Trataré, no obstante, de ponerlo

⁵³ Ver mi "Estructura de la negociación colectiva" publicado en DT 1994 – B pág 1347 y siguientes, en especial, ap. 3.2 "Centralización o descentralización; ventajas y disvalores" (pag. 1361).

⁵⁴ Ese modo de construcción del modelo sindical y el fuerte intervencionismo estatal consecuente, habrían de dar lugar a un sindicalismo caracterizado por una íntima viculación de pertenencia con el Estado, en el que se inserta (según la contingente relación de fuerzas) como dominante o dominado, pero al que en todo caso necesita "propio" y adicto. Se trata, pues, de un sindicalismo *estatalista*, condición que se manifiesta tanto cuando confronta con un gobierno al que no considera "propio" - porque esta confrontación se dirige centralmente a acceder con "su" partido al ejercicio del poder - como cuando se incorpora y mimetiza con el aparato esta vez "propio" del estado, sometiendo y depreciando - como protagonista dominado o, por el contrario, si la relación de fuerzas lo permite, ocupándolo en posición dominante. Esa condición y, como derivación de ella, su propia historia, contribuyen a explicar que el sindicalismo argentino haya priorizado la acción política en los máximos niveles de decisión, que centre el grueso de sus expectativas en los resultados que gestiona en esa instancia y, en consecuencia, que asigne una trascendencia menor a las diversas manifestaciones de la acción sindical en los niveles inferiores. Jean Bunel, en "Pactos y Agresiones. El sindicalismo argentino ante el desafío neoliberal". Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 1992, con cita de Pizzorno, atribuye ese exceso de compromiso "estatalista" del sindicato a la inseguridad e inestabilidad de la condición salarial y a la ausencia de poder obrero en el taller. En ese marco, sostiene, es probable que los trabajadores organicen un sindicalismo muy estructurado en el cual los dirigentes tienen gran ascendiente sobre las bases. Es en virtud de esa función política del sindicalismo argentino, agrega Bunel, que los dirigentes sindicales se sienten cuestionados y amenazados cuando la movilización de los trabajadores se apoya en la conciencia de clase, en la confrontación con los empresarios o en las realidades laborales. Esto, dice el sociólogo francés, se siente como una subversión de la función política del sindicato argentino. *Cabe, sin embargo, preguntarse – y yo me lo pregunto – si la debilidad en el lugar de trabajo está entre las causas o, por el contrario, entre las consecuencias del régimen de organización sindical imperante en la Argentina.*

⁵⁵ Dí cuenta de algunos de los efectos negativos de los intercambios a que da lugar esa íntima relación con el estado (en los términos sintetizados en la nota anterior), en ops. cit. en notas 23 y 24.



en evidencia mediante un par de ejemplos suficientemente expresivos de esa menor aptitud de representación y gestión de los intereses colectivos.

a. Subsistencia de antiguos convenios ultraactivos. En el régimen legal de los convenios colectivos de trabajos, la vigencia temporal de un convenio colectivo se extiende hasta su reemplazo por un nuevo instrumento convencional (ultraactividad). Esta técnica tiene por objeto evitar la generación de un vacío regulatorio entre el vencimiento de un convenio y la entrada en vigencia del que lo sustituye; función que se supone ha de operar durante un tiempo no demasiado extenso pero que la ley no define. En la Argentina, la negociación colectiva quedó suspendida durante la dictadura y los primeros años tras la recuperación de la democracia (entre 1976 y 1988). Reanudada la actividad negocial, muchas unidades de contratación permanecieron inactivas, excepto en relación con la tarea de actualizar las remuneraciones. Gravitaron para que así ocurriera, los profundos cambios en la economía y los sistemas de producción ocurridos en el interregno de parálisis negocial y la consiguiente necesidad – que muchos sindicatos prefirieron no asumir – de afrontar una negociación de concesiones recíprocas ajena a la cultura histórica de la negociación colectiva. Pero operó también en el mismo sentido el interés de cierta dirigencia sindical por mantener la vigencia de un sistema de contribuciones de los empleadores y de los trabajadores no afiliados a los sindicatos, subsistente por ultraactividad en los viejos convenios⁵⁶. Por unas u otras razones, siguen hasta hoy en vigencia (excepto en las estipulaciones expresadas en dinero, que han sido actualizadas una y otra vez) convenios concertados en 1975, en un contexto económico, social, tecnológico y productivo muy distinto del actual, y cuya cobertura alcanza a cerca del 50 % de la población asalariada susceptible de regulación colectiva. Esa anacrónica divergencia, producto, entre otras razones, de las señaladas carencias representativas, determina la inevitable inaplicación – la ineffectividad – de buena parte de las normas de los viejos convenios. En su reemplazo operan acuerdos informales concertados entre las empresas y las comisiones internas actuantes en ellas, o bien el liso y llano ejercicio de la unilateralidad patronal.

b. Aportes empresarios a favor de los sindicatos. En buena parte de los convenios colectivos que se conciertan en la Argentina se pactan aportes empresarios en favor de los sindicatos. Esa estipulación está genéricamente prohibida por el ordenamiento legal, que por vía de excepción autoriza “...los aportes que los empleadores efectúen en virtud de normas legales o convencionales” (ley 23551, art.) y que deben estar destinados a “...obras de carácter social, asistencial, previsional o cultural, en interés y beneficio de los trabajadores comprendidos en el ámbito de representación de la asociación sindical” (dec. 467/88). Esta restricción suele ser desoída, y en muchos casos los aportes empresarios se destinan a fines distintos de los que la ley autoriza. Los defensores del régimen sindical convalidan esa situación argumentando que “los sindicatos necesitan recursos para llevar adelante su actividad representativa”. Como expresé en otra oportunidad, no cualquier dinero es bueno para sostener la legítima y esencial actividad reivindicativa, y el de quien es contraparte en esa reivindicación, seguro que no lo es⁵⁷. Nadie puede ignorar, en efecto, que los aportes de los empresarios a los sindicatos expresan un tipo de intercambios que debilitan la energía reivindicativa de estos últimos (v.g., más aportes a cambio de menos condiciones de trabajo). Si se aspira a promover el equilibrio de los poderes de negociación y, consecuentemente, una negociación de verdad orientada a mejorar la protección de los

⁵⁶ Durante el debate de la reforma de la negociación colectiva, instada en el año 2000 por el gobierno de la Alianza (radicales y sus aliados de centroizquierda) y dejada sin efecto por el gobierno justicialista en el 2004, la central sindical CGT, inicialmente en contra de aquella propuesta que ponía fin a la ultraactividad de los viejos convenios de 1975, terminó concediéndole su apoyo cuando el gobierno de entonces accedió a exceptuar al sistema de aportes de los trabajadores no afiliados a los sindicatos de la señalada caída de la ultraactividad (véase diario Clarín de los días 23 y 24 de febrero de 2000).

⁵⁷ Mi intervención en un debate realizado el 29 de marzo de 2005 en el marco del Proyecto Mariano Moreno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



trabajadores no puede haber en la negociación colectiva recursos de los empresarios aplicados a la financiación de la acción sindical.

Obstáculos normativos

También el marco normativo imperante interpone hoy obstáculos para que la autonomía colectiva cumpla a cabalidad su cometido regulatorio. En la necesidad, por razones de espacio, de ilustrar brevemente esta afirmación, sirva de ejemplo la disposición que establece que un nuevo convenio colectivo que se concierte en un ámbito distinto al del convenio anterior al que se propone reemplazar, debe contener condiciones más favorables a los trabajadores en cada una de las instituciones que contempla (criterio de la comparación orgánica o por instituciones). Va de suyo que norma semejante lesiona de modo insanable el principio de la preservación del equilibrio interno de cada convenio y, como su consecuencia, hace inviable todo intento de negociación de concesiones recíprocas; ningún empleador aceptaría hacer concesiones, que deberá cumplir, a cambio de concesiones sindicales cuyo cumplimiento, por expresarse en normas menos favorables que las correlativas estipuladas en el convenio anterior, no podrá requerir.

Como es natural, disposiciones de ese tenor exacerban la resistencia y el desinterés empresario "vis a vis" la negociación colectiva y contribuyen a explicar la escasa aptitud de esa instancia normativa para dotar de mayor efectividad al derecho social.

El conflicto

La Argentina atraviesa una etapa de alta conflictividad laboral. Es natural que así sea: tras una crisis económica profunda y de curiosa apariencia terminal, signada por la recesión y la caída del empleo, hoy crecen de modo significativo el producto y el empleo a tasas parejas (entre el primer trimestre del 2003 y el tercero del 2004, el Producto Interno Bruto creció 14,5 % a valores constantes y el empleo el 14,6%, con una elasticidad empleo-producto casi igual a 1, la más alta desde el inicio de los '90)⁵⁸. Ese trayecto de recuperación fue precedido por una acentuada devaluación, que se proyectó de modo muy negativo sobre la relación entre precios y salarios, reduciendo notablemente su poder adquisitivo.

Esa alta conflictividad, consecuencia lógica de un contexto semejante – crecimiento del producto y del empleo, pérdida del poder adquisitivo de los salarios - exhibe perfiles muy traumáticos, circunstancia que también da cuenta de un problema de ineffectividad del ordenamiento laboral, esta vez en relación al cometido de regulación y gestión del conflicto.

Con la inevitable ligereza que es propia de estas líneas, me limitaré a formular la hipótesis de que esa traumática condición del conflicto laboral obedece a dos rasgos culturales que, con matices, afectan tanto a sus dos protagonistas como al propio Estado:

A. De un lado, una histórica concepción ni democrática ni pluralista del conflicto, que tiende a percibirle como un fenómeno patológico, contestatario y distorsivo, y por lo tanto, le niega y reprime. Sirva sólo a modo de ejemplo el régimen de arbitraje obligatorio en los conflictos laborales – incompatible con el principio de la libertad sindical y en particular con el texto del Convenio 87 de la OIT y la "jurisprudencia" de sus órganos de control - que fuera introducido a fines de los '60 por una dictadura militar (aunque sólo para ciertos

⁵⁸ Cfr. SEL Consultores, loc. cit. en nota 12.



conflictos de particular gravedad), generalizado luego en la primera mitad de los '70 en el marco de la débil democracia por entonces en ejercicio, y cuya vigencia subsistiera hasta su derogación mediante una ley dictada en el año 2000 (¡más de 30 años de tolerada vigencia!). Respondieron a esa misma lógica, muchos otros textos legislativos sancionados tanto en etapas dictatoriales como en otras de vigencia de las instituciones republicanas.

B. De otro lado, la marcada tendencia a sustraerse a la observancia de las reglas de juego que el sistema jurídico fija para enmarcar los conflictos y hacer recíprocamente compatibles los diversos intereses que resultan afectados durante su transcurso (actos de violencia, inobservancia de guardias o servicios mínimos, violación de los derechos de empleadores y trabajadores no huelguistas, incumplimiento de los términos de los mecanismos de composición reglados, represalias, despidos, etc.).

Aquella concepción y estas conductas – a mi juicio, no desvinculadas de la evocada propensión cultural a la anomia y la ilegalidad – tiñen al conflicto laboral de esa crítica y traumática tonalidad que expresa la correlativa ineffectividad del régimen legal que le regula.

6. La inspección del trabajo

Va sin decirlo que la inspección del trabajo es un actor insustituible en la tarea de asegurar la efectividad de buena parte de las normas del Derecho Social. En la Argentina, sin embargo, no cumple ese rol de modo satisfactorio.

El ejercicio de la inspección del trabajo es, en principio, competencia de los estados provinciales, aún cuando corresponde al gobierno federal desempeñar el rol de autoridad central del sistema (tal como lo prescribe el Convenio 81 de la OIT, ratificado por la Argentina). En la mayoría de las jurisdicciones, prevalecen condiciones de extrema escasez presupuestaria: número harto insuficiente de inspectores, bajas remuneraciones, insuficiencia de medios de transporte, falencias formativas. El servicio de inspección a cargo del gobierno federal no está libre de esas privaciones y, en todo caso, carece de medios para suplir de modo razonable aquellas carencias⁵⁹. Aunque pueda sorprender, en el caso de alguna administración provincial esas limitaciones forman parte de deliberadas políticas de flexibilización “de hecho” del mercado de trabajo; de lo que se trata en ciertos casos es de atraer la inversión ofreciendo a las empresas una reducción de sus costos basada en el ejercicio tolerado de la ilegalidad.

Es cierto que en los últimos años se ha trabajado intensamente en el área de las administraciones del trabajo en actividades de fortalecimiento institucional de la inspección del trabajo. Con el auxilio y la cooperación técnica de la OIT se han llevado a cabo estudios - en el ámbito del Ministerio de Trabajo de la Nación y en las administraciones provinciales - acerca del estado de situación de la inspección del trabajo y de las acciones necesarias para

⁵⁹ Aunque debiera hacerlo, como lo establece actualmente el artículo 30 de la ley 25877 que dice: “... Cuando un servicio local de inspección del trabajo no cumpla con las exigencias de los Convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo o con las que se deriven de este capítulo, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social previa intervención del Consejo Federal del Trabajo, ejercerá coordinadamente con éste y con las jurisdicciones provinciales las correspondientes facultades”. El artículo siguiente se refiere a los servicios provinciales de inspección, y establece que “... Los servicios de inspección comprendidos en el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDITYSS) deberán contar con los recursos adecuados para la real y efectiva prestación del servicio y llevarán un Registro de Inspección, Infracciones y Sanciones. Deberán informar a las organizaciones empresariales y sindicales acerca de las actividades realizadas y de los resultados alcanzados. Los representantes sindicales de los trabajadores tendrán derecho a acompañar al inspector durante la inspección y a ser informados de sus resultados”. Una y otra norma expresan de modo elocuente la ancha brecha latinoamericana entre derecho y realidad a que hice referencia en las primeras líneas de este documento.



reorientar en sentido positivo ese crítico punto de partido. Como consecuencia de ello, el sistema de inspección de trabajo ha estado una y otra vez presente en las propuestas de reforma legal e institucional⁶⁰, se han celebrado acuerdos entre la Nación y las provincias para su gestión y coordinación, se ha unificado el régimen de sanciones por infracción de normas laborales, se ha creado el Consejo Federal del Trabajo, se ha lanzado el Programa Nacional de Acción en Materia de Trabajo infantil (con un importante componente en materia de inspección del trabajo).

Pese a todo ello, el sistema de inspección del trabajo (Sistema Integrado de Inspección del Trabajo y la Seguridad Social, según se le designa en la ley 25877 que actualmente lo regula) sigue sin dar respuestas apropiadas en la tarea de asegurar el efectivo y regular cumplimiento de las normas laborales. Podría formularse la hipótesis de que, aún afirmada su legitimidad en el ámbito especializado de la administración del trabajo, la inspección del trabajo padece sin embargo (quizás incluso de modo exacerbado) la desvalorización ideológica que ciertos dominantes sectores del pensamiento económico – de alta influencia sobre las decisiones de gobierno – vuelcan sobre la propia legislación del trabajo, circunstancia que limita la decisión política y la inversión presupuestaria que permitiría una recuperación consistente de la actividad inspectiva⁶¹.

Hay que decir, finalmente, que la aportación sindical en la tarea de prestar asistencia a la actividad inspectiva es muy limitada, pese a que, como surge del artículo 31 de la ley 25877⁶², además de ser un cometido que no es ajeno a la naturaleza misma de la acción sindical, ese – el de asistir al servicio de inspección del trabajo – es un derecho expresamente reconocido a las representaciones sindicales. A mi juicio, esa carencia no está desvinculada de las debilidades representativas a las que dediqué párrafos anteriores.

7. La seguridad social

Tampoco las normas de la seguridad social gozan de aceptable efectividad. Como lo argumentáramos en relación con otros espacios de ineffectividad del ordenamiento, no estamos ahora en condiciones de abordar la vastísima causalidad de ese fenómeno⁶³. Ante esa limitación, haré sólo una breve referencia a relevantes factores de ineffectividad de las instituciones de la seguridad social como lo son, a mi criterio, la presencia y hasta el predominio de motivaciones ajenas a la finalidad específica de cada una de las instituciones de este sector del ordenamiento en la concepción, diseño o gestión del régimen específico del que se trata. Servirán de ejemplo para este enfoque el régimen de jubilaciones y pensiones y el de prevención y cobertura de los riesgos del trabajo.

⁶⁰ De tal modo, en las leyes 25212, 25250 y 25877.

⁶¹ Paradójicamente, no es inhabitual que desde cierta perspectiva del pensamiento o de los intereses se impute el incumplimiento de la legalidad a la ineficacia de la actividad inspectiva – es esa, afirman, (y de ello no cabe duda) una responsabilidad del Estado – mientras desde las mismas usinas de pensamiento se desalienta toda inversión adicional dirigida a fortalecer esa capacidad estatal. En todo caso, sólo renace en esos ámbitos cierto interés en la inspección del trabajo y de la seguridad social cuando de lo que se trata es de asegurar la recaudación de las cotizaciones con destino a la financiación de las instituciones de la seguridad social. Lo que entonces interesa es el estado de las cuentas públicas y no, por cierto, la garantía de efectividad de las normas de protección del trabajo.

⁶² Ver su texto en nota 31.

⁶³ En la que coexisten o se suceden históricamente fenómenos tales como la desviación de recursos durante las etapas de capitalización de los regímenes (en ellas, los ingresos superan a las prestaciones y consecuentemente a los egresos del sistema), las crisis económicas y las bruscas alteraciones en los sistemas de precios relativos, las políticas legislativas dispendiosas, demagógicas, clientelares o simplemente desprovistas de realismo, la modificación de las condiciones demográficas (v.g., envejecimiento de la población) y consiguiente reducción del número de activos y ampliación del de pasivos, el crecimiento del desempleo, de la informalidad, de otras formas de evasión, etc.



Jubilaciones y pensiones

De ese modo, como se hizo evidente durante su debate político y legislativo, el diseño del hoy vigente régimen de jubilaciones y pensiones - producto de la sustitución de un régimen de reparto con prestaciones definidas seriamente desfinanciado⁶⁴, a otro con un predominante pilar de capitalización individual con contribuciones definidas - la principal motivación de la reforma del sistema fue la de posibilitar la formación de un mercado de capitales, contexto en el cual la eficacia de la cobertura de las contingencias de vejez, invalidez y muerte quedó relegada a un distante segundo plano. Fue desde esa misma perspectiva que los mismos que concibieron en la primera mitad de los '90 ese régimen de pensiones, estando nuevamente al frente del manejo de la economía argentina al desencadenarse la gravísima crisis que la asoló (fines de 2001), impusieron a las empresas administradoras de fondos de pensiones la compra de títulos públicos en medida superior a la originariamente permitida, títulos que poco después dejarían de pagarse como consecuencia del "default" en que incurrió la Argentina⁶⁵.

Régimen de los riesgos del trabajo

En materia de riesgos del trabajo, el régimen vigente hacia mediados de los '90 distaba de ser socialmente eficaz y económicamente sustentable. Basado en la responsabilidad individual del empleador, sin un seguro obligatorio, cada siniestro daba lugar a una acción judicial de consecuencias impredecibles. Por lo tanto, el trabajador accidentado no tenía acceso oportuno ni suficiente a la cobertura, que sólo podría alcanzar o no (dependiendo de las alternativas del debate judicial) tras un largo pleito. Mientras tanto, el empleador debía afrontar un proceso de costo incierto y, por lo tanto, de aseguramiento imposible de obtener o de pagar⁶⁶.

Había pues que diseñar un régimen que garantizara una cobertura suficiente y oportuna de la contingencia, a un costo económicamente sustentable. No obstante, no fue este el enfoque de la reforma. La resultante Ley de Riesgos del Trabajo tuvo como su principal cometido el de reducir el costo de la accidentalidad proveniente del trabajo y limitar la posibilidad de que se reclamaran resarcimientos por afecciones dudosamente referidas al cumplimiento del débito laboral. Esos objetivos se alcanzaron mediante un régimen altamente restrictivo y de aseguramiento obligatorio en entidades privadas con fines lucrativos, cuyo costo se redujo prácticamente a una tercera parte del que impera en los países que cuentan con una razonable cobertura. Ausente estaba en cambio el que hubiera debido ser objetivo dominante del sistema: la garantía de una cobertura suficiente y oportuna de la contingencia. Prestaciones increíblemente mezquinas - que, precisamente por ello, debieron ser prontamente incrementadas - dieron lugar a masivos ataques judiciales y a un sistemático cuestionamiento de la constitucionalidad del nuevo régimen

⁶⁴ Los cambios demográficos, el desempleo y la informalidad crecientes habían alterado la relación histórica del reparto intertemporal, según el cual 4 activos daban sustento a un pasivo; últimamente esa relación había quedado reducida a 1,4 activos por cada pasivo, obligando al Estado a financiar el grueso de las prestaciones.

⁶⁵ "Default" que la Argentina había dejado atrás al momento de la elaboración de este documento, luego de alcanzar un acuerdo en relación con algo más del 76 % de su deuda impaga

⁶⁶ Se trataba de un régimen que daba lugar a una litigiosidad vastísima - cada accidente, un juicio - sólo rentable para los profesionales que patrocinaban a unos u otros, así como a los peritos técnicos - médicos, contadores, ingenieros, etc - que debían inevitablemente ejercer su "expertise" para contribuir a la solución judicial.



legal. Inadecuada cobertura, alta incertidumbre, fueron expresiones de la ineffectividad del sistema, que culminaron con la reciente declaración de inconstitucionalidad de algunas de sus normas básicas; habida cuenta de ello, no ha quedado hoy disponible otra alternativa que la de su reforma.

8. Otras causas de ineffectividad de las normas laborales

En las líneas que anteceden, sujetas a las limitaciones de tiempo y espacio que evoqué de modo recurrente, procuré tratar aquellos factores de ineffectividad del derecho social argentino que a mi juicio exhiben algún grado de singularidad.

Ciertamente, inciden también en la realidad Argentina – tanto o más que aquellos - otros, “universalmente” extendidos que me abstuve de tratar en razón de aquellas limitaciones. Tal el caso – el listado que sigue no es taxativo - de los que derivan de los fenómenos de la descentralización productiva y la desintegración vertical de la empresas, el “outsourcing”⁶⁷, la discontinuidad creciente de las carreras laborales⁶⁸, la pérdida de nitidez del centro de imputación del derecho del trabajo (la relación de dependencia o, “en clave” anglosajona, el contrato de empleo), la difundida presencia de manifestaciones de lo que hace no tanto tiempo Rodríguez Piñero⁶⁹ denominara “huida del derecho del trabajo”, bajo las formas del fraude, la interposición de personas, o la simulación de otras figuras contractuales y el recurso deliberado y creciente (real o también simulado) al trabajo autónomo o independiente, así como los fenómenos de deslaborización instados desde las propias políticas públicas⁷⁰.

⁶⁷ Esas modalidades implican, en efecto, una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador, por obra de la cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar de trabajo, la titularidad del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, entre otros atributos y responsabilidades, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales de no siempre fácil aprehensión.

⁶⁸ Que examiné en mi “Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo”. Lexis-Nexis 2003.

⁶⁹ Cfr. Rodríguez Piñero, Miguel, “La huida del derecho del trabajo” en Relaciones laborales, Madrid, 1992-1 pag. 85

⁷⁰ En la Argentina, la ley 24.700 privó de naturaleza salarial a diversas prestaciones accesorias, mientras los transportistas o fleteros fueron “deslaborizados” – tratados como si no fueran dependientes - por el decreto 1494/92 y el contrato de aprendizaje por la ley 24.465 (“relaborizado” luego por la ley 25.013). A la misma lógica responde el recurso normativo a mecanismos como las becas y pasantías. A partir de 1994, el Estatuto de los Trabajadores español (art. 1.3 g) excluyó “...del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizadas mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”. Comentando esa norma, Tovillas Zorzano, José Julián (en “La figura del transportista autónomo”, Relaciones laborales 1994 II pag. 1469, con cita de De la Villa, afirma que “...para delimitar el objeto del Derecho del Trabajo no basta la concurrencia de los elementos materiales o sustantivos que sirven para determinar la existencia de ese objeto (subordinación laboral) sino que, presentes éstos, aún es menester comprobar si respecto al colectivo de personas en cuestión existe alguna norma de rango suficiente que lo haya excluido”.



Ética judicial e interpretación jurídica

Rodolfo Luis Vigo

1. Del juridicismo y la aplicación mecánica de la norma legal, a la moralización del derecho y la creación interpretativa:

La vinculación entre la ética y la actividad judicial no es una tesis defendida pacíficamente. Entre sus detractores están fundamentalmente aquellos que postulan que al juez, para cumplir con la función que se le ha encomendado, le basta con conocer el derecho y decirlo silogísticamente para cada caso. Desde esa perspectiva es perfectamente posible y no ofrece ninguna dificultad, que alguien sea una mala persona desde el punto de vista de una moral crítica o social, y al mismo tiempo sea un buen juez. Por supuesto que el modelo de teoría jurídica decimonónica europea (forjado y auspiciado por la exégesis francesa, Savigny y el primer Ihering) confía en sintonía con Montesquieu- en un juez inanimado que sea boca de la ley para cada caso, y por consiguiente, su tarea era totalmente objetiva y aséptica en tanto se limitaba a identificar la norma legal en la que podía subsumir en su hipótesis fáctica el caso que debía resolver y deducir la respectiva consecuencia jurídica prevista en aquélla. En ese paradigma, como es suficientemente sabido, las soluciones jurídicas las brindaba en exclusividad el legislador y a tenor de la presunción de un legislador plena y perfectamente racional la tarea judicial carecía de toda dimensión creadora y se reducía a transitar formalmente el camino del silogismo. Recordemos que el objeto de la interpretación jurídica era reconstruir el pensamiento del legislador insito en la ley (Savigny) o, más vulgarmente, desentrañar el sentido de la ley según lo pretendido por el legislador; y a tales fines debía valerse de los métodos interpretativos (gramatical, lógico, sistemático e histórico) que aseguraban un cumplimiento fiel del juzgador a su mandato. El momento creador del derecho se subsumía en la voluntad del legislador y luego el modelo de saber jurídico se ceñía a los postulados propios de la ciencia físico-matemática que se limitaba a describir y sistematizar sin ningún compromiso con valores. También recordemos que el modelo político europeo decimonónico reforzaba ese cumplimiento con la amenaza penal al juez que se apartaba del sentido de la ley, dado que tal comportamiento se tipificaba con el delito de prevaricato. En definitiva, al voluntarismo del legislador europeo fuera de cualquier control de racionalidad y capaz de juridizar cualquier contenido en tanto previsto dentro de la ley, le seguía la tarea del doctrinario y del juez que se circunscribía a un saber teórico en tanto pretendía una descripción absolutamente objetiva y sin preferencias axiológicas de aquel contenido legal (1).

Por supuesto que la perspectiva juricista implícita en el referido paradigma decimonónico fue sido puesta en crisis a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, y particularmente, al hilo del movimiento rehabilitador de la razón práctica. En efecto, aquella pretensión de que era posible entender y operar el derecho sólo con derecho, o sea sin apertura a las dimensiones éticas, económicas, políticas, culturales, etc., terminaba diseñando un derecho que más que reflejo de la realidad se convertía en una especie de caricatura de la misma. Es que el derecho es inescindiblemente ético o moral (2), de manera que cualquier comprensión del mismo que margine esa dimensión estará condenada a hablar de un derecho sin correspondencia con la realidad jurídica o de un derecho que puede



volverse groseramente contra el mismo hombre. Esa carga ineludible ética o moral del derecho ha recibido distintos nombres: así el tradicional de derecho natural (*dikaion physikon* o *ius naturae*) o los más actuales de principios (exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral en Dworkin), derechos humanos o moral rights (Nino), bienes o valores humanos básicos (Finnis), umbral de injusticia o injusticia extrema (Alexy) o equidad (Rawls). Pero ese coto indisponible o vedado (Garzón Valdés) no queda como un mero postulado teórico sino que se proyecta al campo operativo propio de los juristas de muy diversas formas: así, por ejemplo, a la hora de analizar la validez y consiguiente obligatoriedad de las normas jurídicas en tanto aquella dimensión ética exigía no sólo comprobar la satisfacción del cumplimiento de los requisitos previstos en el sistema jurídico positivo sino también confirmar su conformidad a ciertas exigencias éticas o morales. La fórmula de la injusticia extrema no es derecho, propuesta por Radbruch y difundida por Alexy (3), resume en buena medida aquel rechazo al juridicismo y una asunción de la dimensión ética que hoy distintas corrientes pregonan respecto al derecho. Por supuesto que el Estado Constitucional de Derecho que sucedió al Estado Legal de Derecho también ha contribuido decididamente a superar aquel modelo de ciencia jurídica de saber teórico cuyo paradigma eran las ciencias físico-matemáticas, y a afrontar el desafío de un saber jurídico práctico que inevitablemente apele a valores y que debe resignarse a certezas excepcionables ligadas a la prudencia y a la contingencia de los casos (4).

Esa moralización, eticidad, principialismo, constitucionalización o humanización del derecho no sólo ha puesto en crisis el juridicismo del modelo decimonónico sino también a su misma teoría jurídica interpretativa, que postulaba jueces inanimados sometidos a la única solución prevista en la ley que debían aplicar dogmáticamente silogísticamente a cada caso. Roto el espejismo juricista se advierte que el derecho es indisolublemente ético y que la alternativa de su purificación supone desfigurarlo hasta hacerlo irreconocible o asumir el riesgo de su des-humanización. Ese juego de valores, principios, derechos fundamentales o naturales implica cierta indeterminación acentuada, porque en definitiva pone al desnudo la posibilidad de una pluralidad de respuestas jurídicas frente al mismo caso según que el intérprete ponga el acento en uno u otro de los elementos axiológicos presentes en el derecho. Es que la aplicación de éstos últimos conlleva que el intérprete deba construir o reconstruir un juicio normativo que será la premisa mayor de su silogismo práctico en orden a la solución del caso, dado que sólo a través de esa mediación normativa se puede resolver o concluir una norma para ese particular caso en base a aquel principio o valor o derecho natural. Así por ejemplo el principio de buena fe tiene muy variadas proyecciones posibles en las más diversas materias (laboral, procesal, contractual, relaciones internacionales, etc.), pero si el intérprete pretende resolver un caso concreto invocando dicho principio deberá construir una norma en donde pueda subsumirse dicho caso. Según las clásicas reglas del silogismo se requieren de tres términos: mayor, menor y medio, y así mientras en la premisa mayor se incluyen el mayor y el medio, en la premisa menor aparecerán el término menor y se repite el medio que es el que garantiza la conexión entre las premisas y la respectiva conclusión. Precisamente los principios, valores o derechos carecen de esa estructura propia de los juicios, por eso el intérprete debe explicitar o construir uno en base a algunos de aquellos y así habilitar la posibilidad de transitar un silogismo práctico (no teórico) en donde pueda subsumirse en la hipótesis fáctica de la premisa mayor el caso que debe resolver aplicándole las consecuencias respectivas. En definitiva, la presencia de esos elementos éticos ponen en juego una teoría interpretativa que partiendo de la indeterminación del principio o valor apela a la formulación de una norma por parte del intérprete en donde resulte subsumible el caso, todo lo cual torna absolutamente inviable el objeto de la decimonónica teoría interpretativa (desentrañar el sentido de la norma) y los cuatro métodos interpretativos postulados por Savigny.



La referida indeterminación y moralización que conllevan valores, principios o eticidad y la consiguiente creación jurídica por parte del intérprete exige la superación del juridicismo y la ficción de que para cada caso había una solución proporcionada por el legislador. Más aún, esa crisis del juridicismo se acentúa cuando se advierte con la escuela hermenéutica que el enunciado normativo general sin el caso que regula está incompleto, por eso sólo con éste puedo comprender el significado de aquél. El intérprete crea en base a los principios, valores o derechos fundamentales el enunciado normativo o la norma general o universal en donde se subsumirá el caso, precisamente ese precedente será objeto de vivo interés por parte de los operadores del derecho a los fines de prever la solución que tendrán sus casos análogos, y por eso la necesidad de su publicidad o difusión de la jurisprudencia haciéndola conocer a los juristas fundamentalmente a través de las revistas especializadas. Pero ese protagonismo creativo del intérprete se ve agravado si pensamos que habitualmente frente a un caso aparece la posibilidad de recurrir a más de un principio, valor o derecho humano, lo que supone enfrentar el problema del conflictivismo de principios o derechos fundamentales (5). En torno a este problema interpretativo aparecen distintas propuestas (6): básicamente aquella que plantea una jerarquización apriorística de los principios que guíe la opción del intérprete (Dworkin), la propuesta consolidada en la jurisprudencia norteamericana de check and balances que obliga al intérprete a ponderar los principios y las respectivas soluciones en tensión, y la propuesta de raigambre constitucional alemana que confía en la superación del conflicto a través de una apropiada definición del contenido esencial de cada uno de los derechos o de los valores o principios en juego que evita el darwinismo de principios (7).

Más allá de propuestas teóricas, lo que queda consentido es la presencia normalmente de varias respuestas jurídicas que el intérprete puede encontrar en el derecho vigente. En efecto, frente a la confianza decimonónica de una y sólo una respuesta jurídica para cada caso, se acepta la alternativa de más de una respuesta para el mismo caso como lo refleja la jurisprudencia contradictoria y los votos mayoritarios y minoritarios de los fallos. Seguramente resultaría disparatado, amén de improcedente, acusar del delito de prevaricato a alguno de los jueces responsables de esas diferentes respuestas jurisprudenciales, no obstante que en estricta lógica decimonónica habría que suponer que alguna de ellas se apartó del sentido de la ley porque de lo contrario entraría en crisis la presunción del legislador racional. Ejemplificando lo que llevamos dicho con el art. 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano que aprobaron las 22 Cortes Supremas de Iberoamérica en Canarias en 2001, puede constatar que ahí se indica a los jueces fallar teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos y procurando atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables; pero puede ocurrir que no resulten coincidentes las soluciones judiciales según se basen en una u otra de esas consecuencias por lo que sólo cabe el recurso a la discrecionalidad judicial que deberá optar por alguna de aquellas posibles derivadas todas ellas del derecho vigente.

2. La ética frente a la ineludible discrecionalidad judicial:

El punto anterior ha permitido concluir en la hoy visible y creciente creación jurisprudencial, lo cual termina potenciando la importancia y trascendencia de la actividad judicial. Esa judicialización de la vida social genera inexorablemente un Poder Judicial muy activo y presente que incluso tiene encomendada la poderosa misión de hablar en última instancia en nombre del poder constituyente. Por ese camino se tensa la división de poderes, pero sobre todo se pone en riesgo la previsibilidad jurídica a la que aspiran legítimamente



todos los destinatarios del derecho vigente. No se trata de auspiciar una seguridad jurídica ficticia e imposible a tenor de la referida moralización o principialismo jurídico y la importancia que tienen los contingentes hechos. Pero tampoco se trata de renunciar a la previsibilidad posible y confiar dogmáticamente en la solución que sólo conoce el juez que decidirá el caso. Precisamente frente a esa inevitable discrecionalidad uno de los remedios lo constituye la ética judicial. De esa derivación final en la ética del juzgador también se hace cargo Perfecto Andrés Ibáñez cuando afirma: la legitimación del juez es legal, pero la forma necesariamente imperfecta en que se produce su sujeción a la ley, tiñe de cierta inevitable ilegitimidad las decisiones judiciales (Ferrajoli), en la medida en que el emisor pone en ellas siempre algo que excede del marco normativo y que es de su propio bagaje; creo que una última exigencia ética dirigida al juez de este modelo constitucional es que debe ser muy consciente de ese dato, para ponerse en condiciones de extremar el (auto) control de ese plus de potestad de decidir (8). Por supuesto que la ética judicial no es la única alternativa a la discrecionalidad (por ejemplo resultan importantes también las teorías que apelan a la argumentación jurídica), pero es a ella que queremos referirnos ahora.

Aunque resulte extraño o paradójico recordemos que la ética judicial como sucedáneo de la discrecionalidad judicial es una tesis que defendió Hart al afirmar: en este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de legislativa a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión (9). También va a hablar de virtudes judiciales Manuel Atienza como ciertos rasgos de carácter que deberían poseer y quizá posean- los jueces que posibilitan cierta anticipación o previsibilidad de las soluciones jurídicas para los casos concretos (10). El catedrático de Alicante apoyándose en MacIntyre vincula el buen juez con esas virtudes judiciales en cuanto cualidades adquiridas cuya posesión y ejercicio posibilitan modelos de excelencia y la obtención de ciertos bienes internos para toda la comunidad que participa en la práctica del derecho. El núcleo de la tesis acerca de las virtudes judiciales es que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas personas que los hacen más idóneos para cumplir la función judicial; aunque aclara Atienza que las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales, las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial (11). Esas personas que tienen un modo habitual de decidir, comportarse, de hablar, de pensar, de escuchar, de razonar, de conducir a otros, de enfrentar dificultades, etc. lo que constituye una especie de personalidad ética que permite suponer que van a cumplir la función del modo más perfecto posible o también permite suponer que los destinatarios de sus decisiones la aceptarán más fácilmente en razón de esas cualidades y calidades personales. Esas presunciones *juris tantum* tienen que ver con los requerimientos de la actividad judicial misma y con la visión de aquellos a los que se dirige dicha actividad judicial. Así por ejemplo si el juez debe decir el derecho ello exige que lo conozca, por eso el hecho que ese juez efectivamente esté en posesión del conocimiento jurídico permite suponer que cuando hable dirá el derecho y los destinatarios confiarán que lo que le asignan jurídicamente es lo que corresponde según el derecho; si por el contrario es visible su ignorancia jurídica será prácticamente imposible que pueda decir el derecho y sus pronunciamientos padecerán de un rechazo o presunción en contrario de su validez. Dicho lo mismo aunque de manera más completa y categórica: la ética judicial y sus exigencias tienen que ver con ciertos bienes o intereses en juego en la tarea judicial, de manera que según la calidad con la que ésta es prestada o ejercida aquellos bienes, intereses o



perfecciones serán satisfechos o perjudicados en mayor o menor medida. Esos bienes y sus respectivos titulares reclaman ciertos comportamientos o hábitos para posibilitar o facilitar su cobertura o para aventar sospechas o para aceptar la discrecionalidad judicial. Los deberes negativos o positivos incluidos en la ética judicial son parasitarios de esos bienes, a punto que si uno no ve la relación entre aquellos y los bienes en juego en la tarea judicial puede concluirse que esos deberes no están justificados racionalmente. El criterio de justificación racional de los deberes o exigencias éticas lo marcan los bienes comprometidos en la actividad del juez, por eso resulta inapropiada la denominación deontología judicial en tanto ella apela etimológicamente a un catálogo de deberes (deon=deber), mientras que la ética remite a esos bienes que hay que procurar alcanzar (12).

Resumiendo, podemos decir que la ética judicial requiere de ciertos comportamientos, aún mejor, de una cierta personalidad o idoneidad ética; pues hablamos de comportamientos o hábitos que presumiblemente facilitan o se necesitan para la obtención de los bienes comprometidos en esa actividad o que favorecen la aceptación de las decisiones judiciales fruto de cierta discrecionalidad por parte de sus destinatarios. Para decirlo en negativo: la ausencia de esa personalidad o idoneidad ética, o sea esos comportamientos o hábitos opuestos a aquellos comprometen ab initio esa posibilidad, presunción o aceptación de los destinatarios.

3. Los bienes que fundan las exigencias éticas judiciales:

Recordemos que contemporáneamente el juez cumple un servicio remunerado que le ha encomendado la sociedad, la que además le ha otorgado un cierto poder o imperium y le ha puesto a su disposición el auxilio de ciertos colaboradores, pero todo ello para derivar racionalmente desde todo el derecho la solución justa que corresponde determinar para los casos que han sido asignados a su jurisdicción. Recalquemos algo ya dicho: derivación de la razón práctica que incluye cierta indeterminación o discrecionalidad judicial. Según esa tarea se cumpla bien o mal, mejor o peor, va a ver ciertos bienes satisfechos, insatisfechos o perjudicados. La noción de bien se asocia analógicamente a perfección, excelencia, completitud o acabamiento, y en consecuencia, podemos identificar diversos bienes o intereses o perfecciones implicados en la tarea judicial, a saber: el bien de los justiciables, el bien de la sociedad, de los abogados, el bien de los colegas, el bien de los auxiliares, el propio bien del juez implicado y el bien del derecho. En definitiva, las consecuencias de un buen, mal o mediocre juez impactan directamente sobre algunos o todos esos bienes y, consecuentemente, resultarán beneficios o perjuicios. Esos resultados de la actividad judicial que se traducen en perfecciones o frustraciones generarán, consiguientemente, una mejor o peor situación lo que conllevará felicidades o realizaciones, o frustraciones o infelicidades en relación directa a los mismos resultados. Por detrás de una exigencia ética hay siempre alguien que espera o algo que resulta para bien o para mal lo cual será fuente de felicidad, gozo o infelicidad o lamento (13). Este resultado muchas veces es racional u objetivo pero en otras la certeza probable o excepcional que provoca se ve corroborada o puesta en dudas, la que en buena medida se despeja o se agrava en base a la confianza o desconfianza que suscita el agente responsable de la decisión. Advirtamos que esa confianza o desconfianza de los destinatarios judiciales, si bien puede ser irrazonable o patológica, también puede ser razonable o justificada. Será razonable o justificada cuando se apoya en exigencias reclamados al juez que tienen que ver con las características de esa función, y



con la mejor o peor disposición para cumplirla del modo más completo posible aventando las dudas respectivas.

Ejemplificando lo dicho en el párrafo anterior con la exigencia ética del conocimiento del derecho podemos visualizar los bienes comprometidos en la misma según el listado de bienes o destinatarios señalado arriba. Indiquemos en primer lugar el bien de las partes que pueden confiar o presumir que lo dicho por el juez es efectivamente el derecho dado que les consta su conocimiento aquilatado, e incluso esa autoridad académica que inviste el juez les hace aventar desconfianza o les facilita la aceptación de lo dicho como derecho. Pero además del bien de las partes, también el de los abogados está presente dado que argumentar jurídicamente frente a un juez ignorante o no actualizado sobre el derecho aplicable es casi una pérdida de tiempo o un esfuerzo inútil. El bien de la sociedad, en tanto sus miembros o las autoridades pueden esperar confiadamente si algún día les toca ir a tribunales dado que los jueces conocen el derecho, y también porque se evitan gastos innecesarios o se genera la confianza indispensable como para que la economía funcione apropiadamente. El bien de los colegas, dado que el juez ignorante proyecta su descalificación o falta de confianza sobre los otros colegas atento a que los ámbitos profesionales generan un cierto bien corporativo o sectorial que se construye, protege o potencia entre sus integrantes y lo que hace uno repercute de alguna manera en los otros. El propio bien del juez, atento que al exigírsele conocimiento jurídico se está favoreciendo su autoestima, prestigio o reconocimiento que deriva de esa capacitación, amén de evitarle eventuales perjuicios, frustraciones o inquietudes por interrogantes sin respuestas. El bien de los auxiliares en tanto ellos también se benefician o perjudican según presten servicios a jueces ignorantes o capacitados en el derecho. Finalmente, el bien del derecho, dado que analógicamente también él resulta mejorado o empeorado según lo opere un juez capacitado o ignorante del derecho.

Esas exigencias éticas que apuntan a la persona del juez se determinan en orden a lograr el mejor o más excelente juez para esa sociedad de ese tiempo y lugar. Es ésta la perspectiva formal de la ética judicial: el mejor juez históricamente determinado. En aquellas exigencias habrá algunas universales (por ejemplo: independencia) en tanto son constitutivas de la esencia misma de ser juez, aunque no se excluye el contenido histórico que ellas legítimamente asumen sin violentar los respectivos núcleos constitutivos o definicionales. Pero además de exigencias universales hay otras totalmente contingentes que se explican en función de tiempo y lugar, por ejemplo establecer el requerimiento de una cierta austeridad republicana para los jueces argentinos de la actualidad replicando lo previsto en la ley de ética de la función pública. Remitirnos al mejor juez implica pensar en que lo que ellos hacen resulte ser lo más perfecto posible, por eso las exigencias éticas pretenden generar las condiciones para que se logre aquel completo resultado y se evite suscitar temores sobre la calidad del trabajo judicial. Logrando por el camino de la ética judicial el mejor juez posible, los bienes o intereses implicados quedarán cubiertos o satisfechos.

La ética judicial al pretender el mejor juez no sólo rechaza el mal juez sino también el juez mediocre, o sea no sólo aquel que hace lo contrario de lo exigido sino aquel que lo cumple en menor medida de lo que él podría o se pretende. Siguiendo con el ejemplo del conocimiento del derecho, es obvio que el mismo se puede satisfacer de manera muy diferente, y así no sólo encontraremos el que ignora el derecho sino también aquel que no se esfuerza en conocerlo y se limita a consultar sólo a alguna fuente doctrinaria porque está a su fácil alcance. La ética reclama vocación de excelencia o magnanimidad, y por sobre la decisión personal del juez, ella está implícita o requerida en el mandato otorgado por la sociedad para cumplir con su importante tarea que la lleve a cabo del mejor modo.



Seguramente la sociedad no le brindaría ese poder a quien confiese inicialmente que lo cumplirá mal o mediocrementemente, por eso, no seguir la ética es un modo de defraudar aquella condición implícita que conlleva el privilegio de la función

4. Una nómina de las exigencias éticas judiciales:

Conforme a lo señalado, el objeto material de la ética judicial será el juez, y la definición de quién y cómo efectivamente se alcanza la función judicial es un tema que nos remite al derecho y a la cultura de cada sociedad (así por ejemplo: qué edad se exige, qué conocimientos, quién designa, etc). El objeto formal de la ética judicial es qué le exigimos a ese juez para que llegue ser el mejor; se trata de exigencias que constituyen pre-requisitos o condiciones para esa excelencia y también exigencias que se vinculan a un modo apropiado de cumplir la actividad; el hecho de que el juez cuente o satisfaga esas exigencias genera presunciones de excelencia a favor de la actividad cumplida por el mismo, amén de ponerlo en posesión de aquella capacidad para cumplirla excelentemente, y así logra cierta autoridad que facilita la aceptación de sus decisiones. El justificativo principal de esas exigencias son los bienes o intereses implicados, aunque su racionalidad también descansa en cierta antropología o psicología apoyada en la experiencia humana consolidada. Son precisamente esos bienes los que se constituyen en los fines mismos de la actividad judicial, de donde su insatisfacción genera lo que en la terminología de MacIntyre se llama corrupción dado que se estaría prestando la función no buscando los fines que justificaron su creación legítima sino poniéndola al servicio de fines externos a la misma como el placer, el dinero o la fama (14). De todas maneras en la ética judicial como en cualquier ética profesional, será inevitable el discurrir por exigencias muy generales cuya aplicación concreta puede generar mil particularidades, por eso, a los fines de cubrir esa distancia entre lo general y lo concreto y cubrir las inquietantes indeterminaciones de las exigencias en sus destinatarios, existe la posibilidad de establecer Comités u Órganos de consultas para las dudas éticas. Precisamente, los interesados, que nunca serán buenos jueces en propia causa ética, tienen la posibilidad de recurrir a ellos para plantear anónimamente sus incertidumbres en torno al comportamiento que corresponde adoptar éticamente, y así despejar dudas y cubrirse por eventuales futuros problemas.

4.1. Independencia: toda ética profesional requiere que el profesional preste su servicio según su ciencia y conciencia, en consecuencia, resulta incompatible la misma con un profesional que aparezca sometido a las directivas del cliente mientras presta su trabajo. No se trata del deber de informar lo que se va a hacer, sino que aceptado el servicio y sus características, estará en manos del profesional la prestación del mismo. En el caso del juez lo que se pretende es que él y sólo él sea quien derive desde el derecho la solución justa para el caso, o sea se reclama la auto-determinación judicial en cuanto no hay un tercero que le indique qué debe decir en el proceso o en su sentencia. Dado que estamos hablando de ética judicial concentraremos nuestra atención en la independencia subjetiva o personal y, en consecuencia, no aludiremos a esa otra dimensión de la independencia que es la estructural, institucional u objetiva, o sea a las definiciones en torno a: las relaciones entre el poder judicial y los otros poderes; al modo en que se designa, sanciona o destituye al juez; al presupuesto judicial; al nivel remuneratorio; etc. En la conciencia social de nuestros días quizás el mayor riesgo para la reclamada independencia se vincule al Poder político, en tanto se puede suponer que el mismo ejerce una influencia decisiva sobre el juez atento a que lo ha constituido como tal, le permite mantenerse en la función o lo puede remover. Sin



embargo en ese terreno de la independencia subjetiva o personal hoy existe una difundida opinión entre los jueces de que uno de los mayores desafíos a su independencia es el poder de los medios de comunicación social capaces de generar en la población la convicción acerca de ciertas respuestas jurídicas, lo que luego torna tremendamente complicada la decisión judicial en tanto sea contraria a aquél prejuzgamiento periodístico.

En la presente exigencia ética como todas las restantes no sólo se pretende que un juez efectivamente la cumpla sino que también genere la impresión que ello es así; pues la ética judicial en función de los bienes o intereses comprometidos exige tanto el ser como el parecer. Entonces el juez para decidir lo que éticamente le corresponde hacer, no sólo debe atender a su conciencia sino también a las posibles lecturas que los otros harán de su comportamiento. Además también vale para ésta y las restantes exigencias que cuando la ética judicial impone un deber está implícito el derecho de exigir la posibilidad de cumplir con el mismo, y es desde esta lógica bifronte que el Estatuto del Juez Iberoamericano contempla el derecho de un juez amenazado a pedir al Estado protección policial.

Considerando algunos problemas éticos específicos, mencionemos el de la relación de los jueces con los partidos políticos. En particular aparece la cuestión de la afiliación a los mismos, y la indicación ética al respecto es que el juez no sólo suprima toda relación con los partidos, sino que suspenda su afiliación o, mejor aún, se desafilie como un gesto simbólico de compromiso público con la independencia. Esa desvinculación es hacia las instituciones partidarias pero también hacia las personas o dirigentes políticos que las representan.

4.2. Imparcialidad: el juez por definición es un tercero equidistante respecto a las partes que traen su problema jurídico para que lo resuelva. Esta exigencia guarda relación con la anterior aunque apunta a una de las características de la función judicial en la que hay partes enfrentadas en su reclamo. La humanidad dio un gran salto civilizador o racional cuando abandonó la resolución de los problemas jurídicos a través de la fuerza, la astucia o el azar y los puso a tales fines en manos de un tercero imparcial. Es contraintuitivo suponer que alguien pueda consentir que su caso sea resuelto por un amigo de la contraparte, más bien lo evidente es que pretenda la intervención de un imparcial tanto en la realidad como en las apariencias. La respuesta jurídica a la reclamada imparcialidad transita por el camino de las excusaciones y recusaciones, aunque hay causales más vinculadas a la interioridad del juez (por ejemplo la violencia moral) que resultan difíciles de ser controladas y que en consecuencia requieren de un manejo ético no abusivo por parte de quien la invoca.

Entre los problemas éticos que conlleva la imparcialidad está el modo éticamente tolerado o aconsejado de reunirse el juez con las partes y/o sus abogados. Al respecto son posibles distintas propuestas, por ejemplo las siguientes: 1. que se rechace la posibilidad de esas reuniones atento a que si alguna parte o abogado tiene algo para decir al juez lo debe hacer por medio de un escrito o a través de la secretaría; 2. la reunión sólo puede efectuarse en la medida que comparezcan ambas partes o abogados (solución adoptada por la Corte Suprema nacional); 3. la parte interesada en la reunión efectúa el pedido por escrito el que es resuelto por el juez previa vista a la contraparte; 4. el juez puede recibir a una de las partes pero luego debe anotar de tal entrevista a la contraparte ofreciéndole un trato equivalente; y 5. el juez recibe a quien lo solicita pero en su despacho y en presencia de un colega o el secretario. Nos parece éticamente desaconsejable que el juez reciba a la parte sin el abogado apoderado.

Otro problema es el de los regalos. En principio cabe una respuesta negativa en torno a la posibilidad de los mismos al juez por parte de los litigantes. Sin embargo, puede haber situaciones complicadas; como por ejemplo cierta costumbre de regalar comestibles o bebidas con motivo de las fiestas de fin de año; o también el regalo del libro escrito por el abogado que litiga en ese juzgado; o asimismo el regalo para el día del cumpleaños del juez;



etc. De todas maneras el establecimiento de una norma ética precisa al respecto brinda la posibilidad de saber qué conducta adoptar y con ese respaldo evitar las molestias de abogados o eventuales incomprensiones por cambiar criterios que se venían aplicando.

Aquí, y también en la exigencia anterior, entra la cuestión del comportamiento judicial respecto a los medios de comunicación social. Más allá de la necesidad de informar y del derecho de los medios a recabar esa información, el juez debe ponderar otros intereses, y además, no puede incurrir ni dar la impresión de que hay un tratamiento desigual a las partes o existe una intencionalidad respecto a la causa judicial en trámite. Los Códigos de Ética judicial se han detenido en este punto dando algunas pautas específicas al respecto, así por ejemplo el de la provincia de Santa Fe en sus arts. 5.2 y 6.13, el de Costa Rica en los arts.3 y 8 o el de Italia en el art.6.

4.3. Conocimiento: cualquier profesión supone un cierto conocimiento vinculado al servicio que se presta, y esa indicación ética también abarca al juez. En este caso advertimos que no es sólo el conocimiento de la rama jurídica implicada en la competencia jurisdiccional respectiva, sino también el conocimiento del sustantivo A derecho a secas y de aquel derecho requerido para cualquier juez, por ejemplo el constitucional, el humanitario, el de los derechos humanos, el internacional, la teoría interpretativa, etc.. Pero también el conocimiento judicial requerible es acerca de ciertos saberes no estrictamente jurídicos referidos a los hechos que necesitan ser conocidos para decir el derecho al respecto.

Más allá de la materia del conocimiento, una de las discusiones éticas es acerca de la capacitación obligatoria u optativa, y pareciera consolidarse la alternativa de la obligatoria: así, el Estatuto del Juez Iberoamericano la impone en casos de ascensos, traslado que implique cambio de jurisdicción, reformas legales importantes y otras circunstancias especialmente calificadas (art.28). Incluso ese Estatuto en el art. 23 avanza sobre la posibilidad de imponer la capacitación judicial como medida correctiva o disciplinaria. Por supuesto que aún cuando se establezca la capacitación como obligatoria siempre será razonable brindar la alternativa que se acredite estar capacitado como para evitar la asistencia innecesaria a los Cursos correspondientes.

Recordemos aquí que si existe el deber a la capacitación también cabe reconocer el derecho a reclamarla o recibirla, dado que la ética no puede exigir algo de imposible cumplimiento.

Un juez que ignora el derecho no tiene capacidad para decirlo, o sea carece de una específica para ser juez, por lo que pesarán sobre él todas las dudas en torno a cada una de sus decisiones, especialmente aquellas difíciles.

4.4. Prudencia: en una terminología clásica de ética profesional se habla de la ciencia y también de la conciencia, es decir, ésta última apela a la capacidad como para operar con aquella ciencia determinando racionalmente la conducta que ella exige para cada caso. Así no basta para el buen médico que sea capaz de dar una clase sobre apendicitis sino que sea capaz de realizar la respectiva cirugía. En el caso del juez resulta particularmente visible su conexión con la prudencia en tanto su objeto coincide con el mismo objeto de la función judicial, es decir, determinar racionalmente la conducta justa debida o prohibida según el derecho. Incluso esa conexión se revela en la misma terminología de la iuris-prudentia en tanto obra de los iuris. prudentes.

La prudencia es mucho más que conocimiento, es -al decir de Cicerón- el arte de vivir y de vivir conforme al bien o lo mejor. En el campo de lo jurídico sería conocimiento en acción o proyectándolo en los casos concretos que requieren una respuesta jurídica. Pero a su vez desde la filosofía clásica esa capacidad racional acerca del bien en las cosas de la vida circunstanciada se la conecta con ciertas cualidades en el razonamiento o condiciones



personales, así por ejemplo: 1. experiencia: decía Aristóteles que era posible encontrar un joven brillante en matemáticas pero era improbable que existiera en materia de prudencia, es que ésta requiere de haber vivido y la memoria respectiva; 2. capacidad de diálogo: tratándose de conductas humanas donde la certeza no es absoluta, es importante contar con esa disposición a escuchar otros puntos de vista y poder ponderar razones; 3. humildad: como para cambiar posturas y acudir a aquellos que más saben; quien cree estar en posesión absoluta de la verdad y sólo dispuesto a brindarla a los otros difícilmente llegará a ser prudente; 4. circunspección: o sea preocupación por leer detenida y completamente las circunstancias en las que se desenvuelve la conducta objeto de la prudencia; 5. previsión: es que la prudencia requiere no sólo el caso en el que corresponde pronunciarse sino también las consecuencias que a partir del mismo se pueden derivar más allá del mismo; 6. coherencia: la racionalidad está reñida con las incoherencias de toda índole, por ejemplo la lingüística, la lógica, la insinceridad, tratamiento desigual de lo igual; 7. tiempo: en tanto seguramente no habrá razonamiento prudencial sino estamos dispuestos a disponer de un tiempo necesario para ello, pues los apresurados difícilmente serán prudentes; etc. Quien carece de esas condiciones para ser prudente deberá procurarlas, porque de lo contrario sus decisiones judiciales difícilmente serán prudentes, y por ende, resultarán imposibles sus posibilidades de excelencia.

4.5. Justicia: al ser la medida de todos los actos buenos y de las virtudes respectivas, se requiere de la prudencia jurídica para discernir lo justo pero también se necesita el querer darlo. Conocida es la clasificación de las cuatro virtudes cardinales, y según ella la prudencia inhiera en la razón práctica y la justicia en la voluntad. Desde esta perspectiva hubiese bastado exigir prudencia dado que el juez estrictamente cumple una función de discernimiento racional, pero la justicia apela a ese apetito espiritual cuyo objeto es lo suyo de cada uno y el querer que éste sea recibido por su titular. Quien es justo seguramente cuenta con la mejor matriz para que la razón prudencial logre determinar lo justo en cada caso, por eso Aristóteles llama al juez A justicia viviente o animada (*dikasterion*) en tanto los hombres llevan a él sus diferencias porque están convencidos que ir al juez es ir a la justicia (EN 1132 a,19-22)(15). Un juez prudente es capaz de decir lo justo, pero si además B precisa Tomás de Aquino- es justo lo dirá con prontitud y agrado (S.Th.I-II,107,4), en definitiva, quien quiere y logra la justicia en sus actos vive en un compromiso verdadero con el otro (16).

Quizás un modo apropiado de recuperar esa exigencia ética de justicia para el juez es recordarle que tome conciencia de su función y quiera determinar lo justo desde el derecho, por eso su preocupación para respetar y querer dar la justicia. Acertadamente insiste Gabaldón Lopez: no cabe, pues, en el juez una actitud de neutralidad moral, porque las normas éticas le exigen una actuación que tienda a conseguir la justicia como meta de sus actos (17). Más aún, desde Antígona aparece el riesgo de que lo dispuesto por la autoridad sea injusto, y lo sea de una manera extrema y evidente, por eso quien debe decir el derecho necesita de ese propósito de justicia. Seguramente quien no quiere dar lo justo o carece del hábito respectivo le costará asumir la tarea de discernimiento atento a que la razón humana no es algo desencarnado o desvinculado del apetito. En la confianza del ciudadano que asiste a un despacho judicial pesará de manera significativa cuál es la imagen que el juez se ha forjado en torno a la justicia, y no sólo mirada en términos jurídicos o judiciales, sino principalmente en cuanto a sus comportamientos como ciudadano respecto a lo que confiere o respeta de los demás.

No está de más recordar la dimensión analógica o los distintos modos de la justicia, por eso de ella se habla tanto en la distribución en beneficio de los particulares, en la conmutación que procura equivalencia en las contraprestaciones y en la imposición de



débitos en beneficio del todo social, pero tratándose del juez sin olvidar que lo justo y lo equitativo son ambos valiosos, es la equidad preferible en cuanto perfección de la justicia en función del caso en que se pronuncia el juicio prudencial del juez..

4.6. Fortaleza: en la visión clásica también era ésta una de las virtudes cardinales que tenía por objeto el bien arduo (*bonum arduum*) en tanto permite la adhesión al mismo resistiendo o asumiendo los riesgos respectivos. Hablando del juez aparece como evidente la exigencia de la fortaleza o valentía, en tanto un juez cobarde es susceptible de fácil pérdida de su independencia o imparcialidad. Por supuesto que no estamos hablando de temeridad, o sea de alguien que busque o se deleite en el peligro, sino de aquel que es capaz de decir el derecho que corresponde aun con miedo pero nunca por miedo.

Se trata de una exigencia ética íntimamente vinculada con un cierto talante psicológico frente a los riesgos y las incertidumbres, que reclama el perseverar a pesar de los mismos y también el enfrentarlos. Seguramente si la ciudadanía percibe en un juez esas personalidades débiles, dubitativas o incapaces de hacerse respetar, asociará esas cualidades a la función profesional y sentirá temor de cómo será juzgada su causa si la contraparte es alguien poderoso. A la hora de los tests psicológicos o entrevistas para candidatos a jueces aparece esta exigencia como una de aquellas que interesa vislumbrar en qué medida la pueden cubrir si llegan a estar como juez en situaciones riesgosas.

Una vez más recordemos la bifrontalidad de estas exigencias en tanto si bien existe el deber a ser fuerte o valiente (no temerario), también cuenta el destinatario con el derecho a que se le provea de medios razonables (como por ejemplo de protección policial) a los fines de facilitar o posibilitar el cumplimiento de la misma.

4.7. Honestidad: contemporáneamente el profesional es alguien que cuenta con su profesión para obtener los recursos económicos que necesita para vivir, y precisamente la honestidad tiene que ver con esa legítima posibilidad que reciba lo que le corresponde como retribución de sus servicios. Yendo al juez la honestidad consiste precisamente en que reciba lo que le corresponde, ni más ni menos; y ello no implica obviamente la alternativa grotesca y delictual de la coima o sus análogos, sino la más sutil que exige que use para la función judicial los bienes o recursos que el Estado o la sociedad han puesto a su disposición. Advertimos que en cuanto a la alternativa de una prohibición absoluta de utilizar bienes públicos en beneficio privado cualquier ciudadano espontáneamente puede verse inclinado a suscribirla; pero sometida a un control de razonabilidad tal opinión seguramente puede advertirse que resulta exagerada en tanto su seguimiento estricto corre el riesgo de ser más perjudicial que beneficiosa: así por ejemplo no parece inteligente que se prohíba a un juez llamar a su casa para ver como sigue su hijo enfermo o que se le impida usar un lápiz o papel para hacer anotaciones particulares. En sintonía con esta preocupación algunos Códigos de Ética judicial han optado por establecer restricciones de bienes públicos en la medida que resulten abusivas, irrazonables o desproporcionadas. De todas maneras la idea directriz es que aquellos medios han sido puestos en manos del juez para el cumplimiento de su función y cualquier afectación distinta genera una presunción de falta ética que luego puede llegar a diluirse o justificarse.

En sintonía con el ser y el parecer, como así también con el legítimo control social sobre los funcionarios que la representan o que ejercen el poder que se les ha delegado, aparece la necesidad de efectuar declaraciones juradas de bienes que puedan evidenciar la evolución razonable o no sospechosa del patrimonio. No obstante las polémicas suscitadas en torno a dichas declaraciones en cuanto a la resistencia que ha generado en algunos jueces para efectuarla, lo cierto es que los fundamentos para ese rechazo lucen particularmente débiles y exclusivamente argumentados desde el interés personal del mismo



juez, pero marginando totalmente los otros intereses o bienes comprometidos y aducidos por los destinatarios de su actividad.

Quizás sea la templanza la vía para vincular esta exigencia ética con el cuadro de virtudes cardinales. Recordemos que aquella tiene por objeto cierta moderación en la posesión y el uso de bienes externos o aquellos vinculados con el apetito concupiscible. Esa falta de medida propia del destemplado termina afectando advierte Santo Tomás de Aquino- su tranquilidad de espíritu (quies animi) en tanto se compromete el autodomínio o deja de ser dueño de sí mismo (II-II 157,4).

4.8. Decoro: esta palabra se vincula a la arquitectura, más específicamente al ornato en tanto cada profesión tiene un modo de vestir, de hablar, de comportarse, de arreglar el espacio en donde se presta la profesión, etc. y en consecuencia, también la actividad judicial tiene un decoro particular. Obviamente que es muy distinto el decoro de un arquitecto, de un encargado de un taller mecánico, de un médico o el del juez, por eso hay cosas que en relación a una de esas profesiones puede resultar decoroso mientras que para otra no lo sea (por ejemplo respecto a la limpieza de la ropa o de las manos, el decorado en las paredes o el estilo lingüístico).

Uno de los problemas implicados en torno al decoro es respecto a la vida privada o no profesional desplegada por el profesional en el espacio público, concretamente si la ética profesional avanza sobre aquella. El problema, entonces, es si resulta legítimo pretender que el profesional conserve un cierto decoro cuando no presta sus servicios, así por ejemplo si la ética le prohíbe que se emborrache en algún bar de su ciudad, que concurra a ciertos lugares donde se practique la prostitución, que forme parte del elenco de un teatro de revistas, que como espectador de un partido fútbol reaccione descontroladamente insultando o subiéndose al alambrado contra el referí o contra el equipo contrario, etc. Al respecto la línea consolidada en los códigos de ética profesional es que no prescinden de ese espacio en donde no se presta la profesión, y más bien coinciden en avanzar también sobre la vida privada no profesional poniendo normalmente el límite de la dignidad de la profesión. Más aún hay, algunas prohibiciones tradicionales en las leyes orgánicas de tribunales que son ejemplo de ello, así la que prohíbe a los jueces a concurrir a salas de juego. Frente al eventual reparo que se puede hacer a esos avances éticos invocando el artículo 19 de la Constitución nacional, se responde entre otras razones- que ahí se habla del ciudadano común que no es asimilable sin más al profesional dado que éste presta una función pública o un servicio contando para ello con cierto respaldo o monopolio otorgado por la ley, amén de la invocación al orden y a la moral pública.

De todas maneras el problema más grave es quién fija el contenido del decoro, atento a que podemos encontrarnos con ciertas sociedades dominadas por tradiciones poco racionales que impongan exigencias éticas profesionales inequívocamente contrarias a los derechos naturales o fundamentales, por ejemplo la prohibición de que las mujeres ejerzan ciertas profesiones con el pretendido fundamento de que no están acordes con su dignidad. Al respecto las soluciones que se ofrecen a ese problema serían tres: 1. el decoro lo fijan ciertos ámbitos o sociedades ajenos al lugar donde se presta la profesión pero que se consideran más aptos para establecerlo, por ejemplo atenernos a lo que se piensa en París, la Universidad de Berkeley o San Francisco; 2. el decoro lo establece la sociedad a la que se le presta el servicio y que ha brindado la posibilidad para ello; y 3. se parte del decoro pretendido por la sociedad de ese profesional pero se someten esas exigencias a un control de racionalidad, dado que si bien es legítima aquella primera aproximación es peligroso un sometimiento dogmático a la misma (pensemos lo que pudo haber establecido respecto a los judíos la ética profesional de la Alemania nazi). Sin duda que ésta última propuesta deja un cúmulo de dudas e incertidumbres, pero recordemos que atento a la materia en que



estamos no hay posibilidad de encontrar una fórmula inequívoca que permita resolver todas las situaciones y evite la necesidad del juicio racional o prudente en concreto. Para esas inevitables indeterminaciones estarán entre otros antídotos- un diálogo racional que brinde contenido más concreto al decoro y una apropiada integración y funcionamiento del Tribunal de Ética y de la Comisión de Consultas éticas.

4.9. Secreto o confidencialidad: el profesional, al hilo del servicio que presta, accede a un conocimiento de aspectos variados respecto a su cliente o usuario, y por supuesto, que éste parte de la base que esa información sólo será usada a los fines del mejor trabajo profesional. La ética exige esa reserva y consiguientemente prohíbe que sea difundida deliberadamente o sin propósito alguno a terceros ajenos a la relación profesional; ello reclama del profesional una actitud positiva o activa como para evitar esas infidencias y reaccionar apropiadamente al detectarlas.

La función judicial es fuente de mucha e importante información respecto a las partes, y frecuentemente hay intereses comerciales o de otra índole, ansiosos como para obtenerla; por eso la ética exige no sólo que el juez esté conciente de este deber de confidencialidad sino que también lo asuma adoptando medidas eficaces para neutralizar eventuales fugas de información y para investigar o sancionar a los responsables en caso de producirse. Esa exigencia de reserva judicial se extiende a sus familiares, colegas, periodistas, alumnos, etc., o sea respecto de todos aquellos que resultan terceros en la relación profesional. Los códigos de ética contemplan normalmente situaciones que eximen al profesional de mantener ese secreto profesional, así por ejemplo hablan a los fines de la propia defensa frente a un reclamo o demanda, y también para evitar la comisión de un delito o de un daño.

Para explicar la racionalidad de la presente exigencia hay que recurrir al objeto mismo de la función judicial, pues ésta supone un servicio concreto que se presta a las partes en relación al problema jurídico que las enfrenta, y en consecuencia, rechaza eventuales beneficios -importantes o casi intrascendentes - para el juez en base al uso que pueda hacer de la información obtenida en la tramitación de la causa.

4.10. Cortesía o afabilidad: el servicio profesional se presta a un semejante o prójimo, es decir se canaliza a través de una relación humana en donde está comprometida recíprocamente la dignidad y el respeto de las partes. No hay sometimiento ni subordinación personal alguna, sino más bien una relación que transita en un plano de igualdad intrínseca. Consiguientemente el profesional debe estar dispuesto a brindarle al cliente o usuario las explicaciones o informaciones que oportuna y justificadamente le requiera, y debe hacerlo a través de un trato respetuoso y cortés.

Por supuesto que también sobre el juez pesa ésta exigencia en sus relaciones con las partes, abogados, colegas y auxiliares, quién además debe recordar que la autoridad no se construye en base a desplantes, impuntualidades o gritos. Cualquier ciudadano en base a una experiencia humana consolidada puede legítimamente asociar esa beligerancia o indisposición para el trato respetuoso a cierta personalidad desequilibrada o descontrolada incapaz de analizar pausada, racional y dialógicamente los problemas complicados propios de la tarea judicial. La autoridad preocupada por obtener el mejor premio al que puede aspirar según Santo Tomás de Aquino- que es el "afecto", "amistad" o "amor" de los ciudadanos debe tratarlos del modo idóneo a tales fines, pues sólo un masoquista puede apreciar o respetar a aquél que lo maltrata.

4.11. Diligencia: todo cliente o usuario pretende que el profesional le preste el servicio en tiempo y forma y que para ello debe poner los medios adecuados y procurar alcanzar el resultado que busca al recurrir a sus servicios. Mirado desde el profesional esta



exigencia implica evaluar los medios disponibles para el resultado pretendido, escoger el mejor y esforzarse para conseguirlo. Su obligación es poner los medios para el fin buscado por el cliente, pero no le es indiferente la obtención o no del mismo, pues ello repercutirá directamente a la hora de su responsabilidad.

En el caso del juez su función le impone resolver de la mejor manera y en el menor tiempo posible el problema bajo su jurisdicción, por eso aparece la exigencia de privilegiar el trabajo judicial frente a otros posibles servicios. Se inscribe aquí lo referente a las incompatibilidades laborales del juez que entre otras razones se justifican para que el juez no distraiga su tiempo en aquello que le es lo más importante. Esas incompatibilidades, más allá de las previsiones legales, tienen esa razón de ser y en consecuencia se tornan plenamente justificadas desde un punto de vista ético cuando el juez no resuelve sus asuntos en tiempo y forma. También aparece aquí la obligación del juez de concurrir a su despacho, especialmente respecto de aquel que lleva el despacho diario, como un modo de aparecer o mostrar a los ojos de la sociedad su compromiso con la diligencia.

Es cierto que las leyes orgánicas y también la cultura forense han brindado contenido bastante concreto respecto a la presente exigencia de la diligencia. Así en la provincia de Santa Fe la Ley Orgánica exige a los jueces de primera instancia el concurrir diariamente a su despacho (sin fijarle horarios) y a los camaristas el concurrir el día del acuerdo aunque aquel que lleva el trámite deberá hacerlo diariamente. Seguramente el mejor modo de satisfacer esta exigencia, sin que provoque el reclamo pertinente de los usuarios del servicio, es que efectivamente las decisiones judiciales se produzcan en tiempo y forma oportuna.

4.12. Transparencia, coherencia o buena fe: alguien que mantenga una doble vida, un doble discurso o falte a la correspondencia entre lo que dice y lo que hace, se torna una persona poco confiable con respecto a aquellos con los que trabaja o para aquellos a los que trabaja. Más allá del modo en que efectivamente se preste la profesión, el buen profesional supone y requiere que el cliente o usuario, como así también sus auxiliares y colegas, confíen en él de manera que el trabajo con toda la carga de conexiones, independencia y discreción que encierra inevitablemente, no quede sumido en un marco de desconfianza motivado en aquella falta de transparencia o incoherencia.

En el caso del juez en tanto cabeza de un grupo humano y una tarea que conlleva marcada discreción se torna importante esta exigencia. Para decirlo negativamente, si pensamos en un juez que conduce a sus empleados en base a la mentira, la sospecha, la palabra que no respeta, etc., seguramente le resultará más difícil imponer un espontáneo y confiable seguimiento. Cualquier elemental manual de management y básica experiencia humana confirma cuánto se facilita la dirección de otros en la medida que ellos vean coherencia y transparencia. Principalmente los abogados y colegas saben o tienen presente alguna opinión en torno a la presencia o ausencia de esta exigencia ética a la hora de entablar relaciones personales y profesionales, pues se trata de una nota que incide fuertemente en la visión ética de los otros y, por ende, resulta ser favorecedora o entorpecedora de esos contactos.

4.13. Austeridad republicana: es ésta una exigencia que tiene íntima conexión con las circunstancias de tiempo y lugar. Así en la Argentina en el contexto de las serias dificultades económicas y sociales que ha vivido en estos últimos tiempos resulta razonable la exigencia prevista en la ley de ética de la función pública de austeridad republicana para sus funcionarios. Se trata de que éstos exhiban ciertos bienes externos que guarden correspondencia con el nivel de limitaciones que padece la ciudadanía en general al respecto. Parece poco razonable que haya funcionarios que aparezcan ricos en medio de ciudadanos pobres que, al mismo tiempo y paradójicamente, son los que le pagan mensualmente sus salarios.



Esa exigencia prevista para los funcionarios públicos en general se proyecta innegablemente para los jueces, más aún, la ciudadanía seguramente vería con malos ojos a aquel juez que se preocupa desmedidamente por los bienes externos procurando lucir aquellos que resulten ser los más onerosos. No se trata de deshonestidad dado que puede tratarse de un juez privadamente muy rico, pero lo que se le pide es que a la hora de adquirir bienes procure computar el nivel de problemas económicos y sociales que padece la sociedad a la que les prestará sus servicios judiciales. Incluso puede resultar comprensible que alguien vea en esa restricción algo incompatible con sus gustos y por ende opte por renunciar o no aceptar el cargo de juez. El contenido de esta exigencia tiene esa dimensión histórica que remite a una sociedad particular, por eso no queda sólo librada a la mera conciencia ética del juez implicado.

4.14. Responsabilidad: en toda ética profesional se incluye esta exigencia que implica que el profesional esté dispuesto a responder por lo que ha hecho respecto de todos aquellos interesados o implicados -directa o indirectamente- en el trabajo prestado. Es decir que esta exigencia conlleva que el profesional no eluda, ni transfiera, ni entorpezca ese momento incluido en su servicio en el que deberá brindar explicaciones, pedir disculpas, otorgar reparaciones, aceptar reproches, etc. En el caso del juez es posible discernir distintos ámbitos de la responsabilidad profesional: 1. penal: frente al juez competente respecto a su conducta tipificada como delito; 2. civil: por los daños reclamados por alguna de las partes ante el juez competente; 3. administrativa o disciplinaria: que discernirá la autoridad administrativa por los incumplimientos a las reglamentaciones administrativas aplicables; 4. científica o académica: en tanto le corresponde al mundo académico juzgarlo principalmente por medio de críticas o elogios acerca del modo en que operó el derecho y como ha quedado el mismo; 5. corporativa o colegiada: frente a sus colegas y miembros de un eventual Colegio o Asociación de acuerdo a los Estatutos respectivos; 6. social: respecto a la sociedad en la que presta servicios y la cual lo juzgará por medio de la opinión ciudadana en tanto comprenda y tenga presente sus características, necesidades y pretensiones; 7. política o constitucional: los otros poderes del Estado, según la distribución efectuada por la Carta Magna, velan por el buen cumplimiento de la función y tienen la competencia de remover al juez en casos graves de incumplimiento; y 8. ética: su objeto es el mejor cumplimiento de la función, por eso, de algún modo, esta responsabilidad es un género en tanto al incurrir el juez en cualquiera de las responsabilidades arriba mencionadas esa falta tiene incidencia sobre esa pretensión del A mejor juez, pero también es una especie de responsabilidad particular o remanente en tanto ante cualquier falta a ese propósito que no aparezca respondida en las anteriores será la responsabilidad ética la que la asuma (por ejemplo el desorden en el juzgado o cierta descortesía para los abogados) y también puede asumirla si algunos de los interesados en la excelencia judicial encuentran insatisfecha su legítima pretensión al efectivizarse algunas de las otras responsabilidad (por ejemplo sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal puede por el mismo comportamiento delictivo o dañoso exigírsele al juez una responsabilidad ética, pero si hay una remoción por vía de la responsabilidad política pareciera que se agota ya la responsabilidad ética dado que no quedaría remanente en tanto dejará de desempeñarse como juez).

5. Ética de comportamientos o ética de virtudes:

Las exigencias reseñadas reclaman ciertos comportamientos pero no llegan a pretender necesariamente virtudes. En definitiva ellas quedan satisfechas si las cumplimos,



no obstante que nos falte la intención, la habitualidad, y cierto agrado y facilidad. Aunque también es cierto que es probable que a fuerza de reiterar los comportamientos respectivos se llegue a adquirir el hábito de los mismos y, en consecuencia, comiencen a realizarse con agrado y facilidad. Además, de alcanzarse la virtud se fortalecen las posibilidades del mejor trabajo y las presunciones de que efectivamente se ha hecho “bien” el trabajo. Recordemos que virtud significa fuerza y ellas efectivamente pueden significar una fuerza especial que nos inclina al bien. Precisamente Aristóteles reconoce en la adquisición de los hábitos una especie de “segunda naturaleza” que sobreponemos a la dada a cada uno, pues a fuerza de repetir un acto se va arraigando una cierta inclinación y facilidad para hacerlo.

Por otro lado, la obtención de la virtud avanza sobre actos ajenos a la vida profesional que tengan el mismo contenido u objeto, pues sería contradictorio con la afirmación de su existencia si al mismo tiempo decimos que ella se circunscribe a los actos profesionales pero está ausente en los actos no profesionales que también entran en la materia de esa virtud. Así sería casi violatorio del principio lógico de no contradicción afirmar de alguien que es “honesto” o “afable” dentro de tribunales pero al mismo tiempo es “deshonesto” o “descortés” fuera de ese ámbito, y de existir esa persona que “es” y “no es” al mismo tiempo en torno a esa particular virtud lo más probable es que oculte alguna enfermedad psicológica vinculada a personalidades esquizofrénicas o algo parecida. Exigir, en consecuencia, sólo comportamientos buenos o excelentes y no virtudes es plantear exigencias mínimas realistas, aunque una ética de máximos o de virtudes será bienvenida y potenciadora de la confianza suscitada en torno a la tarea judicial. Pues la virtud precisa Pieper -siguiendo al Aquinate- es lo máximo a lo que puede aspirar el hombre (*ultimum potentiae*) (18), pero más allá de aspiraciones que es auspicioso que el juez personalmente las asuma, lo que queremos insistir es en exigencias indisponibles para el juez.

Por sobre comportamientos y virtudes nos interesa llamar la atención en torno a que la vida humana no es una mera sumatoria desagregada de actos sino que ella reclama cierta unidad o coherencia. En efecto, la ética desde Aristóteles tiene como objeto material no sólo actos y virtudes sino el *ethos*, carácter o personalidad moral, o sea aquello que parafraseando a Aranguren - va quedando a medida que va pasando la vida. Por supuesto que mientras dura la vida ella permanece siempre abierta y modificable hasta el momento final o definitivo de la muerte; pero la sucesión de la vida tiende y es saludable que se asuma con un cierto sentido o unidad que permita identificarla con esa vida o modo de conducirla. Más correcta y sintéticamente, esos actos, virtudes, talante o *pathos* configuran una irrepetible vida que asume, principalmente a la mirada de los otros, una cierta personalidad ética o *ethos* conforme al cual vivimos. En sintonía con Leclerq, Aranguren escribe: “la vida del hombre forma un todo, de tal modo que cada uno de nuestros actos lleva en sí el peso de la vida entera”(19), y este carácter unitario aunque siempre cambiante -que procura la vida humana- corresponde a lo que los griegos llamaban *bios*, que no era simplemente la sucesión de la vida sino ese proyecto vital en donde se insertaban los actos. En definitiva el *bios* apela a la experiencia humana que nos confirma que la vida moral no es una mera sumatoria desagregada de actos, sino que -no obstante todas las modificaciones que en ella se suceden- ella reclama cierta unidad o coherencia.

Esa riqueza y variedad de la ética profesional en general es puesta de relieve inteligentemente por Andrés Ollero cuando al respecto distingue tres campos: el de las exigencias éticas maximalistas destinadas a dar paso a una persona modelo, perfeccionada en el ejercicio de su profesión; el de las exigencias éticas capaces de preservar la confianza de los ciudadanos, mediante el respeto de sus justas expectativas sobre el desenvolvimiento de un razonable modelo profesional; el de las exigencias éticas que, por hallarse más



directamente vinculadas a valores y derechos constitucionales, se verían llamadas a gozar de la protección de las normas jurídicas, o incluso la sanción penal (20).

6. Conclusión:

La Comisión sobre el Perfil del Juez creada en el seno de la Mesa del Diálogo Argentino alcanzó importantes conclusiones (21), y entre ellas cabe destacar la puntualización que para ser juez se requieren de cuatro idoneidades: la física-sicológica, la técnica-jurídico, la gerencial y la ética. Precisamente ese perfil supone una superación de la mirada tradicional centrada sólo en el conocimiento y las habilidades jurídicas, y remite a un complejo de requerimientos para ejercer la función judicial. Es que en definitiva, a la sociedad lo que le interesa es contar con “buenos” o los “mejores” jueces, y ésta es una definición que excede a lo jurídico e instala la consideración en el campo de la ética profesional o ética aplicada. Responder a esas exigencias supondrá inevitablemente determinar el fin específico o el bien interno por el que cobra sentido y legitimidad social la actividad judicial, averiguar cuáles son los medios adecuados para generar racionalmente ese bien en la sociedad respecto a la cual hablamos e indagar que comportamientos, virtudes o personalidad ética se requiere para alcanzar ese bien interno (22). Pretender sectorizar o reducir aquella preocupación a algunas de las actividades que cumple el juez, como por ejemplo la interpretación jurídica, es ir contra la realidad humana y siglos de experiencia en ese terreno.

Notas Bibliográficas

1) Cfr. mi libro “Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

(2) Contundentemente escribe Robert Alexy: “el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, sigue existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista” (“El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997, p.13) y también concluye Francisco Laporta: “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está” (“Entre el derecho y la moral”, Fontamara, México, 1993, p.7)

3) Cfr. mi libro “La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)”, Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2004

(4) Cfr. Gustavo Zagrebelsky “El derecho dúctil”, Ed. Trotta, Madrid, 1997 y Miguel Carbonell “Neoconstitucionalismo”, Ed. Trotta, Madrid, 2003

(5) Cfr. Juan Cianciardo “El conflictivismo en los derechos fundamentales”, EUNSA, Pamplona, 2000 y Pedro Serna-Fernando Toller “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales”, La Ley, Buenos Aires, 2000.

(6) Cfr. mi libro “Los principios jurídicos”, Depalma, Buenos Aires, 2000

(7) Cfr. las obras citadas en la nota 5.



(8) Perfecto Andrés Ibáñez "Ética de la función de juzgar" en "Ética de las profesiones jurídicas" José Luis Fernández Fernández -Augusto Hortal Alonso, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2001, p.79-80

(9) H. Hart "El concepto de derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.253

(10) Cfr. Manuel Atienza "Virtudes Judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de derecho" en "Jueces y Derecho", Ed. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México 2004, p.17 y ss

(11) Manuel Atienza "Ética judicial" en "Cuestiones judiciales", Fontamara, México, 2001, p.153

(12) La ética profesional se centra ante todo en el tema del bien. Sin la perspectiva ética, la deontología se queda sin horizonte de referencia ("Ética de las profesiones", José Luis Fernández Fernández-Augusto Hortal Alonso, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, p.57)

(13) Resultan muy interesantes las explicaciones de Antonio Millan-Puelles en torno a lo que llama las tres condiciones una ética realista: "el amor de sí mismo, la búsqueda de la felicidad y el placer" ("Ética y realismo", Rialp, Madrid, 1996, p.32).

(14) Cfr. Adela Cortina "La regeneración moral de la sociedad y de la vida política" en "Corrupción y ética", Cuadernos de Teología Deusto, Bilbao 1996.

(15) Cfr. Eduardo García Máynez "Imagen aristotélica del buen juez", en "Ensayos Filosóficos-Jurídicos", Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, ps.389-398.

(16) Cfr. Josef Pieper "Las virtudes fundamentales", Rialp; Madrid, pg.99 y ss)

(17) José Gabaldón López "Reflexiones sobre la ética judicial" en "Ética de las profesiones jurídicas", Universidad Católica San Antonio, Murcia ,2003,T. II ,p.795

(18) J. Pieper ob. Cit. p.15

(19) José Luis Aranguren "Ética", Revista de Occidente.

(20) Andrés Ollero "Deontología jurídica y derechos humanos" en "Ética de las profesiones jurídicas", Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2003, T.I, p.65

(21) "Realidad Judicial" del 15-8-2003, La Ley, Año III, N.2, Madrid, 1958, p.378

(22) Cfr. Adela Cortina-Emilio Martínez "Ética", Akal, Madrid, 1998, ps.165 y ss.



Acto de cierre de cursos 2005

El pasado 19 de diciembre a las 20 se llevó a cabo en el aula 372 de la Facultad el acto de fin de cursos 2005 de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas. El mismo contó con la presencia de los maestrandos de las cohortes 2004 y 2005 y fue presidido por el director de la carrera Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani junto con el coordinador, el Abog. Lucas Bettendorff. También asistió la profesora. Dra. Noemí L. Nicolau.

El Dr. Ciuro Caldani expuso el significado de los cursos recorridos por los maestrandos, desde su comienzo a la situación actual. Destacó la importancia de la formación que propone la carrera, que se divide en un núcleo de formación básica y otro focalizado, procurando de esta manera obtener la profundidad que se requiere para la comprensión de los aspectos teóricos y prácticos incluidos en la elaboración de normas. Sostuvo también que la maestría se propone formar graduados capacitados para la formulación y el asesoramiento en esta disciplina e investigadores y docentes, idóneos para ampliar las perspectivas con un nivel elevado de autonomía en este campo, a la vez que dar mejores cauces al desenvolvimiento de la vida institucional pública y privada.

Entre los objetivos alcanzados se cuentan la culminación de los cursos de la primera cohorte, la docencia, la investigación, la extensión y la formación de una biblioteca especializada; además se logró la consolidación científica de la maestría, con base en la valiosa experiencia adquirida. El Dr. Ciuro Caldani manifestó también que la carrera constituye un aporte importante para la vida jurídica del país.

Entre las tareas pendientes se encuentran la elaboración y aprobación de las tesis y el crecimiento de la articulación entre materias. Restan concretarse, a su vez, el seminario de profesores y otro de los alumnos y ex alumnos, para continuar mejorando el trabajo que viene realizándose.

Posteriormente se hizo entrega de placas recordatorias con sus nombres grabados a los maestrandos que culminaron los cursos del segundo año; a los cursantes del primer año el director de la carrera les obsequió un recuerdo para que quede plasmado el espíritu de la Maestría. A continuación tuvo lugar el brindis de fin de año.



Información general Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas

Director: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani

Comisión de la Maestría: Dr. Atilio A. Alterini, Dra. Cecilia Grosman, Dr. Ricardo Guibourg, Dr. Daniel Sabsay y Dr. Ramón Brena (Miembros Titulares). Dra. Noemí Nicolau, Dr. Enrique Zuleta Puceiro y Dr. Daniel Altmark.

Coordinador: Abog. Lucas Bettendorff

Cuerpo Docente: Dr. Daniel Altmark, Dr. Eduardo Barbarosch, Emb. Horacio Basabe, Dr. Ramón Brena, Dr. Eugenio Bulygin, Dr. Rubén Calcaterra, Dra. Nancy Cardinaux, Dr. Mario Chaumet, Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, Lic. Alicia Corvalán de Mezzano, Dra. María I. Dabove Caramuto, Dra. Lelia Devia, Dr. Remo Entelman, Dr. Adrián Goldín, Dr. Ricardo A. Guibourg, Dra. Graciela Güidi, Dr. Carlos Hernández, Dra. Graciela Medina, Dra. Noemí Nicolau, Dra. Alicia Perugini, Dr. Daniel Sabsay, Dr. Alfredo Soto, Ing. Abraham Stein, Lic. Angel Tello, Dr. Rodolfo Vigo, Dra. Inés Weinberg de Roca, Dr. Enrique Zuleta Puceiro.

Diversas causas, entre las que se encuentra la reducción deductivista sostenida por la escuela de la exégesis, han conducido al alejamiento de los juristas del papel de la elaboración de normas. La elaboración de normas, llamada a nutrirse de la larga experiencia científica y técnica que confluye cuando se hace un planteo jurídico amplio, es una de los espacios que el jurista debe recuperar, con particular intensidad ante la ocupación de los ámbitos respectivos por otros especialistas en ciencias sociales.

De la adecuada elaboración de las normas depende su conveniente inserción en la vida social, con importantes significados para el desarrollo democrático y republicano y para el desenvolvimiento económico. La tarea requiere aportes multidisciplinarios e interdisciplinarios, pero no puede desenvolverse de manera completa sin la destacada intervención de los juristas. Múltiples despliegues jurídicos de relevante complejidad, sociológicos, normológicos y axiológicos; económicos, históricos, etc., que al fin movilizan a la cultura toda, intervienen en la elaboración de las normas.

Las distintas fuentes formales de las normas plantean una problemática común y otras particulares que es imprescindible resolver en la vida cotidiana, sea que se trate de constituciones formales, tratados, leyes, decretos, resoluciones administrativas, sentencias, fuentes específicas de la integración, contratos, testamentos, etc.

A la Universidad pública le cabe un papel importante en la formación respectiva, en los niveles de grado y de posgrado, de modo especial atendiendo a la significación que suele tener la elaboración de las normas gubernamentales.



Hoy la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tiene en esta carrera de su Departamento de Posgrado, aprobada por Resolución del H. C. S. N° 1771/03, un importante instrumento para el cumplimiento de dicha tarea.

Objetivos: a) formar graduados para la comprensión de los aspectos teóricos y prácticos incluidos en la elaboración de las normas, b) formar agentes para la formulación y el asesoramiento en la elaboración de normas, c) formar investigadores capaces de referir su tarea, con un nivel elevado de autonomía (investigador adjunto o equivalente), a la elaboración de normas, d) contribuir, a través de las investigaciones destinadas a la elaboración de las tesis de Maestría, al acrecentamiento y acumulación de los conocimientos sobre la elaboración de normas, e) ampliar las perspectivas y elevar el nivel de la docencia de grado en relación con la elaboración de normas; f) incrementar la presencia y la cooperación de la Universidad en los ámbitos de elaboración de normas; g) dar mejores cauces al desenvolvimiento de la vida institucional, por ejemplo, en las perspectivas representativas, republicanas y federales, y de los derechos humanos; h) permitir que el país desarrolle sus normatividades atendiendo de la mejor manera posible a sus particularidades, para que participe de los modos más satisfactorios en los procesos de integración y de constitución de una universalidad superadora de la mera globalización; i) facilitar el desenvolvimiento de la vida privada a través de la elaboración de normas especialmente adecuadas a sus necesidades.

Requisitos de Admisión: a) Ser graduado de la Universidad de Buenos Aires o de otra Universidad argentina o extranjera con títulos de abogado, licenciado en Filosofía, Ciencia Política, Sociología, Economía, Historia o equivalentes. b) Presentar un curriculum vitae y una fundamentación de los objetivos académicos de la inscripción en la Maestría, que serán evaluados por la Comisión de la Maestría. c) En los casos excepcionales de aspirantes con antecedentes de investigación o profesionales relevantes, pero sin título de grado universitario, la admisión requerirá una entrevista con la Comisión de Maestría en la cual podrán determinarse requisitos complementarios. Las admisiones según este párrafo serán aprobadas por el Consejo Directivo. d) El aspirante deberá acreditar el conocimiento de un idioma extranjero de su elección entre inglés, francés, portugués e italiano. e) Todos los postulantes que no tengan el castellano como lengua materna deberán acreditar un dominio suficiente de él.

Requisitos para la Graduación: La formación de la Maestría concluirá con la presentación y aprobación de una tesis que constituirá un trabajo original producto de una investigación científica que haga un aporte significativo a la elaboración de las normas. La tesis se elaborará con la dirección de un profesor titular o asociado, regular, ordinario, consulto o emérito de una Universidad Nacional o investigador superior, principal o independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, preferentemente con título de doctor o magister, y se defenderá ante un jurado constituido para la evaluación, cuyos integrantes reunirán las mismas calidades exigidas para la dirección de tesis.

Perfil del Egresado: Al concluir la Maestría el estudiante podrá comprender los aspectos teóricos y prácticos incluidos en la elaboración de las normas. Estará capacitado para la formulación y el asesoramiento en la elaboración de las normas en los más diversos campos del desenvolvimiento de la vida jurídica, públicos y privados.

El egresado de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas tendrá las siguientes habilidades: a) Emplear adecuadamente las herramientas sociológicas, valorativas, lógicas y lingüísticas disponibles para la elaboración de normas jurídicas. b) Situar su tarea dentro del desenvolvimiento general de la vida del Derecho. c) Analizar y sintetizar los datos de la realidad con miras a la tarea de elaboración para la que se lo forma.



d) Difundir las ventajas que resultan de la capacitación para la elaboración de normas jurídicas.

Duración Total de los Cursos: 628 hs.

Seminario y Talleres para la Preparación de la Tesis: 160 hs.

Duración de la Maestría. 788 hs.

Horarios: Lunes de 9 a 13 hs. y de 15 a 19 hs.

Informes: Departamento de Posgrado – Av. Figueroa Alcorta 2263 2º Piso – Ciudad Autónoma de Buenos Aires – (011) 4809-5606/07 – posgrado@fder.uba.ar

1º Año

Asignatura	Horas	Docente
Epistemología para la Elaboración de normas. Filosofía, ciencia y técnica del derecho.	16	Ricardo Guibourg
La noción de derecho y su relación con la elaboración de las normas	58	Miguel A. Ciuro Caldani
La elaboración de las normas en la Filosofía política en general	16	Eduardo Barbarosch
Lógica y metodología de la investigación científica	16	Nancy Cardinaux
Sociología jurídica para la elaboración de las normas	24	Enrique Zuleta Puceiro
Economía política para la elaboración de normas	32	Abraham Stein
Psicología para la elaboración de normas	16	Alicia Corvalán de Mezzano
Historia del derecho para la elaboración de normas	32	Miguel A. Ciuro Caldani
Teoría del conflicto, prospectiva y teoría de la decisión para la elaboración de normas	20	Remo Entelman
Negociación para la elaboración de normas	16	Rubén Calcaterra
Estrategia para la elaboración de normas. Logística.	16	Angel Tello
Lógica para la elaboración de normas.	24	Eugenio Bulygin
Informática y elaboración de normas. Logimática.	16	Daniel Altmark



2° Año

Asignatura	Horas	Docente
Lingüística para la elaboración de normas.	24	Ricardo Guibourg
Teoría de la argumentación para la elaboración de normas	24	Rodolfo Vigo
Axiología para la elaboración de normas.	20	María Davobe Caramuto
Elaboración de normas constitucionales.	32	Daniel Sabsay
Elaboración de normas de los tratados internacionales.	16	Horacio Basabe
Elaboración de las normas legales.	32	Ramón Brena
Elaboración de las normas administrativas.	48	Graciela Güidi Ramón Brena
Elaboración de las normas universitarias	8	Alfredo Soto
Elaboración de las normas específicas de la integración.	16	Alicia Perugini
Elaboración de las normas de las sentencias y los laudos.	32	Mario Chaumet
Elaboración de las normas contractuales.	16	Noemí Nicolau Carlos Hernández
Elaboración de las normas testamentarias.	10	Graciela Medina
Elaboración de las normas del "derecho débil"	16	Inés Weinberg de Roca
Elaboración de las normas en cuestiones técnicas.	16	Lelia Devia
Elaboración de las normas negociales relativas a los derechos personalísimos en la relación médico- paciente.	8	Noemí Nicolau
Normas de la negociación colectiva.	8	Adrián Goldín
Asignatura	Horas	Docente
Epistemología para la Elaboración de normas. Filosofía, ciencia y técnica del derecho.	16	Ricardo Guibourg
La noción de derecho y su relación con la elaboración de las normas	58	Miguel A. Ciuro Caldani
La elaboración de las normas en la Filosofía política en general	16	Eduardo Barbarosch
Lógica y metodología de la investigación científica	16	Nancy Cardinaux
Sociología jurídica para la elaboración de las normas	24	Enrique Zuleta Puceiro
Economía política para la elaboración de normas	32	Abraham Stein
Psicología para la elaboración de normas	16	Alicia Corvalán de Mezzano
Historia del derecho para la elaboración de normas	32	Miguel A. Ciuro Caldani
Teoría del conflicto, prospectiva y teoría de la decisión para la elaboración de normas	20	Remo Entelman



Negociación para la elaboración de normas	16	Rubén Calcaterra
Estrategia para la elaboración de normas. Logística.	16	Angel Tello
Lógica para la elaboración de normas.	24	Eugenio Bulygin
Informática y elaboración de normas. Logimática.	16	Daniel Altmark



Comuníquese con nosotros

Departamento de Posgrado – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Av. Figueroa Alcorta 2263 2º Piso (1425) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Teléfono: (011) 4809-5606/07

Correo electrónico de la maestría: mtpenj@derecho.uba.ar

Correo electrónico del Depto. de Posgrado: posgrado@derecho.uba.ar

Sitio web de la facultad: www.derecho.uba.ar

La Revista de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas no comparte necesariamente las opiniones que sustentan los autores de los trabajos incluidos en ella.

Hecho el depósito de ley. Expte. Nro. 459064

Facultad de Derecho

Decano: Dr. Atilio A. Alterini

Vicedecano: Dr. Tulio Ortíz

Secretario Académico: Abog. Gonzalo Alvarez

Director de Posgrado: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani.

Coordinador: Abog. Lucas Bettendorff

Pasante encargado: Roberto Campos

