

PENSAR EN DERECHO N°14



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

NRO. 14 AÑO 8

Comité editorial

Guido Barbarosch
Ivana Bloch
María Victoria Famá
Gisela Makowski
Juan Pablo Mugnolo
Alberto A. Spota
Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese
Susana Cayuso
Raúl Etcheverry
Fernando García Pullés
Carlos Gherzi
Adrián Goldin
Martín Krause
Delia Lipszyc
Luis Niño
Renato Rabbi Baldi



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1º edición: marzo de 2019

© 2019 Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Vicedecano: *Dr. Marcelo Gebhardt*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Leila Devia
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Luis Niño
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Alfredo Vítolo

Consejeros suplentes

Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Mary Beloff
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Juan Pablo Mugnolo
Prof. Carlos Clerc
Prof. Silvina González Napolitano
Prof. Graciela Medina
Prof. Alejandro Argento

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Martínez
Ab. Silvia Bianco
Ab. Pablo Yannibelli
Ab. Fernando Muriel

Consejeros suplentes

Ab. Elisa Romano
Ab. Gisela Candarle
Ab. Aldo C. Gallotti
Ab. Ana Florencia Adelardi Miranda

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Joaquín Santos
Catalina Cancela
Víctor Dekker
Juan Alfonsín

Consejeros suplentes

Yamila Ramos López
Silvia Bordón
Eliana Gramajo
Juan Francisco Petrillo

Representante No Docente

Sra. Lorena Castaño

Secretarios

Secretaria Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*
Secretario de Investigación: *Dr. Daniel Pastor*
Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: *Ab. Marcelo Haissiner*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas G. Bettendorff*
Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*
Subsecretario de Investigación: *Dr. Emiliano J. Buis*
Subsecretario Técnico en Administración: *Ab. Daniel Díaz*
Subsecretario de Planeamiento Educativo: *Dra. Noemí Goldsztern de Rempel*

Índice

Dossier “Temas de Bioética”

Derechos reproductivos y bioética. El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo 9

Nelly Minyerski

Autonomía progresiva de niñxs y adolescentes y bioética: una intersección en (de/re)construcción 39

Marisa Herrera

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en el Código Civil y Comercial59

Néstor Solari

Artículos recibidos por convocatoria abierta

La Justicia Electoral como actor político67

María Alejandra Perícola y Gonzalo Joaquín Linares

La Ley Agote y la protección de la minoridad. El menor abandonado y delincuente desde la mirada de la élite académica y política argentina en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX 115

Sandro Olaza Pallero

Seguros ante los *cyber risks* 157

Elikah de Santana y França Santhiago

El derecho a la vida y la dignidad de la persona humana: análisis
del caso Eluana Englaro por la Suprema Corte Italiana 177
Célia Teresinha Manzan

Comentario bibliográfico

Constitucionalismo y democracia. De la tensión al falso dilema de Guido L.
Croxatto. Ediciones de la UNLa, 2018 191
Daniel E. Rafecas

Dossier
Temas de Bioética

Derechos reproductivos y bioética. El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*

*Nelly Minyersky***

Resumen

El artículo pretende analizar los derechos sexuales y reproductivos a la luz de la bioética, realizar un recorrido por la normativa actual en la materia y, consecuentemente, examinar la interrupción voluntaria del embarazo, su relación con los principios bioéticos y las consecuencias de la penalización del aborto.

Por último, se analizarán las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del feto, y se confrontará el proyecto de ley sobre IVE (Interrupción Voluntaria del Embarazo) presentado por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito con los principios de autonomía, beneficencia y justicia.

Palabras clave: bioética, bioderecho, autonomía, beneficencia, justicia, salud sexual, derechos reproductivos, aborto, interrupción voluntaria del embarazo.

* Con la colaboración de Yanina E Brancatto, abogada.

** Abogada. Profesora consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora de la Maestría en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles. Corredactora del Código Civil y Comercial de la Nación y de los proyectos presentados por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Asesora en la redacción de leyes sobre derechos humanos de mujeres, niños, niñas y adolescentes. Ciudadana Ilustre de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Argentina; nminyersky@gmail.com.

Reproductive Rights and Bioethics. The Right to the Voluntary Interruption of Pregnancy

Abstract

This article seeks to analyze the sexual and reproductive rights in light of bioethics, to go over the actual regulation on the subject matter and, therefore analyze the voluntary interruption of pregnancy, its relation to the bioethic principles and the consequences of the penalization of abortion.

Finally, different theories will be analyzed regarding the legal nature of the fetus, and the law proposal concerning the IVE (Voluntary Interruption of Pregnancy) presented on behalf of the National Campaign for the Right to Legal, Safe and Free Abortion will be confronted with the principles of autonomy, benevolence and justice.

Keywords: Bioethics, Biolaw, Autonomy, Beneficence, Justice, Sexual Health, Reproductive Rights, Abortion, Voluntary Interruption of Pregnancy.

I. Algunas consideraciones sobre la bioética

El concepto de bioética nace a raíz de los problemas que comenzaron a plantearse debido al enorme desarrollo biotecnológico del siglo pasado en el marco de la percepción del peligro que corría la supervivencia de todo el ecosistema por la falta de diálogo entre el saber científico y el saber humanístico, al que pertenecen la ética, la filosofía y las ciencias jurídicas.

La palabra *bioética* aparece por primera vez de la mano del bioquímico estadounidense Van Rensselaer Potter que, destacando como elementos esenciales el mundo de los valores éticos y el mundo de la biología, designa con ese término a la disciplina que promueve el diálogo entre la ciencia y las humanidades, entre la vida y el comportamiento. Se ha dicho que el término aspira a conjugar en síntesis paradigmática, ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y deber ser.

La Asociación Internacional de Bioética ha definido esta disciplina como: “el estudio de los problemas éticos, sociales, legales, filosóficos y otros relacionados, que emergen en la atención de la salud y las ciencias biológicas”.

Podríamos definirla como un diálogo ético y pluridisciplinario (médico, filosófico, antropológico, psicológico, social, jurídico, religioso) sobre dilemas que presenta la vida desde su inicio, pasando por todas sus etapas y vicisitudes hasta la muerte.¹

I. A. Principios de la bioética

Las mayores dificultades y disidencias que ha tenido y tiene que enfrentar esta disciplina es la determinación de los principios y valores morales a tener en cuenta a la hora de examinar una conducta humana que interesa una zona de encuentro en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud (Tinant, 2003).²

Frente a ello, el Informe Belmont³(1978) fue de gran influencia para establecer ciertos principios éticos rectores de la disciplina: *el respeto por las personas* (que luego se ha traducido como el de “autonomía”), *la beneficencia y la justicia*.

El *respeto por las personas (luego autonomía)* incorpora al menos dos convicciones: que los individuos deben ser tratados como entes autónomos y que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección (Hofft, 1999)⁴. La autonomía se entiende en el sentido concreto de la capacidad de actuar sin coacción externa. Respetar la autonomía significa dar valor a las consideraciones y opciones de las personas autónomas, y abstenerse a la vez de poner obstáculos a sus acciones a no ser que estas sean claramente perjudiciales para los demás.

El principio de *beneficencia* es entendido no como un concepto de caridad, sino más bien en un sentido más radical, como una obligación. Son

1. Cf. Bioética, derecho y moral.

2. E. L. Tinant, “Los derechos humanos a la luz de la bioética”, J.A. 2003-III, fascículo nº4, p. 88.

3. *Belmont Report* (1978) fue el resultado del trabajo de una comisión interdisciplinaria que creó el Congreso de los Estados Unidos en 1974 (“Nacional Comisión for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research”), con el propósito de llevar a cabo un completo estudio destinado a identificar “los principios éticos básicos que deberían dirigir la investigación con seres humanos en las ciencias del comportamiento y la biomedicina”.

4. P. F. Hofft, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, ed. De Palma, 1999, p. 7.

aquellos actos que deben tener como reglas esenciales no hacer daño y extremar los posibles beneficios minimizando los posibles daños.

Por último, se entiende al principio de *justicia* como la imparcialidad en la distribución de los riesgos y los beneficios, es decir, aquel que obliga a tratar a los iguales de forma igualitaria. Directamente vinculada con este principio se encuentra la cuestión atinente a los criterios éticos en la asignación y distribución de recursos en la salud.

I. B. Bioética y derecho

i. Ante determinadas prácticas de la bioética, es dificultosa la articulación armónica y la jerarquización de estos principios rectores, por lo que resulta necesario recurrir a una lectura en términos de derechos humanos, sin perjuicio de los aportes del campo de la filosofía.⁵

Es así como entre la bioética y lo jurídico se produce una fructífera relación por la mediación de la filosofía de los derechos humanos, a partir básicamente del reconocimiento expreso de la dignidad humana como principio fundante común a estas disciplinas.⁶

De ese vínculo entre bioética y los derechos surge la “juridización” de los estándares, parámetros y restricciones que propone la primera. Lo que hoy en día se conoce como “bioderecho”, y que brinda la seguridad jurídica que la ética sola no otorga.

ii. Este concepto se encuentra presente en todas las ramas del derecho positivo, que atiende los desafíos de la biología y no puede estar sujeto a la moral, sino que debe valorar la conducta desde un punto de vista relativo en cuanto al alcance que tenga para los demás y para la sociedad, y debe además ser razonable, pues es un instrumento que permite tratar las consecuencias sociales de los avances tecnológicos.⁷

En el marco de una sociedad pluralista, la bioética, el derecho y los diversos sistemas morales se recortan y se influyen mutuamente, algunas veces armoniosamente, y otras no tanto; pero ni la bioética ni el derecho

5. Véase P. F. Hofft, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

6. *Ibidem*, pp. 10 y 11.

7. Messina de Estrella Gutiérrez, G.N. *Bioderecho*, AbeledoPerrot, 1998, pp. 25-27.

pueden reemplazar la moral, así como tampoco pueden subordinarse a “una moral” excluyente de lo considerado amoral por ser distinto, sin perjuicio de considerar la bioética como laica por autónoma.

A propósito de ello, la bioética debe ser laica y estar siempre fundada en bases científicas, y no en creencias de particulares. Como menciona la socióloga Piekarewicz Sigal, “la ética de nuestro tiempo ha de basarse en el conocimiento científico, probado y comprobado, y no en creencias particulares”⁸. Y, haciendo referencia al bioquímico Potter, la humanidad debe dotarse “urgentemente [de] una nueva sabiduría que le proporcionará ‘el conocimiento sobre cómo utilizar el conocimiento’ para la sobrevivencia del hombre y el mejoramiento de su calidad de vida”. Y al tiempo que propuso el término *bioética* consideró que la misma debía “cimentarse en la biología, ampliada más allá de sus límites tradicionales para incluir los elementos más esenciales de las ciencias sociales y las humanidades, con énfasis en la filosofía en sentido estricto, o sea, en el ‘amor a la sabiduría’”⁹.

II. La salud sexual y reproductiva a la luz de la bioética y el derecho

Cuando nos encontramos frente a problemas bioéticos estamos ante una convergencia entre hechos biológicos por un lado, y sistema de valores por el otro, que requieren con frecuencia de un cauce jurídico, dando lugar así al “bioderecho”. En estas ocasiones y ante las necesidades de tutela de las personas que son parte de sociedades con profundas y rápidas transformaciones, se origina un nuevo ámbito del derecho llamado “derechos personalísimos”.

Estas necesidades de tutela fueron canalizadas por el derecho internacional de los derechos humanos, asumiendo así una serie de valores fundamentales y su protección en cuanto derechos que atañen directamente a la dignidad personal, la vida, la salud, la libertad y la solidaridad, constituyendo a su vez “piedras angulares de la bioética moderna”¹⁰.

8. M. Piekarewicz Sigal, *Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina*, Barcelona, 2015.

9. V. R. Potter en M. Piekarewicz Sigal, *Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina*.

10. Mateo, 1987, citado por Hooft, P.F. en *op. cit.* p. 10.

Una clara muestra del camino que la reflexión bioética va abriendo en el derecho y la sociedad; y a la inversa, de la existencia de vasos comunicantes entre la bioética y los derechos humanos, se vislumbra en las concepciones sobre salud, en particular salud sexual y derechos reproductivos, que emanan de los tratados internacionales de derechos humanos mencionados e incorporados a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (cf. art. 75 inc. 22). En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 11, 12 y 17), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 3, 7, 12, 16, 18, 19, 25 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 11 y 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 6, 17, 18, 19, 23, 24, 26 y 27), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4, 5, 11, 12, 13, 17 y 19), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 3, 4, 10, inc. h, 12 y 16, inc. e) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 2, 3, 6, 12, 13, 14, 16, 23, 27 y 28) se reconoce un plexo de principios, derechos y garantías que se vinculan a la protección de la sexualidad saludable y la procreación responsable como derechos humanos básicos.

Entre estos adquiere particular relevancia la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que en su art. 16 inciso e) establece que los Estados adoptarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer con relación al matrimonio y las relaciones familiares, y asegurarán, en las mismas condiciones de igualdad que los hombres, los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. Asimismo, en su artículo 12 manifiesta que los Estados adoptarán las medidas para eliminar la discriminación en el “acceso a los servicios de atención médica, incluso los que se refieren a la planificación familiar” y garantizarán los “los servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario...”. Y en el artículo 24 ratifica la obligación y el compromiso de los Estados de adoptar las medidas necesarias para conseguir la plena realización de los derechos consagrados en la Convención.

II. A. El derecho a la salud sexual y procreación responsable

i. El derecho a la salud sexual y procreación responsable reconoce la capacidad de decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Así como el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

Coincidimos con Petchesky y Correa¹¹ en que los derechos reproductivos y sexuales se encuentran basados fundamentalmente en cuatro principios éticos: *integridad corporal, autonomía, igualdad y diversidad*.

El *principio de integridad corporal* se refiere a la seguridad y el control sobre el propio cuerpo. Es decir, constituye el derecho de la persona a no ser alienada su capacidad sexual y reproductiva (relaciones sexuales coercitivas, mutilaciones genitales, barreras para el acceso a métodos de regulación de la fecundidad, esterilizaciones e intervenciones médicas no consentidas), el derecho a preservar su integridad física (prevención de embarazos no deseados, protección frente a intervenciones médicas o métodos anticonceptivos inseguros), y el derecho a gozar de las potencialidades del cuerpo con relación a la salud, la procreación y la sexualidad.

El *principio de autonomía* reconoce la capacidad moral de las personas y respeta su autodeterminación. Lo cual significa considerar a las personas como sujetos decisores en materia de reproducción y sexualidad, reconociendo su exclusiva potestad en estos asuntos.

El *principio de igualdad* reconoce la necesidad de que varones y mujeres compartan el compromiso respecto de la vida sexual y reproducción, refiriéndose también a la equidad entre las mujeres en el ejercicio pleno de los derechos reproductivos y sexuales.

Por *último*, y en estrecha relación con el principio anterior –de igualdad– el *principio de diversidad* se refiere a la consideración que debe realizarse respecto a que los derechos sexuales y reproductivos –sin perjuicio de

11. Para un desarrollo véase Petchesky y Correa, 1994 cit. por Ramos Silvina, *Derechos reproductivos y sexuales*, Trib. Permanente por los Derechos de las Mujeres a la Salud, Jornada preparatoria del 8/9/1997, Foro Permanente por los Derechos de las Mujeres.

su universalidad— frecuentemente asumen diferentes significados o prioridades según los contextos sociales y culturales, convocando a que esas diferencias sean tenidas en cuenta.

ii. Los Estados tienen obligaciones positivas para garantizar y fortalecer los derechos humanos, entre ellos los relacionados con la salud sexual y reproductiva, por eso el derecho internacional contempla en sus instrumentos obligaciones positivas, algunas de ejecución inmediata y otras de ejecución progresiva, considerando los recursos estatales y las dificultades que pueda enfrentar.

Desde tal perspectiva, los derechos sexuales y reproductivos son un territorio conceptual que se definen en términos de poder y recursos: poder para tomar decisiones informadas sobre la reproducción, la crianza de los hijos, la salud reproductiva y la vida sexual, y recursos para estar en condiciones de tomar decisiones seguras y efectivas. Estos derechos articulan así: a) la obligación de los Estados de respetar y hacer respetar la autonomía personal sobre la sexualidad; b) la acción estatal en la construcción de entornos democráticos, plurales y habilitantes para el ejercicio de las libertades y disfrute de los derechos; c) el diseño y la implementación de políticas dirigidas a hacer frente a inequidades y promover la inclusión, participación y transformación de las relaciones sociales.¹²

Resulta trascendente el papel que la referida normativa juega en la reflexión bioética, para el análisis y la toma de decisiones en un plano de alteridad con todas las cuestiones vinculadas a la salud sexual y reproductiva, por cuanto pasan a tener una presencia real y concreta en la sociedad, por un lado y, por otro lado, no deja margen para considerar que la política que se implemente al respecto constituya una concesión gratuita, sino el cumplimiento de una obligación en el respeto, la garantía y efectivización de los derechos sexuales y reproductivos en un marco de libertad, igualdad, justicia y pluralismo.

Una de las funciones del derecho es legitimar sujetos o grupos sociales que hasta hace algún tiempo atrás estaban invisibilizados. Al dictarse una

12. Petchesky y Correa, 1994, citado por Silvina Ramos, “Derechos reproductivos y sexuales, Trib. Permanente por los Derechos de las Mujeres a la Salud”, Jornada preparatoria del 8/9/1997, Foro Permanente por los Derechos de las Mujeres.

ley, lo que solo se consideraba posible se transforma en permitido, ejerciendo un poder concreto en las personas cuya única referencia moral es la ley positiva. Es decir, frente a una dicotomía entre hechos biológicos y moral, lo que la ley permita y le dé al ciudadano capacidad de exigir, será aquello únicamente válido para quienes requieren de la ley escrita para validar determinada acción.

II. B. La salud y los derechos reproductivos en las leyes

A nivel nacional, se sancionó en el año 2002 la Ley 25.673 mediante la cual se crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, cuyos objetivos consisten en alcanzar el máximo nivel de salud sexual y procreación responsable, con el fin de que la sociedad adopte decisiones libres de discriminación, coacción y/o violencia; disminuir la morbimortalidad materno-infantil; evitar los embarazos no deseados; promover la salud sexual en adolescentes; contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual; garantizar el acceso a la información, orientación, métodos anticonceptivos y prestaciones de salud; y potenciar las decisiones femeninas en materia de salud sexual y procreación.

En consonancia con el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, el programa procura establecer un marco más democrático y equitativo frente a las desigualdades basadas en el género, en las clases sociales, y en las posibilidades territoriales de acceso a la información. El acceso de los beneficiarios del programa a la información sobre características, riesgos y eventuales consecuencias, sin distinción de género o clase social, garantiza la libertad individual en materia de anticoncepción y procreación.

Asimismo, la ley conjuga los principios de privacidad y libertad en función del proyecto o plan de vida, en cuanto al ejercicio libre de la sexualidad y planificación familiar.

Tal aspecto se pone de manifiesto cuando la normativa consagra entre sus fines más expuestos la prescripción y el suministro de métodos y elementos anticonceptivos a demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios e información previa sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT), los que deberán ser de carácter

reversible, no abortivos y transitorios,¹³ debiendo respetarse el criterio o la convicción del destinatario, salvo contraindicación médica específica.

En este sentido, es de suma importancia resaltar la cuestión de los actores de conciencia, quienes se interpreta tienen el deber y no la facultad –como parece sugerir el texto de la ley– de derivar a la población asistida a otros centros efectores de salud para recibir la información necesaria. De otro modo, se estaría vulnerando el derecho a la información completa sobre la salud sexual y reproductiva.

En síntesis, con base en nuestra realidad social, esta normativa logra hacer conjugar y reunir los principios bioéticos de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, con los derechos humanos a la salud (entendiéndola de forma integral y no solo como la ausencia de enfermedad), a la privacidad (y a la intimidad), el derecho a la igualdad y el derecho a la información (consagrados en los pactos internacionales incorporados a nuestra carta magna), que resultan inherentes en la sexualidad y reproducción de los las personas.

Se ha ponderado la ley como criterio de orientación a la hora de resolver los problemas ético-jurídicos que plantea la intervención humana tendiente a impedir la transmisión de la vida, habilitando que la intervención-actividad estatal en esta cuestión se vuelque esencialmente a tornar operativos los propósitos de la norma (educar, asesorar, informar, prevenir enfermedades y embarazos no deseados, etcétera), sin dañar a sus destinatarios en su dignidad ni avasallar ningún derecho personalísimo asentado en la libertad sexual, de procreación o de planificación familiar.¹⁴

13. La exigencia legal de que los métodos anticonceptivos a implementarse devengan reversibles, no abortivos y transitorios resulta acorde con la normativa vigente en materia penal (arts. 85, 86, 88 , 91 y concs. del Cód. Penal) y de salud básica (art. 20 inc. 18 de la Ley 17.132). Sin perjuicio de ello y de que el tema será abordado con mayor detalle más adelante, queremos dejar al menos planteado en este punto, que a la hora de efectuar el estudio técnico del método o elemento a clasificar, debe propiciarse un análisis netamente científico, desprendido de toda connotación o controversia religiosa o filosófico-política, en virtud del irrestricto respeto a la convicción del destinatario. (cf. Boragina Juan C., “Comentarios y reflexiones acerca de la Ley 25.673 de salud sexual y procreación responsable”, J.A.2004-II, fascículo N°3, p. 23).

14. Cf. J. C. Boragina, en *op. cit.*, p. 24.

A nivel local, algunas provincias sancionaron sus propias leyes sobre la materia (CABA, San Luis, Tierra del Fuego, etcétera), otras implementaron programas de salud reproductiva a través de la sanción de leyes o decretos (La Pampa, Santa Fe, Chaco, etcétera) y otras simplemente adhirieron a la Ley Nacional, como Santa Cruz. Algunas provincias, sin embargo, optaron por una posición abstencionista (La Rioja, Catamarca, etcétera).

La Legislatura porteña sancionó en el año 2000 la Ley 418 sobre Procreación Sexual y Salud Reproductiva. Una lectura atenta de los objetivos plasmados en el texto normativo refleja el desarrollo de las tres funciones –complementarias– del concepto de libertad reproductiva (información, prevención y planificación); reuniendo así el derecho a la vida y salud en aplicación del principio de beneficencia con la libertad de intimidad en cuanto a la realización de un plan de vida, en traducción del principio de autonomía.

En particular, el alto contenido bioético de la Ley 418 fue puesto de manifiesto, al destacarse que las prestaciones tal como se encuentran enunciadas en el texto legal contemplan los principios de beneficencia (art. 3) y en especial el de no discriminación (arts. 3 y 5) que deviene del de justicia, ya que las prestaciones se establecen como gratuitas para toda la población. Al mismo tiempo que se subraya la amplitud con que se encuentra consagrado el principio del consentimiento informado a través de la importancia que la ley otorga a la prevención, educación e información (art. 4, y 7 inc. a).¹⁵

Un mes después de su sanción, la normativa fue modificada por la Ley 439. La modificación introdujo el respeto por las creencias y los valores (aunque dicha modificación resultó innecesaria, ya que del texto originario no surgía signo alguno de coacción); modificó el texto del art. 7 inc. c. que en la Ley 418 establecía métodos anticonceptivos serían “reversibles, transitorios, no abortivos”, luego de la reforma se establecía que la condición de no abortivos estaría dada por la aprobación del Ministerio de Salud, es

15. Cf. N. Minyersky, amicus presentado en su carácter de presidenta de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, en el caso “Liga de amas de Casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/ GCB. s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”.

decir, cualquier método anticonceptivo por el solo hecho de esta aprobado por dicho Ministerio se convertía en no abortivo; por último, estas mismas finalidades llevaron a la modificación del texto del artículo 8.¹⁶

La sanción de leyes como las que nos ocupan, lejos de constituir una imposición, plantea opciones que permanecerán en la esfera de decisión de cada persona. Lo importante es no solo que la posibilidad exista, sino que los destinatarios de aquella accedan a la información necesaria de forma clara y completa para poder ejercer el derecho a decidir con libertad. Sin ello, principios como los de justicia social, autonomía, no discriminación, que a la vez constituyen derechos junto a la vida y a la salud, se verían seriamente afectados en su vigencia práctica.

III. Interrupción Voluntaria del Embarazo. Aborto

i. En nuestro país, desde 1921, el aborto es un delito de los denominados contra la vida, tipificado en el Código Penal en los artículos 85 a 88.

Puntualmente en el art. 86 se establece: “Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

Sin embargo, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el realizarse la práctica.”

16. El art. 8 en su primera versión establecía: “Se faculta a la autoridad de aplicación de la presente Ley a incorporar nuevos métodos de anticoncepción debidamente investigados y aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación”. Por la nueva redacción enuncia que: “Se faculta a la autoridad de aplicación de la presente Ley a incorporar nuevos métodos de anticoncepción, que en todos los casos serán de carácter reversible, transitorio, no abortivos, debidamente investigados y aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación”.

Las causales establecidas en el artículo precedente, durante décadas e incluso en la actualidad, no han sido respetadas, careciendo la norma de efectividad y eficacia, con el consiguiente sufrimiento para las mujeres involucradas. Solo en determinados sectores, desde la justicia y en especial después del fallo de Corte “F.A.L.”, se ha comenzado a reconocerse y aplicarse debidamente la interrupción legal del embarazo frente a las causales que el Código habilita en su articulado.

ii. La penalización de la interrupción voluntaria del embarazo es contraria, fundamentalmente, a las recomendaciones de organismos internacionales sobre la materia. Entidades autorizadas de las Naciones Unidas han llegado a la conclusión de que las mujeres tienen el derecho de decidir en los asuntos relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo, inscribiéndolo como un derecho reproductivo al ponderar el resto de los derechos humanos que corren riesgo cuando el acceso de las mujeres a los servicios de aborto legal y seguro está restringido.¹⁷

El Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han hecho notar en repetidas ocasiones su preocupación por la relación entre las leyes que restringen la práctica, con el aborto clandestino y los riesgos para la vida de las mujeres, recomendando por lo tanto la revisión o enmienda de ellas.

En la última observación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OG N°36-10/2018), el mismo se expidió sobre el derecho a la vida, en particular sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité aclara: “Aunque los Estados partes pueden adoptar medidas destinadas a reglamentar la interrupción del embarazo, dichas medidas no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de la mujer embarazada o de sus otros derechos en virtud del Pacto, como la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Además, la penalización del aborto provoca que las mujeres argentinas que tienen la necesidad de llevar a cabo dicha práctica lo hagan en forma

17. Para un desarrollo de ellas consultar “¿Por qué el aborto es un tema de derechos humanos?”, versión electrónica en www.hrw.org.

clandestina¹⁸ poniendo en riesgo su vida, su salud¹⁹ y su libertad, además de someterse a situaciones de humillación y gran sufrimiento.

Incluso, no hay que perder de vista las repercusiones que la práctica clandestina genera en el ámbito familiar de aquellas mujeres que corren con la suerte de sobrevivir a dicha intervención. En el caso de que la mujer sea denunciada, se la condena al encierro carcelario, lo que implica tremendas consecuencias para ella y su entorno familiar. Genera un estigma social que afecta no solo a ella, sino a todo su grupo familiar, principalmente en el caso de que existan hijos.

Los resultados fácticos de una política legislativa restrictiva sobre el aborto hacen sentir sus efectos negativos sobre las mujeres más desvalidas de la sociedad, propiciando prácticas discriminatorias. Así, las mujeres que tienen los medios económicos y quieren interrumpir un embarazo no deseado tienen la posibilidad de hacerlo en condiciones seguras, de manera discreta y con un servicio de calidad –sin perjuicio del fuerte impacto económico

18. En nuestro país se estima que se realizan entre 500.000 y 1.000.000 de abortos voluntarios al año de manera “clandestina”.

19. En la Argentina, las tasas de la “muerte materna” son elevadas con relación a otros indicadores de salud del país, y también en relación con otros países de la región. A nivel nacional, y para el año 2016, (últimos datos disponibles en el Ministerio de Salud de la Nación), murieron 245 mujeres. El 17,6% de esas muertes fueron producto de abortos, constatándose graves diferencias según la edad, el nivel socioeconómico y el nivel de escolaridad. La franja etaria más afectada es entre 20 y 29 años (<http://www.deis.msal.gov.ar/index.php/anuario-2017/>). Cabe destacar que las estadísticas sobre muertes producto de abortos son estimativas, puesto que muchas de ellas son registradas bajo otras causales como sepsis y complicaciones en el puerperio, hemorragias anteparto, muerte obstétrica de causa no identificada, y/u “otras causales”, etcétera. Incluso, como lo señalan expertos sobre el tema y estudios parciales existe un subregistro en el cálculo de aproximadamente 50% debido al error en la certificación médica de defunción, y a que las mismas mujeres que abortan ocultan el hecho. Solo un pequeño porcentaje de estas mujeres reconocen haber realizado maniobras abortivas, “porque lo consideran vergonzante y por temor al castigo judicial, a sufrir represalias. Todo esto ocurre porque muchas mujeres están desesperadas y se dan cuenta de que no han podido prevenir un embarazo no deseado. Es que no tienen los medios y la educación que les permitan decidir cuántos hijos van a tener, si los van a poder educar y alimentar” (cf. diario *La Nación*, 27 de mayo de 2002) Para más detalle consultar <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/000001229cnt-analisis-mmi-2007-2016.pdf>.

que representa para la mujer y su familia la práctica del aborto—,²⁰ mientras que muchas mujeres en condición de pobreza se enfrentan a la peor calidad técnica y ninguna calidad humana, con riesgo de hemorragia, infección e incluso la muerte. Paralelamente, las mujeres pertenecientes a esta clase social corren un mayor riesgo de ser denunciadas y sancionadas con penas privativas de la libertad, ya que en casos de complicaciones relacionadas con un aborto inseguro se ven obligadas a acudir a efectores de salud pública donde tienen lugar la mayoría de las denuncias.

iii. Como contrapartida, es necesario señalar las implicancias de llevar adelante un embarazo no deseado y la experiencia de ser madre contra la voluntad, lo que suele traer consecuencias emocionales graves para la mujer y su familia, poniendo especial énfasis en niñas y adolescentes que son obligadas a transitar un embarazo no deseado, un parto (con los riesgos que ello implica) y una crianza forzada.

Siguiendo a Cohen: “forzar a una mujer a soportar un embarazo no deseado es imponerle por la fuerza una identidad: la identidad de ser mujer embarazada y de madre. Innegablemente, es la integridad corporal de las mujeres, en el sentido físico, tanto como el emocional, lo que se pone en juego a través de la penalización del aborto. Pero también se hace peligrar su integridad personal”²¹.

Si tenemos en cuenta un concepto amplio de salud que integre todos los aspectos de la persona, no se pueden ignorar las posibles consecuencias psicológicas, sociales y familiares que importan prohibir a la mujer adoptar una decisión sobre la maternidad. La prohibición del aborto es ineficiente y contraproducente, puesto que no aleja a las personas gestantes de la decisión adoptada, sino que las coloca en situación de riesgo.

20. Algunas investigaciones indican que los abortos clandestinos realizados por proveedores de salud pueden costar entre un cuarto y la mitad del sueldo promedio mensual de la mujer. La penalización del aborto propicia un mercado negro en el que el precio de la intervención resulta exagerado. Se calcula que el coste del aborto clandestino llega a ser diez veces mayor del que se fijaría en un sistema no penalizado. Véase Rachel N. Pine, “Achieving Public Health Objectives through Family Planning Services”, en *Making Abortion Safe And Legal: The Ethics And Dynamics Of Change. Reproductive Health Matters*, N° 2, noviembre de 1993, p. 80.

21. Jean L. Cohen, “Para pensar de nuevo la privacidad, la autonomía, la identidad y la controversista sobre el aborto”, en *19 Debate Feminista* (México, 1999).

III. A. El aborto y la bioética

Por supuesto la penalización del aborto no se condice con ninguno de los principios rectores de la bioética.

No otorga ninguna relevancia al principio de autonomía, principio que se refiere al derecho de las personas a ejercer su libertad de acción y de elección y se basa en el debido respeto a la persona humana como fin en sí mismo y sujeto moral por su autodeterminación formando, por tanto, parte integrante de la beneficencia, y poniéndose al servicio de ella.²²

Al mismo tiempo importa un franco desconocimiento del principio de justicia, no solo en sentido individual, en razón de la obligación de igualdad de tratamiento, sino en un sentido más amplio comprensivo de lo social.²³

En este orden de ideas, el principio de autonomía aparece como un reclamo al respeto por las conductas autorreferentes, lo que implica la no intervención estatal en el plan de vida que cada persona, cada ciudadano elige; y reconociendo como único límite no dañar a terceros.

Cuando el derecho de las mujeres a tomar decisiones autónomas con respecto al aborto se encuentra restringido, careciendo del acceso a los servicios de aborto legal y seguro, queda amenazada una amplia gama de derechos humanos al tiempo que no se garantizan los principios de beneficencia y justicia de la bioética.

No hay que perder de vista que muchos de los casos que culminan en una práctica abortiva son producto de la falta de información en materia de anticoncepción y prevención de embarazos no deseados, violando así no solo el derecho a decidir libremente sino también a informarse de forma

22. José A. y María M. Mainetti, “El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama”. *Lexis- Nexis* N° 983734.

23. En tal sentido se resalta que la mortalidad materna por causa de abortos practicados en condiciones inseguras es un problema que excede el ámbito sanitario y remite, directamente, a la situación socioeconómica de las mujeres y al incumplimiento de sus derechos. “La mortalidad materna es la expresión extrema de la negación de derechos que emerge como la punta de un iceberg”, precisa el estudio y detalla que “las muertes maternas son una expresión inequívoca de las desventajas económicas, sociales y culturales que padecen las mujeres”. De hecho, se señala que el 5% de las fallecidas por causas de muerte materna no había asistido a la escuela, el 20% tenía educación primaria incompleta, solo el 40% completó sus estudios iniciales y apenas el 17% había accedido a la escuela secundaria. (Fte: Diario *Diario UNO*, Mendoza, 23/9/2004).

completa con el fin de ejercer dicho derecho de la manera más eficaz posible. No olvidemos que se encuentra vigente la Ley 26.150 que establece el derecho de todos los y las estudiantes a recibir Educación Sexual Integral en los tres niveles educativos, tanto en establecimientos públicos como privados, sancionada hace 10 años en nuestro país sin que, a la fecha, tenga aplicación efectiva, y respecto de la cual grupos antiderechos se proclaman en contra, propiciando aún más la desinformación sobre salud sexual y procreación responsable.

Los operadores del derecho debemos tener como misión bregar porque se alcance una verdadera relación entre derechos sexuales y reproductivos, derechos humanos y los principios de la bioética, que permita superar la suerte de incompatibilidad que aún existe desde los datos que nos aporta la realidad social. El marco de esa nueva relación que debe impregnar las leyes y sus prácticas no puede ser otro que el más absoluto respeto por los derechos humanos de todos y cada uno de los integrantes de la familia.

III. B. Naturaleza jurídica del embrión

i. La interrupción voluntaria del embarazo se presenta como uno de los temas que más conflictos de distinto orden despierta en su abordaje.

En el debate se encuadran aquellos que adjudican al feto igual entidad jurídica, e iguales derechos y obligación que la persona gestante, le otorgan el derecho absoluto a la vida. Y, por otro lado, aquellos que adjudican a la persona gestante el derecho absoluto a decidir sobre su cuerpo. Manifiesta la socióloga Piekarewicz Sigal que el debate fundamentado en estos opuestos es falso: no es posible asignar derechos absolutos, sino establecer una ponderación de estos, entendiendo que ningún derecho humano tiene ni puede tener preeminencia sobre ningún otro; por naturaleza son indivisibles, interdependientes, complementarios y no jerarquizables.²⁴

Las teorías más conservadoras, lideradas en su mayoría por las corrientes religiosas, basan su oposición al aborto en que la vida humana debe ser protegida desde su concepción y consideran al cigoto/embrión/feto como un ser individual con derechos, y que la decisión sobre su vida corresponde solo a Dios.

24. M. Piekarewicz Sigal, *Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina*, Barcelona, 2015.

Esta concepción es propia de una bioética religiosa que entiende la vida como una concesión divina. Ahora bien, es importante recordar que cuando hablamos de aborto nos referimos a una legislación que corresponde al mundo civil y no al canónico. De la misma manera, no podemos dejar de destacar el necesario carácter laico del Estado en sociedades caracterizadas por la pluralidad como son las actuales. La laicidad del Estado implica el reconocimiento de que todos los seres humanos tienen derecho al respeto de su libertad de conciencia, algo que solo puede lograrse asegurando la igualdad de trato entre quienes profesan diferentes religiones y convicciones. Así, resulta necesario que el orden político elabore y sancione normas colectivas sin que se imponga una cosmovisión particular con carácter hegemónico.

En este sentido, el encuadre jurídico del embrión debe ser articulado con las ciencias biológicas, sociales y éticas en un marco de laicidad.

ii. Desde las ciencias biológicas, un embrión no es lo mismo que un ser humano, y necesita de una serie de pasos para llegar a serlo. De forma muy clara lo ha explicado el doctor y biólogo Alberto Kornblihtt en su exposición ante el Senado frente al debate sobre la despenalización y legalización del aborto llevado a cabo en el año 2018. El científico deja claro en su discurso que “embrión o feto no son seres independientes de la mujer gestante” y también explica que “La biología no define vida humana, sino vida. La vida es una forma particular de organización de la materia que cumple con dos condiciones esenciales: reproducción y metabolismo. La definición de vida *sensu stricto* está referida solo a células. Una célula viva lo está porque puede dividirse y metabolizarse. La definición de vida celular no es resultado de ninguna convención social ni jurídica. Las células de un embrión están vivas, así como las del feto, las del bebé y las de un adulto”.²⁵

Otros científicos han abordado el tema desde distintas disciplinas, así Luigi Ferrajoli expresa que “las tesis que afirman y las que niegan que el embrión es una persona no son ni verdaderas ni falsas. El hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aun siendo indudablemente cierto, no es un argumento suficiente para establecer que el embrión, ni siquiera el feto, son personas”. Para él “siempre que se comparta principio laico y liberal de la

25. Véase: <https://www.laizquierdadiario.com/Alberto-Kornblihtt-Un-embriion-no-es-lo-mismo-que-un-ser-humano>.

separación entre derecho y moral, la cuestión de si el feto (como el embrión) es o no persona no es una cuestión científica o de hecho, al ser *indecidible* en el plano empírico, sino una cuestión moral que admite soluciones diversas y opinables, y no puede ser resuelta por el derecho privilegiando una determinada tesis moral, la que considera al feto una persona, imponiéndola a todos y por tanto obligando también a las mujeres que no la compartan a sufrir dramáticas consecuencias.”²⁶

Según Dworkin el conflicto se suscita por los diferentes valores que se le atribuye a la vida, así un grupo enfatiza el valor de la vida en la contribución humana a ella, y otro grupo más conservador le dan valor supremo a lo natural en desmedro de la contribución humana.²⁷

Siguiendo a Farrel, el autor otorga distinta entidad al valor “vida humana” según el estadio del embarazo. A medida que aumenta el valor de la vida humana, disminuye la autonomía, es decir, la fuerza de derechos puede variar con el transcurso del tiempo. Coloca el eje en el valor de la vida humana y no sobre el concepto de persona (concepto normativo), lo lleva a pensar que el feto no es persona en ninguno de los tres trimestres.²⁸

iii. En materia de derecho, si bien nuestro Código Civil establece en su artículo 19 que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”, es solo a los efectos civiles. El único derecho que se le concede es el hereditario, contemplando el caso del fallecimiento del padre antes de su nacimiento, y queda sujeto también a que el concebido nazca con vida (artículo 2.279 inc. b)²⁹. Es decir, se crean ficciones jurídicas con el objeto de proteger algunos derechos.

Es necesario entonces que el artículo sea leído en conjunción con todo el articulado, teniendo en consideración la pluralidad de fuentes

26. L. Ferrajoli, “La cuestión del embrión: entre el derecho y la moral”, en *Aborto: el derecho a decidir*, Directora: Marta Lamas, Debate Feminista, México, 2006, Año 17, Vol. 34, p. 37.

27. Véase Ronald Dworkin, *Life's Dominion*. Nueva York, Vintage, 1993.

28. M. Farrel, “¿Existe un derecho constitucional al aborto?”, disponible en https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/EXISTE_UN_DERECHO_CONSTITUCIONAL_AL_ABORTO.pdf

29. Véanse las notas a los artículos 70, 3.290 y concurrentes del Código Civil de la Nación de Vélez Sarsfield.

(Tratados Internacionales y Constitución Nacional) y los fundamentos del proyecto.

El artículo 21 establece que “los derechos y obligaciones del concebido o implantado en una mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida”, y continúa “si no nace con vida, se considera que nunca existió”.

Dentro de las reflexiones sobre la conceptualización del momento desde el que se es persona, se observa el distinto tratamiento que el derecho penal otorga a los delitos de homicidio y aborto, y la consecuente diferenciación de penas que le caben al autor de uno u otro caso.

Es necesario tener especial cuidado en la interpretación de las normas. La misma debe hacerse en conjunción con toda la legislación, a los fines de no generar interpretaciones tergiversadas de las leyes. Las interpretaciones restrictivas pueden hacer de la letra de la ley un estandarte de prohibiciones, limitaciones y violación de derechos humanos fundamentales, sin que haya sido pensada y legislada para tales efectos.

III. C. Una tercera corriente

Podría decirse sobre una tercera corriente, aquella que considera a la embriogénesis como un proceso de continuo y gradual desarrollo que se inicia con la anidación del embrión y concluye con el fin de la gestación. Esta propuesta rige en cada vez más legislaciones. Se basan en tipos de “causales de justificación”, y los parámetros que se toman en cuenta son: el tiempo de embarazo y, en especial, sus circunstancias (ya sea embarazos productos de violación y/o con riesgo de vida, o que coloquen en peligro la salud³⁰ de la persona gestante, etcétera). En estos casos “especiales” se privilegian los derechos de la mujer o persona gestante, aceptando la interrupción del embarazo en ciertos periodos dependiendo cada legislación (en general el límite se traza entre la semana 12 y 20 de gestación).

Esta corriente, entonces, reconoce el derecho absoluto de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo durante las primeras semanas de gestación, y al embrión le reconoce una tutela jurídica –no como persona en términos jurídicos–, cuya protección incrementa a medida que logra viabilidad

30. Entendiendo a la “salud” como un “estado de completo bienestar físico, mental y social” en consonancia con la Organización Mundial de la Salud.

extrauterina.³¹ Es decir, a medida que va aumentando la autonomía del feto, va disminuyendo la autonomía de la mujer en cuanto a la adopción de determinadas decisiones. Ejemplo de ello es que el proyecto de interrupción voluntaria del embarazo intente legislar sobre la posibilidad de aborto fuera del término estipulado en casos de inviabilidad extrauterina del feto.

La teoría de la viabilidad ha sido tomada por el Dr. Mario Magariños, en una sentencia dictada en junio de 2019 por la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (voto en minoría), donde se habría suscitado un aborto en el tercer trimestre del embarazo de una adolescente.

El camarista sostiene que “dada esa condición de viabilidad *exclusivamente* intrauterina, esto es, dependiente de modo inescindible de la permanencia en el interior de la mujer gestante y, por lo tanto, conformando así una evidente unidad corporal, el embrión se configura, en ese período gestacional, como una parte más, consustancial, de un único cuerpo humano, de una sola y exclusiva unidad personal: la constituida por la persona gestante.”

Continúa de manera muy clara, “un embrión de aproximadamente nueve semanas de gestación y, por consiguiente, la absoluta carencia de toda posibilidad, científicamente comprobada, de viabilidad extrauterina en ese estadio, determina, tanto desde una perspectiva biológica y médica, como desde la propia lógica jurídica, e incluso desde una observación apoyada en un puro criterio de sentido común, la insustentabilidad de considerar allí la existencia de ‘otra persona’, susceptible de ser conceptualmente diferenciada de la propia mujer gestante.”

En esta línea y referenciando al Dr. Kornbliht, entiende que el embrión no puede ser considerado más que “como un órgano de la madre”, por lo tanto, y en resumidas cuentas, no cabría punición alguna puesto que estaríamos ante una autolesión por parte de la mujer y “toda lesión producida de propia mano por una mujer sobre una parte de su cuerpo no posee ninguna relevancia jurídico-penal respecto de ella”³².

31. M. Piekarewicz Sigal, *Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina*, (Barcelona, 2015).

32. CCC 15995/2015/TO1/CNC1. “C.P.C. s/violación según párrafo 4to. art. 119 inc. b, etcétera.”.

Consideramos que la cuestión de la gradualidad hace difícil determinar un punto de inflexión en el proceso de gestación, que pueda ser considerado el momento en que el embrión cambia de estatus, es decir, deja de ser parte incompleta de un proceso dinámico para ser persona.

Por lo tanto, entendemos que si bien la corriente gradualista pareciera ser la respuesta más adecuada a la bioética, consideramos que el único momento en que el embrión cambia de estatus jurídico es en el nacimiento. En consecuencia, en los casos de inviabilidad extrauterina o peligro en la salud o en la vida de la gestante, debe prevalecer hasta último momento los intereses de esta última por sobre los del feto.

IV. Algunas realidades

Un caso emblemático que se ha suscitado en nuestro país, y que da una clara muestra de cómo la penalización del aborto es contrario a todos los principios bióticos descriptos, es el caso de la joven Ana María Acevedo.

En el año 2006 se le diagnosticó a la joven cáncer maxilar. En diciembre de ese mismo año le confirmaron que estaba embarazada, por lo que el equipo de salud que la asistía decidió unilateralmente no iniciar el tratamiento de quimioterapia, por estar contraindicado para las personas en estado de gravidez y por afectar a la salud del feto. En virtud de ello, la joven y su familia solicitaron al equipo de salud que se le practicara un aborto terapéutico –y encuadrado en las causales de aborto no punible–, y de esta forma dar tratamiento a su enfermedad. Ante la negativa, su madre comenzó un largo camino judicial para que autorizaran a Ana María la interrupción legal del embarazo.

La negativa de los médicos y del sistema judicial, retrasaron el tratamiento necesario para su enfermedad y, finalmente Ana María Acevedo, encontrándose en terapia intensiva en estado “*pre-mortem*” fue sometida a una cesárea dando a luz a un bebé de pocas semanas que, por supuesto, falleció a las 24 horas de nacida, al igual que Ana, quien falleció el 17 de mayo dejando sin madre a tres niños.

Mediaron en este caso las creencias religiosas de los médicos y las médicas que intervinieron en el caso, propiciando tratos crueles, inhumanos y degradantes, en contraposición a las Convenciones Internacionales que, con jerarquía constitucional, rigen en nuestro país.

El más reciente caso es el de una mujer oriunda de la localidad de Tigre, Provincia de Buenos Aires, fallecida el 29 de mayo de 2019 (un día después de presentado el proyecto de ley de IVE ante el Congreso) por una infección generalizada, un shock séptico, producto de una maniobra de aborto incompleto.³³

Los casos se multiplican, en las provincias del interior niñas violadas son obligadas a transitar embarazos y partos no deseados. En enero de este año una niña de 12 años oriunda de la provincia de Jujuy fue obligada a transitar un embarazo producto de la violación ejercida por un vecino de 60 años. A pesar de que la niña y su madre solicitaron se le practique la interrupción del embarazo, encuadrada en las causales legales, la obligaron a parir un bebe que falleció al poco tiempo. En Tucumán, una niña de 11 años suplicó al equipo de salud que le practicaran la interrupción del embarazo que había sido producto de una violación. Por el estado avanzado, le practicaron una cesárea y los médicos efectores fueron perseguidos y condenados socialmente.

Los números de embarazo infantil son alarmantes, la mayoría de ellos son productos de violaciones intrafamiliares o del ámbito cercano a las niñas. Y los rechazos de interrupciones legales del embarazo son aún más escalofriantes. Estas prácticas son sin duda producto de la violencia patriarcal ejercida por las instituciones.

V. El proyecto de Ley sobre IVE y la bioética

El 28 de mayo de 2019 se presentó por octava vez el proyecto de ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).³⁴ El año anterior, la Cámara de Diputados le había otorgado media sanción, pero la Cámara de Senadores finalmente no aprobó el proyecto que tanta lucha colectiva había logrado al interior de la sociedad.

Sin embargo, y a pesar de no haber logrado la sanción de la ley que hace tantos años se viene gestando, se logró una apertura a nivel social nunca antes

33. Cf. *Página 12*, 31 de mayo de 2019.

34. El proyecto de ley puede ser consultado en la página web de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito: <http://www.abortolegal.com.ar/proyecto-de-ley-presentado-por-la-campana/>

vista. Luego de muchos años el aborto dejó de ser un tema *tabú*, miles de mujeres, jóvenes, adolescentes y personas con capacidad de gestar colmaron las calles de pañuelos verdes exigiendo a legisladores y legisladoras que no haya más muertes por abortos clandestinos.

Luego de la primera marcha masiva del 8 de junio de 2018, los medios de comunicación comenzaron a tratar el tema y a informar sobre las muertes producto de abortos realizados en condiciones extremas, el tema se instaló en todos los ámbitos de la sociedad, y trajo de la mano el reclamo sobre la implementación de la Ley de Educación Sexual Integral que venía con un atraso de diez años.

En este apartado nos proponemos analizar el último proyecto presentado por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito a la luz de la bioética, a fin de determinar su interrelación con los principios éticos de autonomía, beneficencia y justicia.

i. El principio de *autonomía* surge inicialmente como el respeto hacia las personas, tal como ha sido desarrollado *ut supra*. Una persona autónoma debe poder deliberar sobre sus propios objetivos personales, y tomar decisiones en función de ellos, de forma libre y sin ningún tipo de coacción externa. En esta línea, el proyecto sobre IVE refiere en primer lugar a, justamente, la interrupción “voluntaria” del embarazo. Esta voluntariedad es confirmada en el artículo 1 estableciendo que “En ejercicio de sus derechos humanos, toda mujer u otras identidades con capacidad de gestar tienen *derecho a decidir voluntariamente* y acceder a la interrupción de su embarazo hasta las catorce semanas, inclusive, del proceso gestacional” (el resaltado me pertenece). Es decir que, hasta la semana 14 de gestación, la mujer o persona con capacidad de gestar puede decidir dar fin al proceso de gestación, fundando tal decisión solamente en su voluntad. Luego del plazo establecido en dicho artículo, la interrupción del embarazo puede solicitarse solo si la persona se encuentra encuadrada en las causales estipuladas por el artículo 4 (embarazo producto de una violación o riesgo de vida o en la salud de la persona gestante).

Para que el principio de autonomía sea realmente considerado, y la decisión sea tomada libremente, es necesario que esté garantizado el derecho a recibir información. Según el artículo 6 del proyecto, en la primera consulta que la persona gestante realice a los profesionales de los efectores de salud, se le debe brindar información sobre los métodos de interrupción

del embarazo, los alcances y las consecuencias de la práctica, de manera tal que sea fácilmente comprendida por la receptora, incluyendo intérpretes en caso de ser necesario.

Dicha información debe ser “objetiva, pertinente, precisa, confiable, accesible, científica, actualizada”. Además de estas características, el artículo establece también que debe ser laica. Resulta necesario detenerse en este punto, puesto que es menester recordar que la sanción de leyes, el ejercicio de los derechos, la ampliación de la plataforma de derechos, y la atención a los desafíos de la biología no pueden estar sujetos a consideraciones morales o creencias religiosas de los y las particulares. Los y las legisladores y legisladoras no deben permitir o prohibir acciones a través de las leyes, sancionadas con fundamentos religiosos o morales, así como tampoco los profesionales de la salud deben llevar a cabo sus prácticas guiados por su moral personal.³⁵

El proyecto no trata la “objección de conciencia” puesto que se ha considerado que en la actualidad este concepto ha sido desnaturalizado. Cuando este concepto nace a principios del siglo pasado como un instrumento que, sin lesionar derechos de terceros, protegía a quienes se negaban a empuñar armas contra sus congéneres, en la actualidad se impregna el instituto de creencias religiosas involucrando a terceros y terceras que pueden sufrir la falta de prestación médica en base a concepciones de las cuales son totalmente ajenas.

También en materia de autonomía, el proyecto recepta el concepto de “autonomía progresiva” consagrado en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 9 inc. b) del texto analizado refiere a los casos de interrupción del embarazo solicitada por niñas y/o adolescentes, supuesto que resulta sumamente necesario teniendo en cuenta las estadísticas de embarazo adolescente no deseado y, en la mayoría de los casos, producto de una violación.

Si bien nuestra legislación nacional establece que la mayoría de edad se adquiere cumplidos los 18 años, el CCyCN consagra el principio de autonomía progresiva, basado en la edad y grado de madurez de la persona.

35. El artículo 14 del proyecto propone modificar el actual artículo 85 del Código Penal de la Nación y sancionar a aquel o aquella profesional o personal de salud que, arbitrariamente, dilate la práctica solicitada libremente en los casos legalmente autorizados, o se niegue a realizarla.

De esta manera, se presume que el o la adolescente entre 13 y 16 años cuenta con aptitud y madurez suficiente para solicitar la interrupción del embarazo y prestar el debido consentimiento que se le requiere a toda persona por el artículo octavo. Ello en consonancia con lo establecido en el artículo 26 del CCyCN respecto que los adolescentes que se encuentran en dicho rango etario pueden decidir autónomamente respecto de aquellos tratamientos no invasivos ni que comprometan su estado de salud, como los métodos de IVE medicamentosos.

El inc. a) del mismo artículo establece que en el caso de personas menores de 13 años, se requerirá su consentimiento con el acompañamiento de al menos uno/a de sus progenitores/as o representante legal. En ausencia de ellos/as se requerirá del acompañamiento de un/a adulto de referencia.

En el caso de personas gestantes mayores de 16 años, se los considera con plena capacidad para decidir sobre su propio cuerpo, en consecuencia, ejercer los derechos que otorga el proyecto de ley.

ii. El principio de *beneficencia* es un principio rector del proyecto de ley ya que este busca garantizar a las mujeres y personas con capacidad de gestar la libertad en cuanto al plan de vida y la planificación familiar, y en especial garantiza los derechos sexuales y reproductivos (artículo 2), otorgando así beneficios a la salud psicofísica que de otra forma ser verían seriamente afectadas como vimos más arriba.

Tratar a las personas de manera ética y esforzarse para garantizar su bienestar es lo que este proyecto busca de los efectores de salud en relación con las personas que requieren de ayuda ante embarazos no deseados o producto de una violación. El proyecto busca garantizar esto brindando a las personas que decidan interrumpir un embarazo la información necesaria, precisa y clara, y brindando asesorías en los establecimientos de salud (artículo 7). Estas asesorías deben brindar información no solo sobre la práctica, sino también sobre los cuidados posteriores, así como atender a la salud integral de la persona, proveer un espacio de escucha y contención, y acompañar en el cuidado de la salud entendiéndola como un estado completo de bienestar.

El acompañamiento integral establece también proporcionar a las personas información sobre los métodos anticonceptivos a fin de prevenir embarazos no deseados, según la necesidad de cada una, así como también educar en salud sexual de manera integral, sobre todo con posterioridad a realizada la práctica.

Por otro lado, el principio de beneficencia se traduce también en el efectivo acceso a todas las personas con capacidad de gestar. En este sentido, la despenalización del aborto no es suficiente, es necesaria también la legalización que garantiza el acceso a la práctica de forma gratuita y segura.

iii. Por último, el proyecto de ley resulta consonante con el principio de *justicia* puesto que garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo a “toda mujer o persona gestante, sin distinción de nacionalidad, origen, condición de tránsito y/o estatus de residencia/ciudadanía”. Sabido es que las personas gestantes que más sufren la desidia del Estado en materia de aborto son aquellas que se encuentran en condición de pobreza, o vulnerabilidad extrema, entendiéndose no solo falta de recursos económicos sino también simbólicos.

Por otro lado, el proyecto garantiza la cobertura de la práctica no solo en efectores de salud privados y de obras sociales, sino también en el ámbito de la salud pública (artículo 11) incorporando las prestaciones en el Plan Médico Obligatorio (PMO) con una cobertura del 100% de la práctica en sí, de las prestaciones de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

En este sentido el proyecto trata el principio de justicia, con relación a la justicia distributiva de los recursos que sitúe en igualdad de condiciones frente al acceso, a las personas de todos los niveles sociales.

VI. Conclusión

Despenalizar y legalizar el aborto, como en tantos otros países,³⁶ respetando así la decisión de la persona gestante, se traduciría en beneficios a la salud y calidad de vida de muchas personas. Existen en la actualidad razones no solo jurídicas, que validarían la sanción de una ley en estos términos, sin que produzca ningún accionar inconstitucional, como manifiestan varias

36. Actualmente el 62% de la población mundial vive en países donde el aborto inducido está permitido, ya sea por una amplia variedad de razones o sin ningún tipo de restricción. Por el contrario, el 25% vive en países donde el aborto está prohibido en términos generales. Cf. Leyes mundiales sobre aborto. Fuente: www.crip.org.

voces de la doctrina nacional,³⁷ sino también fundamentos desde el punto de vista del respeto por los derechos humanos en estricta comunión con principios bioéticos. Por otro lado, el gran desafío de la bioética es brindar herramientas viables en materia de educación, prevención y salud a fin de contribuir en la prevención de embarazos no deseados.

El debate por el aborto pone en jaque las desigualdades en materia de libertad sexual entre hombres y mujeres, y revive un discurso patriarcal heteronormativo históricamente instalado en la sociedad, que propicia el choque entre una realidad social y una única moral (religiosa) que intenta legislar sobre los cuerpos de las mujeres y las personas gestantes.

La bioética entonces viene a dar un cauce a esta discusión. Sus principios rectores (beneficencia, autonomía y justicia) son aquellos que deben dirigir y orientar el debate por la despenalización y legalización del aborto a nivel nacional, y no así las creencias particulares de los y las legisladores/as.

Coincidimos con la antropóloga Marta Lamas por cuanto “La dignidad humana exige que se respeten por igual la conciencia y la libertad de todo ser humano. Eso significa, llanamente, que nadie puede decidir por otra persona ni imponerle sus convicciones. Para que la libertad pueda ser ejercida, es necesario el respeto por la libertad ajena, que no haya dominio improcedente (o sea, que ni el Estado, ni la sociedad, ni las Iglesias se inmiscuyan en las decisiones de la ciudadanía) y que la ley sea soberana”^{38,39}

Bibliografía

Cohen, J. L. “Para pensar de nuevo la privacidad, la autonomía, la identidad y la controversista sobre el aborto”, en 19° Debate Feminista (México 1999).

37. Para un desarrollo del tema véase Gil Domínguez, Andrés, *Aborto voluntario...op. cit.*, Capítulo VI.

38. Lamas, M. “El Laicismo: oxígeno para la democracia”, Revista N° 7 (diciembre de 2008) de Despenalizacion.org.ar por la Despenalización del aborto

39. Para la realización del presente artículo se han tomado fragmentos de trabajos anteriores de la autora.

- Farrel, M. “¿Existe un derecho constitucional al aborto?” Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/EXISTE_UN_DERECHO_CONSTITUCIONAL_AL_ABORTO.pdf
- Ferrajoli, L. “La cuestión del embrión: entre el derecho y la moral”, en *Aborto: el derecho a decidir*, Directora: Marta Lamas, Debate Feminista, México, 2006, Año 17, Volumen 34, p. 37.
- Hofft, P. F. *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, De Palma, 1999, p. 7.
- Lamas, M. “El Laicismo: oxígeno para la democracia” Revista N° 7 de Despenalización.org.ar (2008).
- Mainetti, J. A. y M. M. “El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama”. *Lexis-Nexis* N° 983734.
- Messina de Estrella Gutiérrez, G.N. *Bioderecho*, Abeledo Perrot, 1998, pp. 25/27.
- Piekarewicz Sigal, M. *Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina*, Barcelona, 2015.
- Ramos, S. “Derechos reproductivos y sexuales, Trib. Permanente por los Derechos de las Mujeres a la Salud”, Jornada preparatoria del 8/9/1997, Foro Permanente por los Derechos de las Mujeres.
- Tinant, E. L. “Los derechos humanos a la luz de la bioética”, J.A. 2003-III, fascículo N°4, p. 88.

Autonomía progresiva de niñxs y adolescentes y bioética: una intersección en (de/re)construcción*

Marisa Herrera**

Resumen

Este artículo tiene por objeto profundizar sobre algunos de los debates que ha generado en el derecho civil el art. 26 del Código Civil y Comercial en lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes, en particular, el derecho al cuidado del propio cuerpo por parte de adolescentes. Sucede que el obligado principio de autonomía progresiva ha puesto en jaque la regulación civil clásica, siendo el campo de la bioética el que mayor impacto –como era de prever– ha tenido. ¿Cómo deben interpretarse aquellas leyes o normativas especiales que establecen la mayoría de edad para la validez de ciertos actos médicos a la luz de la legislación civil vigente desde agosto de 2015? Para intentar algunas respuestas plausibles se apela a ciertas nociones como paternalismo justificado e irreversibilidad.

* El uso de la “x” es un tema de debate actual, tanto en el derecho comparado como en el derecho argentino en términos de inclusión y acerca de cómo el lenguaje escrito debe hacerse eco de la existencia de diferentes identidades en plural. Como bien se dice, el lenguaje no es neutro, todo lo contrario, es político. Por ello, en esta oportunidad seguimos esta línea emancipatoria, hábil para movilizar el *statu quo* en un campo como el jurídico, en el que la amplitud y puesta en crisis de sus límites es tan necesario, so pena de seguir silenciando diferentes realidades sociales. Más allá de esto, para alivianar la lectura, su uso es espaciado.

**Doctora en Derecho (UBA). Investigadora del Conicet. Profesora de la Facultad de Derecho, UBA, y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Avellaneda.

Palabras clave: bioética, Código Civil, autonomía progresiva, derecho a la salud.

Progressive Autonomy of Children, Teenagers and Bioethics: (De/Re)constructing the Intersection

Abstract

The purpose of this article is to deepen some of the debates that civil law has generated in art. 26 of the Civil and Commercial Code concerning the exercise of very personal rights of children and adolescents, in particular, the right of teenagers to care for their own body. The obligatory principle of progressive autonomy has put in check the classic civil regulation. Bioethics is the field that has been impacted the most. How should those laws or special regulations that establish the legal age for the validity of certain medical acts be interpreted in the light of the civil legislation enforced since August 2015? To draft some plausible answers, certain notions, such as justified paternalism and irreversibility, are invoked.

Keywords: Bioethics, Civil Code, Progressive Autonomy, Right to Health.

I. Introducción

Profundizar sobre un campo cada vez más amplio y complejo como es la bioética a la luz del Código Civil y Comercial (CCyC) constituye todo un desafío y, a la par, una construcción teórico-práctica obligada en esta búsqueda constante por problematizar e interpelar las normas desde el plano de su efectividad. Esta interacción entre bioética y legislación civil vigente observa una gran cantidad de facetas. En esta oportunidad, se pretende centrar la atención en una que es de por sí un tanto amplia, como lo es la relativa al principio de autonomía progresiva (AP) de niñxs y adolescentes (NA) en lo que respecta al ejercicio de derechos personalísimos, en particular, el derecho a la salud en el sentido amplio que lo recepta y defiende desde hace tanto tiempo la Organización Mundial de la Salud, allá por 1948 al sostener

que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.¹

Antes de ingresar al tema elegido, es hábil dejar aclaradas algunas cuestiones básicas. En primer lugar, destacar que el CCyC no tiene por objeto regular conflictos bioéticos, sino que su intención reside en brindar ciertas herramientas legales civiles generales de gran utilidad y estructurales-estructurantes de dicho campo, como ser: consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud (art. 59, siguiéndose la línea legislativa que observa la Ley 26.529 de derechos de los pacientes); actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56); prácticas prohibidas (art. 57); investigaciones en seres humanos (art. 58); directivas médicas anticipadas (en absoluta consonancia con lo previsto en la Ley 26.742, conocida como ley de “muerte digna”); y resolver la cuestión filial de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) como acontece en los arts. 560 a 564, por citar los más elocuentes. En este contexto, también se debe adicionar la temática que nos interesa profundizar en torno al principio de autonomía progresiva en el ejercicio del derecho a la salud cuya normativa central, novedosa y debatida, es el art. 26 del CCyC.

De este modo, interrogantes como qué acontece con los embriones no implantados; cuál es su naturaleza jurídica;² qué sucede con la donación de

1. “La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948” (Disponible en: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions>. Consulta: 24/05/2019).

2. Como ejemplo de estos avances, nos parece de interés destacar el proyecto de ley “Protección de embriones no implantados. Régimen”, Expediente Diputados: 1541-D-2019 (Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1541-D-2019&tipo=LEY>. Consulta: 28/05/2019), que responde a la doctrina adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el resonado caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/11/2012 y reafirmado en el proceso de seguimiento de sentencia de fecha 26/02/2016. Para profundizar, compulsar, entre tantos otros, De la Torre, Natalia; Herrera, Marisa; Notrica, Federico; Vigo, Fiorella y Vittola, Leonardo R., “Naturaleza jurídica del embrión no implantado”, en Marisa Herrera (dir.) *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, T. I, pp. 195-300; Herrera, Marisa, “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial

material genético; cantidad de veces que es posible donar; requisitos para la donación, tanto de material genético como de embriones, en atención a la cobertura médica que reconoce la Ley 26.862;³ cómo se resuelven los casos de gestación por sustitución, que en el país ya se cuenta, al momento de elaborar el presente ensayo, con 41 precedentes nacionales;⁴ o la cuestión del trasplante de órganos y tejidos que el CCyC remite a la legislación especial, son algunas de las tantas inquietudes pendientes, aún en tensión o que han sido resueltas en leyes autónomas, complementarias a la legislación civil y comercial. Esta constituye, a mi entender, una correcta decisión de técnica legislativa. Sucede que aquellas materias afines o directamente vinculadas al avance de la ciencia –reconociéndose de manera precisa por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la existencia de un derecho humano a gozar de los beneficios de la ciencia y el desarrollo científico–,⁵ en atención a su dinamismo y constante perfeccionamiento, es dable ser reguladas en leyes autónomas antes que en códigos de fondo, dada la dificultad

desde una perspectiva sistémica”, RCCyC 2018 (julio), 3. Cita online: AR/DOC/1258/2018; Herrera, Marisa, de la Torre, Natalia, y Fernández, Silvia, E., *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, CABA, *La Ley*, 2018, pp. 423-441.

3. Pueden verse, entre otros, Bladilo, Agustina, de la Torre, Natalia, y Straw, Cecilia, “Acceso integral y acceso a la justicia: contradicciones y tensiones”, en Marisa Herrera (dir.) *Técnicas de reproducción humana asistida, op. cit.*, pp. 301-434; Gil Domínguez, Andrés, “Embrionación”, LL 19/08/2015, 1 Cita online: AR/DOC/2353/2015; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, LL 31/07/2013, 1. Cita online: AR/DOC/2899/2013; y Salituri Amezcua, María Martina, “La pregunta por el límite en materia de cobertura integral de técnicas de reproducción humana asistida. una ocasión para el análisis”, RDF 2016-V, 60. Cita online: AR/DOC/4712/2016.

4. Para ampliar consultar, entre otros, a Curti, Patricio J., y Notrica, Federico, “Gestación por sustitución”, en Herrera, Marisa (dir.) *Técnicas de reproducción humana asistida, op. cit.*, T. II, pp. 9-142; Lamm, Eleonora, “La gestación por sustitución como deconstrucción de la ‘maternidad’ que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos”, RDF 89, 139 Cita online: AR/DOC/1271/2019; Notrica, Federico, “Las diversas estrategias legales en los procesos de gestación por sustitución. el trabajo artesanal de los abogados debido a la falta de regulación”, RDF 2018-IV, 111 Cita online: AR/DOC/3260/2018.

5. Corte IDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”, (párrafo 150). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_257_esp.pdf. Consulta: 28/05/2019.

de introducir modificaciones parciales y constantes a estos últimos. En este sentido, tanto el Código Civil como el Código Penal (para prohibir determinadas conductas, acciones o configuración de delitos vinculados a la bioética), no serían estructuras normativas hábiles para estar a la zaga de tales avances científicos. En esta línea argumental, fácil se advierte que no ha sido una labor legislativa sencilla discernir qué conflictos, cuestiones, materias bioéticas debían estar contenidas o no en la legislación civil y comercial vigente desde el 1° de agosto de 2015.

Ahora bien, más allá de esta consideración crítica, lo cierto es que el principio de autonomía progresiva debía ser receptado en la legislación civil contemporánea y que tal incorporación iba a generar cierta y entendible incomodidad en el campo de la bioética, ámbito en el cual, precisamente y no por casualidad, se desarrolló la noción de “competencia” a raíz del resonado caso “Gillik” acontecido en el derecho británico allá por los años 80, en 1985⁶ para ser precisa. Esta noción integra el plexo de nociones consolidadas en la legislación civil y comercial que han derramado en otros ámbitos de interacción directa con este y que compromete también al campo de la bioética. Como muestra de esta afirmación, solo cabe traer a colación el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo sancionado el 14 de junio 2018 y que no alcanzó la mayoría necesaria para ser ley en la cámara restante;⁷ y en la misma tónica, el proyecto de ley presentado nuevamente el 28/05/2019.⁸

6. Para profundizar sobre el denominado “Gillik competence” se recomienda compulsar, entre otros, Torrens, María Claudia, *Autonomía progresiva. Evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes*, Astrea, Buenos Aires, 2019, pp. 275 y ss.; Fernández, Silvia E., “Ejercicio de derechos personalísimos relacionados con el cuidado de la salud y el propio cuerpo”, en Caramelo, Gustavo, Herrera, Marisa, y Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, CABA, Infojus, 2015, t. I, pp. 69-72.

7. El artículo 9 sobre “Personas menores de edad” establecía: “Si se tratara de una adolescente, niña o persona gestante menor de dieciséis (16) años, la interrupción voluntaria del embarazo se debe realizar con su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061 y el artículo 7° de su decreto reglamentario 415/06. En particular, debe respetarse el interés superior del/a niño/a o adolescente y su derecho a ser oído”.

8. El artículo 9 sobre “Niñez y adolescencia” dispone: “a) Si la interrupción voluntaria del embarazo debe practicarse en una persona menor de trece (13) años de edad, se requerirá

¿Cuál es el peso y el lugar que ocupa la autonomía progresiva en el ordenamiento jurídico nacional? Para responder este interrogante, es obligatorio comenzar por el principio, es decir, la perspectiva constitucional-convencional.

II. Anclaje constitucional-convencional

El principio de AP constituye una manda constitucional-convencional y como tal, forma parte de los cimientos de cualquier regulación que comprometa derechos humanos de NA. Esta obligación ha calado hondo en el ordenamiento jurídico nacional, siendo el Código Civil y Comercial un claro exponente de esta ineludible interacción; a tal punto que este principio ocupa un lugar central en el protagonismo jurídico-civil de las personas menores de edad –en especial, de los adolescentes– con fuerte incidencia en el campo de las relaciones entre progenitores⁹ e hijxs, en lo atinente al ejercicio de derechos personalísimos.

su consentimiento informado con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as o representante legal. En ausencia o falta de ellos/as, se solicitará la asistencia de las personas indicadas en el artículo 4 del decreto reglamentario 1282/2003 de la Ley 25.673, en el artículo 7 del decreto reglamentario 415/2006 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. En este supuesto, no se deberá requerir autorización judicial alguna. b) Si la interrupción voluntaria del embarazo es requerida por una persona adolescente de entre trece (13) y dieciséis (16) años de edad, se presume que cuenta con aptitud y madurez suficientes para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento. En aquellos casos en que esté en riesgo grave la salud o la vida, por condición preexistente, circunstancia esta que deberá constar en la historia clínica fundadamente, la persona adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as. En ausencia o falta de ellos/as, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso a) del presente artículo. En el caso de existir intereses contrapuestos entre la persona adolescente y el/la adulto/a responsable, será el/la profesional o personal de salud interviniente que deberá decidir de acuerdo con lo preceptuado en el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación. c) La persona mayor de 16 años tiene plena capacidad para ejercer los derechos que otorga la presente ley (...).

9. Es pertinente recordar que desde mediados del 2010 se reconoce el matrimonio a parejas del mismo sexo al sancionarse la Ley 26.618 y consigo, la aceptación de que un niñx puede tener progenitores de igual o de diferente sexo, de allí que se utiliza esta noción de “progenitores” en su carácter de término neutro, en vez de los conceptos de padre y madre.

Cabe recordar que el principio de AP surge del juego entre tres pilares sobre los cuales se edifican los derechos humanos de NA: la condición de sujetos de derecho, el interés superior del niño y el derecho a ser oído (a participar en sentido amplio).

Es evidente que lxs niñxs, a través de su mayor edad y grado de madurez, cuentan con discernimiento para poder comprender y, por lo tanto, ejercer por sí determinados derechos más allá de que no hayan alcanzado la plena capacidad civil que está establecida desde el 2009 –al sancionarse la Ley 26.579– en los 18 años de edad. Este argumento de tinte sociológico se encuentra expresamente reconocido en la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte IDH¹⁰ cuando en su párrafo 101 señala que “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

Precisamente, fundado en razones psicosociales, son los adolescentes los que ostentan mayor protagonismo en consonancia con el principio de AP. Ello es destacado en la Observación General N° 20/2016 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia del Comité de los Derechos del Niño¹¹ al señalarse que “Los enfoques adoptados para garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes difieren significativamente de los adoptados para los niños más pequeños” (párrafo 1 *in fine*); y que “la adolescencia no es fácil de definir y que los niños alcanzan la madurez a diferentes edades (...). El proceso de transición de la infancia a la edad adulta está influenciado por el contexto y el entorno, como se observa en la gran diversidad de expectativas culturales que hay en relación con los adolescentes en las legislaciones nacionales, que prevén distintos umbrales

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/08/2002, Opinión Consultiva N°17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Consulta: 28/05/2019.

11. Comité de los Derechos del Niño, 06/12/2016, Observación General N°20, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f20&Lang=es. Consulta: 28/05/2019.

para comenzar a desempeñar actividades de la vida adulta, y en los diferentes órganos internacionales, que definen la adolescencia en función de diferentes franjas etarias. La presente observación general no pretende, por tanto, definir la adolescencia, sino que se centra en el período de la infancia que va desde los 10 años hasta que el niño cumple 18 para facilitar la coherencia en la reunión de datos” (párrafo 5).

De este modo, se profundiza el estudio sobre el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹² que se refiere, precisamente, al principio de autonomía, alegándose que para el Comité el “respeto del desarrollo evolutivo” implica que: a) “dicha evolución como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos” (párrafo 18); y b) “asegurar un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección apropiados, se deben tener en cuenta una serie de factores que influyen en la toma de decisiones (...) y el reconocimiento de la experiencia y la capacidad de la persona” (párrafo 20).

¿Cómo materializar esta complejidad que encierra el principio de AP en el plano legislativo nacional, en particular, en el campo del derecho civil? ¿Cómo lograr una normativa equilibrada en el marco de un concepto jurídico indeterminado como es la autonomía progresiva? Máxime, cuando es sabido que es tan negativo, o constituye una abierta desprotección, negar el ejercicio de derechos cuando las personas menores de edad estarían habilitadas para hacerlo desde el plano psicosocial como a la inversa, reconocerles el ejercicio de derechos cuando aún no están preparados para ello. Ambos extremos, claramente, atentan contra el principio rector en materia de derechos humanos como lo es el interés superior del niño.

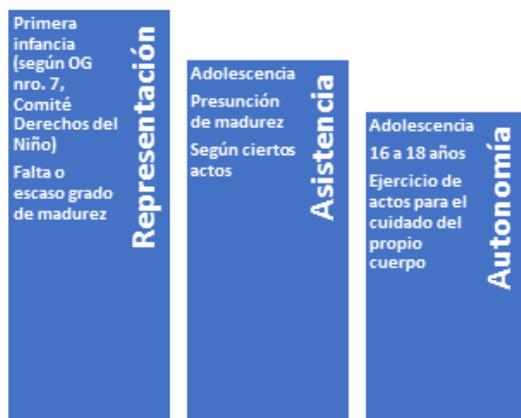
12.. Establece esta disposición: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

III. La AP desde la perspectiva civil: ser niñx o ser adolescente

A) Consideraciones generales

Desde el punto de vista jurídico-civil y en respuesta ineludible a la realidad social descrita en el apartado anterior, es dable defender la postura que adopta el CCyC de diferenciar la noción de niñx (personas hasta los 13 años), de la de adolescente (de 13 a 18 años). Esta línea legislativa que adoptan varias legislaciones comparadas permite adoptar una regulación más acorde con dicha realidad y, por lo tanto, habilitar el ejercicio de ciertos derechos a una categoría (los adolescentes) y no a la otra (niñxs); y más aún, admitir que tal categoría hace presumir el grado de madurez pero que algunos actos no están vedados a una edad por debajo de los 13 años si es que se cuenta con madurez. Sucede que la edad constituye un elemento indicativo y no rígido para permitir o vedar el ejercicio de derechos por parte de personas menores de edad.

Ahora bien, siguiéndose con la mirada jurídico-civil, y en atención a la interacción ineludible entre los conceptos de capacidad y representación en este nuevo escenario legislativo que plantea el CCyC atravesado por el principio de autonomía progresiva, se podría observar el siguiente esquema:



Es innegable que este gráfico se vincula de manera directa con la figura de la responsabilidad parental, y así lo establece el art. 639 al disponer en su

inc. b) que esta figura se rige por el principio de “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”. De este modo, el grado de madurez, desde el punto de vista sociológico, es receptado en la legislación civil contemporánea a través del principio de autonomía progresiva y la consecuente flexibilidad que se deriva de ella al dejar de centrarse en la edad como elemento objetivo y pético sino, por el contrario, receptar un sistema abierto mediante el reconocimiento de un elemento subjetivo y poroso como lo es el de grado de madurez. Es innegable que ambos –objetivo y subjetivo– tienen vasos comunicantes, siendo que la edad constituye un fuerte requisito o primera e importante aproximación para desentrañar el grado de madurez.

De esta manera, existiría una clara retroalimentación entre dos conceptos claves del principio de autonomía progresiva receptados de manera central en la regulación del CCyC: la edad (una noción clásica) y grado de madurez (una noción contemporánea y auspiciada por el *corpus iuris* internacional y regional); transversalizados, a su vez, por otra cuestión: el tipo de acto que se trate. En esta línea, el ejercicio de los actos que comprometen al campo civil se encuentra directamente condicionado por los mencionados dos elementos cuando se trata de personas que no alcanzaron aún la mayoría de edad.

B) Ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo

El eje central o columna vertebral del principio de autonomía progresiva se vincula de manera directa con el ejercicio de derechos personalísimos, y en particular, el derecho al cuidado del propio cuerpo normado en el art. 26 del CCyC. Si bien esta disposición excede esta cuestión, lo cierto que es todas ellas se entrelazan bajo el principio de AP y se dividen de manera gráfica en las siguientes facetas:

<p>Art. 26, 1er. parr. Regla: La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.</p>	<p>Art. 26, 2do. parr. 1ra. parte La que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.</p>	<p>Art. 26, 2do parr. 2da. parte En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.</p>
<p>Art. 26, 3er parr. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.</p>	<p>Art. 26, 4to parr. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.</p>	<p>Art. 26, 5to parr. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve basándose en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.</p>
<p>Art. 26, 6to parr. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.</p>		

Aquí interesa centrarse en los últimos tres párrafos dedicados al ejercicio del derecho a la salud que es, además, el que más tensión y movimiento han generado. ¿La razón? La puesta en práctica de la aptitud legislativa para sintetizar diferentes actos/decisiones referidas al derecho a la salud, que pueden existir hoy y en un futuro, encontrándose todas ellas incluidas en la norma. Para tal fin, es evidente que la única opción de política legislativa posible es que se trate de una disposición flexible mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados. Esta postura se opone a aquella que pregona la numeración o listado de determinados actos que, a la vez, podría ser cerrado o meramente enunciativo.

El CCyC opta por una postura amplia a partir de las nociones de “invasividad” y “no invasividad”, como así también del concepto de riesgo para la vida o la salud (términos propios del campo de la salud como se deriva de lo previsto en el art. 7 de la Ley 26.529¹³). Era sabido que conceptos

13. El art. 7 dedicado a la instrumentación del consentimiento informado, establece que “El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscritos: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación”.

abiertos traerían sus correspondientes y necesarios debates interpretativos, de allí que se trabajó en un documento que fue aprobado por la Resolución 65/2015 del entonces Ministerio de Salud de la Nación en fecha 09/12/2015, publicada en el Boletín Oficial el 08/01/2016.¹⁴ Aquí, como nudo interpretativo central se asevera que “El criterio de ‘invasividad’ utilizado por el artículo 26 CCyC debe leerse como tratamientos de ‘gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud’. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como ‘invasivo que comprometa el estado de salud’ sino que además se lo asocia a tratamientos que ‘provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’. Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado”.

Esta resolución ministerial, en lo atinente a los derechos sexuales y reproductivos de lxs adolescentes, “considera que las prácticas de salud sexual y salud reproductiva en general y todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular (incluyendo los implantes y los dispositivos intrauterinos –DIU–) no son prácticas ‘invasivas que comprometan el estado de salud’ en los términos del artículo 26 del CCyC. Ello implica que desde los 13 años (salvo en los casos en que fuera de aplicación una norma especial que otorgase mejor derecho desde una menor edad) las personas pueden acceder a los métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma, como también al diagnóstico de VIH y al test de embarazo. En este sentido es importante recordar, que el/la adolescente con el asesoramiento del/a profesional determinará, de acuerdo con las condiciones del caso concreto, cuál es el método más adecuado. Esta decisión la tomará sobre la base de los criterios de elegibilidad (criterios técnicos basados en la evidencia) y la aceptabilidad de cada método para el/la adolescente”.

¿Cómo debe leerse toda esta explicación o interpretación normativa a la luz de ciertos actos particulares como la Ley 26.130 de ligadura de trompas y vasectomía, el art. 60 sobre directivas anticipadas, donar sangre o decidir no ser transfundido por parte de adolescentes de entre 16 y 18 años testigos de Jehová? ¿Se debe defender la noción de mayoría de edad que se

14. Ministerio de Salud, Resolución 65/2015, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/139813/20160108>. Consulta: 09/05/2019.

sostiene en las leyes especiales o estas previsiones deberían ceder y, por tanto, habilitar a partir de los 16 años a que estos adolescentes puedan ejercer por sí tales actos de conformidad con lo previsto por el art. 26 del CCyC y el ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo?

Estos interrogantes son confrontados en el próximo apartado.

IV. Algunos debates bioéticos-civiles abiertos

A nuestro entender, para responder y arribar a una interpretación equilibrada, razonable y justificada en torno al entrecruzamiento entre ley anterior/ley posterior y ley general/ley especial en lo relativo a varios actos de salud que regula el propio CCyC (como las directivas anticipadas en el art. 60) o en otras leyes especiales, es clave diferenciar, según lo especifica el CCyC, aquellos actos que involucran el cuidado del propio cuerpo de aquellos que excederían este campo, como por ejemplo, las directivas anticipadas o los casos que comprometen a adolescentes testigos de Jehová que se oponen a la transfusión sanguínea, temáticas sobre las cuáles existen voces disidentes.¹⁵ ¿Es posible hacer lugar a la negativa explicitada por la adolescente de entre 16 y 18 años y, por ende, poner fin a su vida? Esto es lo que sostiene, por ejemplo, Moreno en el caso de los adolescentes testigos de Jehová, entendiendo que la limitación a la autonomía para decidir en la franja de 16 a 18 años reside en que se alude al “riesgo a la vida” que está previsto para otro rango etario (13 a 16 años) y por ende, recalca –siguiendo el art. 23 del CCyC–: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en el Código Civil y Comercial y en una sentencia judicial”.¹⁶ Quienes consideramos que estos actos de extrema gravedad, dado el carácter de “irreversibilidad”

15. Las voces encontradas en ambos temas son explicitadas de manera más reciente por Moreno, Gustavo D., “El alcance de la autonomía progresiva de las personas menores de edad en el cuidado de su propio cuerpo. El caso de la oposición a las transfusiones de sangre” y Fernández, Silvia E., “Derechos de niños, niñas y adolescentes y final de la vida. Autonomía progresiva y consentimiento informado; planificación vital y dignidad”, ambos en Grosman, Cecilia O. (directora) y Videtta, Carolina A., (coordinadora), *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y cuidado al propio cuerpo*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, pp. 95 y ss.

16. Moreno, Gustavo D., *op. cit.* pp. 114 y 115.

que los tipifica, excederían y estarían fuera de lo previsto en el art. 26 en su último párrafo, no lo fundamos en el “riesgo a la vida” que está previsto, como bien se señala, para los adolescentes de entre 13 y 16 años, sino en que se trata de decisiones que exceden el cuidado al propio cuerpo, límite que dispone la normativa en el apartado en análisis. Por otra parte, el mismo autor agrega que más allá de la autonomía del adolescente testigo de Jehová “Ello no obsta a que se establezcan o cumpla con protocolos destinados específicamente a contemplar que en estas situaciones deba comprobarse interdisciplinariamente si el adolescente de 16 años –como también en el caso de una persona mayor de edad– comprende las consecuencias de su decisión, máxime cuando se trata de la negativa a una transfusión de sangre que puede poner en riesgo su salud o su vida”.¹⁷ Aquí se advertiría una contradicción. Si se afirma que la adolescente es autónoma para decidir al igual que un adulto, no se puede establecer la necesidad de intervención de terceros –sea un comité de ética, de bioética o la justicia–; de lo contrario, no habría tal libertad. En todo caso, esta intervención debería ser facultativa, pero no obligatoria. ¿No será que considerar que una adolescente de 16 años tiene pleno discernimiento para decidir no someterse a una transfusión sanguínea y por ello, poner en riesgo su vida constituye, en definitiva, una desprotección? Si se permite la autonomía en el acto de mayor gravedad, como lo es el fallecimiento de una persona (en palabras del art. 26 en su última parte, el no cuidado al propio cuerpo), cabría preguntarse cuál es la diferencia y la consecuente especialidad que recae en las personas menores de edad con relación a los adultos. ¿Acaso no es menos gravoso contratar una prepa siendo menor de edad –que no tendría capacidad patrimonial para ello– que decidir poner fin a su vida?

Precisamente, la falta de autonomía y la consecuente intervención de un comité de ética o bioética, y en aquellos lugares que se carezca de estas instituciones, la justicia que en varios ámbitos suele ser el último eslabón en la protección de los derechos humanos de las personas, sería la respuesta institucional más acorde con los derechos en juego dada su habilidad para lograr –o al menos intentar– revertir situaciones o decisiones de extrema gravedad al poner en crisis el propio derecho a la salud en vinculación directa con el derecho a la vida.

17. Moreno, Gustavo D., *op. cit.* p. 117.

Entonces, he aquí un nuevo interrogante inconcluso que genera el CCyC y compromete de manera central la noción de “irreversibilidad”.

Una mirada en este mismo sentido acontece con la Ley 26.130 de ligadura de trompas y vasectomía que exige la mayoría de edad al disponer en el art. 1 que “Toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas ‘ligadura de trompas de Falopio’ y ‘ligadura de conductos deferentes o vasectomía’ en los servicios del sistema de salud”; reafirmando en el art. 2 relativo a los requisitos que debe tratarse de una “persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado”. ¿Se debe sostener esta mayoría de edad regulada en la ley especial o debería ceder, habilitándose dichos actos a partir de los 16 años por tratarse de un acto que compromete los derechos sexuales y reproductivos y, por lo tanto, el cuidado al propio cuerpo de conformidad con lo previsto por el art. 26 del CCyC?

Antes de intentar responder este interrogante, cabe traer a colación el caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia el 11/02/2014¹⁸ en el que se abordó, precisamente, este conflicto. Se trata del planteo de inconstitucionalidad incoado por un grupo de organizaciones de la sociedad civil que nuclea adolescentes, en el que se pretende colocar en jaque el art. 7 de la Ley 1412 de 2010. A saber, mediante esta normativa “se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable”; circunscribiendo su previsión a personas adultas, pues establece que “En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad”.

La máxima autoridad judicial colombiana, en una larga sentencia, rechazó el planteo fundándose en varios argumentos, entre los que se destacan:

- Que “la Corte ha aceptado que los menores tienen derecho a decidir sobre su propia sexualidad, en el marco de la autonomía y libertad que

18. Corte Constitucional de Colombia, 11/02/2014, Yuly Ramirez Gómez, Pedro Antonio Cano Álvarez, Brahim Daniel Montoya Zuleta, Charles Bohórquez Zabala y Gloria Rivera Ocampo, disponible en: <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-513893554>. Consulta: 09/05/2019.

se le reconoce a toda persona, pero considerando la importancia del acompañamiento de la familia, la sociedad y el Estado, quienes están en deber de advertir los riesgos y responsabilidades de sus decisiones de vida”.

- Que “cuando se trata de menores adultos o púberes, se hace necesario armonizar el goce efectivo de sus derechos y el respeto por su libertad de autodeterminación”.
- Que “la Corte estima que la diferenciación que el Legislador estableció para acceder a la anticoncepción quirúrgica entre mayores y menores de edad es constitucional porque no se sustenta en ningún criterio sospechoso y porque responde al desarrollo de un mandato constitucional en materia de progeneritura responsable”.

La respuesta a estos interrogantes concatenados en torno a la tensión entre los aforismos jurídicos ley especial/ley general y ley posterior/ley anterior, a nuestro entender, se funda en definitiva, en un concepto que es pertinente colocar en la escena central del tema en estudio. Nos referimos al “paternalismo justificado” sobre el cual tanto se ha escrito¹⁹ y que se refiere a la necesidad de aceptar que, por el principio de especialidad y el reconocimiento de la gradualidad en el desarrollo madurativo de las personas menores de edad, los adultos –familia, Estado, comunidad– son piezas fundamentales. ¿Cuál es el límite a tal intervención? La justificación debería pasar por la columna vertebral de los derechos humanos de NA: el interés superior del niño con la lógica que lo entiende la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño.

V. ¿Y el cruce interpretativo entre la Ley 26.743 de identidad de género y el art. 26 del CCyC?

En esta lógica de dejar plasmados ciertos debates que genera el entrecruzamiento entre autonomía progresiva, bioética y CCyC, se entiende

19. Como síntesis de los principales desarrollos en torno a esta noción se recomienda compulsar Valente, Soledad, “Autonomía Progresiva y Paternalismo Justificado. ¿Una tensión irreconciliable?”, RDF 84, mayo 2018, Abeledo Perrot- Thomson Reuters, Buenos Aires, p. 65 y ss.

de interés abordar una cuestión en particular, lo relativo a la autorización judicial que exige el art. 11²⁰ para las operaciones quirúrgicas total o parcial de personas menores de edad.

¿Es necesario solicitar autorización judicial cuando un adolescente de entre 16 y 18 pretende someterse a una operación quirúrgica en el marco de la ley de identidad de género?

Tal como surge del art. 11, las personas menores de edad –sin diferenciar, si se trata de niñas o adolescentes, con o sin madurez suficiente– necesitan la correspondiente autorización judicial para proceder a realizar intervención quirúrgica total o parcial. Ahora bien, el interrogante que se deriva de ello a la luz de lo previsto en el art. 26 del CCyC gira en torno a cómo debería impactar esta última normativa en la ley especial. En otras palabras, si se trata de un adolescente entre 16 y 18 años de edad, se debería aplicar el art. 11 de la Ley 26.743 (ley especial y anterior) y, por lo tanto, la intervención quirúrgica exige intervención judicial o, por el contrario, debería regir el planteo previsto en el art. 26 del CCyC (ley general y posterior) y, entonces, la intervención es administrativa, es decir, no debería salir del ámbito de salud.

Para responder esta inquietud cabe traer a colación la mencionada Resolución 65/2015 del entonces Ministerio de Salud de la Nación en la que se sostuvo, con acierto, que “Los principios convencionales/constitucionales

20. “Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad”.

pro persona y pro *minoris* implica preferir la aplicación del artículo 26 del CCyC que resulta más protectorio de derechos de NNyA”; y tras esta afirmación, se entiende que “Los procedimientos que prevé la LDIG son constitutivos del cuidado del propio cuerpo (CCyC, art. 26 último párrafo) a partir de la noción según la cual la identidad de género necesariamente se encarna en el sentir autónomo de un cuerpo como propio”.

Siguiéndose esta lógica, la respuesta se inclinaría a favor de la aplicación de la legislación civil (posterior) por sobre la ley de identidad de género (especial), por lo tanto, no sería necesaria la intervención judicial, sino que solo bastaría con el consentimiento de la adolescente, incluso, no se necesitaría el asentimiento de los progenitores al tratarse del ejercicio de un derecho que hace al cuidado del propio cuerpo en un sentido amplio encuadrable en la última parte del art. 26 del CCyC.

VI. Breves conclusiones provisionales

El tiempo es tirano y el espacio también, de allí que el cierre del presente ensayo es brevísimo.

Es sabido que un extenso y revoltoso caudal de agua ha corrido bajo el puente del principio de autonomía progresiva de NA desde la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño que en el 2019 cumple 30 años de existencia, en especial, su art. 5; alentado por hitos jurisprudenciales como lo ha sido el reconocido caso *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* de 1985 o en el ámbito nacional, el caso Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de República Argentina y la Asociación Pro Familia c/ CABA del Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en fecha 14/10/2003,²¹ animándose a poner en crisis en el campo del derecho civil clásico el binomio capacidad-incapacidad jurídica, y admitir que puede no haberse alcanzado la plena capacidad jurídica pero que ello no es obstáculo para ejercer por sí determinados actos relativos a los derechos personalísimos, en particular, el derecho a la salud.

El art. 26 del CCyC constituye un buen ejemplo normativo al desafiar la regulación rígida, conservadora y cerrada en la que las personas menores de

21. STJ, CABA, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, Cita online: AR/JUR/3606/2003.

edad estaban signadas, en general, por la idea de incapacidad de hecho. Es evidente que esta noción debía ser puesta en crisis, en particular, tratándose de adolescentes por obra y fuerza del principio de AP.

La legislación civil, desde el obligado prisma constitucional-convenional, tuvo que dar un vuelco de 180 grados en varias temáticas, ello se ha visto de manera elocuente en el campo de las relaciones de familia y de los derechos de NA, existiendo entre ambos vasos comunicantes innegables. Así como la noción de pluralidad de formas de organización familiar, atravesada por el principio de igualdad y no discriminación, revolucionó el derecho de las familias a tal punto de ser más adecuado referirse a este campo con la “s” final; en materia de derechos humanos de NA, la sublevación vino de la mano del principio de AP. Ruptura que ha sido de tal envergadura y profundidad que algunas voces aún se resisten porque como es sabido, los cambios y los consecuentes movimientos en los pilares o cimientos, despiertan ciertos temores, críticas e incomodidades teóricas. Así son las grandes transformaciones socio-jurídicas.

Ya lo dijo hace tanto el genio de Albert Einstein: “Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio”. Todavía quedan ciertos prejuicios sobre las personas menores de edad, en especial, sobre los adolescentes porque son ellos –más que ningún otrx– quienes traccionan y tensionan en acto las virtudes y emancipaciones que genera el principio de autonomía progresiva en un Estado democrático. Así de compleja y enigmática es la libertad.

Bibliografía

- Curti, Patricio J., y Notrica, Federico, “Gestación por sustitución”, en Herrera, Marisa (dir.) *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018.
- De la Torre, Natalia, Herrera, Marisa, Notrica, Federico, Vigo, Fiorella, y Vittola, Leonardo R., “Naturaleza jurídica del embrión no implantado”, en Marisa Herrera (dir.) *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018.
- Gil Domínguez, Andrés, “Embrionación”, LL 19/08/2015, 1 Cita Online: AR/DOC/2353/2015.
- Grosman, Cecilia O. (directora) y Videtta, carolina A., (coordinadora), *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial*

- sus derechos a la salud y cuidado al propio cuerpo*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019.
- Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, LL 31/07/2013, 1 Cita Online: AR/DOC/2899/2013.
- Herrera, Marisa, “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica”, RCCyC 2018 (julio), 3 Cita Online: AR/DOC/1258/2018.
- Herrera, Marisa, de la Torre, Natalia, y Fernández, Silvia, E., *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, CABA, La Ley, 2018.
- Lamm, Eleonora, “La gestación por sustitución como deconstrucción de la “maternidad” que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos”, RDF 89, 139 Cita Online: AR/DOC/1271/2019.
- Notrica, Federico, “Las diversas estrategias legales en los procesos de gestación por sustitución. el trabajo artesanal de los abogados debido a la falta de regulación”, RDF 2018-IV, 111 Cita Online: AR/DOC/3260/2018.
- Salituri Amezcua, María Martina, “La pregunta por el límite en materia de cobertura integral de técnicas de reproducción humana asistida. una ocasión para el análisis”, RDF 2016-V, 60, Cita Online: AR/DOC/4712/2016.
- STJ, CABA, “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, Cita Online: AR/JUR/3606/2003.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en el Código Civil y Comercial

*Néstor E. Solari**

Resumen

Frente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) surge una necesidad de adecuar y contemplar las diversas modalidades que la ciencia médica ha desarrollado en los últimos años. Existen tres fuentes filiales: por naturaleza, por adopción y las derivadas de las TRHA. La nueva legislación adolece de un sistema integral moderno, que dé cuenta de los distintos aspectos derivados de las TRHA, postergando su tratamiento en una futura reforma. Hay dos aspectos que merecen un tratamiento específico por parte del legislador: la gestación por sustitución y la plurifiliación.

Palabras clave: Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Código Civil y Comercial, gestación por sustitución, plurifiliación.

Assisted Human Reproduction Techniques in the Civil and Commercial Code

Abstract

The new Assisted Human Reproduction Techniques brings the need to accommodate the current legislation in matters of filiation. There are three

* Doctor en Derecho (UBA). Titular de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA), subdirector de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia y de la Especialización en Derecho de Familia (UBA). Autor de diversos libros y publicaciones sobre la materia; nestorsolari@gmail.com.

filiation sources: natural, adoption and those derived from the Assisted Human Reproduction Techniques. The Civil and Commercial Code lacks a comprehensive system that acknowledges these realities. There are two aspects that need specific treatment: surrogacy and multiple parents.

Keywords: Assited Human Reproduction Techniques, Commercial and Civil Code, Surrogacy, multiple parents.

I. Introducción

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) constituyen uno de los ejes centrales en materia de filiación, en cuanto a la necesidad de adecuar y contemplar las diversas modalidades que la ciencia médica ha desarrollado en los últimos años.

En sintonía con ello, el Código Civil y Comercial ha contemplado una tercera fuente filial, consistente en la voluntad procreacional, además de la filiación por naturaleza y por adopción, que ya estaban previstas en la anterior legislación. En tal sentido, ahora tenemos tres fuentes filiales: por naturaleza, por adopción y las derivadas de las TRHA.

A pesar de la creación de una tercera fuente filial, acorde a los modelos filiales actuales, la nueva legislación adolece de un sistema integral moderno, consecuencia de las realidades surgidas a partir de las TRHA.

Así, el código de fondo ha dejado sin tratar los distintos aspectos derivados de las TRHA, postergando su tratamiento en una futura reforma,¹ algo que en realidad, constituía el eje central de las técnicas de reproducción humana asistida.

Por otra parte, en la reforma efectuada en el título de la Filiación, en punto a las TRHA hay dos aspectos que merecen un tratamiento específico por parte del legislador: la gestación por sustitución y la plurifiliación.

1. De acuerdo con los fundamentos del Anteproyecto. “Se permite la fertilización con gametos de la pareja o de la persona que pretende alcanzar la maternidad o paternidad a través del uso de las técnicas, como así también de material de donante anónimo, debiendo una ley especial regular todas las cuestiones que se derivan de la llamada fertilización *heteróloga*”.

II. Gestación por sustitución

La gestación por sustitución, como modalidad específica de las TRHA, representa en la actualidad el aspecto más trascendente desde el punto de vista jurídico, en virtud de las distintas cuestiones que se encuentran involucradas en dichas prácticas.

El texto del Código Civil y Comercial no contiene ninguna disposición expresa al respecto, manteniendo un criterio abstencionista en la materia.

Aun cuando el Anteproyecto contenía una disposición expresa al respecto, no debe dejar de señalarse que la utilización de esta especie de filiación, en los términos proyectados, requería necesariamente de una decisión judicial, que así lo autorizara. Lo cual no significaba un verdadero avance, pues, de ejercer tal opción, debía recurrirse a la vía judicial para que, eventualmente, el juez autorizara dichas prácticas. En realidad, el derecho positivo debiera contener un mecanismo para llevar adelante las prácticas sin necesidad de judicializar el pedido. Dicho de otra manera, si se trata de un derecho no puede pretenderse que los que deseen implementar tales prácticas deban pedir a la justicia su correspondiente autorización. De ahí que la proyectada disposición no impedía el arduo recurso de la judicialización.

Fuera de ello, ante la falta de previsión expresa en el código de fondo, las partes involucradas también deberán seguir transitando el ámbito judicial para lograr su reconocimiento. Esta necesidad de la vía judicial lo ha sido tanto en aplicación del viejo Código Civil como en el nuevo Código Civil y Comercial. Es decir, antes como después de la vigencia del CCyC en la Argentina es necesario tener un reconocimiento judicial para que los comitentes –quienes tienen la voluntad procreacional– logren el emplazamiento en el vínculo filial y para que la gestante no sea jurídicamente madre.

Precisamente la novel legislación contiene una regla que viene del derecho romano, consistente en que la maternidad se determina por el parto, aún en las técnicas de reproducción humana asistida (conf. art. 562 CCyC), lo que constituye un verdadero despropósito en el estado actual de la ciencia. Ello así, pues mantener esta regla en un código moderno implica desconocer las distintas variantes que rodean a las técnicas de reproducción humana asistida, en particular a la gestación por sustitución, en donde la gestante, precisamente, no quiere asumir la maternidad.

Esta inconsistencia ha llevado a la jurisprudencia, en varias oportunidades, a tener que declarar la inconstitucionalidad del precepto en crisis,

por resultar un obstáculo para dichas prácticas. En otras oportunidades, la jurisprudencia, sin declarar la inconstitucionalidad del precepto, hizo aplicación de los arts. 1 y 2 del CCyC para encontrar en los tratados internacionales la solución del caso.

Por uno u otro camino, la solución siguen siendo disposiciones constitucionales y convencionales ante la ausencia de previsión interna al respecto.

III. Plurifiliación

Otro de los aspectos fundamentales que se debate en materia de técnicas de reproducción humana asistida es lo atinente a la posibilidad de inscribir la filiación con más de dos progenitores.

El sistema binario ha prevalecido en las legislaciones en la época de codificación, lo que resultaba indiscutido en atención a la realidad sociológica y científica. Sin embargo, los adelantos técnicos logrados con las TRHA abrieron un nuevo debate en derredor de la inscripción del vínculo filial, consistente en la posibilidad de que las partes puedan asumir, desde el principio, su intención de inscribir la filiación tanto respecto de los que tienen la voluntad procreacional como el tercero dador.

En la Argentina, en vigencia del código velezano, a principios de 2014, en la ciudad de Mar del Plata, se presentaron en el Registro Civil de las Personas los cónyuges y el padre biológico para inscribir al niño nacido por las TRHA, como hijo de los tres progenitores. En el caso, pidieron inscribir a dicho niño con sus dos mamás –cónyuges– y su padre biológico. La disposición 2.062 del Registro Provincial de las Personas hizo lugar a la solicitud de reconocimiento paterno solicitado por el padre biológico, respecto del niño inscripto previamente por sus madres. Se argumentó que el Código Civil no contenía prohibición expresa al respecto. De esta manera, se consagró la posibilidad de que tenga lugar la plurifiliación.

Poco tiempo después, entró en vigencia el Código Civil y Comercial. En dicho texto, en el último párrafo del art. 558 CCyC se prohíbe expresamente la posibilidad de que un niño sea inscripto con más de dos progenitores.

En tal sentido, señala el Anteproyecto: “Se mantiene el sistema binario, o sea, nadie puede tener vínculo filial con más de dos personas al mismo tiempo; de allí que si alguien pretende tener vínculo con otra persona, previamente debe producirse el desplazamiento de uno de ellos”.

No puede dejar de destacarse que la previsión legal implica una regresividad de derechos en nuestra legislación, inaugurando un sistema contrario a los tratados internacionales con jerarquía constitucional, que propician distintos modelos familiares y, en particular, de la plurifiliación.

Por ello, la disposición legal también ya ha sido declarada inconstitucional por precedentes jurisprudenciales, no obstante, la reciente vigencia del código de fondo.

IV. A modo de cierre

Estimo que se ha perdido una oportunidad inmejorable de actualizar en el orden interno los dilemas surgidos de la filiación, más allá de los fundamentos del Anteproyecto que pregonaban una reforma que en la letra del código no se encuentra reflejada.

En efecto, es indudable que el contenido de las normas internas sobre Filiación, en la estructura del nuevo Código Civil y Comercial, mantiene viejos parámetros, revestidos de algunas modificaciones puntuales, como la incorporación formal de una tercera fuente filial. Mas ello no resulta suficiente en el contexto sociológico y jurisprudencial existente a la época de sanción del código de fondo.

Lo cierto y concreto es que los nuevos dilemas derivados de la filiación, consecuencia de los adelantos científicos y de la pluralidad de modelos familiares existentes, requieren ser abordados, normativamente, en estructuras legales ajenas al texto del código civil y comercial, encontrando –como antes de su vigencia– sus fuentes en tratados internacionales con jerarquía constitucional.

A mi entender, la pregonada constitucionalización del derecho de familia no ha tenido debida aplicación en las instituciones del derecho de la filiación, manteniendo estructuras viejas, con algunas modificaciones que no logran satisfacer mínimamente la realidad científica, sociológica y jurisprudencial de esta época.

En atención a ello, la aplicación de los tratados internacionales y el control constitucional y la convencionalidad por parte de los jueces resulta imprescindible, más que en otras materias, debido a la falta de norma interna sobre la gestación por sustitución y a la prohibición de un vínculo filial de más de dos personas.

Por ello, con relación a la filiación, la doctrina emergente de los arts. 1 y 2 del CCyC resulta fundamental para “salir del texto del Código Civil y

Comercial” y encontrar la solución “fuera” de este, o, como último recurso la eventual declaración de inconstitucionalidad de los preceptos en crisis.

Esperemos que en una futura reforma legislativa se aborden, finalmente, los verdaderos dilemas actuales que nos enfrenta el derecho filial moderno. Mientras tanto, los jueces tendrán que seguir recurriendo a normas constitucionales y convencionales en la materia.

Bibliografía

Azpiri, Jorge O. *Derecho de Familia*, Hammurabi, 2016.

Bueres, Alberto J. (dirección), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 2, Hammurabi, 2016.

De Lorenzi, Mariana. “La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad”, *RDF* N° 79, 2017, Abeledo Perrot.

Famá, María Victoria. *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, tomos I y II, La Ley, 2017.

Lamm, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, 2013.

Solari, Néstor E., *Derecho de las Familias*, La Ley, 2017.

Solari, Néstor E., *Sobre la triple filiación*, DFyP, octubre de 2015, p. 3, La Ley.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

La Justicia Electoral como actor político*

*María Alejandra Perícola***

*Gonzalo Joaquín Linares****

Resumen

La investigación plantea una revisión de la jurisdicción electoral desde una perspectiva política –es decir, no estrictamente jurídica–, de manera tal que se pueda comprender y realzar al juez electoral como un actor político más de todo el sistema político democrático, en particular respecto de su intervención en la resolución de conflictos de carácter político y social. Para ello, se propone analizar el rol político del juez electoral y su función política cuasilegisladora. Así, se reconocerá el alcance, la validez y los efectos que tienen las sentencias que dictan los tribunales en ejercicio de la facultad de defender la supremacía de la Constitución y para decidir cuestiones de gran trascendencia en relación con la democracia representativa.

Si bien el área interpretativa de la Justicia Electoral en la Argentina se extiende a una gran variedad temática, como unidad de observación, y con el objetivo de analizar los criterios por ella adoptados en el quehacer

* Los autores agradecen los comentarios y las sugerencias del dictamen arbitral.

** Abogada y licenciada en Ciencia Política. Máster en Derecho Electoral, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Profesora Adjunta Regular de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora del Proyecto de Investigación DeCyT “El Derecho a elegir y ser elegida/o en América Latina” (DCT 1826)-Convocatoria 2018/2020; mpericola@derecho.uba.ar.

*** Abogado y docente de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador en formación en el Proyecto de Investigación DeCyT “El Derecho a elegir y ser elegida/o en América Latina” (DCT 1826) - Convocatoria 2018/2020; gjlinares@gmail.com

jurisdiccional, el análisis se focaliza en una serie de sentencias en materia político-electoral relacionadas con el federalismo electoral, la democracia representativa, los derechos políticos y la transparencia del proceso electoral.

Palabras clave: justicia electoral, democracia representativa, federalismo electoral, derechos políticos, transparencia electoral.

Electoral Justice as a Political Player

Abstract

This research aims to look at electoral jurisdiction from a political perspective, i.e., not strictly juridical, to gain a better understanding of the role of the electoral judge as one participant among the many in a democratic political system. This investigation places special emphasis on the electoral judge's intervention in the resolution of conflicts of political and social nature. To this end, it examines the role of the electoral judge and their quasi-legislative political function with the aim of establishing the reach, validity and effects of the sentences passed by these courts in exercise of their powers of defending the supremacy of the constitution and deciding on matters of importance to representative democracy.

Even though the interpretative aspect of the Electoral Justice system covers many areas, this research focuses on a series of rulings related to electoral federalism, the representative democracy, political rights, and the transparency of the electoral process.

Keywords: Electoral Justice, Representative Democracy, Electoral Federalism, Political Rights, Transparency of the Electoral Process.

I. Marco conceptual

En un sentido amplio, mediante la configuración de procesos y estructuras judiciales, la jurisdicción constitucional es la protagonista de custodiar y defender los principios y reglas que constituyen el ordenamiento

constitucional.¹ Así, es posible reconocer en ella tres tareas: a) el control de constitucionalidad de las disposiciones normativas infraconstitucionales; b) la protección y satisfacción de derechos fundamentales; y c) la resolución de los conflictos de competencias entre órganos que cumplen las funciones asignadas a los poderes constituidos del Estado.

La Justicia Electoral se ocupa de “la protección auténtica o tutela eficaz del derecho a elegir o ser elegido para desempeñar un cargo público, mediante un conjunto de garantías a los participantes (partidos políticos y, en su caso, ciudadanos y candidatos) a fin de impedir que pueda violarse en su perjuicio la voluntad popular, contribuyendo a asegurar la legalidad, certeza, objetividad, imparcialidad, autenticidad, transparencia y, en general, justicia de los actos y procedimientos electorales”.²

La legitimidad del sistema democrático se sustenta fundamentalmente en la existencia de reglas de juego claras y uniformes. Por ello, el Estado debe proteger no solo la confianza de los ciudadanos en las disposiciones de la ley, sino su confianza en la manera en que estas son interpretadas por los órganos competentes. A ello contribuye, pues, la jurisprudencia creada en aplicación de las normas que rigen la actividad de las agrupaciones políticas y el desenvolvimiento de los procesos electorales.³

En cuanto al sistema de Justicia Electoral en Argentina, se aplican las reglas del control de constitucionalidad difuso a nivel federal. La Cámara Nacional Electoral (CNE) es la autoridad superior en la materia y conoce en grado de apelación de las resoluciones recaídas en las cuestiones iniciadas ante los jueces federales con competencia electoral y las juntas electorales nacionales.⁴ Los fallos de la Cámara son apelables ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) únicamente por vía del recurso extraordinario.

Además de las funciones jurisdiccionales propias de todo tribunal de justicia, la jurisprudencia de la CNE tiene fuerza de fallo plenario y es

1. R.G. Ferreyra, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed. aumentada y revisada, 2016, p. 251.

2. J. Orozco Henríquez, “Justicia electoral y resolución de conflictos”, en *Revista Justicia Electoral*, 1998, N° 11, p. 40.

3. Véase, *Jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral. Temas seleccionados*. Disponible en: <https://www.electoral.gov.ar/j.php>.

4. Ley 19.108. B.O. del 12/07/1971.

obligatoria para todos los jueces de primera instancia y para las juntas electorales nacionales. Al respecto, en uno de sus pronunciamientos, la Cámara ha señalado que –siendo la autoridad superior en la materia– sus fallos constituyen los antecedentes que deben ser considerados como principios rectores en el comportamiento electoral: “Razones de economía procesal, certeza, celeridad y seguridad jurídica aconsejan tender a la uniformidad de la jurisprudencia, en el entendimiento de que ello contribuye a afianzar la justicia; uno de los objetivos perseguidos por nuestra Constitución Nacional Por ello, y dada la importancia del objeto de la materia es que el legislador atribuyó a sus resoluciones fuerza de fallos plenarios”⁵.

En similar orden de ideas, la CSJN ha explicado que, si la interpretación jurisprudencial tiene un valor análogo al de la ley, es precisamente porque integra con ella una realidad jurídica; es, no una nueva norma, sino la norma interpretada la que cumple su función rectora en el caso concreto que la sentencia decide. Las sentencias con las cuales la jurisprudencia se constituye están, con respecto a la ley, en relación de dependencia de lo fundado con su fundamento, puesto que la sentencia es la actuación concreta de la ley.⁶

Teniendo en cuenta que las atribuciones de la CNE y el accionar de la CSJN en materia electoral, tanto en grado de apelación como en su instancia originaria, se enmarcan en la resolución de conflictos políticos que se resuelven en términos jurídicos, es preciso considerar la diferencia entre el control político y el control jurídico.

Tal como señala el constitucionalista Diego Valadés, “el ejercicio limitado del poder es una nota distintiva de la democracia. Los límites residen en la adjudicación de competencias a los órganos del poder, pero están sujetos a la verificación de su cumplimiento a través de los instrumentos de control”.⁷

Por un lado, la democracia representativa demanda que la representación del pueblo se articule de la manera más transparente posible. Por otro lado, la democracia constitucional supone que los órganos del poder actúen dentro de sus límites, para lo cual se establecen controles políticos y

5. Fallo CNE N° 3099/03, del 24 de marzo de 2003, considerando 8°.

6. Fallos: 315:1863.

7. D. Valadés, *El control del poder*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 183.

jurídicos. De esta forma, los instrumentos constitucionales para el control del poder ocupan un lugar primordial respecto del ejercicio racional del poder y la defensa de los preceptos constitucionales: “Con los instrumentos de control político del poder se protege esencialmente al destinatario de la Constitución; con los instrumentos de control jurídico del poder se protege fundamentalmente a la Constitución”.⁸

El control político es de carácter subjetivo y su ejercicio es voluntario por el órgano o la autoridad de poder según el caso. Por su parte, el control jurídico es de carácter objetivado, es decir, basado en razones jurídicas, y su ejercicio, necesario, no por el órgano que en cada momento aparezca gozando de superioridad, sino por un órgano independiente e imparcial, dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de derecho.⁹

Al mismo tiempo, y en pos de analizar el ejercicio del control jurídico de la Justicia Electoral en la Argentina, resulta conveniente examinar el aporte efectuado por Luis Diego Brenes Villalobos¹⁰ respecto de los factores que explican el “rol político del juez electoral”. Si bien su tesis se centra en el caso costarricense, propone un modelo teórico y explicativo que permite trasladar la lógica de estudio a la justicia electoral en el contexto latinoamericano en general y a la Argentina en particular.

La investigación plantea una revisión de la jurisdicción electoral desde una perspectiva política –es decir, no estrictamente jurídica–, de manera tal que se pueda comprender y realzar al juez electoral como un actor político más de todo el sistema político democrático, en particular respecto de su intervención en la resolución de conflictos de carácter político y social. Para ello, propone analizar la variable independiente a partir de tres dimensiones vinculadas a los roles del juez electoral: su función política cuasilegisladora, la *accountability* y su faceta de comunicador. Mientras que la primera de las dimensiones refiere a labores propias de interpretación de la normativa electoral, las dos siguientes devienen de particular relevancia para entender

8. *Ibidem*, p. 129.

9. M. Aragón, *Constitución, Democracia y Control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, pp. 130-131.

10. L. D. Brenes Villalobos, *El rol político del juez electoral*, San José de Costa Rica, Instituto de Formación y Estudios en Democracia del Tribunal Supremo de Elecciones, 2012.

el sistema de justicia electoral no solo como poder político, sino también en su consideración de servicio público.

En primer lugar, la dimensión de cuasilegisador se analiza a partir de dos indicadores: a) la interpretación normativa electoral y b) la intervención en el foro legislativo al momento de elaborar una ley electoral. El primer indicador pondera, por un lado, las resoluciones creadoras de derecho (sentencias que ante un vacío, laguna o ambigüedad normativa, integran esta con una decisión innovadora o diferente a la diseñada previamente por el legislador); y, por el otro, las resoluciones integradoras de derecho con impacto político (sentencias del juez electoral que, si bien no crean derecho en sentido estricto, formulan una integración normativa para propiciar nuevos alcances en la norma integrada, cuando la integración de derecho puede conllevar consecuencias e impactos políticos o sociales de relevancia).¹¹

En segundo lugar, con la *accountability* se busca medir la relación entre el juez electoral y el legislador en aquellos proyectos de ley en los que el primero haya ejercido acompañamiento y apoyo político para la aprobación de una ley electoral.

Por último, se centra la atención en acciones como la comunicación de la jurisprudencia electoral al órgano legislativo, la atención de solicitudes de interpretación directamente formuladas desde una comisión legislativa, la iniciativa y el apoyo a la reforma electoral, o la intervención de los magistrados en el seno legislativo.

Además, la tesis mencionada asume que los factores que explican el rol político del juez electoral son la presencia de conflictividad electoral de resultados estrechos (en tanto propician una alta litigiosidad poselectoral, incertidumbre y polarización), la mayor fragmentación parlamentaria, la amplitud de competencias jurisdiccionales (tanto desde la Asamblea Legislativa como en el respeto a estas desde cortes constitucionales ordinarias) y los elementos subjetivos propios del juez electoral.¹² En otras palabras, el análisis profundiza en las causas que explican una justicia que, por su propia naturaleza, es política, y en la cual el papel del juez electoral supera la estricta resolución de un conflicto entre partes para avanzar hacia la toma de decisiones con relevancia política.

11. *Ibidem*, pp. 51-52.

12. *Ibidem*, pp. 48-49.

Adicionalmente, este estudio se enriquece con el reconocimiento de los alcances, la validez y los efectos que tienen las sentencias que dictan los tribunales constitucionales en ejercicio de la facultad de defender la supremacía de la Constitución Nacional (CN) y para decidir cuestiones de gran trascendencia con relación a la democracia representativa.¹³

Al respecto, el derecho procesal constitucional distingue entre las sentencias que se han denominado “clásicas” y las llamadas sentencias “atípicas”. Las sentencias clásicas aceptan la postulación que impugna la constitucionalidad de un precepto (sentencia estimatoria) o la que rechaza el acuse de inconstitucionalidad (sentencia desestimatoria). En cambio, las sentencias atípicas –también denominadas “manipulativas”, “interpretativas” o “moduladoras”–, producto del moderno derecho procesal constitucional, escapan de la doble estratificación tradicional, con el objetivo de “conservar en lo posible el vigor de las normas infraconstitucionales, por razones pragmáticas y de funcionalidad, para evitar vacíos normativos jurídica y socialmente muy costosos si se descalifica a una regla por su inconstitucionalidad”.¹⁴

Siguiendo la clasificación aportada por el constitucionalista Néstor Sagüés, en el campo de las sentencias atípicas pueden distinguirse las siguientes: a) sentencia manipulativa¹⁵ admisoría (condena a una determinada interpretación de la ley bajo examen, pero no al texto normativo mismo, que continúa vigente y aplicable siempre que se lo interprete conforme a la Constitución); b) sentencia manipulativa desestimatoria (reconoce constitucional cierta exégesis concreta de una norma, rechazando respecto de ella la objeción de ser inconstitucional, con lo que deja abierta la posibilidad de reputar inconstitucional otra inteligencia diferente que se haga del mismo precepto legal); c) sentencia manipulativa aditiva (se añade algo al

13. A. R. Dalla Via, “Modelos, Tribunales y Sentencias Constitucionales”, en A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, T. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 454.

14. Cfr. N. P. Sagüés, “Las sentencias constitucionales exhortativas”, en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, Universidad de Talca, 2006, pp. 190-191.

15. El autor aclara que la acepción “manipulativa” no se emplea en sentido peyorativo, sino en sentido neutro; esta significa, por ejemplo, maniobrar, operar o utilizar la norma del caso desde una perspectiva constitucional.

texto legal para que sea compatible con la Constitución; en algunos casos se cubre un vacío legal y en otros se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o una situación legal en las denominadas “sentencias integradoras”); *d*) sentencia manipulativa sustitutiva (es la manifestación más discutible del poder legisferante del Tribunal Constitucional, porque en esta hipótesis se destruye una norma calificada como inconstitucional y se la reemplaza por otra regulación conforme con el texto constitucional); y *e*) sentencia exhortativa, también llamada “apelativa” o “con aviso” (el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional, encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde a la Constitución, y puede fijarle o no plazo preciso al respecto).

El área interpretativa de la Justicia Electoral en la Argentina se extiende a una gran variedad temática: la organización electoral, el cuerpo electoral, el sufragio, los partidos políticos, la nominación de candidatos, la difusión de encuestas y bocas de urna, el proceso electoral, los sistemas electorales, los delitos electorales, entre otros. Como unidad de observación, y con el objetivo de analizar los criterios adoptados por la Justicia Electoral en el quehacer jurisdiccional, el análisis que sigue se focaliza en una serie de sentencias en materia político-electoral relacionadas con el derecho de sufragio en su faz activa (“Mignone” –CSJN-2002–; “Asociación por los Derechos Civiles” –TSJ CABA-2013; “Procuración Penitenciaria” –CNE-2013–), la representación política en la Cámara de Diputados de la Nación (“Incidente Encuentro Vecinal Córdoba –CNE-2018–), la transparencia en el proceso electoral (“Alianza Frente por un Nuevo País” –CNE-2001– y CSJN-2003), el control judicial de la transparencia electoral y la defensa de la voluntad popular (“Acuerdo para el Bicentenario c. Pcia. de Tucumán” –CSJN-2017–) y el federalismo electoral (“UCR c. La Rioja” “FPV c. Río Negro”; “Alianza Cambiemos Río Negro” –CSJN-2019–). La selección de estos casos obedece a la relevancia de los temas abordados, y el impacto político de sus decisiones sobre cuestiones medulares para el funcionamiento del sistema representativo y republicano. A los efectos de su mejor comprensión, se procura sistematizar al análisis de estas sentencias por tema, sin seguir estrictamente un orden cronológico.

II. El derecho de sufragio en su faz activa (derecho a elegir)

A. *El derecho a elegir de las personas detenidas sin condena: el caso “Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo”*

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) promovió acción de amparo contra el Estado Nacional, con el objeto de que se garantice el derecho constitucional a sufragar de las personas detenidas sin condena en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos. Para ello, solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3, inciso d), del Código Electoral Nacional (CEN). La jueza de primera instancia rechazó la acción y el CELS interpuso recurso de apelación ante la CNE. El Procurador Penitenciario se presentó en calidad de *amicus curiae*.

1. *El fallo de la Cámara Nacional Electoral*

El 10 de octubre de 2000,¹⁶ la CNE declaró la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso d), del CEN. Consideró que constituía una norma injusta por haber cambiado las circunstancias históricas y sociales existentes cuando el congreso legislativo la sancionó, por lo cual devino irrazonable, atento a que los derechos humanos desde 1994 se encuentran protegidos por tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional de conformidad con el artículo 75, inciso 22, de la CN. Asimismo, remarcó la protección jurídica que los tratados internacionales le prestan a la persona humana, todavía presunta inocente, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 23.2, que solo admite la reglamentación del derecho a votar por razón de condena por juez competente en proceso penal, lo que excluye, claramente, toda restricción que no derive de una condena, como es el caso de los detenidos sometidos a proceso (considerandos 7° y 8°).

En el considerando 9°, la Cámara aclaró que la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad habrá de ser que quienes se encuentren en tal situación (procesados privados de la libertad) no serán excluidos del padrón mediante una línea roja (art. 37, CEN). A continuación, precisó que ello no implica que puedan sufragar “efectivamente” hasta que los poderes competentes –el Legislativo y el Ejecutivo– no dicten la reglamentación necesaria que posibilite el sufragio, teniendo en cuenta requisitos de seguridad y técnica electoral.

16. Fallo CNE N° 2807/2000, del 10 de octubre de 2000.

Todas las partes dedujeron recursos extraordinarios. Los de los Ministerios del Interior y de Justicia fueron concedidos por existir cuestión federal, y denegado el del CELS, quien recurrió en queja ante la Corte.

2. El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁷

El Tribunal dictó sentencia el 9 de abril de 2002, confirmando la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso d), del CEN, que excluía del padrón electoral a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”, supeditando el ejercicio del derecho a la reglamentación que posibilite el sufragio de aquella categoría de personas.

Asimismo, a partir de considerar que “reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo”, la Corte avanzó operativamente¹⁸ y decidió “urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados”. En ese marco, consideró prudente “disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses”.

3. La sanción de la Ley 25.858

La derogación del artículo 3, inciso d), del CEN y la incorporación del derecho de sufragio activo a los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva se concretó en la Ley 25.858, del 29 de diciembre de 2003. Asimismo, la norma le otorgó facultades a la Cámara Nacional Electoral para confeccionar un Registro de Electores Privados de Libertad, habilitar mesas de votación en cada establecimiento de detención y designar sus autoridades.¹⁹

17. Fallos: 325:524.

18. Véase V. Bazán, “La Jurisdicción Constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 13, Madrid, 2009, pp. 33-88.

19. El D. 1291 (28/9/2006) reglamentó la L. 25.858, mientras que el D. 295 (15/4/2009) modificó algunas instancias del procedimiento establecido en el primero, entre las que se destaca la comunicación por vía electrónica de los movimientos de detenidos, ya sea por

4. Apreciaciones sobre el rol político de la CNE y de la CSJN

En la dimensión cuasilegisador puede observarse que la CNE se limitó a realizar una labor de interpretación a través de una resolución integradora de derecho con cierto impacto en el sistema electoral, al considerar que el artículo 3, inciso d), del CEN había devenido en una norma injusta por haber cambiado las circunstancias históricas y sociales existentes cuando el congreso legislativo la sancionó. Asimismo, aclaró que las personas procesadas con prisión preventiva iban a poder sufragar en el momento en que el Poder Legislativo y el Poder Judicial dicten la reglamentación necesaria. En cambio, en la misma categoría de análisis, la resolución de la CSJN puede relacionarse con el segundo indicador (referido a la intervención en el foro legislativo), atento que comunicó la jurisprudencia al órgano legislativo urgiendo al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados. En este punto, se advierte también una clara función comunicadora en el ejercicio de la jurisdicción electoral.

Con relación a los alcances, validez y efectos de la sentencia, la resolución de la CNE podría definirse como una “sentencia integradora” por incluir a las personas privadas de su libertad con prisión preventiva inconstitucionalmente en el universo de electores. El impacto político de la decisión –y de las que siguen en la materia– deriva de su aptitud para modificar la base electoral de representación, al incorporar al padrón un universo de personas hasta entonces excluidas. Ello, con sus consiguientes derivaciones en los resultados electorales, y/o en la formación o modificación de las expresiones políticas.

En este mismo sentido, la sentencia de la CSJN constituye una “sentencia exhortativa” o “manipulativa-sustitutiva”, según el marco conceptual, al encomendar al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde a la Constitución fijándole un plazo de seis meses. Producto de ello, se sancionó la Ley 25.858 en diciembre de 2003.

el dictado de nuevas prisiones preventivas, traslados, fallecimientos, o por modificaciones del estado procesal de los detenidos con prisión preventiva.

B. Una apostilla sobre el derecho a elegir de las personas detenidas con condena

A pesar del avance que significó el fallo “Mignone” en materia de derechos de participación política, ha continuado el debate en el marco de la prohibición del derecho al sufragio activo que persiste en los incisos e), f) y g) del artículo 3 del Código Electoral vigente, respecto de los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, y los sancionados por la infracción de deserción calificada. Así, a partir del 2011, algunos tribunales han declarado la inconstitucionalidad de las normas que no permiten votar a las personas privadas de la libertad condenadas.²⁰

C. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (6/9/2013)

La Asociación por los Derechos Civiles promovió una acción declarativa de inconstitucionalidad respecto de los incisos e), f) y g) del artículo 3 del CEN, por contradecir los artículos 1, 10, 11, 13 (incs. 3, 7 y 9), 15 y 62 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA); artículos 1, 16, 18, 19, 28, 33 y 37 de la CN y artículos concordantes de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional: CADH, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), y Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

Las normas impugnadas estaban contenidas en el Código vigente al momento de entrar a regir la CCABA, y en lo pertinente disponían: “Art.

20. Entre ellos, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en la causa “García de la Mata, Ángel María s/su presentación”, sentencia del 22 de octubre de 2011; el Juzgado de Ejecución Penal de la Ciudad de Santa Fe, en la causa “Hábeas corpus Correctivo Colectivo Internos alojados Cárcel Las Flores U2 de Santa Fe s/solicitan emitir sufragio”, resuelta el 27 de septiembre de 2011; el Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, en “E. E. M. s/portación de arma de guerra sin contar con la debida autorización legal”, causa resuelta el 20 de octubre de 2011; el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, resuelta el 6 de septiembre de 2013.

3: Están excluidos del padrón electoral [...]: e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis; g) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción”. El 20 de marzo de 2013 se celebró la audiencia del artículo 6 de la Ley de la Ciudad N° 403. Allí expusieron su posición las partes actora y demandada, el Fiscal General y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia en calidad de *amicus curiae*. La sentencia acogió favorablemente los planteos de inconstitucionalidad por el voto de cuatro jueces, tres integrantes naturales y un conjuer, con un voto disidente.²¹

La mayoría del Tribunal coincidió en que no se había justificado, en el marco del caso, que la restricción atienda a un propósito útil y necesario para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, sostuvieron que el artículo 3, incisos e), f) y g) del CEN, constituía un impedimento para el ejercicio pleno del derecho al voto universal.

La acción declarativa de inconstitucionalidad se sustentó en la interpretación de un plexo de normas constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, junto con una serie de argumentaciones complementarias que abarcaron tanto razones históricas y políticas como el alcance que debe dársele a una democracia ampliamente participativa. Asimismo, se consideraron los antecedentes internacionales más relevantes sobre el tema:

- La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Hirst vs. Reino Unido” del 6 de octubre de 2005, que concluyó que la exclusión automática del sufragio de los condenados con prescindencia del tipo de delito y sin mayor ponderación legal no tiene eficacia disuasoria y dificulta la posterior inserción de los presos en la comunidad.
- La sentencia del 28 de febrero de 2007 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) en la causa

21. Véase J. O. Casás, “Luces y sombras sobre el régimen electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *Pensar en Derecho*, Año 4, N° 7, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2015, pp. 71-125.

“Juicio para la protección de los derechos electorales del ciudadano”, que entendió que la suspensión de los derechos políticos es innecesaria y desproporcionada si se atiende a la finalidad del régimen de derecho penal basado en la readaptación social del individuo al no haberse establecido como pena principal en la sentencia condenatoria.

- La resolución del caso “Sauvé vs. Fiscalía General Canadá”, del 31 de octubre de 2002, mediante la cual se declaró inconstitucional un precepto de la ley electoral que excluía del derecho de sufragio a los privados de libertad por sentencia con una pena de duración mayor de dos años, estimándose que la autoridad electoral “no pudo justificar por qué la denegación de un derecho fundamental democrático puede ser considerado como una forma de pena estatal”.
- El caso “Hilla Alrai vs. Minister of Interior *et al.*”, de 1996, en el que la Suprema Corte de Israel se negó a suspender el derecho al sufragio de un condenado a pena privativa de libertad, considerando que en tal caso no se perjudicaría al condenado sino a la democracia israelí.

D. “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo – Acción de amparo colectivo (Inconstitucionalidad de los artículos 12 y 19 inc. 2º del Código Penal y 3º inc. e), f) y g) del Código Electoral Nacional)”²²

En primera instancia, el juzgado federal con competencia electoral de la Capital Federal no hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad planteada por entender que tal restricción al ejercicio del derecho de sufragio activo era razonable y no contradecía el texto de la Constitución ni excedía los límites de la CADH. Asimismo, consideró que la modificación del criterio restrictivo con relación al ejercicio del derecho de sufragio activo por parte de los condenados era una atribución exclusiva de los poderes políticos del Estado, por cuanto era una cuestión política legislativa.

La CNE resolvió habilitar la intervención de “Amigos del Tribunal” en los términos reglados por la Acordada N° 85/07. En este sentido se presentaron catorce instituciones. A su vez, la causa fue inscripta en el

22. Expte. CNE N° 3451/2014/CA, del 24 de mayo de 2016.

Registro Público de Procesos Colectivos, para los fines de consulta y publicidad que la CSJN ha tenido en miras al disponer su creación (Acordada 32/14).

Al considerar la cuestión sustancial planteada en el caso, en torno de la constitucionalidad de la inhabilitación electoral de las personas condenadas en juicio penal, la CNE destacó el lugar eminente que los derechos de participación política tienen en la articulación de la democracia representativa, cuya esencia radica, precisamente, en el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos y elegir libremente a sus gobernantes (considerando 3º). Además, resaltó que el derecho a elegir integra el universo de derechos humanos reconocidos en los principales instrumentos internacionales que Argentina incorporó al derecho interno con jerarquía constitucional (cfr. art. 75, inc. 22 de la CN).

Al analizar si la facultad de reglamentar el ejercicio del derecho a votar por razón de condena penal autorizaba a disponer su privación directa y absoluta –como sostenía el representante del Estado Nacional–, o si esa función reglamentaria solo permitía limitaciones justificadas –tal como lo interpretaba la parte demandante, en criterio compartido por las catorce instituciones y personas que intervinieron en el proceso en carácter de *amicus curiae*–, la Cámara entendió que el Estado Nacional no había explicado la finalidad que persigue al prohibir en forma genérica el voto de las personas condenadas. El 24 de mayo de 2016 declaró inconstitucional la privación del voto de los condenados como sanción accesoria automática y genérica. Sin embargo, manifestó que “resulta factible que en ciertos casos el legislador pueda considerar justificada la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación cuando se trate delitos de corrupción, crimen organizado, lavado de activos, malversación de fondos públicos, defraudación contra la administración pública, entre otros” (considerando 14).

En el considerando 17 la CNE refirió que “la inclusión en el registro de electores de las personas con condena penal requiere que el Poder Legislativo, en ejercicio de atribuciones que le son propias y exclusivas, sancione un nuevo marco reglamentario de los derechos políticos de dichas personas”. Por ello, puso en conocimiento del Congreso de la Nación el contenido de la sentencia, “con el objeto de requerirle que extreme los recaudos necesarios a fin de revisar –a la mayor brevedad posible– la regulación vigente relativa al derecho a sufragio de los condenados”.

Por último, también con relación a los efectos del pronunciamiento, la CNE consideró “pertinente transmitir al legislador la conveniencia de evaluar una reglamentación integral y unificada, a fin de preservar la integridad y congruencia del marco jurídico que regule el derecho al sufragio de las personas con condena penal”. En este sentido, recomendó tener en cuenta la subsistencia de regulaciones provinciales discordantes de las normas nacionales, o la coexistencia de distintos grados de restricción al sufragio de los ciudadanos, dependiendo de la provincia en la que residan, y también recordar la garantía que establece el artículo 8 de la CN, el cual dispone que “los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás”.

1. Determinación del rol político de la CNE

En la dimensión cuasilegisador, se observa una interpretación normativa a través de una sentencia integradora, y su vez, atípica de tipo manipulativa-admisoria, al considerar inconstitucional una exégesis y aplicación específica de la norma que no se consideró debidamente justificada, y que implicaba la denegación del derecho de voto como pena accesoria automática, sin vinculación alguna con la situación del condenado. Asimismo, se advierte el ejercicio de una función comunicadora por parte del tribunal con competencia electoral, que dio a conocer la jurisprudencia al órgano legislativo. En este aspecto, se trata también de una sentencia exhortativa o manipulativa-sustitutiva, ya que requirió al Congreso de la Nación que extreme los recaudos necesarios a fin de revisar –a la mayor brevedad posible– la regulación vigente relativa al derecho a sufragio de los condenados. A su vez, avanza un paso más: pone en conocimiento del legislador la conveniencia de evaluar una reglamentación integral y unificada, a fin de preservar la integridad y congruencia del marco jurídico que regule el derecho al sufragio de las personas con condena penal, atento a la subsistencia de regulaciones provinciales discordantes de las normas nacionales.

III. La representación política en la Cámara de Diputados de la Nación²³

El 5 de julio del 2018, la Cámara Nacional Electoral se expidió respecto de la necesidad de que el Congreso ajuste la representación política en la Cámara de Diputados de la Nación a los datos del último censo nacional de población.

El caso se inició con la promoción de una acción de amparo contra el Estado Nacional, con el objeto de que se ordene al Poder Legislativo de la Nación que “dicte la ley de representación de la Cámara de Diputados en orden al censo poblacional del 2010”. Se señaló que “el mandato constitucional del artículo 45 no ha sido cumplido por el Poder Legislativo, por lo cual la integración de la Cámara de Diputados –según el número de miembros previsto en la Ley 22.847– violenta de manera manifiesta los parámetros de representación establecidos por el art. 45 de la Constitución Nacional”.²⁴

El Tribunal señaló que, sobre la base del artículo 45 de la CN, “puede decirse que la Cámara baja es la rama del Congreso que los constituyentes organizaron para que fuese ‘el mapa político del país’ o el ‘espejo de la Nación’, donde se reflejan todos los matices de la opinión pública, con la variedad heterogénea que la caracteriza. Por esto, tomaron como principio de representación en ella la población, la colectividad compleja de los habitantes de las provincias y de la capital. Buscaban, pues, establecer una vinculación íntima y permanente entre representados y representantes, para que estos pudieran ser algo así como la Nación misma personificada en ellos” (considerando 8°).

Con citas de reconocida doctrina constitucional, la Cámara “respalda el carácter imperativo que sugiere la interpretación literal del texto constitucional, que con el uso del término ‘fijará’ indica una concreta obligación de actuar del Congreso, que pesa como un mandato distinto de la obligación

23. “Incidente de Encuentro Vecinal Córdoba H. Cámara de Diputados de la Nación H. Senado de la Nación Estado Nacional – Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda en autos Encuentro Vecinal Córdoba c/Cámara de Diputados y otros s/amparo – Álvaro Zamora Consigli y Aurelio Francisco García Elorrio”. Expte. CNE N° 8912/2016/1/CA2, del 5 de julio de 2018.

24. Esta causa se originó en el pronunciamiento de la Cámara Nacional Electoral del 13 de junio de 2017 (Expte. CNE N° 8912/2016/CA1) mediante el cual se reconoció el carácter justiciable de la cuestión en debate, así como la legitimidad procesal del apelante (señor García Elorrio) para suscitar el ejercicio de la jurisdicción en el caso.

genérica de legislar”. Asimismo, aclaró que “la elección de tal o cual base para la distribución de los cargos a elegir es una decisión que incumbe, efectivamente, al Poder Legislativo y no al Judicial” (considerandos 12 y 13).

En consonancia con lo alegado por el recurrente en el caso, la sentencia destacó “que la base poblacional que determina el modo de integración de la Cámara de Diputados –según el censo de 1980– desconoce las variaciones demográficas acaecidas en el país durante casi 40 años, que resultan verificables objetivamente a través de los tres censos nacionales de población realizados con posterioridad al mencionado”. Luego agregó que “[...] en tales condiciones, la circunstancia de que la base de representación por la cual se rige la actual composición de la Cámara de Diputados de la Nación continúe siendo aquella que se determinó con los datos poblacionales de un censo realizado hace 38 años resulta claramente anacrónica” (considerando 14).

Por último, la CNE resolvió –tal como lo hizo en otras controversias cuya solución definitiva requerían el dictado de una ley– poner en conocimiento del Congreso de la Nación el contenido de la sentencia, “con el objeto de que, en ejercicio de sus atribuciones, extirpe los recaudos para ejecutar el mandato que establece el artículo 45 de la Constitución Nacional” y actualice la base de representación según el censo realizado en el 2010. Además, la sentencia destacó que “de actualizarse la base de representación, [...] el número de integrantes de la Cámara de Diputados no necesariamente habría de variar en mucho, lo que denota lo innecesario de la modificación en la partida presupuestaria correspondiente para solventar el gasto que irrogaría la puesta en función de los eventuales nuevos cargos” (considerando 17).²⁵

1. Comentario sobre el rol político de la CNE

En este caso también se observa el rol político del juez electoral como un juez cuasilegislator. La sentencia, podría enmarcarse en el tipo de sentencias integradoras de derecho con impacto político e institucional relevante, por su aptitud para modificar eventualmente la composición numérica

25. Puede verse J. A. Amaya, “¿Una sentencia exhortativa o un consejo constitucional?”, en *La Ley* 30/07/2018; P. G. Hirschmann, “El número de integrantes de la Cámara de Diputados de la Nación”, en *Suplemento Constitucional 2018 (octubre)*, 22/10/2018, 3, La Ley 2018-E.

de la Cámara Baja. Ello podría ampliar cuantitativamente los espacios de representación política institucional, modificando la correlación de fuerzas, y facilitando el acceso de expresiones política minoritarias. Con la relevancia que ello acarrea para el sistema de representación política en general, y para el debate y la formación de las decisiones legislativas.

Asimismo, se destaca una función comunicadora del Tribunal, mediante el dictado de una resolución moduladora-sustitutiva. Ello se expresa al comunicar el contenido de la sentencia al Congreso de la Nación a fin de que, en ejercicio de sus atribuciones, extirpe los recaudos para ejecutar el mandato que establece el artículo 45 de la CN. Se trata, por ello, de una sentencia típicamente exhortativa.

IV. Transparencia del proceso electoral

A. El escrutinio provisorio y el impacto en la opinión pública: el caso “Alianza Frente por un Nuevo País”

1. Entreacto

Previo a comentar el fallo en cuestión, es menester dedicar unas palabras a la discutida legitimidad de la participación del Poder Ejecutivo en la realización, verificación y difusión del denominado escrutinio provisorio en detrimento de la Justicia Nacional Electoral.²⁶

El escrutinio es el procedimiento electoral que tiene por objetivo esencial determinar el sentido en que se ha manifestado la preferencia del cuerpo electoral a través del sufragio. Se encuentra constituido por “[...] el conjunto de actos mediante los cuales se contabiliza, se valora y califica el voto y se derivan sus consecuencias jurídico-políticas”.²⁷

26. Un análisis más completo puede verse en: M.A. Perícola, “Transparencia y procedimiento electoral, con especial referencia a la realización y difusión del escrutinio provisorio”, en *Justicia y Transparencia, Justicia y División de Poderes, Justicia y Federalismo, Justicia y Desarrollo Humano, XXIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional*, Resistencia, Contexto, 2017, pp. 99-114.

27. *Diccionario Electoral*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª ed., 2003, T. I, p. 500.

Al respecto, las *Directrices para revisar el marco legal de las elecciones democráticas* indican que “[...] el marco legal ha de asegurar que todos los votos sean contados de manera precisa, justa, igualitaria y transparente”. Además, y con relación a la difusión, se establece que el marco legal ha de disponer la oportuna publicación de los resultados, así como indicar si las autoridades electorales han de anunciar resultados parciales o preliminares antes de la certificación final. Agregando que, si los resultados han de ser anunciados antes de la certificación final, se ha de regular claramente la forma de llevar a cabo tales anuncios.²⁸

En términos generales, el escrutinio presenta dos etapas en su desarrollo. Las mesas electorales son los órganos facultados para llevar a cabo la primera etapa del proceso escrutador, una vez finalizado el acto electoral (escrutinio preliminar). Luego sigue la etapa definitiva del escrutinio, en la cual se realiza la acción final de cuantificación y cualificación de los votos correspondientes a una elección en particular por el órgano electoral de mayor jerarquía, ya sea nacional o local, dependiendo del tipo de elección y de las circunscripciones electorales respectivas.²⁹

El CEN regula el escrutinio exclusivamente en dos instancias: el escrutinio de mesa (a cargo de las autoridades de mesa) y el escrutinio definitivo (a cargo de la Justicia Electoral). Sin embargo, no efectúa mención alguna sobre la difusión ni la publicación de resultados tanto provisionales como definitivos de las elecciones generales.

En cambio, se realiza una somera referencia a la difusión de los resultados del escrutinio de mesa respecto de las Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias en el artículo 43 de la Ley 26.751,³⁰ que dispone lo siguiente: “Una vez suscriptas el acta de cierre, las actas de escrutinio y los certificados de escrutinio para los fiscales, el presidente de mesa comunicará el resultado del escrutinio de su mesa al juzgado federal con competencia electoral que corresponde y a la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior,

28. *Normas Electorales Internacionales: Directrices para revisar el marco legal de las elecciones*, IDEA Internacional, 2005, ap. 13.

29. B. Franco-Cuervo, “Los escrutinios: mecanismo y control”, en D. Nohlen, D. Zovatto, J. Orozco, J. Thompson, (comps.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 979.

30. B.O. del 14/12/2009.

mediante un telegrama consignando los resultados de cada lista interna de cada respectiva agrupación política según el modelo que confeccione el correo oficial, y apruebe el juzgado federal con competencia electoral, a efectos de su difusión preliminar”.

No obstante, aunque la legislación no contempla la forma de realización y publicación del escrutinio provisorio (irrelevante jurídicamente a efectos de la imputación de la representación política), “ha sido práctica histórica, por razones de costumbre, que la ejecución del conteo provisional la asuma el Ministerio del Interior –a través de una empresa privada– sin participación alguna de la justicia nacional electoral en las operaciones atinentes a su diseño, planificación, organización, procesamiento, cómputo y difusión de los resultados; ni tampoco en la contratación de prestadores de servicios a tales efectos”.³¹

Frente a esta práctica, la CNE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre algunos aspectos del escrutinio provisorio,³² debido a la incuestionable trascendencia que tiene para la formación de la opinión pública sobre la legitimidad de las elecciones. En este sentido, ha manifestado su “convencimiento acerca de la necesidad de que se estudiasen posibles adecuaciones normativas que fortalezcan la calidad y la transparencia de los procesos electorales”³³. De hecho, la reforma electoral inconclusa (porque si bien obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación el 19 de octubre de 2016, el Senado rechazó el tratamiento del proyecto) incluía, entre otras modificaciones, la delegación en la Justicia Electoral, concretamente en la Cámara Nacional Electoral, la recepción, totalización y difusión de los resultados del escrutinio provisorio.³⁴

31. Acordada Extraordinaria CNE N° 113/07, del 25 de junio de 2007, considerando 2°.

32. También ha requerido reformas y actualizaciones, respecto del debate sobre el instrumento utilizado para expresar la voluntad del elector, la falta de armonización del calendario electoral, el plazo para las campañas electorales y la difusión de encuestas y sondeos de opinión.

33. Acordada Extraordinaria CNE N° 113/07, del 25 de junio de 2007.

34. La media sanción incluyó modificaciones a la L. 26.571 de democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral; a la L. 26.215 de financiamiento de los partidos políticos; a la L. 23.298 orgánica de los partidos políticos; a la L. 15.262 de simultaneidad de elecciones; a la L. 19.108 orgánica de la Justicia Electoral y al Código Electoral Nacional.

2. El caso “Alianza Frente por un Nuevo País”

La trascendencia que tiene el escrutinio provisorio para la opinión pública se ha observado palmariamente en la causa “Alianza Frente por un Nuevo País” en el marco de las elecciones del 14 de octubre de 2001, en las que se encontraba en disputa la asignación de la tercera banca de senador nacional por la minoría entre Alfredo Bravo y Gustavo Béliz, por el distrito de la Ciudad de Buenos Aires. Los diarios del lunes 15 de octubre de 2001 informaron, conforme los resultados preliminares difundidos por el Ministerio del Interior, que Alfredo Bravo había logrado una banca de senador, mencionando la estrecha o ajustada diferencia de votos con el candidato Gustavo Béliz (16,91% y 16,81%, respectivamente). Sin embargo, debido a las medidas de seguridad decretadas sobre material sospechoso encontrado en las urnas, el inicio del escrutinio definitivo se postergó hasta el 31 de octubre.

El 29 de noviembre la Junta Electoral porteña proclamó oficialmente como senador electo por la Ciudad de Buenos Aires al socialista Alfredo Bravo, rechazando un recurso presentado por el Frente por un Nuevo País, que postulaba a Gustavo Béliz. La decisión fue apelada ante la CNE. El 28 de diciembre de 2001 la Cámara proclamó como tercer senador por la Ciudad de Buenos Aires a Gustavo Béliz, candidato por el Frente por un Nuevo País.³⁵

Lo que sucedió fue que Bravo superaba a Béliz en votos, pero con la particularidad de que el primero se había presentado en simultáneo por dos listas de idéntica composición: la del ARI y la del Partido Popular Nuevo Milenio (PPNM): una modalidad conocida popularmente como “lista espejo”, esto es, listas de distintos partidos o alianzas electorales que llevan idéntica nómina de candidatos para una misma categoría. Si bien la suma de votos obtenidos por las listas del ARI y del PPNM le otorgaba a Bravo el segundo lugar, no se había configurado una alianza transitoria en los términos del artículo 10 de la Ley 23.298.

La CNE falló a favor de Béliz, entendiendo, con base en una interpretación literal del artículo 54 de la CN, que la banca por la minoría no

35. Causa “Alianza Frente por un Nuevo País s/solicita cumplimiento del art. 54 de la Constitución Nacional –elecciones 14 de octubre de 2001 (H.J.N.E.)–”, Fallo Nº 2984/2001 CNE, 28 de diciembre de 2001.

corresponde al segundo candidato más votado, sino al partido o alianza que le siga al primero en número de votos, teniendo en cuenta que si “se han oficializado dos boletas encabezadas con diferente número de identificación y otras distinciones partidarias, con diferencias tipográficas para hacerlas inconfundibles entre sí a simple vista, aun para electores analfabetos (según prevén los arts. 62, inc. 2, y 64 del CEN) esto permite suponer que ellas no representaban opciones políticas idénticas, aunque la nómina de representantes fuera la misma, pues cada agrupación ofrece un diferente enfoque, una visión distinta de los problemas de la comunidad y de los medios para superarlos”³⁶. De esta manera, tomando la cantidad de sufragios cosechados por cada partido por separado, el Frente por un Nuevo País resultaba la segunda alianza más votada, por más que la sumatoria de votos obtenidos por Bravo a través del ARI y del PPNM superaba los alcanzados por Béliz.

Bravo apeló la sentencia ante la CSJN. El 4 de junio de 2003³⁷ la mayoría de los conjueces –que intervinieron porque los jueces de la Corte fueron recusados– ratificaron la decisión de la CNE y asignaron la tercera banca del Senado correspondiente a la Capital Federal a María Laura Leguizamón, la reemplazante de Gustavo Béliz.^{38 39}

La cronología de los hechos apuntada demuestra claramente las diferencias que pueden establecerse entre la difusión de resultados electorales ajustados y provisorios, por un lado, y el escrutinio definitivo y la proclamación de los candidatos a cargo de la Justicia Electoral, por el otro.⁴⁰ El 15 de octubre de 2001 la tercera banca de senador en el distrito de la Ciudad de

36. Fallo N° 2984/2001 CNE, considerando 5°.

37. Fallos: 326:1778.

38. El 26 de mayo de 2003 falleció el socialista Alfredo Bravo. A los dos días, el entonces ministro de Justicia, Gustavo Béliz presentó un escrito en la CSJN mediante el cual renunciaba a su derecho en expectativa a ocupar la banca en el Senado que disputaba con el fallecido Alfredo Bravo.

39. Puede verse Vítolo, Alfredo M., “El caso ‘Bravo’: ‘Dura lex...’, o ‘De cómo la reforma de 1994 se cobra su primera víctima’”, en JAJA 2003-IV-712.

40. Puede verse también A. R. Dalla Via, “Fallos constitucionales en materia electoral en Argentina”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, “Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, p. 588.

Buenos Aires era para el candidato Alfredo Bravo; el 4 de junio de 2003 se confirmó que la banca correspondía al Frente por un Nuevo País. En un caso como este, la opinión pública puede dudar –y de hecho así aconteció– sobre la transparencia y legitimidad del proceso electoral.

3. Observaciones sobre el rol político de la CNE y la CSJN

Si a los resultados ajustados se adiciona la difusión de resultados electorales provisorios, la situación se presenta más ambigua y opaca, por la probabilidad de que cambie el orden de los candidatos y se revierta el resultado en el escrutinio definitivo, tal como sucedió en la causa “Alianza Frente por un Nuevo País”.⁴¹ La CNE y la CSJN resolvieron la cuestión actuando conforme a derecho y efectuando una interpretación literal del artículo 54 de la CN, concluyendo en que la banca de senador por la minoría no corresponde al segundo candidato más votado, sino al partido o alianza que le siga al primero en número de votos. Así, para ambos tribunales, se trató de una sentencia integradora de derecho con un apreciable impacto político, atento a que la tercera banca no fue adjudicada al candidato a quien los resultados provisorios daban por ganador por una estrecha diferencia de 0,10 puntos porcentuales (y que la Junta Electoral porteña ratificó), sino al candidato de la alianza política que verdaderamente había obtenido más votos. Asimismo, la resolución tuvo un impacto significativo a mediano y largo plazo, en lo que respecta a la “ingeniería electoral” utilizada por las agrupaciones políticas para la conformación de alianzas. En particular, funcionó como un disuasivo para la utilización de las denominadas “listas espejos” (donde candidatos o nóminas idénticas se presentan para la misma categoría de cargos, por dos o más listas de agrupaciones distintas), a los fines de la elección de senadores nacionales. Ello así, toda vez que para la adjudicación de bancas en el Senado de la Nación, el fallo

41. Hay que considerar también que los resultados estrechos habitualmente son escoltados por reclamos para que se proceda a un recuento total o parcial de los votos. Al respecto, el caso de las elecciones celebradas el 20 de marzo de 2011 en la provincia de Chubut es paradigmático. Véase el Fallo del Superior Tribunal de Justicia de Chubut del 9 de mayo de 2011, Causa “Apoderados Alianza Transitoria ‘Frente para la Victoria’ s/ Recurso c/Resolución N° 81/11 T.E.P.” (Expte. N° 22.302 - F° 40 - Año 2011 - Letra A) y Sabsay, Daniel, “Convocatoria a elecciones complementarias. A propósito del fallo del TJSJ de Chubut”, en *Suplemento Constitucional, La Ley* 2011-D, 28 (28/06/2011).

comentado otorga preponderancia el partido o alianza por sobre el candidato. En este punto, cabe señalar que la modalidad utilizada por Bravo fue posteriormente prohibida de manera taxativa, en el orden nacional, mediante la llamada “Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral” N°26.571.⁴²

En cuanto al escrutinio provisorio, no puede soslayarse el impacto político de una sentencia de esta naturaleza, en términos de representatividad y legitimidad del proceso electoral, cuando el resultado provisorio comunicado a la población es posteriormente refutado por el escrutinio definitivo. Sobre este punto, es oportuno reiterar que la CNE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre algunos aspectos del escrutinio provisorio, debido a la incuestionable trascendencia que tiene para la formación de la opinión pública sobre la legitimidad de las elecciones. En este sentido, ha puesto en conocimiento del Congreso de la Nación y del Poder Ejecutivo Nacional, mediante Acordadas, su “convencimiento acerca de la necesidad de que se estudiasen posibles adecuaciones normativas que fortalezcan la calidad y la transparencia de los procesos electorales”.⁴³

En este último punto, se observa el ejercicio de la función comunicadora, y la figura de un juez electoral que interviene en el foro legislativo, al tiempo que también se la relaciona con el legislador contribuyendo al debate sobre la reforma electoral.

B. El control judicial de la transparencia electoral y la defensa de la voluntad popular: El caso “Acuerdo para el Bicentenario c/ Provincia de Tucumán”

En el contexto de las elecciones llevadas a cabo el 23 de agosto de 2015 en la Provincia de Tucumán, para los cargos de gobernador y vicegobernador, entre otras autoridades locales, la Agrupación política “Frente Acuerdo para el Bicentenario” promovió una acción de amparo en el fuero contencioso administrativo provincial, peticionando que se declare la nulidad integral de los

42. El art. 22 de la citada ley prescribe que “Los precandidatos que se presenten en las elecciones primarias solo pueden hacerlo en las de una (1) sola agrupación política, y para una (1) sola categoría de cargos electivos”.

43. Acordadas Extraordinarias CNE N° 113/07, del 25 de junio de 2007 y N° 100/15, del 20 de agosto de 2012. En similar sentido, también las Acordadas 77/09, 93/11 y 3/17.

comicios, en razón de una serie de irregularidades denunciadas durante el acto electoral, y por la comisión de delitos específicos que, según adujo, interfirieron u obstaculizaron la libre expresión de la voluntad electoral de los ciudadanos de la provincia; a saber: sustracción y quema de urnas, hechos de violencia, intimidaciones, prácticas clientelares, entre otras. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Provincia (tribunal con competencia electoral a nivel local), luego de solicitar informes a la Junta Electoral y demás autoridades intervinientes, acogió parcialmente la pretensión, y declaró la nulidad de los comicios, ordenando al Gobierno de la Provincia convocar a nuevas elecciones. Ello, en el entendimiento de que las circunstancias reseñadas configuraban una violación a los artículos 37 de la CN y 23 de la CADH, que reconocen y garantizan el derecho al sufragio y a su ejercicio en elecciones genuinas y transparentes.

1. Fallo de la Corte Suprema Provincial

Contra la decisión de la Cámara de Apelaciones local, el Gobierno de la Provincia de Tucumán interpuso un recurso de casación, que fue admitido formalmente por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia (CSJP). El Máximo Tribunal local resolvió casar la sentencia de cámara, y no hacer lugar a la acción promovida por la agrupación política. Para llegar a esa decisión, comenzó por coincidir en la valoración del derecho al libre sufragio y su gravitación en el sistema representativo, y los efectos nocivos que sobre aquel acarrearán las circunstancias denunciadas por la actora. Empero, consideró que la Cámara no había aplicado correctamente el artículo 117 del Código Electoral Nacional (que la Provincia aplica supletoriamente a sus actos electorales), en cuanto exige la anulación de la mitad del total de las mesas para considerar inexistente la elección realizada. Asimismo, destacó la solución prevista en el artículo 116 del mismo Código, que posibilita la realización de elecciones complementarias para las mesas afectadas por vicios o irregularidades que determinan su nulidad. Todo lo cual condujo a la CSJP a descartar una declaración de nulidad absoluta de toda la elección, subrayando la ausencia de proporcionalidad de aquella decisión, al ponderar el medio elegido con la finalidad perseguida (porque a su juicio la cantidad de mesas anuladas no era suficiente para anular la elecciones en su totalidad, y ordenar su repetición). *Contrario sensu*, entendió que la solución adecuada era realizar elecciones complementarias en las mesas afectadas, ya que no

consideró razonable anular una elección en su totalidad por irregularidades que, por su cantidad, resultaban intrascendentes a los fines del resultado final. Otra decisión implicaría, en su criterio, desconocer la voluntad popular expresada en los comicios.

*2. Fallo de la CSJN*⁴⁴

Contra la decisión de la CSJP, la agrupación actora interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación originó la presentación en queja ante la CSJN; por considerar la sentencia contraria a los derechos y principios que surgen de los artículos 1º, 5º y 37 de la CN, y 23 de la CADH.

Primeramente, el Máximo Tribunal Federal advirtió (en consonancia con una reiterada doctrina judicial en materia electoral) que la pérdida de actualidad del caso⁴⁵ no obstaban al poder de la CSJN para conocer en el asunto y efectuar una declaración sobre los temas propuestos, justificada en la gravedad institucional y trascendencia del caso respecto del mero interés individual de las partes, anudada en el respeto de las instituciones y del sistema representativo. Sin perjuicio de ello, la CSJN recordó que en materia de elecciones provinciales, su eventual intervención se ve condicionada por los principios del art. 5º y 122 de la CN, según los cuales las provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas; y en particular, establecen su régimen electoral y eligen sus autoridades sin injerencia del Estado Nacional (incluyendo a su Tribunal Supremo). Por lo que no corresponde a esa Corte discutir la forma en que los Estados federados eligen sus autoridades. Dicho principio, empero, cede cuando se ven comprometidos y lesionados los principios de la Constitución Federal que emanan de la forma republicana y representativa de gobierno, que las provincias aceptan respetar aún en el ejercicio de su autonomía institucional. Tales extremos habilitan la intervención de la CSJN, en resguardo de la supremacía de la CN y del Derecho federal respecto del ordenamiento jurídico provincial (art. 31 de la CN).⁴⁶

44. *Fallos*: 340:914.

45. Los comicios ya se habían realizado y las autoridades electas habían asumido efectivamente sus cargos.

46. Considerando 6º al 8º.

En este caso en particular, la CSJN juzgó que los agravios expresados por la agrupación no habilitaban su competencia extraordinaria, en la medida que las cláusulas federales invocadas, referidas a la forma republicana y representativa de gobierno, y al derecho del sufragio, carecían de relación directa o inmediata con la controversia. Por el contrario, consistía en un pleito de naturaleza indudablemente local, puesto que los planteos se sustentaron en disposiciones infra constitucionales de orden provincial para sostener la pretensión. En este aspecto, aclaró que si la sola invocación del principio republicano y de representación bastara para propiciar la intervención de la CSJN, cualquier elección provincial quedaría bajo su supervisión, por la sola naturaleza del acto eleccionario.⁴⁷

No obstante ello, decidido el rechazo del recurso extraordinario federal (y confirmado el decisorio de la Corte Provincial), la CSJN juzgó conveniente aprovechar esta ocasión para sentar, como *obiter dictum*, el recto alcance de los principios estructurales para juzgar la transparencia y legitimidad del proceso electoral.⁴⁸ Primeramente, señaló que la decisión de declarar la nulidad del cómputo de votos en una elección supone la afectación de los derechos políticos, tanto activos (de los ciudadanos electores) como pasivos (de los ciudadanos que se postulan). Por ello, la Justicia con competencia electoral debe custodiar la regularidad del proceso eleccionario sin alterar la eficacia de los votos válidamente emitidos. A tal efecto, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España,⁴⁹ dispuso como regla que solo procede la declaración de nulidad y la reiteración de la elección en su totalidad, cuando los vicios o irregularidades tienen aptitud suficiente para afectar y modificar el resultado final de los comicios, extremo que debe acreditarse con datos numéricos, y demostrando una relación causal entre la irregularidad y la nulidad. De lo contrario, la sanción de nulidad se deberá restringir a la mesa o sección donde se produjo la irregularidad, sin que ello pueda extenderse a las demás.

En este punto, estableció que las decisiones en la materia deben ajustarse a dos principios rectores en la materia; el de conservación de los actos válidamente realizados; y el de proporcionalidad de los actos que puedan

47. Considerando 9°.

48. Considerando 11.

49. Considerando 13, y sus citas: STC 169/1987; 24, 25 y 26/1990; 153/2003 y 105/2012.

afectar derechos fundamentales. Ambos principios ordenan evitar la declaración de invalidez cabal de una elección, cuando las irregularidades no tienen aptitud suficiente para modificar el resultado final (en el caso, se trataba de 62 mesas anuladas, sobre un total 3.500 aproximadamente). Máxime si la cuestión puede ser saneada mediante la anulación y realización de comicios complementarios en las mesas afectadas. A su vez, indicó que la revisión judicial y eventual declaración de invalidez debe respetar la garantía del debido proceso, cuyo ámbito de aplicación se extiende a la materia electoral, dando intervención no solo al gobierno de la provincia demandada, sino también a las agrupaciones políticas que, como resultado de la elección, lograron que sus candidatos resulten electos, y que pueden verse por ello afectadas en sus derechos. Lo que se traduce en respetar el derecho a ser oído de todas las partes afectadas por la decisión anulatoria.

3. Consideraciones sobre el rol político de ambos tribunales

Siguiendo el modelo teórico presentado al inicio de este trabajo, se advierte como factor catalizador del rol político asumido por los tribunales en esta controversia, el grado de polarización política que existía en la provincia donde se celebraron las elecciones, expresada en un clima de elevada confrontación entre el oficialismo local y la oposición, con intercambio de acusaciones y hechos de violencia que se potenciaron durante los comicios. A ello se suma la litigiosidad poselectoral, como consecuencia de las irregularidades denunciadas por la agrupación opositora, que desembocaron en la impugnación judicial de la elección.

Estos factores determinaron que tanto la CSJP como la CSJN, al revisar la sentencia dictada por el tribunal con competencia electoral, asumieran un rol que trasciende la mera resolución del pleito por el resultado de las elecciones, avanzando hacia una decisión que tuvo una trascendencia política más allá del interés de las partes.

En primer lugar, se advierte un indicador de función cuasilegisladora en la decisión de la Corte Provincial, que si bien no crea derecho ante un vacío o laguna, persigue mediante su función interpretativa una integración de la norma aplicable, cuidadosamente medida en función de sus consecuencias e impacto político. Así, en oportunidad de interpretar el artículo 117 del Código Electoral aplicable (referido al régimen de anulación de comicios) descalifica la interpretación de la Cámara con competencia electoral,

y propone un nuevo alcance que evite lo que es considerado un impacto político desproporcionado, que estaría dado por la decisión previa de anular los comicios en su totalidad y repetir las elecciones. En similar sentido, al sentar un principio de prudencia en la decisión anulatoria, sostiene una pauta interpretativa que bajo el marco teórico adoptado, expresa una sentencia de tipo manipulativa desestimatoria de la pretensión, al reconocer la validez de una interpretación concreta de la norma en juego, a la luz del principio constitucional de razonabilidad. En ambos casos, es claro que la función interpretativa de la Corte Provincial, aunque no fue productora de derecho, propugnó una integración de la norma en juego bajo una interpretación específica, ponderando a tal efecto el impacto político y social que puede acarrear una anulación cabal de las elecciones, a cuyos fines desautorizó la validez de la interpretación efectuada por la Cámara de Apelaciones que conllevó a dicha resolución, amparándose en el principio de proporcionalidad entre medios y fines empleados en la decisión.

Por su parte, en la decisión de la CSJN se enfatiza la función interpretativa cuando define los alcances de los principios del federalismo electoral (en concreto, la autonomía de las provincias para organizar sus instituciones y elegir sus autoridades sin injerencia del Estado Federal), condicionado por los principios republicano y de representación que modulan la autonomía provincial. Empero, si bien descarta la presencia de los extremos que habilitan la intervención de la Corte en asuntos electorales locales, ejerce una clara función cuasilegisladora, al incorporar en su sentencia (como *obiter dictum*) una suerte de “protocolo” de principios y reglas que permitan orientar, a futuro, los procesos de revisión judicial de aquellas elecciones donde existe un pleito sobre el resultado, y en particular, juzgar su transparencia y decidir eventualmente su anulación (destacamos arriba los principios de conservación de votos válidos, de proporcionalidad, y debido proceso electoral). En este punto, advertimos que la CSJN suple un vacío, laguna o imprecisión de la legislación electoral, con una decisión innovadora y productora de derecho, de cara a la resolución de eventuales y futuros conflictos similares.

Para completar el análisis, reconocemos efectos positivos de la decisión de ambos tribunales sobre una cuestión de suma trascendencia política. En primer lugar, la apreciación estricta de los extremos que habilitan a la CSJN a intervenir en asuntos electorales de las provincias, fundada en la ausencia de relación inmediata entre los agravios de la actora y los

principios federales invocados. En esa oportunidad, a la par de los argumentos procesales vinculados a la admisibilidad del recurso extraordinario federal, advierte que si la sola invocación del principio republicano y representativo bastara para habilitar la intervención del Tribunal Supremo, todas las elecciones provinciales quedarían expuestas al eventual escrutinio de la CSJN, con el consecuente costo para la forma federal de Estado y la forma representativa de gobierno. Esta decisión denota una adecuada ponderación de los efectos sistémicos de la decisión para el funcionamiento del federalismo y del mecanismo de la representación política. Y por otro lado, se destaca la subsunción de la decisión anulatoria de actos eleccionarios a un principio de prudencia en la función jurisdiccional (por su potencial afectación de derechos políticos activos y pasivos), y la consecuente elaboración de reglas y principios inspirados en aquel criterio de medida, para ordenar la futura resolución de casos similares. Ambos estándares denotan un adecuado balance y discreción en el ejercicio de su rol político, que pondera los efectos presentes y futuros de sus decisiones.

V. Federalismo electoral y representación política

A. El caso “Unión Cívica Radical de la Rioja y otro c/ La Provincia de la Rioja” (CSJN, 22/03/2019)

En el contexto del año electoral 2019, el partido “Unión Cívica Radical-Distrito La Rioja” (UCR-LR) inició una demanda contra aquella provincia, con el objeto de que se declare la invalidez de la enmienda a los artículos 120 y 170 de la Constitución local. El primero de estos artículos estipulaba –antes de la enmienda realizada– que “El Gobernador y Vicegobernador serán elegidos directamente por el pueblo de la provincia a simple pluralidad de sufragios. Durarán en sus funciones el término de cuatro años, sin que evento alguno que lo haya interrumpido pueda motivar su prórroga. Podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”. En lo que aquí concierne, la enmienda en cuestión agregó a aquel texto que “El Gobernador o Vicegobernador que haya sido electo por un solo período anterior, puede ser elegido para el ejercicio en el otro cargo por (2) mandatos consecutivos. Esta disposición se aplica al Artículo 171 de la presente

Constitución”. El segundo artículo mencionado contiene una regla similar respecto de los intendentes y viceintendentes.

En ese contexto, el partido político accionante peticionó la declaración de inconstitucionalidad de la ley por la cual la legislatura provincial aprobó la enmienda, así como de los decretos que convocaron a la consulta popular, y del Acta del Tribunal Electoral (TE) que validó los resultados de esta última e incorporó la enmienda al texto constitucional.

1. Resolución de la CSJN en instancia originaria

Entre los temas que abordó la CSJN, se refirió en primer término a la naturaleza del asunto para determinar si, estando demandada una provincia argentina, existía una cuestión federal que habilite su competencia originaria para entender en el asunto.⁵⁰ Así, consideró cumplido este requisito, toda vez que la cuestión versaba sobre la validez de actos locales dictados por la provincia, por ser considerados –por la actora– contrarios a los artículos 1º, 5º y 123 de la CN. En particular, destacó que lo que se encontraba en juego era desentrañar si la aprobación por vía de consulta popular de la enmienda impugnada, vulneraba la garantía republicana que condiciona la autonomía provincial en materia política, institucional y electoral.

A tal efecto, recordó y desarrolló las “reglas básicas” sentadas en su jurisprudencia para armonizar una eventual tensión entre el federalismo y la autonomía política provincial, con el principio republicano y el mecanismo de la representación. En este punto, subrayó que la regla general en la materia estriba en la diferencia de la autonomía electoral de las provincias, conjugada con un principio de no intervención del Estado Federal. No obstante, aquella regla se encuentra sujeta al aseguramiento de la forma republicana y representativa de gobierno (artículos 5º y 122 CN);⁵¹ y a la efectiva vigencia del principio democrático de la representatividad popular.⁵² Luego, destaca que un adecuado equilibrio entre los valores del federalismo y los que sustentan el sistema republicano exige a la CSJN obrar con un máximo de prudencia y reservar la revisión judicial de estos asuntos a supuestos de carácter

50. Considerandos 4º y 5º.

51. Considerando 8º y su cita.

52. Considerando 9º y sus citas.

excepcional, donde se verifique un ostensible apartamiento del derecho público local, de los principios que definen aquella forma de gobierno.⁵³

Sobre tales premisas, expresadas en forma de reglas jurisprudenciales, la Corte procedió a analizar si la enmienda constitucional impugnada por la UCR-LR había lesionado o no la garantía republicana contenida en el artículo 5° de la CN, mediante un ostensible apartamiento de aquel principio. Para ello, comenzó por recordar que, en el precedente “Unión Cívica Radical-Distrito La Rioja y otros s/ acción de amparo” (25/01/2019), el Tribunal había concluido en su voto mayoritario, que la apertura del proceso de enmienda constitucional regulado en la Norma Suprema de la Provincia de la Rioja (mediante la sanción de la ley que declara la necesidad de la enmienda y propone su texto, y del decreto que convocaba a la consulta popular para su ratificación o rechazo), no generaba una afectación constitucional en cabeza de los peticionarios que cuestionaban este proceso.⁵⁴ No obstante, efectuada la consulta popular, y concluido el proceso de enmienda (con la consecuente habilitación del gobernador para un segundo intento reeleccionista), el caso adquiriría una concreción que habilitaba su revisión. A tal efecto, la CSJN se abocó a analizar si el procedimiento de enmienda llevado a cabo en la provincia había respetado no solo los propios lineamientos de la Constitución local, sino fundamentalmente, de la Constitución Nacional, pues una interpretación contra-constitucional de las normas locales que regulan este proceso tendría una incidencia en la forma republicana de gobierno que condiciona la autonomía provincial.⁵⁵

Para analizar si la enmienda presentaba o no vicios evidentes, la CSJN consideró necesario indagar sobre la recta interpretación de los artículos de la Constitución provincial que regulan este procedimiento, y evaluar si la interpretación realizada por las autoridades locales había sido correcta. En concreto, el art. 177 de la Constitución de La Rioja prescribe que “La Cámara de Diputados de la Provincia podrá sancionar con el voto de los dos tercios de sus miembros la enmienda de esta Constitución, que no podrá exceder de tres artículos, y solo quedará incorporada al texto constitucional si fuere ratificada por consulta popular, que tendrá lugar en oportunidad de la primera

53. Considerando 10° y su cita.

54. Considerando 16 y su cita.

55. Considerando 20.

elección general que se realice”. Por su parte, el artículo 84 establece que “Toda propuesta que sea sometida a consulta popular obligatoria se tendrá por rechazada por el pueblo si una mayoría de más del 35% por ciento de los votos de los electores inscriptos en el Registro Electoral no la aprueba”. En cuanto a ello, la CSJN identificó dos factores de esta regulación constitucional que era necesario interpretar, puesto que involucraban cuestiones que trascendían la esfera provincial para enmarcarse en el límite de la garantía republicana y representativa del artículo 5° de la CN: 1) qué se entiende por “elección general”, y 2) cómo debe computarse la mayoría del 35% de electores inscriptos allí indicada.⁵⁶

Sobre la primera cuestión, la CSJN consideró tres posibles interpretaciones: a) si la consulta debe realizarse en la primera elección general que se realice, coincida o no con la elección de autoridades locales; b) si debe realizarse con la siguiente elección general que se realice para cubrir los cargos locales de elección popular; o, c) con la primera elección que se realice para cubrir el cargo cuya regulación constitucional se procura enmendar. El Tribunal se inclinó por la tercera, basándose en una interpretación literal de los vocablos “primera” y “general”, que permite descartar la exigencia de una elección convocada especialmente para dirimir la consulta, como se exige en otras constituciones provinciales.⁵⁷

En cuanto al cómputo del 35%, la agrupación demandante sostuvo que dicho porcentaje mínimo debía aplicarse no solo al rechazo de la consulta, sino también –y fundamentalmente– a su ratificación. Por su parte, el Tribunal Electoral (TE) de La Rioja había interpretado (al validar el proceso) que la enmienda es aceptada por el pueblo, a menos que los “no” sean mayoría, y representen más del 35% del total de electores registrados. En tales condiciones, la CSJN analizó si aquella interpretación era compatible con la garantía republicana y representativa del artículo 5° de la CN; en particular, si los actos dictados por el gobierno local en el marco del proceso de enmienda habían respondido al mandato del pueblo expresado de manera inequívoca en la consulta popular.

En cuanto a ello, destacó que uno de los consensos que deriva del sistema republicano es el derecho del ciudadano a expresar su voluntad por

56. Considerando 21.

57. Considerando 24.

medio del sufragio, el cual deriva también del principio de soberanía popular que tiene raíz constitucional. Dicho consenso pone necesariamente el acento en los procedimientos mediante los cuales se hace explícita aquella voluntad, lo cual exige un compromiso con la pureza del sufragio como base del mecanismo de la representación política; y, en consecuencia, ordena reprimir sus alteraciones. Máxime cuando ello se expresa en un proceso de consulta popular vinculante sobre una enmienda constitucional, que configura el ejercicio del poder constituyente derivado depositado en el pueblo, por resultar ello el consenso más perfecto de la soberanía popular.⁵⁸ Por ello, el Tribunal señaló que la voluntad del pueblo no se presume, sino que se expresa en procesos electorales legítimos y transparentes.

En tales condiciones, la CSJN manifestó que el problema de la interpretación formulada por el TE local radicaba en posibilitar la aprobación de la enmienda constitucional por la decisión de la Legislatura, aunque el pueblo no se haya expresado mayoritariamente en el mismo sentido. Ello así, toda vez que al sostener que el piso de 35% del padrón debe ser alcanzado solo por el voto negativo, a los fines del rechazo de la enmienda, implica poner como factor fundamental de la consulta a la cantidad de ciudadanos que están en contra, y no cuántos están a favor de su aprobación. Esa interpretación, asimismo, implica presumir que el voto en blanco, o la abstención electoral son expresiones ratificadoras por parte de los ciudadanos. O, dicho de otra manera, presumir que todo aquel que no votó en contra, votó a favor de la enmienda. Aun cuando, como sucedió en este caso en particular, la enmienda recibió solamente el 25.48% de votos afirmativos (computados sobre el padrón), mientras que 74.52% votaron negativamente, en blanco, o se abstuvieron. Esta interpretación efectuada por las autoridades locales, según la Corte Federal, altera el principio de pureza del sufragio como base de la forma representativa, y resulta incompatible con los principios de la CN que condicionan la autonomía provincial. En esa inteligencia, consideró que no era posible tener por ratificada una enmienda constitucional que solo fue aprobada por el 25% del pueblo, pues ello implicaría que la decisión mayoritaria que contó fue la de la Legislatura provincial, desnaturalizando a la enmienda como acto complejo (donde interviene el Poder Legislativo local y el pueblo de la provincia), y socavando el ejercicio del poder constituyente

58. Considerandos 30 y 31.

derivado que tiene el pueblo, que sería absorbido íntegramente por un poder constituido.⁵⁹

Por lo tanto, a la luz de la única interpretación de los artículos 84 y 77 de la Constitución provincial, que en su criterio resulta compatible con los artículos 1º, 5º y 123 de la CN, resolvió declarar la invalidez del proceso de enmienda, tal y como se había llevado a cabo.⁶⁰

2. Análisis del rol político de la CSJN

Como factor de incentivo a la función política desplegada por el Tribunal, podemos mencionar –siguiendo el marco teórico– la incertidumbre dada por la imprecisión en que incurrió el texto constitucional de la Provincia de La Rioja al regular el proceso de enmienda, y que como se advirtió, dio lugar a disímiles interpretaciones. Como la propia CSJN expresa, “el derecho electoral (...) también tiene como finalidad conducir regladamente el conflicto que toda competencia por el poder supone, a través de medios pacíficos y ordenados según el imperio de las leyes. En este aspecto, la normativa electoral busca dar certeza y poner fin a las disputas mediante la rápida definición de situaciones jurídicas que trascienden el interés de los partidos, y afectan el normal desenvolvimiento institucional”.⁶¹ En este punto, es la falta de certeza generada por el texto normativo del derecho electoral local, y las distintas exégesis en pugna, que propició la intervención del tribunal como “árbitro” de un conflicto que es ciertamente jurídico, pero también y, fundamentalmente, político.

En segundo término, debemos destacar, como dimensión predominante de su rol político, el ejercicio de la función cuasilegisladora que asume nuevamente la CSJN, mediante una sentencia cuyo contenido incurre en la integración de las normas en juego, bajo alcances o interpretaciones que reduzcan su potencial conflictividad política e invalidez constitucional; pero también –aunque en menor medida– la elaboración o reafirmación de reglas no señaladas por el legislador y por el constituyente.

Tal y como se desprende de la reseña efectuada, la CSJN desarrolló las “reglas básicas” sentadas en su jurisprudencia para armonizar una eventual

59. Considerandos 29 a 39.

60. Considerando 44.

61. Considerando 6º.

tensión entre el federalismo y la autonomía política provincial; y que permiten orientar la resolución de conflictos constitucionales entre normas y actos provinciales emanados de su autonomía política e institucional, con los principios federales que morigeran el mandato de no injerencia del Estado Nacional sobre los Estados Federados. A tales fines, fija una pauta de excepcionalidad para revisar el derecho electoral de las provincias, bajo las cláusulas federales de garantía republicana y del sistema de representación. Sin embargo, se destaca aún más esta función, en oportunidad de interpretar el modo en que debe computarse la base de 35% del padrón como condición de validez de la consulta popular vinculante que ratifica o rechaza la enmienda; y la oportunidad en que debe realizarse dicha elección. Se advierte en este punto una sentencia creadora de derecho que corrige de algún modo la imprecisión, textura abierta, y aún el vacío u omisión en que incurren estas regulaciones constitucionales que, como señalamos, dieron lugar a múltiples interpretaciones. Estas últimas, en rigor, ponen de manifiesto un conflicto político entre las agrupaciones, que es función del derecho electoral prevenir y solucionar mediante reglas de juego claras. La falla legislativa en cumplimentar esta función impulsa la asunción de aquel rol político de la jurisdicción electoral, en su dimensión de cuasilegisador, para crear o corregir las normas que permiten resolver este conflicto, en la pugna de las agrupaciones por el poder político.

Bajo la clasificación efectuada por Sagüés, la CSJN dicta una sentencia manipulativa admisoría, al condenar la interpretación de las normas locales efectuada por las autoridades provinciales, por considerarla en colisión con los principios republicano y representativo de la CN. Pero también una sentencia manipulativa aditiva, en la medida que agrega una exigencia que no surgía con nitidez del texto aprobado por el constituyente local (la base mínima de 35% del padrón, también para el voto afirmativo en la consulta popular), a los efectos de que sea compatible con la CN. O bien para cubrir un vacío o imprecisión, en lo referido a la oportunidad en que debe realizarse la consulta.

Debemos mencionar también, aunque en menor escala, la manifestación de una función de comunicación. En efecto, es dable señalar que mediante este fallo, la CSJN entabla un diálogo institucional con las autoridades provinciales, por fuera de lo que atañe a su función de control de constitucionalidad. Concretamente, cuando “recomienda” al órgano legislativo a cargo de la iniciativa de enmienda, evitar la siguiente situación: “en la

‘primera elección general’ para diputados provinciales, o autoridades municipales, convocada para la fecha 1, (i) se vote la consulta popular destinada a modificar el texto referido a gobernador-vicegobernador, (ii) se logre la vigencia de la enmienda y (iii) se lo aplique en la elección de gobernador-vicegobernador convocada en la fecha 2, separada artificialmente de la fecha 1 al solo objeto de concretar la enmienda”. Ello, a fin de evitar que a futuro la diferenciación temporal de las convocatorias para la cobertura de cargos electivos en la provincia pueda generar confusión.⁶²

Como último elemento de nuestro marco conceptual, debemos reconocer algunos efectos de la decisión para el mecanismo de la representación política. En primer término, destacamos que, a pesar del modo en que se comunicó el contenido de la sentencia en los principales medios de información, la CSJN no dictó una sentencia “clásica” que declare la invalidez constitucional de las cláusulas que habilitan reelecciones indefinidas –o por más de dos períodos– a la luz del art. 5° de la CN, extremo que por cierto hubiese tenido un impacto y trascendencia política aún mayor. Por el contrario, realizó un control procedimental de la enmienda, que la llevó a descalificar la forma en que las autoridades locales habían interpretado y aplicado las normas que regulan dicho proceso.

Sin embargo, también debe apuntarse que al llevar a cabo su tarea interpretativa de las cláusulas de la Constitución Provincial, a la luz de los principios de la Constitución Federal, no observó la misma pauta de prudencia o medida expuesta en el caso “Acuerdo para el Bicentenario”. Allí había sostenido que la mera invocación del principio representativo y republicano no podía ser suficiente para habilitar la revisión del Máximo Tribunal Federal sobre los procesos electorales locales, pues ello habilitaría la posibilidad de que todas las elecciones locales sean impugnadas para escrutinio de la CSJN, con el impacto que ello tendría en el mecanismo de la representación y la forma federal de Estado. Empero, no se advierte la misma medida ni consideración del impacto sistémico de la decisión, cuando la CSJN sostiene en este caso que la recta interpretación de normas electorales locales vinculadas a cuestiones tales como cómputo de las mayorías o el momento de celebración del acto electoral, trascendían la esfera provincial para enmarcarse en el límite de la garantía republicana y representativa del artículo

62. Considerando 25.

5° de la CN. Dicha vinculación adolece de cierta ligereza que contrasta con el principio de excepcionalidad sentado anteriormente, al tiempo que, como precedente judicial, abre la puerta a múltiples recursos ante la CSJN que pretendan revisar el modo en que las autoridades locales interpretaron y aplicaron el derecho constitucional y electoral local, y condujeron sus actos eleccionarios. En este punto, no se aprecia una adecuada ponderación de los efectos que ello acarrearía para la dinámica del federalismo, y para el funcionamiento del sistema de representación política.

B. La re-reelección del gobernador en la Provincia de Río Negro

Carlos Soria y Alberto Weretilneck habían sido electos como gobernador y vicegobernador de la Provincia de Río Negro para el período 2011/2015. Con el fallecimiento del gobernador (a escasos 21 días de haber asumido), Weretilneck lo sucedió como jefe del Poder Ejecutivo provincial, dando inicio a su primer mandato. Luego, obtuvo la reelección en el año 2015, completando así su segundo período; y de cara a las elecciones de 2019, pretendía postularse para un tercer mandato, por la Alianza “Juntos Somos Río Negro” (JSRN).

La agrupación “Cambiemos Río Negro” impugnó la candidatura de Weretilneck, por entender que de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de la Constitución de la Provincia de Río Negro (CPRN), estaba impedido de postularse para un tercer período consecutivo en el Poder Ejecutivo. El Tribunal Electoral Provincial (TEP) no oficializó la candidatura del gobernador, decisión que fue recurrida por JSRN. Frente a ello, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) revocó la sentencia y reenvió la causa al TEP para que oficialice la candidatura de Weretilneck. “Cambiemos” interpuso un Recurso Extraordinario Federal contra esta última sentencia, que fue declarado inadmisibile por el STJ, lo que motivó su presentación en queja ante la CSJN.

Concomitantemente, Martín Ignacio Soria, en su calidad de candidato oficializado a gobernador de dicha provincia, y la alianza electoral transitoria “Frente para la Victoria-Distrito Río Negro” (FPV-RN), promovieron una acción declarativa de certeza en instancia originaria ante la CSJN, para despejar el estado de incertidumbre respecto del alcance de la cláusula constitucional que habilitaría al actual gobernador, a postularse para un tercer mandato.

La norma en cuestión es el artículo 175 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, la cual determina que “El gobernador y el vicegobernador pueden ser reelectos o sucederse recíprocamente por un nuevo período y por una sola vez. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos sino con un período de intervalo”.

En ambas presentaciones, las agrupaciones políticas argumentaron –con base en una interpretación literal y sistemática del citado artículo– que la Norma Suprema provincial limita la posibilidad de reelección a una sola oportunidad, tanto para el gobernador como para el vicegobernador. Por lo que sostenían que Weretilneck había agotado su única reelección en el 2015, quedando así inhabilitado para un tercer mandato consecutivo. Por su parte, JSRN –alianza política que sostenía la candidatura del gobernador– aducía que dicho mandatario había sido electo en una sola oportunidad (2015), toda vez que en el 2011 había asumido como jefe del Ejecutivo provincial, a consecuencia del fallecimiento del gobernador al que él sucedaba en el binomio. De este modo, según su posición, no existía reelección si el candidato no había sido elegido antes en el mismo cargo; y no hay sucesión recíproca entre gobernador y vice si no realizaron un entrecruzamiento de esos cargos (es decir, si el gobernador pasó a ser vice, y viceversa)⁶³.

1. El caso “Frente para la Victoria-Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo” (CSJN, 22/03/2019)

La CSJN se abocó primeramente a la resolución de la demanda promovida por el FPV-RN; y en el Recurso de Hecho deducido por “Alianza Cambiemos Río Negro” en la causa “Alianza Electoral Transitoria Somos Río Negro s/oficialización de candidatos (elección provincial 07/04/2019)”, remitió a los fundamentos expuestos en este primer pronunciamiento.⁶⁴

63. Considerando 21.

64. El 20 de marzo de 2019, la Procuradora Fiscal ante la CSJN dictaminó en la causa “Alianza Electoral Transitoria Somos Río Negro s/ oficialización de lista de candidatos (elección provincial 07/04/2019)”, y opinó que debía hacerse lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, y revocar la sentencia del STJ que había habilitado la candidatura de Weretilneck. Finalmente, el 22/3/2019 la CSJN resolvió de conformidad con lo dictaminado.

En primer término, al aceptar su competencia originaria para tratar el caso, el Máximo Tribunal consideró que la interpretación del artículo 175 de la CPRN involucraba una cuestión federal predominante, puesto que la decisión de habilitar la candidatura objetada, bajo una determinada interpretación de la norma local, pudo haber afectado la esencia del sistema representativo y republicano que condiciona la autonomía política y electoral de la provincia, conforme lo prescripto en los artículos 5° y 123 de la CN. A tal efecto, reiteró las reglas jurisprudenciales para el equilibrio entre el federalismo y la garantía republicana,⁶⁵ que hemos reseñado en el comentario al fallo “UCR c/ La Rioja”, a las que nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

En cuanto a la cuestión de fondo, la CSJN se refirió a las reglas que había establecido en el precedente “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Provincia de Santiago del Estero s/acción declarativa de certeza”,⁶⁶ donde había hecho lugar a una demanda promovida por dicha agrupación, y declarado que el gobernador de aquella provincia, Gerardo Zamora, no estaba habilitado para presentarse a un nuevo período.⁶⁷

De esta manera, considerando la identidad casi absoluta entre la cláusula de limitación reeleccionista de la Provincia de Río Negro, y la de Santiago del Estero, analizó este caso bajo las mismas reglas jurisprudenciales. En este punto, advirtió –con similar criterio al sostenido en “UCR c. La Rioja”– que una exégesis o aplicación *contra-constitutionem* del artículo 175 de la CPRN, no solo vulneraría a la propia Norma Fundamental local, sino principalmente la CN, al incidir en la forma republicana de gobierno.⁶⁸ Por ello, se refirió al alcance de las dos situaciones descriptas por la norma en cuestión: a) gobernadores y vicegobernadores que hayan sido reelectos en el período inmediato anterior; y b) gobernadores y vicegobernadores que se hayan sucedido recíprocamente en el período inmediato anterior.

Respecto de la primera, apoyándose en el precedente “UCR c. Santiago del Estero” antes citado, concluyó en que no existen dudas en cuanto a que la limitación impide a un ciudadano que fue electo por dos períodos

65. Considerandos 11 a 16 del voto de la mayoría.

66. Fallos: 336:1756.

67. Considerandos 17 y 18 del voto de la mayoría.

68. Considerando 22 del voto de la mayoría.

consecutivos como gobernador, ser electo para cualquiera de ambos cargos, de manera inmediata. Y en igual sentido, a quien fue electo vicegobernador por dos períodos consecutivos, serlo de manera inmediata a gobernador, o nuevamente a vice. Ello así, toda vez que una interpretación textualista permite inferir la clara voluntad del pueblo –a través de los constituyentes– de establecer una sola reelección inmediata para ambos cargos, sin distinción.⁶⁹

En cuanto a la segunda situación (la sucesión recíproca de gobernador y vice), respecto de la cual Weretilnek argumentaba ser ajeno, por no haber entrecruzado cargos con su compañero de fórmula, la CSJN consideró dos posibles interpretaciones para la limitación de reelección: a) que la inhabilitación se refiere a una reelección cruzada, donde los miembros de la fórmula fueron electos para un nuevo período, pero intercambiando lugares entre sí como gobernador y vice (criterio sostenido por el STJ); o b) que la prohibición incluye también aquellos casos en que cualquier integrante del binomio (gobernador o vice) haya sido electo para un segundo período consecutivo, en el cargo distinto al que ocupó durante el primero término, independientemente de la persona que haya completado el binomio (tal sería el caso de un vicegobernador, que fue elegido gobernador para el período inmediato siguiente; sin importar quién lo haya secundado como vice).

Apegándose al precedente “UCR c. Santiago del Estero”, la CSJN sostuvo como interpretación correcta que el artículo 175 de la CPRN no se limita al supuesto de un entrecruzamiento de cargos o sucesión cruzada (A/B como gobernador y vice se reeligen como B/A, intercambiando posiciones). Por ende, no se excluye de la prohibición a otros supuestos, donde uno de los miembros del binomio se hubiera postulado anteriormente a un segundo mandato, en cualquiera de ambos cargos. La lectura contraria habilitaría una elección indefinida de una persona como gobernador y vicegobernador de manera sucesiva, con la sola exigencia de alternar el cargo y al compañero de fórmula, en absoluta disonancia con el principio de alternancia en el poder y la periodicidad, inherentes a la forma republicana de gobierno. En consecuencia, bajo la interpretación defendida, la CSJN concluyó que la cláusula veda también la reelección como gobernador o vicegobernador, a quien haya ejercido dos períodos consecutivos, en cualquiera de ambos

69. Considerando 23 del voto de la mayoría.

cargos.⁷⁰ Tal es el caso de Weretilneck, quien ejerció un primer período cuando sucedió al gobernador fallecido, siendo luego reelecto para un segundo mandato como jefe del Poder Ejecutivo provincial.

Así, la CSJN resolvió hacer lugar a la demanda, y declarar que Alberto Weretilneck se encontraba inhabilitado por el art. 175 de la CPRN para postularse a un tercer período como gobernador.

2. La actuación de la CSJN desde una perspectiva política

Como señala el propio Tribunal, la incertidumbre o falta de certeza sobre el recto alcance de la cláusula que limita la reelección a nivel provincial, y la conflictividad política suscitada en consecuencia, aparece como un factor que permite explicar el rol político asumido por la CSJN al revisar la interpretación y aplicación de la norma electoral en juego. En este aspecto, la Corte busca generar un estado de previsibilidad en cuanto a las reglas del juego electoral, pues como se mencionó en el caso “UCR c. La Rioja”, el derecho busca en esta materia dar certeza y poner fin a las disputas que afectan el normal desenvolvimiento institucional. Ello motiva la intervención del juez cuando aquel carece de precisión o presenta una textura que deja margen a la incertidumbre.

En cuanto a las dimensiones vinculadas al rol político de la Corte, predomina nuevamente una función cuasilegisladora en un doble frente. Por un lado, en un aspecto marcadamente interpretativo, la CSJN defiende una exégesis de la cláusula electoral en cuestión, donde propicia un nuevo alcance de la limitación a la pretensión reeleccionista. Allí advierte que una interpretación favorable a la postura del gobernador implicaría una integración normativa con consecuencias e impactos lesivos para el funcionamiento de la forma republicana de gobierno. En este punto, la sentencia puede ser clasificada como una resolución manipulativa admisoría, en la medida en que condena una determinada interpretación de la constitución provincial (en concreto, la que habilita la sucesión ilimitada del gobernador y vice, con la sola condición de cambiar el cargo y el compañero de fórmula en el binomio), por considerarla incompatible con los despliegues de la garantía republicana; pero no al texto mismo de la norma en cuestión.

70. Considerandos 24 a 26 del voto de la mayoría.

Empero, también podemos identificar elementos propios de una sentencia creadora de derecho, en tanto suple la laguna normativa o vacío legal de la constitución local, que no regula taxativamente la situación del gobernador Weretilneck. En este punto, la decisión “añade” al texto normativo una situación jurídica a la cláusula de limitación de reelección, que no está taxativamente comprendida en el texto de la norma (al menos no con meridiana claridad), para que sea compatible con la Constitución Federal y evitar su invalidez. En consecuencia, se erige en este aspecto como una sentencia manipulativa aditiva, y también integradora, bajo la nomenclatura aportada por Sagüés.

Finalmente, en lo que concierne al reconocimiento de los efectos y alcances políticos de la decisión, si bien podemos reiterar muchas de las consideraciones realizadas en el fallo comentado en el anterior acápite (por su cercanía temporal y similitud de argumentos), debemos resaltar en este fallo el efecto sistémico en términos de estabilidad del sistema político. No puede obviarse que la resolución fue dictada y se dio a conocer en plena campaña electoral de la provincia, con el consecuente impacto político que ello suscita, y que concretamente, forzó al oficialismo local a modificar su binomio a escasas semanas del acto eleccionario. No pueden desconocerse los efectos que esa decisión puede acarrear en términos de preservar la representatividad y legitimidad sociológica del proceso electoral.

En cuanto a este último aspecto, cabe distinguir a la “representación” como mecanismo por el cual el pueblo gobierna y delibera a través de sus representantes (que constituye un principio de la CN, cuya observancia controla la CSJN), de la “representatividad”, entendida como la legitimidad del vínculo entre representante y representado.⁷¹

La legitimidad de la representación entendida como la creencia en las instituciones y los representantes, permite considerar en este análisis la distinción que efectúa Sartori entre la representación (en términos jurídicos) y la representatividad política (desde un enfoque sociológico). Bajo esta acepción, la representación implica la posibilidad de que un representante

71. E. Rinesi, “Representatividad, legitimidad y hegemonía”, en S. Emiliozzi, M. Pecheny, M. Unzué (comp.), *La dinámica de la democracia. Representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, p. 112.

refleje o personifique legítimamente las características y expectativas de sus representados.⁷² Por ello, según este concepto, no toda representación es necesariamente representativa.⁷³

VI. Conclusiones

En este trabajo hemos analizado el desempeño de la Justicia electoral como actor político, es decir, desde un punto de vista que no se ciñe a lo estrictamente jurídico. Para ello nos hemos centrado en las tres dimensiones en que se verifica esta función; así como los factores desencadenantes y los efectos políticos de las sentencias.

A modo de balance, en las sentencias analizadas advertimos una preeminencia de la función cuasilegisladora en sus distintas modalidades. La variante “integración normativa que pondera el impacto político de la interpretación” sobresale en los casos “Alianza Frente por un Nuevo País”, “UCR c. La Rioja” y “FPV c. RN”. Mientras que las resoluciones “creadoras de Derecho” –que incorporan una regla diferente a la diseñada por el legislador– predomina en los casos “Acuerdo para el Bicentenario” y también en “FPV c. RN”.

Asimismo, el conjunto de decisiones de carácter integrativo se construye bajo la forma de sentencias manipulativas admisorias (en la medida en que descalifican determinadas interpretaciones de la norma bajo examen, más no del texto *per se*). Mientras que las resoluciones creadoras de derecho se inscriben en la categoría de sentencias aditivas (en cuanto añaden un contenido al texto legal para hacerlo compatible con la CN).

Por su parte, la faceta de comunicador adquiere gravitación en los casos “Mignone”, “Procuración Penitenciaria” y “Encuentro Vecinal Córdoba”, toda vez que el órgano judicial hace saber al Congreso de la Nación el contenido de su decisión con el objetivo de incentivar una iniciativa legislativa de reforma electoral. Esta dimensión de la función política se formula bajo las

72. G. Sartori, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992, p. 234.

73. Un estudio sobre la distinción entre “representación política” y “representatividad política” puede verse también en, M.A. Pericola y G.J. Linares, “El transfuguismo político como elemento distorsionador de la representación política”, en *Pensar en Derecho*, Año 2, N° 3, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013, pp. 249-282.

denominadas sentencias exhortativas que tienen por objeto la sanción de un nuevo texto normativo acorde a la CN.

Como corolario de lo expuesto, se ha podido advertir que en la competencia interpretativa del juez electoral se puede evidenciar un rol político, con efectos trascendentes sobre el mecanismo de la representación política y el federalismo electoral.

Bibliografía

- Amaya, Jorge A., “¿Una sentencia exhortativa o un consejo constitucional?”, en *La Ley* 30/07/2018.
- Aragón, Manuel, *Constitución, Democracia y Control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.
- Bazán, Víctor, “La Jurisdicción Constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 13, Madrid, 2009.
- Brenes Villalobos, Luis Diego, *El rol político del juez electoral*, San José de Costa Rica, Instituto de Formación y Estudios en Democracia del Tribunal Supremo de Elecciones, 2012.
- Casás, José Osvaldo, “Luces y sombras sobre el régimen electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *Pensar en Derecho*, Año 4, N° 7, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2015.
- Dalla Via, Alberto Ricardo, “Modelos, Tribunales y Sentencias Constitucionales”, en *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, T. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.
- , “Fallos constitucionales en materia electoral en Argentina”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, “Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008.
- Ferreira, Raúl Gustavo, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed. aumentada y revisada, 2016.
- Franco-Cuervo, Beatriz, “Los escrutinios: mecanismo y control”, en Nohlen, Dieter; Zovatto, Daniel; Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

- Hirschmann, Pablo G., “El número de integrantes de la Cámara de Diputados de la Nación”, en *Suplemento Constitucional 2018 (octubre)*, 22/10/2018, 3, *La Ley* 2018-E.
- Nohlen, Dieter, *Ciencia Política y Justicia Electoral. Quince ensayos y una entrevista*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.
- Orozco Henríquez, J. Jesús, “Justicia electoral y resolución de conflictos”, en *Revista Justicia Electoral*, 1998, N° 11.
- Perícola, María Alejandra, “Transparencia y procedimiento electoral, con especial referencia a la realización y difusión del escrutinio provisorio”, en *Justicia y Transparencia, Justicia y División de Poderes, Justicia y Federalismo, Justicia y Desarrollo Humano, XXIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional*, Resistencia, Contexto, 2017.
- Perícola, María Alejandra y Linares, Gonzalo Joaquín, “El transfuguismo político como elemento distorsionador de la representación política”, en *Pensar en Derecho*, Año 2, N° 3, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas”, en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, Universidad de Talca, 2006.
- Resultados Electorales Ajustados. Experiencias y Lecciones Aprendidas, Cuadernos de CAPEL 52*, San José - Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- Rinesi, Eduardo, “Representatividad, legitimidad y hegemonía”, en S. Emiliozzi, M. Pecheny, M. Unzué (comp.), *La dinámica de la democracia. Representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.
- Sabsay, Daniel, “Convocatoria a elecciones complementarias. A propósito del fallo del TSJ de Chubut”, en *Suplemento Constitucional, La Ley* 2011-D, 28 (28/06/2011).
- Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992.
- Valadés, Diego, *El control del poder*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Vítolo, Alfredo M., “El caso ‘Bravo’: ‘Dura lex...’, o ‘De cómo la reforma de 1994 se cobra su primera víctima’”, en *JAJA* 2003-IV-712.

La Ley Agote y la protección de la minoridad. El menor abandonado y delincuente desde la mirada de la élite académica y política argentina en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX

*Sandro Olaza Pallero**

Resumen

Este trabajo aborda la problemática del menor abandonado desde la historia del derecho. La hipótesis que se plantea es que la cuestión del menor abandonado fue una preocupación de la élite académica y política en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX y que se tradujo en cambios en la legislación. Al iniciarse el proceso de modernización de la Argentina a mediados del siglo XIX, se produjo un gran aumento de la población como consecuencia de la inmigración fomentada por la élite gobernante. Por otra parte, hubo un aumento de la delincuencia en todas las franjas etarias. Varios autores, entre ellos Luis Agote, vincularon la creciente delincuencia infantil con el trabajo que efectuaban en la vía pública. Cabe destacar que desde las últimas décadas del siglo XIX el positivismo científico se convirtió en una doctrina dominante. La cuestión del menor abandonado y delincuente interesó a abogados y médicos, quienes trataron de buscar una solución en la criminología.

* Doctor de la UBA (Área: Historia del Derecho), docente de grado y posgrado de Historia del Derecho y Principios Generales del Derecho Latinoamericano, Cátedra del Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman (Facultad de Derecho y CBC, UBA). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. A.L. Gioja. Director del proyecto Decyt 1824 “La obra codificadora de Carlos Tejedor. Sus ideas a través de la enseñanza del derecho penal”; solazapallero@derecho.uba.ar.

Palabras clave: Ley de Patronato de Menores, Historia del Derecho, Luis Agote, minoridad, cultura jurídica.

The Agote Law and the Protection of Children. The Delinquent and the Abandoned Child from an Academic and Political Perspective in the Last Decades of the XIX and XX Century

Abstract

This work addresses the problem of abandoned children. The hypothesis that arises is that the issue of the abandoned child was a concern of the academic and political elite in the last decades of the nineteenth and early twentieth centuries that resulted in changes in legislation. At the beginning of the process of modernization of Argentina in the mid-nineteenth century, there was a large increase in population as a result of immigration promoted by the ruling elite. On the other hand, there was an increase in delinquency in all age groups. Several authors, among them Luis Agote, linked the growing child delinquency with the work they did on public roads. It should be noted that since the last decades of the nineteenth century scientific positivism has become a dominant doctrine. The question of the abandoned and delinquent child interested lawyers and doctors who tried to find a solution in criminology.

Keywords: Law of the Children's Board, History of Law, Luis Agote, Minority, Legal Culture.

I. Introducción

Este trabajo aborda la problemática del menor abandonado desde un enfoque iushistórico. La hipótesis que se plantea es que la cuestión del menor abandonado –muchas veces asociado a la delincuencia– fue una preocupación de la élite académica y política en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX, que se tradujo en innovaciones jurídicas como la Ley de Patronato de Menores o Ley Agote.

Al iniciarse el proceso de modernización de la Argentina a mediados del siglo XIX, se produjo un gran aumento de la población como consecuencia de la inmigración fomentada por la élite gobernante. Por otra parte, a un incremento de la inmigración hubo un aumento de la delincuencia en todas las franjas etarias.

Esa inmigración que resaltó Bartolomé Mitre en su discurso al cumplir 80 años y que aportó mucho a la nueva nación “formando una nueva raza con el concurso de todas las nobles razas del mundo civilizado” y que a pesar de sus deficiencias y desvíos políticos y sociales “constituye un organismo sano y robusto”. Medio siglo antes, el país había sido una agrupación informe con una coherencia mantenida por la violencia y en 1901 constituía un núcleo de civilización “por medio de la colonización y la inmigración espontánea, un millón de seres humanos, imprimiéndoles el tipo de nuestra raza, y asimilándolos a nuestra sociabilidad”.¹

El crecimiento de los índices de delitos impulsó a abogados y médicos a buscar la solución en la criminología, es decir en el positivismo, para comenzar a determinar las causas que llevaban a delinquir. Se pensó que el alcohol era una de las principales causas en los delitos contra las personas y que los inmigrantes eran entre los más propensos a este vicio. El homicidio –muchas veces causado con salvajismo y ferocidad– se lo vinculaba más a la inmigración italiana y española, pues se creía que era extraño a la idiosincrasia criolla. Se suponía que los delincuentes en su mayor parte provenían del último escalón de la pirámide social.²

Varios médicos como Luis Agote, Carlos de Arenaza y Virgilio Duceschi vincularon la creciente delincuencia infantil con el trabajo que los menores efectuaban en la vía pública. Desde las últimas décadas del siglo XIX el positivismo científico se convirtió en una doctrina dominante en la Argentina. La cuestión del menor abandonado y delincuente interesó a abogados y médicos quienes trataron de buscar una solución en la criminología.

1. El pensamiento de Bartolomé Mitre y los liberales, prólogo de Hilda Sabato, Buenos Aires, El Ateneo, 2009, pp. 304-305.

2. Levaggi, Abelardo, El derecho penal argentino en la historia, Buenos Aires, Eudeba-Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2012, p. 263.

El médico italiano Virgilio Ducceschi fue invitado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba para dictar un curso de antropología criminal y psicopatología médico-legal en 1912 y destacó la importancia de la criminología: “Las doctrinas modernas de la criminología tienen en el país un desarrollo, el más amplio, y su propagación está ligada a los nombres de resonancia ultraoceánica de José N. Matienzo, Luis M. Drago, Antonio Dellepiane, Cornelio Moyano Gacitúa, cuya evocación despierta un eco de íntimo dolor en estas aulas, José Ingenieros, Osvaldo y Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, Francisco de Veyga... pocos nombres para citar solo a los más eminentes”.³

Telma Reca asignaba una gran importancia al factor ambiental frente al constitucional que aumentaba de continuo en los estudios modernos sobre las causas de la delincuencia infantil. Su enfoque se caracterizaba en lo psicopatológico con base fenomenológica. Trabajaba la personalidad del paciente anudada en lo biológico a lo social.⁴

Para Carlos de Arenaza despreocuparse del bienestar social equivaldría para un Estado a renunciar a su porvenir como decía Hans Laut, “no adoptando aquellas disposiciones que garanticen las necesidades de las generaciones venideras, por ello habrá de cuidarse al niño, que contiene en germen la sociedad de mañana, para elevarle un peldaño más, en la escala de la cultura y la moralidad”⁵.

Las ideas jurídicas tuvieron un rol fundamental en el desenvolvimiento del derecho. Respecto a la temática del menor abandonado y delincuente en la Argentina, tuvo una fuerte influencia el pensamiento desarrollado en Europa. Los abogados si bien no tuvieron un pensamiento original o totalmente propio, trataron de darle una cierta peculiaridad a la aplicación de la cuestión del menor a la realidad. Consideraron esta cuestión en tesis, proyectos de leyes, monografías, etcétera.

3. Ducceschi, V. [Virgilio], “La criminología moderna”, en Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicados a las ciencias afines, Buenos Aires, t. XII, 1913, p. 407.

4. Cesano, José Daniel y Núñez, Jorge Alberto, Visiones de la criminología argentina (1903-1924). Una aproximación historiográfica, Córdoba, Brujas, 2014, p. 83.

5. Arenaza, Carlos de, Menores abandonados y delincuentes legislación e instituciones en Europa y América, Buenos Aires, Librería y Editorial La Facultad, 1929, t. I, p. 5.

II. Análisis y propuestas del mundo académico

La batalla jurídica y psiquiátrica alrededor de la maldad infantil se dio en Europa entre 1820 y 1880. Para que una conducta fuera de la competencia de la psiquiatría bastaba que fuera portadora de una huella cualquiera de infantilismo. Por eso, quedaban sometidas con pleno derecho a la inspección psiquiátrica todas las conductas del niño, en la medida, al menos, en que eran capaces de fijar, bloquear e interrumpir la conducta del adulto y reproducirse en ella. Y a la inversa, serán psiquiatrizables todas las conductas del adulto en la medida en que de una u otra manera, con la forma de la semejanza, la analogía o la relación causal, pudieran asimilarse y referirse a las conductas del niño.⁶

A medida que se producía el crecimiento de la Argentina, especialmente en los sectores urbanos y en las regiones de mayor desarrollo económico, los conflictos sociales y la delincuencia aumentaban y, con ello, la preocupación del mundo académico. El siglo XX se inició con un optimismo derivado de una asombrosa y rápida transformación y de la amenaza provocada por nuevos actores hasta esa época ignorados. Desde la élite académica se tomó conocimiento de que el régimen político carecía de capacidad para dar una respuesta al conflicto social. Asimismo, en el mundo escindido entre el Estado y la sociedad, los académicos efectuaron críticas e hicieron propuestas sobre la niñez y juventud abandonadas y encaminadas al delito. Abogados, médicos y escritores –muchos de ellos actuaban en política– esbozaron un repertorio propio de soluciones frente a esta problemática.

En opinión del médico y profesor universitario León S. Morra la primera cuestión era que el Estado argentino debía resolver la protección de los alienados. Se tenían que construir y sostener hospicios con capacidad y organización adecuadas a las necesidades del presente. Recordaba que los establecimientos de acuerdo con las modernas corrientes del progreso debían llenar diversas condiciones según la naturaleza de los enfermos. De este modo, las viejas clínicas generales donde se asistía al maníaco agudo a la par que al idiota congénito y al melancólico místico o al megalómano profético al lado del degenerado amoral, se reemplazaban por los hospitales para

6. Foucault, Michel, *Los anormales*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 280 y 282.

agudos. Otros establecimientos adecuados eran los asilos pedagógicos para imbéciles, las colonias productivas para enfermos crónicos aprovechables, los reformatorios para menores, los asilos prisiones y los departamentos anexos a las cárceles para los delincuentes. Sin embargo, el país había dado grandes pasos y continuaría en el progreso para satisfacer la conveniencia y defensa social de los propios alienados, congénitos o accidentales, agudos o crónicos, peligrosos o pacíficos y criminales o filántropos.⁷

Se ha señalado que el positivismo criminológico italiano pronto dominó en los medios universitarios argentinos de la época porque empalmaba con el discurso legitimante de la *república de la carne enfriada* y su *visión spenceriana*. De acuerdo con esta opinión la élite de la república oligárquica –al igual que en toda la región– justificaba su hegemonía con el abandono para siempre del liberalismo político y con la recepción del discurso neocolonialista y racista de Herbert Spencer. Debido a ello, su influencia habría perdurado a lo largo de muchos años.⁸

José Ingenieros, un atento observador de la ciencia, en su análisis del censo de 1914 no encontró las cifras de alienados y retardados que le evitaría la molestia de arriesgar cálculos. Observó a los menores en su cálculo sobre los alienados y retardados en comparación con el censo de 1869. “La inmigración, mayor desde 1870 a 1910, es un factor de aumento en el índice de alienación, pues la mayoría de los inmigrantes son adultos”. En cambio, el aumento vegetativo de la población provocaba que el número de menores también se incrementara proporcionalmente más que el de adultos a principios del siglo XX. En sus cálculos, el simple hecho de no considerar alienados a los niños retardados obligaba a disminuir el total de alienados de 18.400 a 15.000.⁹

Según la imagen difundida en amplios círculos intelectuales –con una influencia del positivismo en su mayor parte– incorporada a los debates, el menor abandonado era sinónimo de delincuente o futuro delincuente. De-

7. Morra, León S., “Legislación sobre alienados. Conferencia dada en el Círculo Médico de Córdoba”, en *Anales de la Universidad Nacional de Córdoba N° 3, Córdoba, Mayo de 1915, pp. 360-361*.

8. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La mala vida o los prejuicios vestidos de ciencia”, en Miranda, Marisa y Vallejo, Gustavo (dirs.), *Una historia de la eugenesia. Argentina y las redes biopolíticas internacionales 1912-1945*, Buenos Aires, Biblos, 2012, p. 123.

9. Ingenieros, José, *La locura en la Argentina*, Buenos Aires, Elmer Editor, 1957, p. 118.

cía César Lombroso que en el niño se encontraba también, al igual que en los animales y en los salvajes, una multitud de actos y de sentimientos, que serían anormales y verdaderamente criminales en los adultos, pero que eran en él normales. Correspondían al estado de suspensión del desarrollo psíquico en que el niño se encontraba, es decir, porque obraba como un hombre privado de sentido moral. Por lo tanto, nadie podía dar un juicio moral desfavorable de las maldades del niño que en la mayor parte de los casos desaparecerían con la edad.¹⁰

Cuestiones como la orfandad, el abandono, el peligro material o moral, conflictos, infracciones leves y graves, eran solo una faz de una problemática más general que abarcaba a la niñez y a la juventud. En 1874, el Senado había rechazado un pedido de subsidio de las Damas de Caridad para sostener el Asilo Maternal de Buenos Aires. La Comisión de Peticiones integrada por Teófilo García y Exequiel Colombres aconsejaron en su despacho otorgar una pensión anual a la Sociedad con el objeto de brindar alimento y educación a los hijos de mujeres pobres “a fin de que durante las horas del día que las madres se dediquen al trabajo como un medio de ganar su subsistencia, tengan en este asilo los medios de criar y educar a sus hijos”.¹¹

El médico legista Francisco de Veyga advertía que en la pubertad aparecía la criminalidad bajo forma de indisciplina en el hogar y en la escuela con atentados a la propiedad y a las personas. La delincuencia en la mujer venía más tarde que en el varón. Veyga comparaba los códigos civil y penal y se preguntaba si el delito cometido por un niño con discernimiento o sin él ¿no era acaso un delito? Criticaba el Código Penal inspirado por el clasicismo y el libre albedrío, pues, ignoraba que el delito era obra de una constitución mental determinada a la que la edad y la reflexión le ponían una valla frágil. Las luces de la Escuela Positiva que el genio de Lombroso encendió en el mundo entero tardaba en penetrar en el Código Penal, que era una irrisión como obra jurídica y un anacronismo para la misma época en que fue dictado.¹²

10. Lombroso, César, *Medicina legal*, traducción de Pedro Dorado, Madrid, La España moderna, s/f, t. I, p. 29.

11. Segovia, Juan Fernando, “Los problemas sociales ante el Congreso (1862-1880)”, en *Revista de Historia del Derecho* N° 28, Buenos Aires, 2000, p. 560.

12. Veyga, Francisco de, *Estudios médico-legales sobre el Código Civil argentino*, Buenos Aires, Agustín Etchepareborda, 1900, pp. 252 y 263.

La visión positivista de la delincuencia infanto-juvenil perdurará hasta casi la mitad del siglo XX, donde médicos como José Belbey darán importancia a factores como la política criminal, el estudio científico y totalizador no solo de la biología del menor sino de todo aquello que podía influir sobre él. Daba importancia a la situación económica, constitución del hogar, escolaridad, hora de la humanidad –paz, guerra y revoluciones– y educación social. Respecto a la clasificación de los menores delincuentes aceptaba la propuesta por Collin modificada en uno de sus dos tipos –el patológico– por Nerio Rojas y a la que agregaba la de Telma Reca el tipo *biosocial*. Este último caso sería, por ejemplo, el de un sujeto de la serie esquizofrénica.¹³

Entre los abogados que conformaban la élite académica en 1905 se destacaban Marco M. Avellaneda, Adrián Beccar Varela, Eduardo L. Bidau, Antonio Dellepiane, Wenceslao Escalante, Federico Iburguren, Baldomero Llerena, José Nicolás Matienzo, Manuel Obarrio, Ernesto E. Padilla, Federico Pinedo, José A. Terry, José Evaristo Uriburu, Benjamín Victorica y Estanislao S. Zeballos.

La miseria y la falta de bienestar social eran mencionadas por Alfredo L. Palacios en su tesis *La miseria (en la República Argentina)*. En esa tesis, que fue rechazada por el jurado académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se describía la falta de trabajo de obreros y proletarios que consumían su vida en talleres malsanos sin aire y luz. Criticaba a las sociedades de beneficencia a las que denominaba “mistificaciones burdas” formadas en su mayor parte por “encopetadas burguesas” que consideraban deprimente acercarse a un conventillo para enterarse de la situación del miserable. La explotación de los menores no faltaba en la tesis: “Niños de 12 a 15 años son los que colocan la estampilla de impuesto en los paquetes de cigarrillos negros”. En la Compañía General de Fósforos trabajaban 150 niños que ganaban \$ 0,35 y Palacios se preguntaba “¿Cómo ha de extrañar después que el Censo Nacional del 95 arroje la cifra de medio millón de niños en edad escolar que no concurren a la escuela?”¹⁴

13. Belbey, José, *La sociedad y el delito. Delincuencia colectiva, de las mujeres, de los débiles mentales y otros ensayos*, Buenos Aires, Claridad, 1947, pp. 117 y 121.

14. Palacios, Alfredo L., *La miseria (en la República Argentina)*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1900, pp. 8 y 35.

Palacios fue autor de una ley que penaba el delito de lenocinio y que fue comentada por Jorge Eduardo Coll. La ley 9.143 llamada “Ley Palacios” establecía: “La persona que en cualquier forma, promueva o facilite la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer deseos ajenos, aunque medie el consentimiento de la víctima, será castigado con tres a seis años de penitenciaría, si la mujer es mayor de 18 años; con seis a diez años de la misma pena si la víctima, varón o mujer, es mayor de 12 años y menor de 18; y si es menor de 12 años, el máximo de la pena podrá extenderse hasta quince años”. Se aclaraba que si el autor fuese ascendiente, marido, hermano o hermana, tutor o persona encargada de su educación o guarda traería aparejada la pérdida de la patria potestad, del poder marital, de la tutela o guarda o de la ciudadanía en su caso. Coll afirmó que Palacios no profundizó en la explicación del proyecto a pesar de que fue aprobado por unanimidad por socialistas y conservadores. Señalaba que existían otros motivos fáciles de apreciar que hacían más grave el delito si se trataba de mujer honesta. En ese caso, el agravio era también a la familia, al hogar y la conmoción social del delito era mayor. Si era el primer paso que daba en la senda del vicio, debió existir sugestión y dominio de la voluntad por parte del proxeneta a fin de obligar a su víctima. Luego esta influencia ejercida sobre el espíritu de la menor que inducida al vicio dejaba de lado su pudor, los lazos de familia y las consideraciones sociales denotaba en el delincuente una criminalidad mayor. El delincuente no tuvo escrúpulos en sacrificar la inocencia, la honestidad innata de una niña. En cambio, si la menor hacía tiempo que andaba en el comercio de su cuerpo, el hábito la había despojado de la vergüenza y ella misma se prestaba sin necesidad de sugestión alguna a la más leve solicitud del lenón. Por lo tanto, había que considerar este hecho como de menor gravedad, en opinión de Coll.¹⁵

El criminalista español Pedro Montero manifestaba el gran número de delincuentes anormales y degenerados, tanto adultos como menores. Aclaraba que los médicos en cuanto peritos veían las cosas de un modo y aspiraban a que la verdad prevaleciera, en cuanto ciudadanos se asustaban de esta prevalencia y se ponían del lado de los juristas. Dorado no encontraba otro motivo sino este para la diferencia que querían establecer algunos de ellos,

15. Coll, Jorge Eduardo, “Estudio jurídico del delito de lenocinio”, en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1914, t. VIII, pp. 47 y 51.

es decir, entre una *locura médica* y una *locura legal*. Lo que equivalía a decir que lo que para los médicos como tales era verdad, no lo era para ellos mismos en cuanto peritos judiciales, ni podía serlo para las otras personas, incluso los jueces. Mencionaba que con los niños y jóvenes pasaba otro tanto que con los adultos, también había entre ellos muchos anormales y degenerados “muchos criminales instintivos, impulsivos, débiles mentalmente, locos morales”.¹⁶

En 1911, Julio Herrera recordaba que desde mediados del siglo XIX criminalistas, sociólogos, antropólogos, participantes en congresos penitenciarios y legisladores discutían la reincidencia en la delincuencia juvenil. En la actualidad ya no habría dos opiniones sobre la necesidad de concluir con las cortas penas aplicadas a los menores y de sustituir la educación a la represión, pues, la edad de la infancia y la adolescencia era la única en la vida humana que permitía esperar a realizar la enmienda. La enmienda llegaría con la reforma de las inclinaciones viciosas del joven por una educación apropiada y el cambio de medio. Herrera no estaba de acuerdo con el tipo de criminal de Lombroso, al que calificaba de “especie de arlequín” y que parecía ceder su lugar al tipo profesional, no congénital, sino adquirido. Lo mismo afirmaba de los estigmas psicológicos como la ausencia de sentido moral y la insensibilidad moral. No había que tener en cuenta apriorismos de escuelas que debían estar alejadas del proceso de codificación. Mencionaba las clases de delincuentes y al detallar a los jóvenes comprendidos en la edad de minoría penal, profundizaba en la energía reformadora de la educación. En esa edad, en que el carácter no estaba completamente formado, no había que pensar en aplicar las penas destinadas a los adultos, sino medidas que presentaran un carácter educativo exclusivo o preponderante. Se les debía destinar a casas de reforma, donde se combinaran la educación moral, la instrucción y la educación profesional.¹⁷

En 1912, la delincuencia precoz alcanzaba proporciones considerables en palabras de Roberto Gache en su tesis *Delincuencia infantil*. En París se cometieron 1.932 delitos por individuos de ambos sexos menores de 18

16. Montero, Pedro, Los peritos médicos y la justicia criminal, Madrid, Hijos de Reus, 1905, pp. 134 y 138.

17. Herrera, Julio, La reforma penal, prólogo de Osvaldo Magnasco, Buenos Aires, J.E. Hall, 1911, pp. 114-118.

años. Mientras que en Buenos Aires hubo 984 delitos y si se comparaba la población total de París en 2.750.000 habitantes y la de la metrópoli rioplatense en 1.500.000, se constataba que las proporciones eran mayores que en la capital francesa. Entre los menores condenados de acuerdo con las estadísticas de los libros de la Colonia de Marcos Paz, los diarieros ocupaban la más alta proporción. En su mayoría eran menores de 17 años.¹⁸

Uno de los más representativos juristas, Rodolfo Rivarola, señalaba que cualquier observación que se haya recogido sobre la criminalidad en los niños con sus ejemplos de “perversidad precoz” reflejaba su inexperiencia. En una crítica al Código Tejedor sostenía que no se podía afirmar si un acto dañino ejecutado en edad temprana era hijo de la maldad o de la falta de discernimiento. De todas maneras, sería la obra del instinto, pues era más el animal que el hombre el que vivía en la primera edad. Por lo que se podía suponer que en el niño su falta del conocimiento de las restricciones impuestas por la fuerza social no podría castigársele por haberlas violado.¹⁹

En 1918, Eduardo J. Bullrich se refería a la protección de los menores y mencionaba a Juan B. Alberdi y su famosa frase de “gobernar es poblar”. Acotaba que para poblar científicamente era necesario preparar una población sana y fuerte, moral y físicamente considerada. Luchar contra la miseria que cohibía el desarrollo de la población como lo hicieron las sociedades anglosajonas de Australia y Nueva Zelanda. Las jóvenes generaciones tenían que ser educadas en un sistema moderno y encomendárseles una tarea social y no perdiéndolas en pésimos sistemas de represión anticuados con cárceles y casas de contraventores que eran verdaderas escuelas superiores de prostitución, degeneración y de delincuencia.²⁰

El juez Ricardo Seeber comentaba en 1922 que el problema de la infancia delincuente y abandonada revestía una trascendencia social indiscutible. Decía que en los últimos tiempos y en todas partes, sobre todo en las grandes

18. Gache, Roberto, “La delincuencia infantil”, en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1915, t. V, Tercera parte, pp. 404-414.

19. Rivarola, Rodolfo, *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1890, t. I, pp. 113-114.

20. Bullrich, Eduardo J., *Asistencia social de los menores (Protección de Menores)*. Tesis presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para optar al grado de doctor en jurisprudencia, Buenos Aires, edición del autor, 1918, t. I, pp. 3-4.

urbes, la delincuencia infantil aumentó progresivamente y también “como una manera inquietante, la masa incalculable de niños indisciplinados, vivero de esa delincuencia y de todas las taras físicas y morales de una parte de las futuras generaciones”. Por otra parte, existían prejuicios en la doctrina, errores de procedimiento e ignorancia en la psicología infantil. Era consciente de la existencia de un problema penal y otro social. Por una parte, la legitimidad y la conveniencia de mantener el principio de la responsabilidad penal de los menores delincuentes y de someterlos a sanciones legales. Por la otra, la forma de obrar sobre la masa desarreglada sustraída a la disciplina social. El mismo delincuente no era responsable de sus actos: “Ha sido pervertido o mal educado, tiene o no malas tendencias, es un anormal o está enfermo, pero ni es un criminal, ni puede ser encarcelado en prisiones que lo pervierten en lugar de corregirlo”. Describía las condiciones precarias de alojamiento de los menores: “En otras prisiones espectáculos semejantes. En el depósito de contraventores, galpones donde con 300 criminales, de los más empedernidos, se mezclaban niños de 12, de 10 y hasta de 6 años, y no delincuentes, ni siquiera contraventores: dulces e inocentes criaturas que no habían cometido otro delito que el de carecer de padres”.²¹

La detención de menores de edad hacinados con adultos se daba desde años anteriores, como en el caso de la Cárcel de Tucumán, donde ocurrió un motín sangriento. Entre los condenados por homicidio y uxoricidio se encontraban los menores Juan Manuel Paz (15 años), Ángel Cleofé Díaz (10 años), Víctor Manuel Rivadeneira (20 años), Abraham Medina (20 años), Rosario Acuña (14 años), Rudecindo Jérez (20 años), Francisco Lescano (12 años), Rodolfo Quiroga (14 años), Nicolás Silenio Cisterna (17 años), Mauro Barraza (15 años), José Dionisio Saravia (14 años), José Luis Mendoza (12 años), Facundo Cáceres (17 años), Macario Ruiz Díaz (17 años), Segundo Nicasio Herrera (14 años), Lautaro Romano (15 años), Pedro Sandalio Valdez (20 años), Ramón Rafael Rivas (16 años) y José Mostajo (15 años).²²

21. *Los Tribunales de Menores en la República Argentina. Su organización en la Capital Federal por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de acuerdo con la ley 10.903 de Patronato de Menores*, Buenos Aires, Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 1922, pp. 3-4.

22. Carranza, Adolfo S., “Un motín de presos en la Cárcel de Tucumán”, en *Archivos de Psiquiatría y Criminología* aplicados a las ciencias afines, Buenos Aires, t. XII, 1913, p. 407.

Julio Herrera, legislador y miembro de la Corte de Justicia de Catamarca, reprochaba el Proyecto de reformas del Código Penal Tejedor redactado por Saavedra, Beazley, Rivarola, Moyano Gacitúa, Piñero y Ramos Mejía. Con ánimo crítico señalaba que si el proyecto era reprobable en la forma de encarar la represión en general, mucho más lo era en lo que se refería a la delincuencia juvenil. No ocultaba la actitud desfavorable de los autores hacia la niñez con relación al problema de la criminalidad vinculado a la cuestión social. Su criterio era el mismo del de los legisladores de un siglo atrás, que no hacían diferencia entre el joven y el adulto, salvo exonerar a aquel de toda responsabilidad hasta cierta edad. Esos legisladores profundizaban en la culpabilidad moral y la pena retributiva, sin tener en cuenta para nada el interés social y el del mismo delincuente. Citaba una estadística de 1908 donde en la Provincia de Buenos Aires fueron procesadas 4.902 personas ante la justicia del crimen, de las que 1.084 eran menores de edad.²³

En 1905, en su tesis *La educación y el delito*, Bartolomé J. Ronco señalaba que la miseria no era una causa directa que actuaba fuertemente en la marcha del delito, sino como causa generadora de otros factores. En la miseria estaba el origen de la infancia abandonada formada por una legión de pequeños delincuentes o elementos preparados psicológicamente para el delito. Pasaban desapercibidos en la actualidad, pero en el futuro engrosaría las filas de los veteranos del crimen.²⁴

Tres años después, el joven criminalista Eusebio Gómez aclaraba que la mendicidad y la vagancia eran graves males que afligían a todas las grandes ciudades. Para este autor los mendigos eran parásitos y lo comprobaba después de compulsar legislación de Bélgica con una normativa innovadora promulgada en 1891. Este país instituyó una jurisdicción rápida para los delitos de vagabundos y mendigos con la creación de tres clases de establecimientos como el depósito de mendicidad de Merxplas “establecimiento netamente represivo, con aislamiento durante la noche, trabajo forzoso durante el día y una disciplina severa en extremo; el refugio de Wortel y las escuelas de beneficencia, destinadas a los jóvenes vagabundos de menos de 18

23. Herrera, La reforma penal, p. 117.

24. Ronco, Bartolomé José, *La educación y el delito. Tesis para optar al grado de doctor en jurisprudencia*, Buenos Aires, Imprenta, Librería y Casa Editora de A. Etcheparebor-da, 1905, pp. 27-28.

años". Gómez se admiraba de que en pocos años el número de vagabundos disminuyó en un 60%.²⁵

En España, el padre Jerónimo Montes criticaba a las escuelas penales que no daban importancia a la educación. Sin embargo, reconocía que Lombroso aceptaba la influencia que la falta y mala educación ejercía en la criminalidad. Lo demostraba con los contingentes desproporcionados que daban a los presidios los hijos ilegítimos, los huérfanos, los expósitos y los descendientes de padres viciosos o criminales. Para Montes las doctrinas humanitarias de algunos positivistas, propagadas en textos, revistas y periódicos, contribuyeron a hacer ineficaz la pena. Asimismo, causaban el aumento de la criminalidad, el desprestigio de la autoridad y las reincidencias de los delincuentes. Apenas lograron la corrección de un solo reo por falta en la educación moral del hombre. Esta educación sí fue motivo de preocupación de Platón, Aristóteles, Cicerón, Plutarco, Séneca, Quintiliano y los textos bíblicos.²⁶

Carlos de Arenaza destacó que en su viaje a Europa vio una institución que no halló en los demás países que recorrió en Europa: la Policía Infantil. La Sección Infantil tenía un carácter preventivo y era una dependencia de la Policía Holandesa. Su propósito era defender al niño de sí mismo, de sus guardadores incapaces y de las sugerencias peligrosas de las grandes ciudades. Funcionarios de ambos sexos recorrían día y noche los locales públicos, sitios de mayor aglomeración, cines, lugares bailables y cabarets para evitar la presencia de menores. También reprimían las faltas de los menores y los vigilaban para que evitaran su mendicidad y vagancia.²⁷

Se insistía con la necesidad de instituir tribunales de menores con anterioridad al Congreso Penitenciario de Washington en 1910. Las opiniones eran uniformes y se ratificó en el voto de esa asamblea. La cuarta sección de ese congreso relativa a la infancia y a los menores planteaba el procedimiento para los juicios. Se preguntaban los miembros del Congreso si los

25. Gómez, *Eusebio*, La mala vida en Buenos Aires, estudio preliminar de Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Biblioteca Nacional, 2011, pp. 147-150.

26. Montes, Jerónimo, *Precursores de la ciencia penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1911, pp. 302-306.

27. Arenaza, *Menores abandonados y delincuentes...*, t. I, pp. 241-242.

jóvenes delincuentes debían ser sometidos al procedimiento de los adultos. Y en caso negativo ¿cuáles eran los principios que debían guiar el procedimiento? En el caso de Italia el proyecto de Rocco establecía que el menor de 14 años no era imputable.²⁸

La casa de citas era, sin duda, uno de los mayores peligros de corrupción de menores como se podía comprobar en numerosos procesos. Esas casas ofrecían singulares atractivos al cliente. Las mujeres recién llegadas eran iniciadas en la prostitución con todas las supercherías imaginables para aparentar su carácter de novicias. Recordaba Veyga que se había establecido a pocos metros de distancia de la Escuela Normal de Profesoras una casa de placer “cuya especialidad consistía en ofrecer *alumnas* de la expresada Escuela”. Decía Veyga que había que ver “el grotesco artificio que gastaban algunas de estas desgraciadas para fingir su condición; justo, lo necesario, para que ante los ojos de cualquiera que tuviera un poco de mundo se descubriera la superchería”. Los dedos manchados de tinta, vestido corto, peinado de trenza, aire abstraído y el resto por el estilo.²⁹

Una militante comunista que estuvo presa por motivos políticos tuvo la oportunidad de conocer a mujeres detenidas por prostitución, entre ellas jóvenes y maduras. Al ser liberada, llegó a la conclusión de que la existencia miserable de la familia proletaria, la desocupación, la ofensiva a los salarios, la inhabilitación por el trabajo insalubre profundizaron la miseria de ese hogar. Así, Angélica Mendoza comparaba la situación de las mujeres explotadas en la Argentina y otros países: “En la China la explotación industrial de las niñas (2 dólares por semana, jornadas de 12 horas seguidas, pues junto a la máquina comen su merienda) va unida a una despiadada utilización en los prostíbulos y cafetines para extranjeros”.³⁰

El educador y escritor José Jacinto Berrutti se interesaba por la problemática del niño en las ciudades populosas, en las fábricas, del vendedor de diarios, el niño delincuente, el rabonero y el hijo del proletario. Se preocupaba por los hogares en que la tuberculosis, el alcoholismo y el juego condenaban

28. Gómez, Eusebio, “Tribunales para menores”, en *Revista de Derecho Penal* N° 1, Buenos Aires, 30 de abril de 1929, pp. 44 y 54.

29. Gómez, La mala vida..., pp. 114-115.

30. Mendoza, Angélica, *Cárcel de mujeres*, Buenos Aires, estudio preliminar de Luz Azcona, Biblioteca Nacional, 2012, pp. 126-127.

al niño infortunado. Producto del conventillo, sucio y miserable, donde se le privaba hasta de agua, aire y luz. Como también de la fábrica, donde se le explotaba inhumanamente. Por otra parte, en el hogar vicioso se le hartaba de sombras y de violencias y causaba su lanzamiento a la calle que era su válvula de escape y por huir de un peligro caía en otro mayor.³¹

Francisco Orione era partidario de crear tribunales especiales para menores y lo veía desde su experiencia en una secretaría de un juzgado del crimen. Había visto llegar al despacho de los jueces pobres criaturas flacas, endebles, enfermizas, andrajosas, sucias que miraban a los funcionarios con ojos de espanto. Entre ellos había algunos que cualquiera hubiera creído encontrar un delincuente pero en realidad eran ignorantes, seres que apenas aprendieron a hablar, a andar, a comer, es decir, las manifestaciones de una vida puramente animal. Había que reaccionar, sacudir la apatía característica y redimir a la niñez desgraciada que sería una obra de regeneración social. Por otra parte, mencionaba el proyecto del defensor de pobres y menores Héctor Solari en 1910 de crear un establecimiento de índole escolar destinado a asilar a los menores bajo la tutela de la ley o del gobierno. Otros interesados en la regeneración social que mencionaba Orione eran los diputados nacionales Agote y Breard que separadamente presentaron proyectos al congreso similares al de Solari. Asimismo, el exministro de Justicia e Instrucción Pública Carlos Ibarguren se propuso estudiar y proyectar una legislación especial para menores.³²

III. La cuestión del menor como amenaza a la élite política

Desde la década de 1870, la élite política argentina en su discurso, representación y práctica se centraba en los menores, categoría con la que se designaba a los niños y jóvenes ajenos a las pautas de comportamiento, localización espacial, educación, trabajo, sexualidad y relación con los adultos

31. Berrutti, José J., "Nuestros niños", en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1913, t. VII, pp. 45-46.

32. Orione, Francisco, "Tribunales especiales para menores. Necesidad y forma posible en que deberían ser organizados", en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1914, t. VIII, pp. 267-276.

acordes para su edad.³³ En otras ocasiones el menor era víctima del adulto como en el caso de asesinato del niño Constantino Ferro de 12 años, sirviente de la fonda en Cuyo N° 30 de la Ciudad de Buenos Aires. El asesino era el italiano José Sambuchete, quien también trabajaba en la fonda.³⁴

Hubo una gran expansión del poder disciplinario respecto a los delincuentes, los menores y los enfermos mentales. Los positivistas pudieron reclamar con orgullo que habían establecido con sólidas bases el *estado peligroso*. Para ello habían necesitado cambios graduales en la legislación. Gran parte de esta conquista se debía a la diseminación del poder médico en el Estado, especialmente en las áreas de salud, justicia y seguridad. La presión que se ejerció sobre jueces y abogados a fin de que cambiaran su opinión sobre el delito y el castigo fue solo uno de los factores de cambio. También tuvo importancia el prestigio creciente de la profesión médica. La medicina moderna era la fuente de los alienistas, higienistas y criminólogos.³⁵

Ese “estado peligroso” significaría un avance para la ciencia penal argentina, según Eusebio Gómez que admiraba el Servicio de Antropología Penitenciaria de Bélgica. Respecto al menor en el sistema belga debía ser examinado de una manera completa y trasladado en caso necesario al laboratorio regional.³⁶

Las reformas estatales que incluían un programa para la educación de los niños anormales en Europa también se hicieron eco en América. En la conferencia sobre *La educación de los niños anormales* pronunciada en la Academia Nacional de Medicina de Madrid en 1917, el pediatra español Baldomero González Álvarez tuvo la idea de establecer escuelas especiales para débiles mentales. Mencionaba que la cuestión de los niños anormales preocupó en los últimos años a pedagogos y especialistas de todo el mundo. A su vez, el médico Víctor Delfino uno de los más destacados defensores de la

33. Zapiola, María Carolina, “La Ley de Patronato de Menores de 1919 ¿Una bisagra histórica?”, en Lionetti, Lucía y Míguez, Daniel (comp.), *Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1890-1960)*, Rosario, Prohistoria, 2010, p. 117.

34. “Asesinato de un niño”, en *La Revista Criminal*, Buenos Aires, 1° de febrero de 1873, t. I, pp. 38-39.

35. Salvatore, Ricardo D., *Subalternos, derechos y justicia penal. Ensayos de historia social y cultural argentina 1829-1940*, Barcelona, Gedisa, 2010, pp. 311-312.

36. Gómez, Eusebio, “El Servicio de Antropología Penitenciaria de Bélgica”, en *Revista de Derecho Penal* N° 1, Buenos Aires, 30 de abril de 1929, pp. 76 y 85.

eugenesia señaló que también en la Argentina algunos espíritus bien intencionados y progresivos empezaron a ocuparse de los niños anormales dentro de la corriente de la delincuencia infantil. Para ello había que hacer un estudio de los elementos orgánicos o hereditarios en la defectuosidad mental de los menores. Los anormales tendrían que ser estudiados profundamente con un examen y después con educación en lugar de amontonar por centenares a los anormales en establecimientos más o menos lujosos, pero que eran todo menos casas de tratamiento y de educación. Delfino llamaba la atención a las naciones de América para que educaran a los anormales. Esto se llevaría a cabo con la fundación de establecimientos para niños anormales bajo la dirección de médicos psiquiatras especializados, donde recibirán educación e instrucción con excepción de los peligrosos e incorregibles.³⁷

La creciente presencia en las calles de niños y jóvenes no se encuadraban en los roles que las élites definían como adecuados para ellos de acuerdo con su edad y sus futuros desempeños como adultos. Razones de orden material y cultural conspiraron para que en la etapa de la construcción del sistema público de instrucción, miles de niños y jóvenes de los sectores populares resultaran refractarios a la concurrencia a los establecimientos educativos de acuerdo con la Ley de Educación Común 1.420.³⁸

Hasta la creación del Asilo de Reforma de Menores Varones en Marcos Paz en 1903, los menores huérfanos vivían con los reclusos de la Penitenciaría Nacional. Vestían viejos uniformes con número y en 1886 uno de los cinco pabellones fue directamente convertido en un asilo infantil. No obstante, las autoridades manifestaban que una cárcel no era un establecimiento adecuado para dar instrucción a esos niños desgraciados. Muchos niños abandonados aprendieron sus primeros oficios en los talleres previstos para los criminales de Buenos Aires.³⁹

37. Delfino, Víctor, "Educación de los anormales", en Delfino, Víctor, *Trabajos enviados al Tercer Congreso Americano del Niño (Río de Janeiro 27 de agosto-5 de septiembre de 1922)*, Buenos Aires, Edición del autor, 1922, pp. 26, 28 y 34.

38. Zapiola, María Carolina, "Aproximaciones científicas a la cuestión del delito infantil en la Argentina. El discurso positivista en los Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines (a comienzos del siglo XX)", en Sozzo, Máximo (coord.), *Historias de la cuestión criminal en la Argentina*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009, p. 314.

39. Caimari, Lila, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 58.

Respecto a las menores que estaban en la Cárcel Correccional, un informe de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal del 31 de enero de 1890 denunciaba el mal estado del edificio. Señalaban el estado ruinoso del local “en cuyas antiguas celdas conventuales, faltas de luz y ventilación se aglomeran detenidos y penados sin distinción siquiera de edades”. Esto era contrario a los fines propuestos por la ley “sobre todo en los menores, para quien ese recinto, en vez de procurarles motivo de enmienda, les sirve de escuela de corrupción y de delito”. Se pedía una inmediata separación de secciones, pues, el departamento de mujeres presentaba “deplorable amalgama” y “la menor, detenida por levísima inculpa vive en comunidad con las condenadas por crímenes atroces”⁴⁰.

A principios del siglo XX, se reconocía que si bien en el derecho moderno como resultado del triunfo de la Revolución Francesa todo hombre era sujeto de derecho, en la práctica no lo era. Estos eran los casos de individuos salvajes que vivían en territorios y bajo la soberanía de naciones civilizadas. Carlos O. Bunge daba el ejemplo de los pieles rojas de Norteamérica, los fueguinos de la Argentina y los australianos y neozelandeses de Oceanía. Estos pueblos inferiores psíquicamente respecto de los norteamericanos, ingleses y argentinos vivían en un estado de salvajismo y su subjetividad jurídica no era más que una mentira piadosa de las leyes. “Los incapaces que viven en los centros civilizados –decía Bunge– están en una situación jurídica muy distinta, pues tienen sus naturales representantes en derecho, sus tutores, sus curadores, el ministerio público”⁴¹.

Se debatía desde fines del siglo XIX el estado peligroso del delincuente y respecto a las medidas de seguridad todavía estaba por hacerse en países como España, en palabras de Luis Jiménez de Asúa. Los medios defensivos contra los delincuentes habituales, profesionales e incorregibles estaban ausentes en la legislación. Asimismo, se carecía de establecimientos modernos para recluir a los delincuentes enajenados peligrosos. “Lo legislado entre nosotros sobre menores que han delinquido no puede ser más arcaico y

40. Rodríguez López, Carmen Graciela, *La cárcel correccional de Buenos Aires en San Telmo (1860-1978)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2015, pp. 127-128.

41. Bunge, Carlos Octavio, *El derecho (Ensayo de una teoría científica de la ética, especialmente en su fase jurídica)*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1907, p. 248.

absurdo. Está en lo cierto Cuello Calón cuando afirma que respecto de la infancia y de la edad juvenil hay que derribar hasta sus cimientos los preceptos del Código. Y si es viejo y malo lo que las leyes establecen, no es mejor lo que en la práctica se hace. El Reformatorio de Alcalá de Henares –creado en 1901– donde son enviados los menores de 20 años –según el Decreto de 1907– es un edificio sin condiciones, un antiguo hospital en que es imposible ensayar procedimientos modernos”.⁴²

En 1913, se envió desde el Poder Ejecutivo un proyecto de Organización Carcelaria de la que formaban parte el inspector general de justicia Diego González, el director de la Prisión Nacional Catello Muratgia y el director de la Penitenciaría Nacional Armando Claros. En su dictamen Claros destacaba la falta de establecimientos carcelarios suficientes y adecuados de la que carecía el país. Las cuadradas y depósitos judiciales donde ingresaban los detenidos carecían de capacidad material para contenerlos. Los detenidos condenados a prisión en diciembre de 1912 eran 3.712 y se acercaban a 4.000. Esa situación era preocupante, pues la nación no contaba con más establecimientos adecuados que la Penitenciaría con 704 celdas y la Cárcel de Ushuaia con capacidad para 600 presos. El panorama de los niños que por cualquier motivo eran detenidos por su abandono o por sus delitos se tornaba crítico. Bajo la dependencia del Estado solo se encontraba la Colonia de Marcos Paz con capacidad para albergar 150 menores y para 50 condenados en un solo pabellón. Por otra parte, se encontraban a cargo de los defensores de menores de la capital 950 niños más y según cálculos oficiales 5.000 menores pululaban en las calles abandonados o huérfanos. Claros advertía que era fundamental amparar a los menores de su vida irregular y licenciosa “desviándolos de la delincuencia a que casi fatalmente se deslizan, por las exigencias imperiosas de la necesidad y, muchos de ellos, por el ejemplo y la enseñanza de hábiles profesionales, a quienes inexpertamente sirven de instrumentos en la preparación y comisión de los más variados delitos”.⁴³

42. Jiménez de Asúa, Luis, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1920, pp. 29-30.

43. Claros, Armando, “Dictamen sobre organización carcelaria”, en *Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicados a las ciencias afines*, Buenos Aires, t. XII, 1913, pp. 3-8.

De acuerdo con las palabras del primer gobernador de la Penitenciaría de Buenos Aires Eduardo O’Gorman dirigidas al presidente de la Comisión Central Argentina de la Exposición Universal de París Manuel Gache a comienzos de 1878, el edificio se encontraba ubicado en el extremo noroeste de la urbe porteña con frente nordeste sobre la barranca que formaba la ribera del Plata. Tenía una extensión de 122.000 metros cuadrados. Su construcción y materiales empleados lo hacían figurar en la primera categoría de los edificios realizados en la Argentina y era muy avanzado en su elegancia. “De este cuerpo de edificio, parte el muro de circunvalación, con un torreón en cada uno de los cuatro ángulos, para los centinelas que hacen el servicio de vigilancia”.⁴⁴

Claros indicaba la promiscuidad a que eran sometidos los niños en los depósitos policiales por carencias edilicias. Citaba la institución estadounidense conocida con el nombre de *Detention Home*, donde los niños no eran reclusos en una cárcel sino en un hogar. Se tenía que hacer un establecimiento con las condiciones de un internado común con un objetivo educacional. Esto se llevaría a cabo con un personal adecuado, escuela, talleres de artes manuales, distracciones y juegos que permitirían ejercitar la movilidad del espíritu infantil. Allí permanecerían mientras se sustanciara su proceso y las autoridades, policía, defensores o jueces decidieran su destino. Podían ser restituidos a sus familias, confiárselos en pupilage o tutela a personas o asociaciones filantrópicas o internarlos en reformatorios. Asimismo, podían ser alojados en departamentos separados para menores y adultos y aplicárseles un régimen educativo y disciplinario. Para Claros no era necesario instalar prisiones especiales para las delinquentes femeninas. Proyectaba una cárcel para encausados donde “pueden hasta disponer de terreno suficiente para cultivos de jardín y para el aprendizaje recreativo de labores domésticas, a la sombra de los árboles frutados”. Respecto al patronato de niños, Claros destacaba la importancia de la prevención de la reincidencia. La protección de la infancia no era solamente una obra humanitaria sino la defensa previsor de la sociedad contra futuros agentes de daño a todos sus intereses. Para ello era necesaria la intervención del Estado que propiciaría la colaboración solidaria entre el gobierno y la sociedad. Citaba los ejemplos

44. García Basalo, J. Carlos, *Historia de la Penitenciaría de Buenos Aires (1869-1880)*, Buenos Aires, Editorial Penitenciaria Argentina, 1979, p. 175.

de países con códigos especiales que legislaban la protección de la infancia en Bélgica, Suiza, Alemania, Austria-Hungría, entre otros. Los niños anormales debían ser internados preferentemente en institutos donde estarían cuidados por especialistas en la educación, aunque tuvieran defectos orgánicos. Concluía Claros con que no era suficiente amparar y proporcionar refugio adecuado a la niñez desvalida, salvándola de la miseria y la delincuencia. “Es necesario buscar para el egresado, ya instruido, educado y con aptitudes de trabajo, en posesión de un oficio y ganoso de ensayar libremente su esfuerzo, una ubicación conveniente, exento de todos los peligros”. Es decir, a la Protección la sustituiría el Patronato eficaz.⁴⁵

El médico Genaro Sisto citaba al abogado y pedagogo Alfred Binet en su clasificación de los tipos de niños: *retardados pedagógicos* y *retardados médicos*. Al realizar un estudio sobre esos menores, el director del Cuerpo Médico Escolar de la capital Adolfo Valdez dijo que entre los primeros estaban los niños que sin dejar de poseer una inteligencia normal y a veces superior, eran inquietos, rebeldes y perturbaban el funcionamiento de las clases. Para Sisto estos niños merecían una educación especial, pues, de allí saldrían los demagogos, los anarquistas y las diversas clases de desequilibrados e ingobernables que constituirán un peligro para el orden social. En el segundo grupo estaban los niños con un poder intelectual inferior al término medio normal. Eran los niños próximos al vicio y a la locura, los vencidos de mañana y los futuros pensionistas de las cárceles y de los manicomios.⁴⁶

Uno de los aspectos que más se destacó en el último tercio del siglo XIX fue la presencia de las sociedades de beneficencia integrada por damas de la aristocracia que se interesaron por los pobres a través de la caridad. El Patronato de la Infancia fue fundado en 1892 y sostenido por donaciones, lotería y fiestas que según Alberto Meyer Arana “evidencian nuestro grado de cultura y tienen ecos de suave alivio para gran número de pequeños –pobrecitos que antes sentían el peso de las grandes maldades y de los infortunios que aureolan a la miseria–, punto de arranque esta de las perturbaciones sociales, cuna del crimen y antesala obligada de las celdas carcelarias,

45. Claros, “Dictamen sobre organización carcelaria”, pp. 17-49.

46. Sisto, Genaro, “El niño débil y la escuela. La copa de leche escolar”, en *Actas y trabajos. Tercer Congreso Médico Latino-Americano. Montevideo 17-24 de marzo de 1907*, Montevideo, El Siglo Ilustrado, 1908, t. I, p. 345.

donde purgan culpas muchos desdichados que no gozaron de sonrisas en la infancia”. El autor de *La caridad en Buenos Aires* destacaba la iniciativa de las familias de abolengo en la gran empresa protectora de los niños. Entre los donantes se encontraban el intendente Bollini, Jaime Llavallol, José A. Terry, Carlos Thays, Francisco Uriburu, Miguel A. Martínez de Hoz, Carlos Agote, Tomás E. de Anchorena, Marcelo T. de Alvear, Juan Manuel Terrero (h), Alberto del Solar, José A. Ayerza, Tomás Santa Coloma, Gabriel Cantilo, Alfredo Demarchi y Nicolás Avellaneda. El libro era una apología de la caridad de la élite argentina dirigida a los humildes a través de “fiestas primaverales” y la colecta anual del “día de los niños pobres”. El autor con emoción decía: “¡Y qué hermoso resultan siempre las obras hechas en beneficio de los pobres!”. En el refugio se veía a los pequeños con los delantales “a pequeños cuadritos azules y blancos”. Había niños “tipos de los más variados países” como el alemán “de cabellos claros”, el francesito “vivaracho e inquieto”, el veneciano “de hermosos cachetes” o al niño “con rastros indígenas en su cutis pampeano”. La felicidad de un “morenito” que era un “trozo de cielo oscuro” y “modelo de resignación y de humildad” era mostrada por Meyer Arana.⁴⁷

El mismo año en que el presidente Victorino de la Plaza envió su proyecto de Organización Carcelaria, el fiscal Jorge E. Coll en su vista dijo que el caso Cayetano Santos Godino conmovió hondamente a la sociedad. Sus crímenes habían herido los sentimientos más puros y delicados del espíritu: el amor a la niñez. Godino era un asesino de niños. Se preguntaba el fiscal si eso se podía concebir. Esta clase de hechos desorientaba al legista y al antropólogo. “Pero no debe adelantar el juicio, pues este tipo de criminal, a fuer de simple y primitivo, levanta la discusión de todas las teorías, las que fundamentan la materia penal, como la responsabilidad, y las que sintetizan todos los problemas; el régimen carcelario”. Coll advertía que las leyes iban variando y con ello el significado de las ideas de “responsabilidad” y de “locura”. Ese significado estricto, legal y científico debía acordarse para la resolución del caso. La confesión amplia de Godino del homicidio de Josualdo Giordano abrió la investigación y se probaron las muertes excepto la de una criatura enterrada viva. Godino era autor de cuatro homicidios y de

47. Meyer Arana, Alberto, *La caridad en Buenos Aires*, Buenos Aires, edición del autor, 1911, t. II, pp. 157-164.

siete tentativas de homicidio que por circunstancias especiales se frustraron. Causó lesiones de importancia a sus víctimas y siete incendios intencionales de verdadera gravedad por los daños causados y el peligro social. De acuerdo con el Código de Procedimientos en lo Criminal se le realizaron las pruebas a cargo de los educacionistas Víctor Mercante y Ernesto Nelson, los médicos de tribunales Negri y Lucero y los especialistas Cabred y Esteves. Los especialistas manifestaron que Godino padecía de alienación mental. Coll en su extensa vista fiscal dijo que en lugar de declarar que Godino era loco y que estaba exento de pena, mejor era expresar que se carecía de un establecimiento que el derecho penal aconsejaba como apropiado a su caso. “Empero, a falta de ello, debe estar en la penitenciaría, en donde difícilmente se corregirá con el actual régimen carcelario, como tampoco se corrigen otros sujetos semejantes. El peligro social que producirá su libertad en el futuro provendrá, en parte, de la falta de esos establecimientos de defensa y utilidad social”.⁴⁸

Victorino de la Plaza junto a José María Rosa habían formado la comisión encargada por el presidente Julio A. Roca de elaborar el proyecto de ley sobre organización de los tribunales de la capital. En 1881, señalaban que los dos defensores de menores obraban en la esfera de un padre de familia. Cuidaban de la persona y bienes de los menores e incapacitados, de su colocación, educación y de su tratamiento por los parientes, tutores o encargados. De este modo, llenaban una de las más grandes misiones que la sociedad podía confiar. Según el art. 2° del Proyecto los defensores de menores podían imponer penas de reclusión correccional en las casas destinadas al objeto a los menores que observaran mala conducta. La reclusión no podía exceder de tres meses. De acuerdo con el art. 5° los defensores de menores podían proceder de oficio y extrajudicialmente.⁴⁹

Era evidente el compromiso de la lucha contra la delincuencia en la Argentina a través de la legislación, procedimientos, prevención y represión, y especialmente del régimen carcelario. Así lo destacaba Norberto

48. Coll, Jorge E., “El caso Godino (Vista Fiscal)”, en *Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicados a las ciencias afines*, Buenos Aires, t. XII, 1913, pp. 643-679.

49. Proyecto de ley sobre organización de los Tribunales de la Capital e informe de la comisión encargada por el Poder Ejecutivo de su redacción, Buenos Aires, La República, 1881, pp. 19, 49 y 50.

Piñero presidente de la comisión organizadora del Congreso Penitenciario de 1914, en donde reafirmaba la función social del combate emprendido contra la barbarie interna para suprimir las causas del delito y del vicio. Había que eliminar, absorber, corregir, aislar, curar o transformar en elementos económicos a los sujetos inadaptables –criminales y enfermos– producto de las anomalías y deficiencias orgánicas y psíquicas. Era una labor que todo Estado debía cumplir. A su vez, Rodolfo Rivarola delegado del Poder Ejecutivo Nacional al mencionar los proyectos de reforma penal dijo que los juristas argentinos sin pretender ser sociólogos al observar la sociedad europea previeron el crimen anarquista y la trata de blancas como hechos para tener en cuenta en el Código Penal. De la estabilidad del Código Penal dependía la organización de la estadística criminal, la adopción del régimen carcelario, la prevención y espacialmente las que atenuaban el daño de la cárcel y la corrupción de los menores delincuentes. Entre las instituciones de prevención destacaba un tratamiento especial para los menores. En la legislación general y a medida que progresaban las ideas de política penal se advertía que la defensa social se ocupaba en distinguir al delincuente, en identificarlo y en comprobar que era el sujeto pasivo de la pena prevista.⁵⁰

En 1899, el defensor de menores de la Sección Sud de la capital Juan Manuel Terrero en su informe al ministro Osvaldo Magnasco destacaba que por falta de espacio no recibía a huérfanos y abandonados. Muchas veces se presentaban los padres y querían entregar hasta dos o tres hijos por su indigencia y escasez de fuerzas para corregirlos en sus costumbres de vagos y rateros. Asimismo, era indispensable fundar otro asilo o Casa de Corrección de Mujeres para recluir a las más remisas. Trabajarían y se evitaría su ociosidad a fin de regenerarse de las malas costumbres y tendencias a la perversión. A su vez, era importante separar a las malas de las buenas. El defensor de menores de la Sección Norte de la capital Pedro de Elizalde se quejaba de que el local a su cargo no tenía el espacio suficiente para llenar sus necesidades. Igual situación sucedía con la Cárcel Correccional de Varones motivada por la nota de su director padre

50. Piñero, Norberto y Rivarola, Rodolfo, “El congreso penitenciario. Discursos en su inauguración”, en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1914, t. VIII, pp. 169-175.

Federico Grote. Relataba la fuga de 96 menores entre el 1º de julio de 1897 y el 31 de diciembre de 1898. Respecto al Departamento de Menores de la Cárcel Correccional de Mujeres estaba en perfecto estado de higiene y moral. En 1898 de los 430 menores de ambos sexos su procedencia era de los varones: 129 (argentinos), 12 (italianos), 20 (españoles), 1 (alemán), 1 (portugués), 1 (austríaco), 4 (franceses), 1 (peruano), 6 (orientales) y 1 (brasileño). De las mujeres, la procedencia era: 204 (argentinas), 21 (italianas), 12 (españolas), 1 (alemana), 1 (holandesa), 1 (rusa), 1 (irlandesa), 1 (alsaciana), 4 (francesas) y 1 (oriental).⁵¹

En 1904, el defensor de menores de la Sección Norte de la capital Pedro de Elizalde informaba que en su desempeño recibió la colaboración de la Asistencia Pública, la Policía, la Casa de Expósitos, el Asilo de Huérfanos, el Patronato de la Infancia, la Santa Casa de Ejercicios Espirituales y la Casa de Corrección de menores mujeres. Con la Sociedad de Beneficencia había desacuerdos. Del total de 228 menores varones ingresados en 1903, su nacionalidad era: 195 (argentinos), 11 (italianos), 7 (españoles), 2 (franceses), 2 (ingleses), 1 (alemán), 1 (árabe), 5 (orientales), 3 (brasileños) y 1 (boliviano). A su vez, del total de 383 menores mujeres ingresadas en 1903 su nacionalidad era: 318 (argentinas), 18 (italianas), 13 (españolas), 7 (francesas), 4 (inglesas), 4 (alemanas), 3 (árabes), 11 (orientales), 4 (brasileñas) y 1 (boliviana). De los menores de ambos sexos 224 fueron colocados en casas de familia, 44 declarados mayores de edad, 10 contrajeron matrimonio, 31 eran prófugos con captura recomendada y 15 fallecieron. Por otra parte, de acuerdo con el color eran: 329 (blancos), trigueños (240) y 42 (negros). El defensor de menores de la Sección Sud de la capital Bernabé Láinez informaba que requería la urgente solución de la instalación de un Asilo de Menores Madres, creación de Asilos Nocturnos, prohibición de utilizar a los menores como limosneros y una ley protectora de la infancia. También tuvo diferencias con la Sociedad de Beneficencia que entregaba a los menores a particulares quienes no les pagaban un sueldo como estipulaba la normativa desde los 15 años de edad. Manifestaba el gran abandono de menores existente y que a las mujeres menores se las apartaba de sus hijos. Proponía

51. Memoria presentada al Congreso Nacional de 1899 por el ministro de Justicia e Instrucción Pública, Buenos Aires, Taller tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1899, t. I, pp. 115-141.

una ayuda económica a las menores madres solteras controlada por la Defensoría de Menores.⁵²

En 1907, Elizalde en el informe remitido al ministro Federico Pinedo destacaba el aumento de menores vagos, huérfanos o abandonados que se incrementaba con los extranjeros. Los menores en su mayor parte fueron enviados por sus padres o parientes debido a sus malos hábitos y caracteres incorregibles. Una vez que llegaban a la ciudad eran abandonados por sus acompañantes y sin recursos aumentaban la cantidad de vagos existentes. Elizalde proponía erradicar este mal y remitirlos a los Territorios Nacionales con autorización judicial. Como en años anteriores, el defensor reclamaba la necesidad de construir un taller para las mujeres menores que por sus malas costumbres, no permanecían en las casas de familia donde eran colocadas. Del total de 195 menores varones ingresados en 1906 su nacionalidad era: 157 (argentinos), 1 (boliviano), 1 (brasileño), 14 (españoles), 2 (franceses), 15 (italianos), 3 (orientales), 1 (paraguayo) y 1 (cubano). A su vez, del total de 382 menores mujeres ingresadas en 1906 su nacionalidad era: 301 (argentinas), 3 (alemanas), 2 (austríacas), 1 (boliviana), 1 (brasileña), 1 (inglesa), 18 (españolas), 2 (francesas), 17 (italianas), 15 (orientales), 1 (paraguaya), 3 (polacas) y 17 (rusas). De los menores de ambos sexos 247 fueron colocados en casas de familia, 40 fueron declarados mayores de edad, 17 contrajeron matrimonio, 28 eran prófugos con captura recomendada y 9 fallecieron. Por otra parte, de acuerdo con su color eran: 368 (blancos), trigueños (197) y 12 (negros). El defensor de menores de la Sección Sud de la capital Armando Figueroa informaba que la Colonia agrícola industrial de menores varones rechazaba los ingresos de internos por la densidad de su población. Por otra parte, el defensor se proponía enviar menores a los Territorios Nacionales como Santa Cruz para que se entregaran al trabajo honrado. Se preguntaba: “¿Acaso estos futuros pobladores de esas regiones no serán mañana los que formen el principal núcleo de hacendados y agricultores argentinos?”. Señalaba la cantidad de menores encintas y la falta de atención de una interna, pues, de acuerdo con los reglamentos de los hospitales solo podían ingresar las que se encontraban en el séptimo mes de parto. En su opinión este

52. Memoria presentada al Congreso Nacional de 1904 por el ministro de Justicia e Instrucción Pública, Buenos Aires, Taller tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1904, t. I, pp. 116-161.

malestar obedecía a muchas causas, principalmente a la falta de educación de las masas respecto a sus deberes con sus hijos y a la falta en el hogar del hábito de economía tan desconocido en la población. Pedía la autorización judicial para que contraigan matrimonio 25 mujeres y 1 varón.⁵³

Ricardo Seeber denunciaba que en las calles se podían ver todavía pero en forma reducida a niños de todas las edades que vendían diarios y jugaban, peleaban y robaban. No se ganaban la vida, sino que eran explotados por adultos, entre ellos, los padres indigentes. Esta multitud que recorría las calles sufría frío y terminaba en los calabozos. Así “cientos de niños por año, como procesados o contraventores, miles que ambulan como vendedores o mendigos, y que han de ser, por la fuerza de una fatalidad inexorable, el ejército futuro del delito: la horda de los degenerados, los delinquentes de oficio y los asesinos de mañana”.⁵⁴

Cabe destacar que, a fines del siglo XIX, dentro del proceso de medicalización surgió el movimiento eugenésico en sus dos sentidos: como una concepción del Estado y como el Estado organizaba y administraba la vida social de los individuos por medio de la organización y administración de la vida biológica. Ejemplo de esas políticas estatales fueron la exigencia del certificado médico prenupcial, el control diferencial de la concepción, la esterilización, el aborto eugenésico, el control y restricción de la inmigración, control y tipificación de los alumnos a través de fichas biotipológicas y la implementación de una educación sexual dirigida a la buena reproducción.⁵⁵

IV. La Ley Agote

La Ley de Patronato de Menores N° 10.903 publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 27 de octubre de 1919 instituyó en la Argentina las bases

53. Memoria presentada al Congreso Nacional de 1907 por el ministro de Justicia e Instrucción Pública, Buenos Aires, Talleres gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1907, t. I, pp. 102-111.

54. *Los Tribunales de Menores...*, p. 5.

55. Palma, Héctor A., “Las dialécticas diversidad/ desigualdad y decadencia/ progreso en el pensamiento eugenésico argentino”, en Miranda, Marisa y Girón Sierra, Álvaro (coord.), *Cuerpo, biopolítica y control social. América Latina y Europa en los siglos XIX y XX*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2009, p. 166.

normativas para el tratamiento jurídico-penal de los niños y adolescentes. Hasta que fue aprobada, los niños mayores de 10 años autores de delitos eran juzgados y procesados al igual que los adultos, mientras que los que no alcanzaban esa edad eran considerados inimputables. La sentencia dependía del grado de discernimiento que el juez estableciera, por lo que se les aplicaban más o menos las mismas penas que a los adultos pero reducidas en un tercio. Tampoco podían ser condenados a la pena de muerte. Las detenciones y condenas se efectivizaban en espacios comunes con los adultos, aunque se intentaba que los niños fueran a instituciones de mujeres si es que estas existían.⁵⁶

Ese mismo año se produjo la llamada Semana Trágica protagonizada por reclamos del movimiento obrero. Se ha dicho que la conducta observada por el Poder Ejecutivo frente a la acción del movimiento obrero fue de no reprimirlo con violencia. Sin embargo, evidenció una manifiesta debilidad para controlar a la fuerza pública y al chauvinismo exaltado cuando llegó el momento de la represión.⁵⁷

El 17 de julio de 1919 el diputado Antonio de Tomaso preguntó en el recinto si la comisión de negocios constitucionales se había pronunciado en su proyecto de derogar las leyes social y de residencia para dar garantías a los habitantes contra la violencia y la injusticia. El único miembro de la comisión presente, el diputado Pérez Virasoro, le respondió que se había citado a una reunión para dejar reconstituida la comisión, pero que no hubo número.⁵⁸

También se notaba una inquietud por la conducta desordenada de los alumnos secundarios, como afirmaba el diputado Luis Agote y que implicaba dos períodos en la historia de la educación “uno de orden, que fue del pasado; y el otro, el de desorden, que es del presente”. Los ecos de la Reforma llegaron a los estudiantes secundarios que protagonizaban huelgas. Así

56. Zapiola, Carolina, “Niños en las calles: imágenes literarias y representaciones oficiales en la Argentina del Centenario”, en Gayol, Sandra y Madero, Marta (edit.), *Formas de Historia Cultural*, Buenos Aires, Prometeo, 2007, p. 305.

57. Panettieri, José, *Los trabajadores*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1982, p. 215.

58. Sesión del 17 de julio de 1919, en Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Febrero 18-Abril 29 de 1919, Buenos Aires, Congreso Nacional, 1919, t. VI, p. 849.

lo decía Agote en la sesión del 24 de abril de 1919, donde jamás vio escenas más escandalosas, piedrazos de por medio a las escuelas secundarias y colegios nacionales que no se plegaban a las medidas de protesta. Lamentaba que esos hechos dolorosos se hayan producido en momentos en que la república necesitaba más que nunca de la serenidad, de la educación y de la cultura de sus hijos. Para Agote el gobierno apoyaba los movimientos con la impasibilidad del ministro de Instrucción Pública y el presidente de la República. Ellos les abrieron las puertas de sus despachos a una multitud de jóvenes que, sin saber las primeras letras, les presentaron condiciones para volver a las clases “como si no supieran que al darles el país la enseñanza les presta un favor, educándolos en toda forma”.⁵⁹

Ciertos trabajos que realizaban las mujeres aparecían como una amenaza a la sociedad. Se pensaba que al “degenerar” el cuerpo femenino estaba en peligro la reproducción biológica de la sociedad. Es decir, la maternidad entendida como procreación en la que intervenían elementos de la herencia, casi exclusivamente femenina. Al sacar a las madres del hogar, los niños se abandonaban y tenían altas probabilidades de morir antes de los 5 años. Esto constituía un problema para la élite que soñaba con eliminar la inmigración “peligrosa” por medio del crecimiento vegetativo. Si los niños sobrevivían por el abandono de la madre obrera, se convertirían en tarados, idiotas, locos, criminales o anarquistas. Sin embargo, los altos índices de mortalidad infantil se debían principalmente a las malas condiciones higiénicas y de alimentación –cloacas y agua potable– de los hogares de los trabajadores.⁶⁰

En la sesión de la Cámara de Diputados de la Nación del 28 de agosto de 1919 se continuó el tratamiento del despacho de la comisión de legislación del proyecto de ley del diputado Agote sobre protección de los menores abandonados y delincuentes. En consideración al art. 1º pidió la palabra el diputado Nicolás A. Avellaneda que afirmó que nadie podía ignorar las nuevas orientaciones del derecho civil, las necesidades actuales de la sociedad y el anhelo aceptado por las naciones libres y cultas de que el Estado ejerciera cada día

59. Sesión del 24 de abril de 1919, en Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Febrero 18-Abril 29 de 1919, Buenos Aires, Congreso Nacional, 1919, t. VI, pp. 696-697.

60. Nari, Marcela María Alejandra, “El feminismo frente a la cuestión de la mujer en las primeras décadas del siglo XX”, en Suriano, Juan (comp.), *La cuestión social en Argentina 1870-1943*, Buenos Aires, La Colmena, 2004, p. 277.

más su alta tutela para proteger y mejorar el desenvolvimiento y las condiciones de vida de los seres humanos. Fundamentaba su opinión en los cambios de la naturaleza jurídica, la índole y el objetivo de la patria potestad romana, que acordaba a los padres un poder despótico sobre sus hijos. En los tiempos actuales ese poder absoluto se convirtió en un conjunto de derechos y deberes que hizo de la patria potestad una institución de orden privado en interés de los padres y una institución de orden público en bien de los hijos y de los intereses colectivos. La obligación de los padres para con sus hijos asumía el carácter de delegación del poder social para garantizar la protección jurídica de los menores. De modo que cuando la familia no llenaba el sagrado deber que le incumbía, el Estado tenía el ineludible derecho de ejercer su intervención para arrancar a ese padre indigno el hijo que corrompía y pervertía.⁶¹

La opinión de Avellaneda coincidía en gran parte con la de Rodolfo Rivarola al referirse al fin práctico del derecho civil dirigido al estudio de las instituciones fundamentales del orden social: la familia y el patrimonio. Este derecho no se legislaba ni gobernaba, sino en cuanto interesaba al concepto actual de la sociedad y consideraba en segundo término al egoísmo individual. Destacaba Rivarola que aun los partidarios del mayor individualismo y del consiguiente mínimo de legislación tendrían que intentar hallar con su propia fórmula una sociedad mejor. Los principios en que se apoyaba el derecho civil y las razones que lo justificaban tenían que vincularse con las conveniencias actuales de la sociedad. Subrayaba que la cátedra debía ser el sitio de preferencia para la exposición y discusión de las futuras reformas de toda la legislación.⁶²

61. Sesión del 28 de agosto de 1919, en Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Julio 18-Agosto 28 de 1919, Buenos Aires, Congreso Nacional, 1919, t. III, pp. 914-916. El presidente Arturo Goyeneche abrió la sesión con la asistencia de sesenta y dos diputados. Entre ellos se encontraban Alberto Arancibia Rodríguez, Rogelio Araya, José Arce, Marco Aurelio Avellaneda, Nicolás A. Avellaneda, Alberto Barceló, Francisco Beiró, Mario Bravo, Augusto Bunge, José O. Casás, Julio A. Costa, Enrique Dickmann, Juan B. Justo, Lauro Lagos, Enrique Martínez, Gustavo Martínez Zuviría, Carlos F. Melo, Rodolfo Moreno (h), Enrique M. Mosca, Ernesto Padilla, Marcial V. Quiroga, Julio C. Raffo de la Reta, Nicolás Repetto, Teodoro Sánchez de Bustamante, Matías Sánchez Sorondo, José P. Tamborini, Antonio de Tomaso, Jesús Vaca Narvaja, Delfor del Valle y Valentín Vergara. Varios representantes pertenecían a la *élite académica*.

62. Rivarola, Rodolfo, "La enseñanza del Derecho civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", en Tau Anzoátegui, Víctor (coord.), *Antología del pensamiento jurídico*

El diputado Mario Bravo al considerarse el artículo 3° del proyecto propuso a la comisión una cláusula aclaratoria y otra complementaria del artículo 308 del Código Civil. Cabe destacar que el artículo propuesto por la comisión expresaba: “El padre o la madre que haya sido objeto de varias condenas que demuestren que se trata de un delincuente profesional o peligroso, pierde el ejercicio de la patria potestad”. Respecto a la madre: “La madre que contrae nuevas nupcias pierde el ejercicio de la patria potestad de los hijos de los matrimonios anteriores pero enviudando lo recupera”. Bravo agregó la siguiente cláusula de sustitución de esta segunda parte del artículo: “La madre que contrajere nuevas nupcias pierde el ejercicio de la patria potestad de los hijos de los matrimonios anteriores, a menos que los jueces reconozcan la conveniencia de mantenerla en su ejercicio”. Y además añadía: “En caso de enviudar, la madre ejerce de pleno derecho la patria potestad sobre sus hijos”.⁶³

Tres días después Bravo daba un discurso en Rosario titulado *Familia, religión y patria*, invitado por la Federación Socialista Santafecina. En su enfoque de la defensa del hogar y de los hijos mencionaba que todos conocían la existencia de familias que eran un peligro para los hijos, para la sociedad y para la especie. Familias de alcohólicos, de sífilíticos, de tuberculosos, de idiotas, de leprosos, de perdularios, de criminales, de presidiarios, de tahúres y de traficantes. Los hijos no eran responsables de la falta de amor de sus padres. De los hogares con conflictos entre los padres salían las generaciones que la vida contemplaba en las calles públicas, las que iban a las casas de expósitos, las que llenaban los hospitales y los asilos, las que daban pensionistas a los manicomios y cárceles. Por lo tanto, un país que careciera de leyes para solucionar esos problemas daba un paso atrás en la civilización.⁶⁴

El diputado Carlos F. Melo expresó su acuerdo con la modificación de Bravo, pues, la comisión no hacía perder a la madre que contrajera nuevas

argentino (1901-1945), Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2007, t. I, pp. 159-160.

63. Sesión del 28 de agosto de 1919, en Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Julio 18-Agosto 28 de 1919, pp. 914-916.

64. Cúneo, Dardo, *Mario Bravo, poeta y político*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1985, pp. 34-36.

nupcias el derecho a la patria potestad sino a su ejercicio y era justo que conservado el derecho recuperara el ejercicio al enviudar. Esta modificación última fue adoptada por la comisión al tener presente lo prescripto en el nuevo Código Civil del Brasil que concordaba en eso con el espíritu de la jurisprudencia argentina. Por lo tanto, la comisión aceptaba la modificación de fondo propuesta por el diputado Bravo para casos de excepción, así como también de forma.⁶⁵

La Ley de Patronato habría sido menos rupturista de lo que tiende a asumirse. Esta normativa refrendó muchas de las prácticas que se implementaban desde el siglo XIX, relacionadas con los niños y jóvenes huérfanos, abandonados, procesados y condenados. Contradijo en varias de sus disposiciones las vanguardistas propuestas contemporáneas de tratamiento de menores de los círculos científicos y jurídicos nacionales e internacionales.⁶⁶

La Ley de Patronato en su artículo 1 derogó el artículo 264 del Código Civil que fue reemplazado por el siguiente: “La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, desde la concepción de estos, y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado. El ejercicio de la patria potestad de los hijos legítimos corresponde al padre; y en caso de muerte de este o de haber incurrido en la pérdida de la patria potestad o del derecho de ejercitarla, a la madre. El ejercicio de la patria potestad del hijo natural corresponde a la madre o al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o madre”. El artículo 3 derogó los artículos 307, 308, 309 y 310 y lo reemplazó por el artículo 306: “La patria potestad se acaba: 1° Por la muerte de los padres o de los hijos. 2° Por profesión de los padres, o de los hijos, con autorización de aquellos, en institutos monásticos. 3° Por llegar los hijos a la mayor edad. 4° Por emancipación legal de los hijos”. Por su parte, el artículo 4 prescribió: “El patronato del Estado nacional o provincial se ejercerá por medio de los jueces nacionales o provinciales, con la concurrencia del ministerio público de menores. Ese patronato se ejercerá atendiendo a la salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor, proveyendo a su tutela

65. Sesión del 28 de agosto de 1919, en Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Julio 18-Agosto 28 de 1919, pp. 914-916.

66. Zapiola, “La Ley de Patronato de Menores de 1919...”, p. 119.

sin perjuicio de lo prescripto en los arts. 390 y 391 del Código Civil”. El artículo 8 estableció: “Todo menor confiado por sus padres, tutores o guardadores a un establecimiento de beneficencia privado o público, quedará bajo la tutela definitiva de la dirección de ese establecimiento”.

A pesar de la diferenciación entre menores abandonados, delincuentes y en estado de peligro Julio A. Alfonsín la llegó a considerar “artificiosa e ineficaz” por falta de posturas doctrinarias uniformes a nivel nacional e internacional. Esto se daba en cuestiones como vagancia, mendicidad y peligro moral. Para ello era necesaria una distinción racional “conforme al estudio de cada personalidad psíquica y moral”.⁶⁷

Posteriormente, distintas normas tuitivas del menor –como las del derecho laboral– prohibieron en todo el territorio de la República Argentina “ocupar a menores de 12 años de edad en cualquier clase de trabajo por cuenta ajena, incluso los trabajos rurales”. Tampoco podía ocuparse a mayores de esa edad que comprendidos en la edad escolar “no hayan completado su instrucción obligatoria”. El ministerio de menores podría autorizar el trabajo de estos cuando lo considerare indispensable “para la subsistencia de los mismos, o de sus padres o hermanos, siempre que se llene en forma satisfactoria el mínimo de instrucción escolar exigido por la ley”.⁶⁸

Un anteproyecto de Código de Menores presentado por Eduardo J. Bullrich y Roberto Gache al ministro Carlos Saavedra Lamas en 1916 disponía en el art. 15 la prohibición del trabajo de menores de 12 años y establecía que “los menores de 12 a 14 años podrán ser empleados con autorización del juez de menores acordada en presencia de los antecedentes y condiciones de cada caso”. Por otra parte, los padres, tutores, guardadores o cuidadores de menores y los dueños de establecimientos o dueños de negocios “que hicieren trabajar niños en contravención de este artículo, serán pasibles de una multa de diez a doscientos pesos, salvo que, por otra disposición de esta

67. Gutiérrez, Talía Violeta, “Estado, minoridad y delito urbano-rural en Buenos Aires (1933-1943)”, en Miranda, Marisa y Girón Sierra, Álvaro (coords.), *Cuerpo, biopolítica y control social. América Latina y Europa en los siglos XIX y XX*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2009, p. 235.

68. Ley 11.317 sancionada el 30 de septiembre de 1924, modificada por la ley 11.932 del 29 de septiembre de 1934. Unsain, Alejandro M., *Ordenamiento de las leyes obreras argentinas*, Buenos Aires, El Ateneo, 1952, p. 137.

ley correspondiera una pena mayor”. En caso de reincidencia la multa se elevaría hasta quinientos pesos.⁶⁹

En 1927 el juez correccional de menores César Viale pidió la opinión a los funcionarios vinculados a la aplicación de la Ley 10.903 en consonancia con el discurso del presidente Marcelo T. de Alvear quien se había referido a la acción tutelar del gobierno respecto a los menores. Esta acción se ejercía “con tal eficacia, dentro de los reducidos límites de los recursos del presupuesto, que puede satisfacer las más exigentes aspiraciones”. Alvear mencionaba el último Congreso Internacional del Niño reunido en Ginebra con ponencias, anhelos y declaraciones que eran una realidad en la Argentina. Las preguntas que hizo Viale a los funcionarios eran las siguientes: 1) ¿Piensa usted que las finalidades de la Ley 10.903 sobre Patronato de Menores se cumplen debidamente en la esfera de su cometido? ¿Encuentran inconvenientes?, 2) ¿Piensa usted que las funciones que desempeña podrían modificarse o mejorarse; en qué sentido? y 3) ¿Piensa usted que en los interrogatorios debieran agregarse o suprimirse ciertas preguntas; a su juicio cuáles? El jefe de policía Francisco Wright respondió que a medida que las circunstancias permitieran apreciar una mejora en la misión del delegado, la Jefatura de Policía introducía las modificaciones beneficiosas. Por ejemplo, con el aumento de empleados encargados de la tarea de suministrar al juzgado la información acorde a la Ley de Menores. El subcomisario Luis Greco Langone opinó que a su juicio se cumplían debidamente las finalidades de la Ley dentro de la acción que correspondía a los delegados de la Policía en la realización de las informaciones. El delegado José A. Ferrazzuolo respondió que a su juicio las funciones que desempeñaban los delegados no debían modificarse, pues ellas eran las previstas en la Ley 10.903 y su reglamentación al considerar a la Policía como auxiliar y colaboradora de la justicia en tan importante problema social. El delegado Gregorio Leoz opinó que los delegados tropezaban con inconvenientes como la falsedad de los datos suministrados por los familiares de los menores, la negativa de los vecinos para informar sobre la conducta de los menores y la moralidad de su familia por temor a represalias o para evitar molestias para comparecer ante la justicia. El delegado Salvador F. Maci respondió que creía necesario modificar el cuestionario en uso, pues, algunas preguntas dejaban translucir

69. Bullrich, *Asistencia social de los menores...*, t. II, p. 599.

la falta de franqueza de los interrogados al ser preguntas de índole privada. Varios delegados mencionaron que la sanción de la Ley de Trabajo 11.317 al limitar la ocupación de los menores trajo como consecuencia un aumento de vendedores de periódicos y lustradores ambulantes de calzado y que en su mayoría esos oficios eran ejercidos por gran necesidad económica.⁷⁰

V. Conclusión

Esta breve aproximación a la Ley de Patronato de Menores permite concluir que la cuestión del menor abandonado y delincuente fue una preocupación de la élite política y académica desde las últimas décadas del siglo XIX a principios del XX. Muchos intelectuales y políticos pensaban que el aumento de la delincuencia estaba vinculado con la edad de sus autores. En cuanto a la implementación de esta normativa tuitiva del menor, coincidió con un proceso de modernización y consolidación del Estado argentino. Se veía al menor delincuente o desamparado muy descuidado y como uno de los más graves problemas desde el siglo XIX.

Ese abandono produjo funestas consecuencias en el menor y a la sociedad donde vivía. Se produjo un aumento de la delincuencia, agresividad de niños y jóvenes, multiplicación de vagabundos, deserción escolar, entre otras situaciones. Para los políticos e intelectuales era el caldo de cultivo de una sociedad enferma. Por lo tanto, se debían combatir todas las situaciones que constituyeran un peligro físico o moral para los niños y adolescentes faltos de la protección del hogar. La Ley Agote estableció que los jueces del crimen de la Capital, provincia y territorios, ante quienes eran llevados los menores acusados de un crimen o víctima de un delito, tenían facultad de disponer de ellos, si estaban material o moralmente abandonados o en peligro moral. Se los podía entregar a una persona honesta, un establecimiento de beneficencia o un reformatorio público.

Se puede decir que en las primeras décadas del siglo XX –como se puede apreciar en tesis, estudios, proyectos, discursos, etcétera– la protección integral de la minoridad estaba atrasada respecto a otros países. La insuficiencia de la legislación orgánica por una parte y la dispersión normativa, así como la falta de preparación o especialización de las entidades

70.. Viale, César, *Infancia desamparada*, Buenos Aires, edición del autor, 1937, pp. 119-137.

públicas y privadas fue una de las características más definidas desde una visión objetiva.

Bibliografía

Directa

- Arenaza, Carlos de, *Menores abandonados y delincuentes legislación e instituciones en Europa y América*, Buenos Aires, Librería y Editorial La Facultad, 1929, t. I.
- Mendoza, Angélica, *Cárcel de mujeres*, Buenos Aires, estudio preliminar de Luz Azcona, Biblioteca Nacional, 2012.
- Belbey, José, *La sociedad y el delito. Delincuencia colectiva, de las mujeres, de los débiles mentales y otros ensayos*, Buenos Aires, Claridad, 1947.
- Berrutti, José J., “Nuestros niños”, en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1913, t. VII, pp. 43-54.
- Bullrich, Eduardo J., *Asistencia social de los menores (Protección de Menores). Tesis presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para optar al grado de doctor en jurisprudencia*, Buenos Aires, edición del autor, 1918, 2 tomos.
- Bunge, Carlos Octavio, *El derecho (Ensayo de una teoría científica de la ética, especialmente en su fase jurídica)*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1907.
- Carranza, Adolfo S., “Un motín de presos en la Cárcel de Tucumán”, en *Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicados a las ciencias afines*, Buenos Aires, t. XII, 1913, pp. 550-620.
- Claros, Armando, “Dictamen sobre organización carcelaria”, en *Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicados a las ciencias afines*, Buenos Aires, t. XII, 1913, pp. 3-50.
- Coll, Jorge E., “El caso Godino (Vista Fiscal)”, en *Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicados a las ciencias afines*, Buenos Aires, t. XII, 1913, pp. 643-679.
- “Estudio jurídico del delito de lenocinio”, en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1914, t. VIII, pp. 44-69.
- Delfino, Víctor, “Educación de los anormales”, en Delfino, Víctor, *Trabajos enviados al Tercer Congreso Americano del Niño (Río de Janeiro 27 de agosto-5 de septiembre de 1922)*, Buenos Aires, Edición del autor, 1922, pp. 25-34.

- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, Buenos Aires, Congreso Nacional, 1919.
- Ducceschi, V. [Virgilio], “La criminología moderna”, en *Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicados a las ciencias afines*, Buenos Aires, t. XII, 1913, pp. 407-423.
- El pensamiento de Bartolomé Mitre y los liberales*, prólogo de Hilda Sabato, Buenos Aires, El Ateneo, 2009.
- Gache, Roberto, “La delincuencia infantil”, en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1915, t. V, Tercera parte, pp. 403-458.
- Gómez, Eusebio, “El Servicio de Antropología Penitenciaria de Bélgica”, en *Revista de Derecho Penal* N° 1, Buenos Aires, 30 de abril de 1929, pp. 74-85.
- *La mala vida en Buenos Aires*, estudio preliminar de Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Biblioteca Nacional, 2011.
- “Tribunales para menores”, en *Revista de Derecho Penal* N° 1, Buenos Aires, 30 de abril de 1929, pp. 44-56.
- Herrera, Julio, *La reforma penal*, prólogo de Osvaldo Magnasco, Buenos Aires, J.E. Hall, 1911.
- Ingenieros, José, *La locura en la Argentina*, Buenos Aires, Elmer editor, 1957.
- Jiménez de Asúa, Luis, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1920.
- La Revista Criminal*, Buenos Aires, 1873, t. I.
- Lombroso, César, *Medicina legal*, traducción de Pedro Dorado, Madrid, La España moderna, s/f, 2 tomos.
- Los Tribunales de Menores en la República Argentina. Su organización en la Capital Federal por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de acuerdo con la ley 10.903 de Patronato de Menores*, Buenos Aires, Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 1922.
- Memoria presentada al Congreso Nacional de 1899 por el ministro de Justicia e Instrucción Pública*, Buenos Aires, Taller tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1899, t. I.
- Memoria presentada al Congreso Nacional de 1904 por el ministro de Justicia e Instrucción Pública*, Buenos Aires, Taller tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1904, t. I.

- Memoria presentada al Congreso Nacional de 1907 por el ministro de Justicia e Instrucción Pública*, Buenos Aires, Talleres gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1907, t. I.
- Meyer Arana, Alberto, *La caridad en Buenos Aires*, Buenos Aires, edición del autor, 1911, t. II.
- Montes, Jerónimo, *Precursores de la ciencia penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1911.
- Morra, León S., “Legislación sobre alienados. Conferencia dada en el Círculo Médico de Córdoba”, en *Anales de la Universidad Nacional de Córdoba* N° 3, Córdoba, Mayo de 1915, pp. 331-370.
- Orione, Francisco, “Tribunales especiales para menores. Necesidad y forma posible en que deberían ser organizados”, en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1914, t. VIII, pp. 267-292.
- Palacios, Alfredo L., *La miseria (en la República Argentina)*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1900.
- Piñero, Norberto y Rivarola, Rodolfo, “El congreso penitenciario. Discursos en su inauguración”, en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1914, t. VIII, pp. 168-175.
- Proyecto de ley sobre organización de los Tribunales de la Capital e informe de la comisión encargada por el Poder Ejecutivo de su redacción*, Buenos Aires, La República, 1881.
- Rivarola, Rodolfo, *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1890, 3 tomos.
- Ronco, Bartolomé José, *La educación y el delito. Tesis para optar al grado de doctor en jurisprudencia*, Buenos Aires, Imprenta, Librería y Casa Editora de A. Etchepareborda, 1905.
- Sisto, Genaro, “El niño débil y la escuela. La copa de leche escolar”, en *Actas y trabajos. Tercer Congreso Médico Latino-Americano. Montevideo 17-24 de marzo de 1907*, Montevideo, El Siglo Ilustrado, 1908, t. I, pp. 344-353.
- Tau Anzoátegui, Víctor (coord.), *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2007, t. I.
- Unsain, Alejandro M., *Ordenamiento de las leyes obreras argentinas*, Buenos Aires, El Ateneo, 1952.

Veyga, Francisco de, *Estudios médico-legales sobre el Código Civil argentino*, Buenos Aires, Agustín Etchepareborda, 1900.

Viale, César, *Infancia desamparada*, Buenos Aires, edición del autor, 1937.

Indirecta

Caimari, Lila, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

Cesano, José Daniel y Núñez, Jorge Alberto, *Visiones de la criminología argentina (1903-1924). Una aproximación historiográfica*, Córdoba, Brujas, 2014.

Cúneo, Dardo, *Mario Bravo, poeta y político*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1985.

Foucault, Michel, *Los anormales*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011.

García Basalo, J. Carlos, *Historia de la Penitenciaría de Buenos Aires (1869-1880)*, Buenos Aires, Editorial Penitenciaria Argentina, 1979.

Gutiérrez, Talía Violeta, “Estado, minoridad y delito urbano-rural en Buenos Aires (1933-1943)”, en Miranda, Marisa y Girón Sierra, Álvaro (coords.), *Cuerpo, biopolítica y control social. América Latina y Europa en los siglos XIX y XX*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2009, pp. 231-256.

Levaggi, Abelardo, *El derecho penal argentino en la historia*, Buenos Aires, Eudeba-Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2012.

Nari, Marcela María Alejandra, “El feminismo frente a la cuestión de la mujer en las primeras décadas del siglo XX”, en Suriano, Juan (comp.), *La cuestión social en Argentina 1870-1943*, Buenos Aires, La Colmena, 2004, pp. 277-299.

Palma, Héctor A., “Las dialécticas diversidad/desigualdad y decadencia/progreso en el pensamiento eugenésico argentino”, en Miranda, Marisa y Girón Sierra, Álvaro (coord.), *Cuerpo, biopolítica y control social. América Latina y Europa en los siglos XIX y XX*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2009, pp. 165-180.

Panettieri, José, *Los trabajadores*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1982.

Salvatore, Ricardo D., *Subalternos, derechos y justicia penal. Ensayos de historia social y cultural argentina 1829-1940*, Barcelona, Gedisa, 2010.

- Segovia, Juan Fernando, “Los problemas sociales ante el Congreso (1862-1880)”, en *Revista de Historia del Derecho* N° 28, Buenos Aires, 2000, pp. 549-583.
- Rodríguez López, Carmen Graciela, *La cárcel correccional de Buenos Aires en San Telmo (1860-1978)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2015.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La mala vida o los prejuicios vestidos de ciencia”, en Miranda, Marisa y Vallejo, Gustavo (dirs.), *Una historia de la eugenesia. Argentina y las redes biopolíticas internacionales 1912-1945*, Buenos Aires, Biblos, 2012, pp. 123-139.
- Zapiola, María Carolina, “Aproximaciones científicas a la cuestión del delito infantil en la Argentina. El discurso positivista en los Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines (a comienzos del siglo XX)”, en Sozzo, Máximo (coord.), *Historias de la cuestión criminal en la Argentina*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009, pp. 313-338.
- “La Ley de Patronato de Menores de 1919 ¿Una bisagra histórica?”, en Lionetti, Lucía y Míguez, Daniel (comp.), *Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1890-1960)*, Rosario, Prohistoria, 2010, pp. 117-132.
- “Niños en las calles: imágenes literarias y representaciones oficiales en la Argentina del Centenario”, en Gayol, Sandra y Madero, Marta (edit.), *Formas de Historia Cultural*, Buenos Aires, Prometeo, 2007, pp. 305-332.

Seguros ante los *cyber risks*

*Elikah de Santana y França Santhiago**

Resumen

El avance tecnológico ha generado enormes progresos y cambios en la vida de las personas, las empresas y los gobiernos en general. La globalización y la diseminación de ordenadores y de Internet han permitido que cada vez más personas, organismos públicos y empresas dependan de los recursos de la automatización y la integración. El robo, la adulteración, el secuestro de información, la extorsión virtual, el robo de identidad, entre tantos otros, son crímenes que causan daño tanto a empresas como a particulares. Muchos de ellos todavía no han sido enfrentados por la ley. Ante tantas amenazas, el número de empresas que contratan seguros sigue siendo muy pequeño ante el rápido y constante crecimiento de los perjuicios que ese tipo de delito puede causar. Se sabe que anticiparse al problema sigue siendo la mejor salida para asegurar los datos personales y corporativos y que, como no existe una forma de eliminar la ocurrencia de los crímenes, se hace necesaria la adquisición urgente de soluciones de seguros que atenúen los daños causados por ellos. La cobertura ofrecida por un seguro contra delitos cibernéticos debe considerar los diversos tipos de daños posibles, desde los patrimoniales, incluyendo robos de datos y de dinero, hasta los casos de responsabilidad de la empresa asegurada debido a la divulgación indebida

* Magíster en Base de Datos por la Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Brasil, curso de Derecho de la Faculdade Estácio em Natal/RN, Brasil. El artículo fue presentado como trabajo final de la disciplina Consumidores de Seguros dictada por el profesor Dr. Waldo Sobrino en el programa de doctorado de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Funcionaria Pública Federal; elikahfranca@gmail.com.

de informaciones de sus clientes, empleados y productos. En cambio, las aseguradoras exigen que las empresas hagan altas inversiones en *hardware*, *software*, programas antivirus actualizados y en personal altamente calificado para monitorear, identificar y eliminar ataques a sus redes internas y para controlar los accesos a Internet.

Palabras claves: Seguros, cibercrímenes, Derecho Penal, Derecho del Consumidor.

Cyber Risk Insurance

Abstract

The technological advance has generated enormous progress and changes in the lives of people, companies and governments in general. The globalization and dissemination of computers and the Internet has allowed more and more people, public bodies and companies to depend on the resources of automation and integration. Theft, adulteration, the kidnapping of information, virtual extortion, identity theft among many others are crimes that cause damage to both companies and individuals. Many of them have not yet been faced by law. And even in the face of so many threats, the number of companies that hire insurance is still very small in the face of the rapid and constant growth of the damages that this type of crime can cause. It is known that anticipating the problem is still the best way to ensure personal and corporate data and that, there being no way to eliminate the occurrence of crimes requires the urgent acquisition of insurance solutions that mitigate the damage caused by them. The coverage offered by insurance against cybercrime should consider the various types of possible damage, from patrimonial, including data theft and money theft, to cases of liability of the insured company due to the undue disclosure of information from their clients, employees and products. Instead, insurers demand that companies make high investments in hardware, software, updated antivirus programs and highly qualified personnel to monitor, identify and eliminate attacks to their internal networks and to control access to the Internet.

Keywords: Insurance, Cyber Crimes, Criminal Law, Consumer Law.

I. Introducción

La sociedad posmoderna ha pasado por un gran cambio debido a la globalización y a la diseminación de ordenadores y de Internet. Vivimos en una era de información y de avance tecnológico. El mundo se está volviendo cada vez más virtual y atractivo. La Internet es hoy un fenómeno mundial de utilidad pública. Además, acortó distancias, llevó productos y servicios a lugares nunca antes imaginados. Gracias a Internet, la comunicación es instantánea, las personas anónimas se convirtieron en celebridades. Es como si existiera otro mundo donde los conceptos de distancia y de materia hubieran sido remodelados. Hoy tenemos empresas que solo existen en el mundo de bits y bytes, donde las personas cambian de identidad virtual como si fuera un simple accesorio que se utiliza según el estado de ánimo y la situación. El bitcoin, una de las tantas monedas virtuales, solo existe en el mundo digital, en un mundo conectado. La llamada aldea virtual no tiene fronteras, pero necesita límites. Es en ese ambiente de anonimato, de situaciones efímeras, de gran velocidad, que personas que antes nunca habían pensado en cometer delitos se sienten libres para transgredir, para experimentar nuevas emociones, para actuar con curiosidad. En los primeros años, cuando ese nuevo ambiente se expandió, se percibió que no había derecho material, ninguna ley especial que contemplara esas nuevas situaciones.

Segundo Emeline Piva Pinheiro no se puede dejar de observar que:

(...) es justamente en este ambiente libre y totalmente sin fronteras que se ha desarrollado una nueva modalidad de crímenes, una criminalidad virtual, desarrollada por agentes que se aprovechan de la posibilidad de anonimato y de la ausencia de reglas en la red mundial de computadoras.¹

Entre los varios delitos que ya se han identificado hay que tratar con robo, adulteración, secuestro de informaciones, extorsión virtual, robo

1. Pinheiro, Emeline Piva. *Crimes virtuais: Uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal*, 2003, 34 p. Monografía (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006. Disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/emeline.pdf>. Acceso: 15/03/ 2018. p. 8.

de identidad, entre tantos otros crímenes que causan daños a empresas y a particulares, y que aún no han sido enfrentados por la ley. Son acciones que pueden ocurrir con cualquier dispositivo conectado a la red mundial de computadoras, a Internet. Para tratar con este nuevo mundo, para reducir los daños causados por esos crímenes, las aseguradoras se modernizaron. Ahora se ofrecen nuevas modalidades de seguros.

II. Crímenes cibernéticos, delitos informáticos

Son muchos los daños causados por ataques cibernéticos y que crecen año tras año. Sin embargo, pocas empresas se preocupan por la seguridad contra este tipo de ataques. Es un hecho que, cuanto más conexiones a Internet, mayor es la vulnerabilidad de los sistemas empresariales que controlan los activos. Hoy, los gobiernos ya reconocen en los *cybercrimes* una amenaza a la economía, lo que requiere la adopción de prácticas y tecnologías de combate a las amenazas.²

La principal característica del entorno virtual es que, una vez disponibles en la red, la información se puede copiar varias veces. Así, aunque su original se mantiene, deja de ser único, “es prácticamente imposible medir la extensión del daño, no hay control de tirada y ni siquiera sabe cuántas veces ese contenido se ha duplicado, a menos que se programe el contenido para tanto”.³ Esto significa que cuando sea necesario evaluar el perjuicio causado por las invasiones, no hay que dejar de considerar que habrá copias no autorizadas que siempre estarán disponibles. Así, por más que una empresa entre con acción contra un sitio de búsqueda, esas copias no autorizadas pueden nunca dejar de existir.

En su libro sobre redes sociales y tecnologías, Tomeo enumera los argumentos usados por los sitios de búsqueda cuando esos se defienden de acciones que apuntan a responsabilizarlos por las informaciones enviadas en Internet.

2. “Gastos com seguros contra ciberataques somam cerca de US\$ 2 bi.” [S.l.]: Revista Apólice, [02/02/2017]. Disponible en: <http://www.revistaapolice.com.br/2017/02/gastos-com-seguros-contra-ciberataques/>. Acceso: 30/01/2018.

3. Pinheiro, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 205.

El hecho de solicitar judicialmente la eliminación de los resultados de búsqueda a un buscador nunca solucionará el problema, pues el contenido difamatorio seguirá existiendo en el servidor donde se encuentra alojado el sitio *web* y en consecuencia seguirá estando visible en la red y será accesible por otros buscadores o por medio de enlaces (*links*) existentes en otras páginas de usuarios, ciberbitácoras, foros, redes sociales, e incluso hasta en cadena de correos electrónicos.⁴

Y, finalizando ese argumento, el autor aclara que la forma de solucionar el problema sería remover el contenido del servidor en el que está almacenado. Esto es porque, además de ser posible que ya se haya copiado, el sitio de búsqueda no es el responsable del almacenamiento, solo indica el camino a través del cual se puede encontrar la información.

Para Sydow, “buena parte de los delitos perpetrados tienen como responsables usuarios con alguna relación laboral con los blancos de ataque”.⁵ Si se tiene en cuenta esta afirmación, esto explica por qué las empresas necesitan adoptar rutinas de seguridad tales como intercambios periódicos de contraseñas, tener siempre registros de operaciones actualizadas, además de un control riguroso de acceso a los sistemas, entre otras tantas medidas que pueden y deben ser observadas. En general, los colaboradores, afirma Sydow (2015: 144), “a veces buscan venganza de sus empleadores, meros perjuicios o incluso beneficios y ventajas por conocer las debilidades de la empresa”.

La especialista en el área del Derecho Digital en Brasil, Pinheiro (2016: 144) confirma la necesidad de controlar el acceso a los sistemas informatizados. “La Internet funciona como una red orgánica en la que los responsables de los puertos de entrada y de salida tienen cómo autorizar el acceso, restringirlo, identificar al usuario en su base de datos, entre otras informaciones.”

Sin embargo, no son solo empleados y exempleados que amenazan la seguridad de la información almacenada en sistemas empresariales, Sydow (2015: 115) apunta a otra cuestión que afirma que:

4. Tomeo, Fernando. *Redes sociales y tecnología 2.0*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2014, p. 16.

5. Sydow, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 143.

También es una práctica bastante común en las redes informáticas la inducción de víctimas futuras y eventuales a instalar archivos que generan fallas de seguridad o crean verdaderas puertas de acceso libre en los dispositivos ajenos. Una vez instalados estos códigos maliciosos, el delincuente puede ingresar al sistema.

Las personas que navegan sin cuidado o que abren archivos de procedencia desconocida muchas veces no tienen noción de cuánto están siendo cebos para criminales. “El usuario atacado no sabe de dónde viene el ataque, quién lo ataca, por qué lo ataca, lo que quiere y ni siquiera sabe si hubo o no modificación o estrago en su sistema.” (Sydow, 2015: 49).

Al contrario de lo que sucede en el mundo real, donde la víctima se ve ante la amenaza, en el mundo virtual,

A veces, el usuario ni siquiera percibe que su aparato ha sufrido una violación de privacidad, ya que la instalación de un programa hace que haya una verdadera entrada oculta, de acceso libre y desimpedido, que se conoce en la jerga informática como puerta de los fondos o *backdoor*. Ninguna violencia ha habido, sino un ardid (Sydow, 2015: 115).

Esto sucede porque el usuario, en la gran mayoría de las veces, desconoce que los delincuentes actúan en el mundo virtual a través del envío de mensajes, vídeos, fotos y de tantas otras formas. Con ello, atraen su atención para que se adjunten comandos ocultos que se instalan en la máquina del destinatario con el objetivo de ejecutar, en determinado momento y según alguna condición, programas no autorizados. Pinheiro (2016, p. 145) señala que “el aumento de la seguridad en Internet depende directamente de un comportamiento colectivo y cooperativo de los propios internautas”.

Los delitos cibernéticos pueden definirse como son presentados por Pinheiro (2003, p. 16) según la cual

(...) el crimen virtual es cualquier acción típica, antijurídica y culpable cometida contra o por la utilización de procesamiento automático de datos o su transmisión en que un ordenador conectado a la red mundial de computadoras –Internet– sea el instrumento o el objeto del delito.

No hay consenso en cuanto a qué crímenes deben ser tipificados como tal. Sydow (2015: 297) enumera algunas acciones que representan la ocurrencia de crímenes virtuales que objetivan devastar el dispositivo de computadora de otro para obtener, adulterar o destruir datos o informaciones sin autorización del propietario del dispositivo o para instalar vulnerabilidades que favorezcan la obtención de una ventaja ilegal.

Algunos de estos delitos ya ocurrían antes de la existencia de Internet pero se volvieron potencialmente más nocivos debido a la rapidez del procesamiento electrónico de datos y al hecho de que el criminal puede estar en el anonimato cuando los comete.

Pinheiro (2003: 21) agrupa los crímenes por tipo y presenta otra lista de crímenes que también pueden ocurrir en Internet, son ellos:

Los crímenes de lavado de dinero y las invasiones de privacidad, las fluctuaciones en los sitios oficiales del gobierno, el vandalismo, el sabotaje, los crímenes contra la paz pública, la piratería en general, el espionaje, las lesiones a los derechos humanos (terrorismo, crímenes de odio, racismo, etcétera), la destrucción de información, juegos ilegales, falsificación del sello o señal pública, falsedad ideológica, modificación o alteración no autorizada de sistemas de información, violación del secreto funcional, fraude en competencia pública, entre otros innumerables.

Como se puede observar, la lista es bastante extensa y no es fácilmente agotadora. La Internet, como se puede comprobar en estos casos, es usada como un instrumento, un medio para cometer delitos.

El objetivo no siempre es la destrucción de contenido almacenado en el ordenador objetivo, se puede querer cometer, por ejemplo, crímenes contra el honor, contra la dignidad de la persona humana, crimen fiscal. Es importante hacer que el lector vea la amplitud de riesgos inherentes al uso del ambiente virtual a los cuales las personas, empresas y gobiernos están expuestos. Estos últimos ya reconocen la amenaza económica representada por el cibercrimen y muchos ya están tomando una serie de medidas, que incluyen la adopción de mejores prácticas y tecnologías de combate a las amenazas.⁶

6. "Gastos com seguros contra ciberataques somam cerca de US\$ 2 bi. [S.l.]" en Revista

III. Ataques cibernéticos en Brasil y en el mundo

Igrejas, en un artículo en la revista *Apólice*, afirma que “Brasil es el país que más recibe ataques cibernéticos en América Latina y está entre las primeras posiciones en el ranking mundial”⁷. Esto se debe al hecho de que Internet y las nuevas tecnologías han cambiado la forma en que las empresas realizan sus operaciones, principalmente en cuanto al almacenamiento y el intercambio de información. Esta evolución ha aumentado la eficiencia empresarial, pero ha traído una mayor vulnerabilidad en relación con la información sensible, los datos registrados de los usuarios, financieros y de gestión.

Las cifras llegan a ser espeluznantes, en un artículo publicado por L.S. en la Revista *Apólice* se tiene que “Solo el año pasado, 978 millones de personas fueron víctimas de *cybercrimes* en todo el mundo. En Brasil, 62 millones de víctimas, aproximadamente el 60% de toda la población en línea activa en el país”.⁸

Y más, se afirma que:

Brasil es uno de los países que más tiempo lleva para lidiar con un ataque después de que ocurre. De acuerdo con el informe Norton CyberSecurity Insights 2017, a Brasil le lleva 33,9 horas para resolver un cyberataque. El promedio general global es de 23,6 horas. Otros países como Japón (5,6 horas), Estados Unidos (19,8 horas) y Reino Unido (33,9 horas) suelen actuar más rápidamente.⁹

Segundo Pinheiro (2003: 14), “al lado de los beneficios que surgieron con la diseminación de las computadoras y del acceso a Internet, surgieron crímenes y criminales especializados en el lenguaje informático”.

Apólice, [02/02/2017]. Disponible en: <http://www.revistaapolice.com.br/2017/02/gastos-com-seguros-contraciberataques/>. Acceso: 30/01/2018.

7. Igrejas, Álvaro. “Risco cibernético: Ele pode atacar a sua empresa”. Maio-2017. Disponible en: <https://www.revistaapolice.com.br/2017/05/risco-cibernetico-pode-atacar-empresa/>. Acceso: 5/03/2018.

8. “Brasil somou 62 milhões de vítimas de cybercrimes em 2017. [S.l.]” en Revista *Apólice*, 2018. Disponible: <https://www.revistaapolice.com.br/2018/03/brasil-somou-62-milhoes-de-vitimas-de-cybercrimes-em-2017/>. Acceso: 19/03/2018.

9. *Ibidem*.

El 12 de mayo de 2017, el mundo sufrió dos ataques cibernéticos de proporciones mundiales que alcanzaron a más de 200 mil empresas en 150 países. Uno de ellos fue resultado de la activación de un virus “ransomware”, un virus bautizado WannaCry que se extendió por Internet a través de un fallo de Windows.¹⁰ A través de él, los criminales obtuvieron control de la red de las organizaciones y pasaron a exigir rescate mediante pago en bitcoins (moneda virtual) para desbloquear el acceso a archivos y el posterior retorno del funcionamiento del sistema operativo. Para recuperar su información era necesario pagar \$ 1.300 (mil trescientos dólares) por máquina, según el artículo publicado por el sitio especializado Consultor Jurídico (CONJUR).¹¹

En un artículo publicado en el diario *La Ley* el 5 de junio de 2017, el profesor Dr. Waldo Sobrino (Sobrino, 2017) llama tsunami tecnológico a los rápidos cambios por los que hemos pasado cuando afirma: “Y este verdadero *tsunami tecnológico* tiene consecuencias puntuales y específicas no solo en la vida diaria de nuestra sociedad, sino también en los diversos aspectos de los *riesgos y las responsabilidades legales*.”¹²

A pesar de esto, “solo tres de cada diez empresas brasileñas reconocen amenazas cibernéticas como algo que puedan impactar sus actividades”.¹³ Esto es verificado por los números de contrataciones de seguros de esa naturaleza. En ese mismo reportaje, se destaca que “de acuerdo con Ernest & Young, las empresas compran seguro para proteger sus activos, pero contabilizando solo el 30% de los activos que son tangibles, pero dejan el 70% que son intangibles al riesgo”.

10. Fuchs, Karin. “Riscos cibernéticos eminentes [S.l.]”, Revista *Cobertura* 22/03/ 2017. p.1. Disponible en: <http://www.revistacobertura.com.br/2017/07/21/riscos-ciberneticos-eminentes/>. Acceso: 18/03/2018.

11. D’urso, Luiz Flávio Filizzola; D’urso, Luiz Augusto Filizzola. “Ataque cibernético mundial é a comprovação da insegurança na internet”. 17/05/2017. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-17/ataque-cibernetico-mundial-comprova-inseguranca-internet>. Acceso: 5/03/2018.

12. Sobrino, Waldo. “Los seguros de *cyber risk*”. Diario *La Ley*, Año LXXXI N° 104, Publicado: 5/07/2017.

13. “Brasil precisa amadurecer quando o assunto é ciberataque. [S.l.]”: Revista *Apólice*, 2017. Disponible en: <http://www.revistaapolice.com.br/2017/05/brasil-precisa-amadurecer-ciberataque/>. Acceso: 19/03/2018.

El artículo¹⁴ presenta el entendimiento de Gustavo Galvão, superintendente de Financial Lines & Liability de Argo Seguros y miembro de la Comisión de Líneas Financieras de la Federación Nacional de Seguros Generales (Fenseg) que declara que el bajo número de contrataciones de seguros se debe

(...) a la baja concientización sobre la importancia de la gestión de riesgos, al aún bajo conocimiento de los productos de seguros disponibles y al hecho de que el brasileño tiene un bajo nivel de cultura con relación a la protección y transferencia de riesgo a través de la contratación de seguros.

Estados Unidos es el mayor mercado de seguros cibernéticos donde el 20% de todas las organizaciones tienen seguros para riesgos cibernéticos. Por ser un país con gran riesgo de nuevos ataques, en Brasil hay una previsión de aumento en la contratación de seguros contra ataques cibernéticos. De acuerdo con el Centro de Investigación y Desarrollo en Telecomunicaciones (CPqD), mientras que en los últimos años hubo un incremento del 38% en los ataques cibernéticos en el mundo, en Brasil eso representó el 276%.¹⁵

Cuando se analiza la representatividad en las contrataciones del seguro cibernético por las industrias, se verifica que el sector de manufactura con el 63% y el de comunicación, medios y tecnología con el 41% son los que más los contratan.¹⁶

En términos de actividad comercial en Internet, Pinheiro (2016: 169) observa que “muchas tiendas virtuales todavía poseen vulnerabilidades bien básicas, que ya deberían haber sido sanadas y que pueden ser explotadas por cualquier adolescente malintencionado o incluso por una pandilla interesada en recoger datos de tarjeta de crédito”. No existe norma que obligue a las empresas a comunicar la ocurrencia de invasiones o daños a sus datos. Muchas de ellas no hacen público los crímenes que sufrieron con temor de que sus activos pierdan valor comercial.

14. *Ibidem*.

15. *Ibidem*.

16. “Gastos com seguros contra ciberataques somam cerca de US\$ 2 bi. [S.l.]”: Revista *Apólice*, 02/02/2017. Disponible en: <http://www.revistaapolice.com.br/2017/02/gastos-com-seguros-contraciberataques/>. Acceso: 30/01/2018.

Como forma de evitar ataques, “lo ideal es tomar medidas preventivas, porque una serie de informaciones esenciales –y muchas veces valiosas– están disponibles en todo momento para los proveedores” (MDS Brasil).¹⁷ Anticiparse al problema sigue siendo la mejor salida para asegurar los datos personales y corporativos.

IV. La protección jurídica contra *cybercrimes*

La inserción de código malintencionado o *malware*, según Sydow (2015:122), se hace mediante la inserción de programas “que violan el bien jurídico seguridad telemática y, con ello, indirectamente, pueden causar otros daños”.

Segundo Tomeo (2014: 14), “al no existir reglas de juego claras (esto es, una legislación específica que establezca pautas concretas), las sentencias dictadas hasta el momento toman distintos caminos y arrojan resultados diversos para una problemática que se profundiza”.

Cuando son llevadas a la jurisdicción estatal, las decisiones no suelen ser uniformes una vez que cada país tiene sus normas. Cuando hablamos de aspectos legales que tratan estos tipos de crímenes, es importante tener en cuenta que la mayor dificultad encontrada por los países es la transnacionalidad de su cometido. “El enfoque legal vinculado a los crímenes cibernéticos difiere de país a país de modo que una acción definida como criminal en un lugar puede no ser en otro. Al mismo tiempo, la incidencia de los crímenes difiere de un país a otro.”¹⁸

En su artículo, Arocena destaca:

Cuando se tenga por justificada la necesidad del derecho penal para el tratamiento de las cuestiones problemáticas que trae aparejadas la alta tecnología informática, resulta indispensable determinar

17. “Seguros contra ciberataques defendem e previnem patrimônio de empresas, clientes e fornecedores. [S.l.]”: MDS Brasil, 2017. Disponible en: <http://www.mdsinsure.com.br/seguros-contr-ciberataques-defendem-e-previnem-patrimonio-de-empresas-clientes-e-fornecedores/>. Acceso: 21/03/2018.

18. Riscos Cibernéticos. [S.l.]: *Tudo Sobre Seguros*, 2017. Disponible en: <http://www.tudosobresseguros.org.br/portal/pagina.php?l=741>. Acceso: 20/03/2018.

también si es imprescindible sancionar *nuevas reglas* del Derecho criminal enderezadas a dicha tarea.¹⁹

Para Sydow (2015: 86), “los bienes jurídicos ya protegidos y que son perjudicados por el uso de la tecnología no merecerán nuevo ropaje, por ya ser objeto de protección”. Sin embargo, hay otra cuestión para tener en cuenta: las conductas. En su libro, él destaca que no solo ocurre con los bienes jurídicos, “las conductas practicadas merecen alternativas de agravamiento, ya que practicadas por medio facilitador y con alta capacidad lesiva y, más especialmente, por ser una tendencia de criminalidad.” (Sydow, 2015: 86).

Se observa, por lo tanto, que para lidiar con esa nueva criminología, se hace necesario definir una forma de regulación legal de los delitos informáticos. En el artículo en que Arocena (2011: 298) analiza la Ley Nacional N° 26.388, sancionada el 4 de junio de 2008, en la Argentina, presenta dos formas posibles de ser adoptadas con el fin de normalizar el tratamiento de los crímenes cibernéticos: sancionando una ley específica en complemento al ya existente Código Penal o realizando una reforma en el propio Código Penal, “ora agregando un nuevo título que contemple las nuevas ilicitudes no tipificadas, ora ubicando estas en los distintos títulos del digesto conforme los diversos bienes jurídicos que pretendan tutelarse”. La primera solución específica fue adoptada por Venezuela, Chile y Alemania; y la segunda, por Bolivia, Paraguay, España y Francia, por ejemplo.

En la Argentina, según Arocena (2011: 297), aún es posible encontrar ejemplos de las dos alternativas, aunque la normativa vigente haya decidido tratar de forma descentralizada en el Código Penal “incluyendo los distintos tipos legales en los diversos títulos del Libro Segundo del digesto, conforme los variados objetos jurídicos que se desea tutelar”.

En Brasil, el Marco Civil de Internet²⁰ establece principios, garantías y deberes para el uso de Internet en Brasil, teniendo como fundamentos tres

19. Arocena, Gustavo. “La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal Argentino: Introducción a la Ley Nacional N° 26.388”. *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Guayaquil, v. 2011, n. 12, pp. 289-327, dez. 2011. Disponible en: <http://www.revistajuridicaonline.com/2011/12/ la-regulacion-de-los-delitos-informaticos-en-el-codigo-penal-argentino/>. Acceso: 05/03/2018. p. 291.

20. Véase en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

pilares principales: neutralidad de la red, privacidad de usuarios y libertad de expresión.²¹ Esta legislación trajo una seguridad jurídica que antes los brasileños no tenían, al servir de base legal para el Poder Judicial en el juicio de proceso que versaran sobre problemáticas involucrando el ambiente virtual. De un lado están los gobiernos, dispuestos a adaptar la ley penal para normalizar la tipificación de los nuevos delitos y del otro, los profesionales del Derecho. Para Pinheiro (2016: 77) “Los nuevos profesionales del Derecho son los responsables de garantizar el derecho a la privacidad, la protección del derecho de autor, el derecho de imagen, la propiedad intelectual, los derechos de imagen, la seguridad de la información, los acuerdos de derechos de imagen, y asociaciones estratégicas, de los procesos contra *hackers* y mucho más”.

Se percibe, por lo tanto, que los gobiernos se preocupan y se conscientizan de los daños económicos, financieros y sociales que los crímenes cibernéticos causan en muchas organizaciones, en sus órganos y en las residencias de su pueblo hasta el punto de crear normas que castiguen a los responsables de los delitos. No hay todavía una forma de eliminar la ocurrencia de ataques, robos, extorsión, divulgación de datos privados, falsificaciones, entre tantos otros, aún más cuando el avance de la tecnología ha traído siempre nuevas formas de actuar, lo que exige la adquisición urgente de soluciones de seguros que atenúen los daños causados por ellos.

V. De los seguros contra cibercrímenes

El análisis de riesgos en un entorno virtual ya no es algo excepcional, no es algo solo imaginable en un futuro lejano, se trata de un riesgo a ser considerado no solo por grandes empresas, sino también en ambientes domésticos.

21. Savegnago, Jéssica Uliana; Woltmann, Angelita. *A regulamentação dos cibercrimes no Brasil: Uma análise jurídica dos “Três Pilares” norteadores do Marco Civil da Internet*. 2015. 17 p. Artículo científico (Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede)-Faculdades de Direito e Informática, UFSM-Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria / RS, 2015. Disponible en: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-10.pdf>. Acceso: 5/03/2018. p. 7.

Las exposiciones ocurridas en el ambiente virtual (*cyber*) son multidisciplinarias, lo que significa que cubren la seguridad en la red, los medios en línea, la propiedad intelectual y la privacidad.²²

La cobertura ofrecida por un seguro de esta naturaleza debe considerar los diversos tipos de daños posibles, desde los daños patrimoniales, incluyendo los robos de datos y de dinero, que pueden llevar a extorsiones e interrupciones de acceso, hasta los casos de responsabilización de la empresa asegurada debido a la divulgación indebida de informaciones de sus clientes, empleados y productos. Se hace necesario, por lo tanto, que se considere “una solución para la transferencia y mitigación de esos riesgos a través del seguro de protección de datos y responsabilidad cibernética”.²³

En 2011, por la Deliberación N° 147, la Superintendencia de Seguros Privados (Susep) en Brasil, lanzó la Política de Seguridad de la Información y las Comunicaciones (Posic) que tiene como objetivo “instituir directrices estratégicas, responsabilidades y competencias, con el objetivo de asegurar integridad, confidencialidad, disponibilidad y autenticidad de los datos e informaciones de Susep, ya sean estáticos o en tránsito, contra amenazas que puedan comprometer sus activos, incluso su imagen institucional”.²⁴

Entre las varias coberturas posibles, el sitio Bolsa de Seguros presenta una lista de garantías que una empresa necesita contratar para permanecer en el ambiente cibernético con seguridad:

- Responsabilidad por la divulgación de datos privados y corporativos.
- Responsabilidad por empresas tercerizadas.

Costes de defensa.

Hechos, errores u omisiones que resulten en: contaminación por virus, denegación inadecuada de acceso, robo o robo de código de acceso, corrupción de datos almacenados, robo de *hardware* y violación en la seguridad de datos.

22. Bolsa de Seguros. Principais coberturas : <https://www.bolsadeseguros.com.br/seguro-riscos-ciberneticos/>

23. *Ibidem*.

24. “Riscos Cibernéticos. [S.l.]”: *Tudo Sobre Seguros*, 2017. Disponible en: <http://www.tudosobresseguros.org.br/portal/pagina.php?l=741>. Acceso: 20/03/2018.

Gastos de publicidad.

Notificación y monitoreo (costos incurridos para la notificación de una violación de datos a los usuarios).

Beneficios Salarios del tomador del seguro (análisis caso por caso).

Perjuicio financiero del tomador del seguro.

Beneficios de terceros, entre otros.²⁵

También la aseguradora AIG, en su sitio, ofrece un tipo de seguro denominado *cyber edge* que incluye las siguientes coberturas:

- Responsabilidad por Datos Personales y Corporativos.
- Responsabilidad por la seguridad de datos.
- Responsabilidad por Empresas Tercerizadas.
- Costos de Defensa.
- Sanciones administrativas.
- Restitución de imagen de la sociedad y personal.
- Notificación y Monitoreo.
- Datos Electrónicos.²⁶

Entendiendo por responsabilidad por la seguridad de datos, en ese caso, aquella que resarza a la empresa contratante cuando ocurra cualquier acto, error u omisión que resulte en:

- Contaminación de datos de terceros por software no autorizado o código malicioso (virus).
- Negación de acceso inadecuado para el acceso de un tercero autorizado a los datos.
- Robo o robo de código de acceso en las instalaciones de la sociedad o vía sistema informático.
- Destrucción, modificación, corrupción y eliminación de datos almacenados en cualquier sistema informático.

25. Bolsa de Seguros. Principais coberturas : <https://www.bolsadeseguros.com.br/seguro-riscos-ciberneticos/>

26. "Cyber Edge. [S.l.]": AIG Seguros, 2018. Disponible en: https://www.aig.com.br/empresas/produtos/linhas-financeiras/cyber-edge#accordion-child_pr_cr_accordion_2. Acceso: 20/03/2018.

- Robo o robo físico de *hardware* de la empresa por un tercero.
- Divulgación de datos debido a una violación de seguridad de datos.

Además de estas coberturas, la empresa ofrece algunas cláusulas adicionales que buscan proteger al contratista contra extorsiones en Internet, contenido de medios e interrupción de red.

El sitio *Tudo sobre Seguros*, especializado en seguros, previsión y capitalización, afirma que “Las pólizas cubren daños causados a bienes y valores del asegurado y/o daños causados a bienes y valores de terceros (responsabilidad civil)”²⁷ y que hay que tener en cuenta los tipos de riesgos a los que las empresas están expuestas ya que “existen coberturas para pérdidas debidas a fallas en la seguridad de sistemas de información, para pérdidas derivadas de procesos judiciales o administrativos vinculados a violaciones de leyes de privacidad o daños en servidores, para ganancias salientes en función de pérdidas de datos y para gastos de honorarios de consultores para amenizar daños a la reputación de la compañía”.²⁸

Las agencias de seguros, preocupadas por las pérdidas que pueden tener, requieren que las empresas contratistas de seguros demuestren cierta preocupación por los riesgos y que estén atentas a los peligros e implantar algunas protecciones básicas en sus sistemas de seguridad interna. En Brasil, solo grandes aseguradoras ofrecen pólizas contra *cyber risks*.

Para ofrecer ese tipo de seguro, se hace necesario un profundo estudio de los riesgos a los que cada tipo de empresa está expuesta. No existe una póliza única para todas las empresas, ya que diferentes empresas almacenan y gestionan diferentes tipos de información y ofrecen diferentes tipos de servicios en Internet.

En México, la aseguradora Chubb ofrece un producto para pequeñas y medianas empresas que se “aplica para cualquier empresa que mantenga datos personales y corporativos como pueden ser bancos, farmacias, clubes deportivos, hospitales, laboratorios, tiendas departamentales y escuelas”²⁹

27. “Riscos Cibernéticos. [S.l.]”: *Tudo Sobre Seguros*, 2017. Disponible en: <http://www.tudosobreseguros.org.br/portal/pagina.php?l=741>. Acceso: 20/03/2018.

28. *Ibidem*.

29. Cruz, Ariadna. *Un seguro contra ciberataques: Este producto garantiza que las empresas retomen sus operaciones*. 2017. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/>

pues, según Yadim Trujillo representante de la empresa, “el principal mercado que están identificando son las pequeñas y medianas empresas pues de acuerdo con la firma Symantec 40% de los ataques cibernéticos están dirigidos a este sector empresarial”³⁰.

VI. Conclusión

En un mundo globalizado y altamente conectado, el ordenador y sus sistemas se han vuelto imprescindibles para la vida en sociedad. Todo se hizo más rápido y las distancias disminuyeron. La forma en que las personas se relacionan entre sí y con las empresas y los gobiernos ha cambiado. Cambió el mundo, cambió la forma en que se realizan las transacciones comerciales y cómo se ofrecen los servicios. Se crearon nuevas formas de interacción. Y con todo ese cambio, los delitos también evolucionaron, impulsando a cada gobierno a legislar para inhibir ataques, invasiones y accesos no autorizados y también para castigar a los criminales.

Las nuevas formas de crímenes no se cometen con una sola víctima a la vez, ahora los crímenes son mucho más perjudiciales y afectan a varios países al mismo tiempo, lo que requiere integración y compartición de soluciones y de legislaciones. Hoy en día, muchas empresas tienen como prioridad la protección a sus bases de datos, contratando seguros que garanticen una rápida reparación de los daños ocurridos en la empresa y sus clientes. Como los ataques no cesan y afectan cada vez a más personas, es posible prever en un futuro próximo el incremento en la oferta de nuevos seguros.

Por otro lado, para hacer frente a esta nueva realidad, las aseguradoras necesitan estar atentas al desarrollo tecnológico para que sus contratos ofrezcan productos eficientes que abarquen el mayor número posible de daños que puedan ocurrir en cada ataque cibernético.

Las empresas contratantes, a su vez, necesitan evolucionar en sus sistemas de defensa y deben pensar en rutinas de seguridad internas más eficientes. Hoy en día, es necesario hacer altas inversiones en *hardware* y *software* y en programas antivirus actualizados, personal altamente calificado

articulo/techbit/2017/05/22/un-seguro-contra-ciberataques. Acceso: 20/03/2018.

30. *Ibidem*.

para monitorear, identificar y eliminar ataques a sus redes internas y para controlar los accesos a Internet.

Todavía hay muchos desafíos en el área de seguros en entornos virtuales. La red mundial de computadoras hizo surgir un nuevo concepto de vida: la vida virtual que trae y continuará trayendo muchas ventajas y, como otra cara de la misma moneda, genera una dependencia de todos a los sistemas electrónicos de información. Tal situación ya no se puede ignorar. Se requiere que se incrementen y protejan las rutinas de la vida digital.

En el futuro, con las nuevas herramientas de interacción, ¿será posible que existan empresas que sean totalmente digitales? ¿Cómo podremos protegerlas de ataques cibernéticos? ¿Cómo tratar los bitcoins, la nueva moneda utilizada para cobrar las extorsiones de los ataques de los *ransomwares*? ¿Cómo lidiar con ataques a la Internet de las cosas (IoT-*Internet of Things*) donde todos los aparatos electrónicos se conectan y pueden ser controlados a través de aparatos celulares o de tabletas?

Es destacable la premura de la actuación de los especialistas, tanto del Derecho y de la Informática, en el sentido de proponer soluciones técnico-jurídicas a fin de contribuir con los gobiernos que tienen como objetivo proteger a sus ciudadanos y sus empresas.

Bibliografía

- Arocena, Gustavo. “La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal Argentino: Introducción a la Ley Nacional N° 26.388”. *Revista Jurídica da Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Guayaquil, v. 2011, n. 12, pp. 289-327, dez. 2011. Disponible en: <http://www.revistajuridicaonline.com/2011/12/la-regulacion-de-los-delitos-informaticos-en-el-codigo-penal-argentino/>. Acceso: 05/03/2018.
- Cruz, Ariadna. *Un seguro contra ciberataques: Este producto garantiza que las empresas retomen sus operaciones*. 2017. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/techbit/2017/05/22/un-seguro-contra-ciberataques>. Acceso: 20/03/2018.
- D’Urso, Luiz Flávio Filizzola; D’Urso, Luiz Augusto Filizzola. “Ataque cibernético mundial é a comprovação da insegurança na internet”. 17/05/2017. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-17/ataque-cibernetico-mundial-comprova-inseguranca-internet>. Acceso: 5/03/2018.

- Fuchs, Karin. “Riscos cibernéticos eminentes”. *Revista Cobertura*, [S.l.], 22/03/2017. p.1. Disponible en: <http://www.revistacobertura.com.br/2017/07/21/riscos-ciberneticos-eminentes/>. Acceso: 18/03/2018.
- Igrejas, Álvaro. “Risco cibernético: Ele pode atacar a sua empresa”. Maio-2017. Disponible en: <https://www.revistaapolice.com.br/2017/05/risco-cibernetico-pode-atacar-empresa/>. Acceso: 5/03/2018.
- Pinheiro, Emeline Piva. *Crimes virtuais: Uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal*. 2003. 34 p. Monografía (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006. Disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/emeline.pdf>. Acceso: 15/03/2018.
- Pinheiro, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 781.
- Prado, Bruno. “Segurança digital: O que aprendemos em 2017 e as tendências para 2018”. *Revista Apólice*, [S.l.], 19 Federal jan. 2018. Artigos, p. 1. Disponible en: <https://www.revistaapolice.com.br/2018/01/seguranca-digital-artigo/>. Acceso: 20/02/2018.
- Savegnago, Jéssica Uliana; Woltmann, Angelita. *A regulamentação dos cibercrimes no Brasil: Uma análise jurídica dos “Três Pilares” norteadores do Marco Civil da Internet*. 2015. 17 p. Artigo científico (Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede) - Faculdades de Direito e Informática, UFSM - Universidade de Santa Maria, Santa Maria / RS, 2015. Disponible en: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-10.pdf>. Acceso: 5/03/2018.
- Sobrinho, Waldo. “Los seguros de *cyber risk*”. *Diario La Ley*, Año LXXXI N° 104, Publicado: 05/07/2017.
- Sydow, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- Tomeo, Fernando. *Redes sociales y tecnología 2.0*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2014.
- “Gastos com seguros contra ciberataques somam cerca de US\$ 2 bi. [S.l.]”: *Revista Apólice*, 02/02/2017. Disponible en: <http://www.revistaapolice.com.br/2017/02/gastos-com-seguros-contraciberataques/>. Acceso: 30/01/2018.
- “Riscos Cibernéticos. [S.l.]: Tudo Sobre Seguros”, 2017. Disponible en: <http://www.tudosobresseguros.org.br/portal/pagina.php?l=741>. Acceso: 20/03/2018.

- “Estudo aponta Brasil como segundo país que mais perdeu dinheiro com crimes cibernéticos em 2017. [S.l.]”: *Revista Cobertura*, 2018. Disponible en: <http://www.revistacobertura.com.br/2018/01/22/estudo-apon-ta-brasil-como-segundo-pais-que-mais-perdeu-dinheiro-com-crim-es-ciberneticos-em-2017/>. Acceso: 19/01/ 2018.
- “Brasil somou 62 milhões de vítimas de cybercrimes em 2017. [S.l.]”: *Re- vista Apólice*, 2018. Disponible en: <https://www.revistaapolice.com.br/2018/03/brasil-somou-62-milhoes-de-vitimas-de-cybercri-mes-em-2017/>. Acceso: 19/03/2018.
- “Brasil precisa amadurecer quando o assunto é ciberataque. [S.l.]”: *Re- vista Apólice*, 2017. Disponible en: <http://www.revistaapolice.com.br/2017/05/brasil-precisa-amadurecer-ciberataque/>. Acceso: 19/03/2018.
- “Seguros contra ciberataques defendem e previnem patrimônio de empre- sas, clientes e fornecedores. [S.l.]”: MDS Brasil, 2017. Disponible en: <http://www.mdsinsure.com.br/seguros-contr-a-ciberataques-defen- dem-e-previnem-patrimonio-de-empresas-clientes-e-fornecedores/>. Acceso: 20/03/2018.
- “Cyber Edge. [S.l.]”: AIG Seguros, 2018. Disponible en: https://www.aig.com.br/empresas/produtos/linhas-financeiras/cyber-edge#accor- dion-child_pr_cr_accordion_2. Acceso: 20/03/ 2018.
- Bolsa de Seguros-Principais coberturas : Disponible en: <https://www.bolsa- deseguros.com.br/seguro-riscos-ciberneticos/>

El derecho a la vida y la dignidad de la persona humana. Análisis del caso Eluana Englaro por la Suprema Corte Italiana

*Célia Teresinha Manzan**

Resumen

El presente estudio busca analizar el difícil caso de la joven Eluana Englaro,¹ una mujer italiana que sufrió un accidente automovilístico en 1992 y quedó en coma/estado vegetativo permanente por 17 años, y fue mantenida con vida por medios artificiales; su situación clínica no le permitía expresar ninguna voluntad de forma consciente, lo que provocó una polémica sobre la eutanasia en Italia, con la movilización de grupos ligados a la Iglesia Católica y contrarios a la práctica, abordando el derecho a la vida bajo una nueva óptica, en la que se realiza una interpretación sistemática

* Graduada en Derecho por la UNIUBE, Universidad de Uberaba. Especialista en Derecho Procesal Civil, por la Universidad Federal de Uberlândia-UFU/MG y en Derecho Público y Filosofía del Derecho, por la Facultad Católica de Uberlândia/MG. Especialista en Derecho Constitucional por la Università di Pisa, Italia. Maestría en Derecho Constitucional por la Institución Toledo de Enseñanza de BAURU/SP; miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; doctoranda del Curso Intensivo en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires/UBA, Argentina; exdirectora de la Asociación Brasileña de Abogados/BA en Uberaba/MG. Servidora Pública Municipal con actuación en la Abogacía Consultiva-Administrativa de la Procuraduría General del Municipio de Uberaba-PROGER, Abogada. Participó en varios Congresos en Brasil y en el exterior, tiene varios artículos publicados, a nivel nacional y internacional (Chile, Ecuador, Perú, Colombia, México, Bolivia, Argentina). Correo electrónico: celiamanzan@gmail.com.

1. Véase <https://www.unipv-lawtech.eu/la-lunga-vicenda-giurisprudenziale-del-caso-englaro.html>, consulta realizada el 12/03/2019.

de la Constitución Federal, atribuyéndole una vinculación al principio de la dignidad de la persona humana.

Palabras claves: Derecho a la vida, dignidad de la persona humana, eutanasia, consentimiento.

Right to Life and Human Dignity: Case Study of Eluana Englaro by the Italian Supreme Court

Abstract

This study aims to analyze the difficult case of an Italian woman called Eluana Englaro, who was in a car accident in 1992. She spent 17 years in a coma and was maintained on artificial life support. Her medical evaluation would not let her express any desire consciously, sparking controversy over euthanasia in Italy, with mobilization linked to the Catholic Church. Groups who are against this practice addressed the right to life through a different point of view, in which it holds a systematic interpretation of the Constitution, giving you a link to the principle of human dignity.

Keywords: Right to life, Human Dignity, Euthanasia, Consent.

I. La elección del tema y su relevancia

Primero, es importante iniciar esta presentación discurriendo sobre el porqué de la elección del tema y su relevancia. El difícil caso en análisis de la joven Eluana Englaro, una mujer italiana que sufrió un accidente de coche en el año 1992 y se quedó en coma/estado vegetativo permanente por diecisiete años, siendo mantenida en soporte artificial de vida. Su situación clínica no le permitía expresar voluntad de forma consciente, lo que provocó una polémica sobre la eutanasia en Italia, con la movilización de grupos vinculados a la Iglesia Católica y contrarios a la práctica, además de abrir una crisis en el gobierno italiano entre el Primer Ministro, en la época Silvio Berlusconi, que era contrario a la eutanasia y apoyaba la creación y votación de un proyecto de ley que prohibía la suspensión de la

alimentación e hidratación de pacientes portadores de enfermedades sin tratamiento eficaz y sin posibilidad de cura o mejora, y el presidente italiano de la época, Giorgio Napolitano, que se negó a firmar un decreto que anulaba la decisión dictada por el Tribunal de Casación de Milán, que autorizó la retirada de los aparatos los que mantenían a Eluana Englaro con vida. No obstante que la vida es considerada un bien supremo, en Italia se autorizó la interrupción de la hidratación y de la alimentación artificial de Eluana Englaro, que se encontraba en estado vegetativo permanente. En Brasil, la legislación no permite tal procedimiento, el derecho a la vida se encuentra protegido en la Carta Constitucional Brasileña y su interrupción es considerada delito.

El caso se tramitó ante las Cortes Judiciales Italianas; la sentencia fue dictada por el Supremo Tribunal Italiano el 16 de octubre de 2007, autorizando la posibilidad de interrupción de la hidratación y de la alimentación artificial del paciente en estado vegetativo permanente. Posteriormente, el Tribunal de Apelación de Milán autorizó la suspensión de la alimentación y la hidratación de la paciente. Una vez más, en 2008, el Tribunal Supremo italiano rechazó el recurso que había sido interpuesto por el Fiscal General de Milán y autorizó a desconectar la sonda que alimentaba e hidrataba a Eluana Englaro.. La familia de Eluana Englaro interpuso un nuevo recurso. El Tribunal estableció que el derecho constitucional de rechazar el trato prescrito, en los términos como había sido declarado por la Suprema Corte Italiana, es un derecho de libertad absoluta. En el mes de febrero del año 2009, Eluana Englaro fue trasladada a un hospital de la ciudad de Udine-Friuli, donde recibió toda la asistencia médica en sus últimos momentos de vida y falleció el 9 de febrero de 2009.

Después de esta breve presentación del tema, abordo a continuación el análisis del derecho a la vida y de la dignidad de la persona humana, abordando su concepto, origen y especificidades discutidas y analizadas en las decisiones dictadas por las Cortes y Tribunales italianos en el juicio del caso Eluana Englaro.

II. Breve informe del caso

Se trata de una mujer italiana que sufrió un accidente automovilístico en el año 1992 y quedó en coma/estado vegetativo permanente durante 17 años y fue mantenida con vida por medios artificiales; su situación clínica

no le permitía expresar cualquier voluntad de forma consciente. El caso fue debatido en audiencia a petición del progenitor de la paciente, el cual fue rechazado en diciembre de 1999 por el Tribunal de Apelación de la ciudad de Milán y en abril de 2005 por el Tribunal de Casación. En la condición de tutor de la hija y teniendo en cuenta la irreversibilidad del caso, el padre recurrió, una vez más, a la justicia –Tribunal de Lecco/Italia– solicitando que fuese dictada orden judicial de interrupción de la alimentación forzada que la mantenía viva, también como requirió el nombramiento de un curador especial para el caso, el cual, después de ser nombrado, también se adhirió al recurso interpuesto por el tutor y el Ministerio Público pugnó por su rechazo.

El Tribunal de Lecco, por medio de decreto el 2 de febrero de 2006, no admitió el recurso, juzgándolo manifiestamente infundado bajo el argumento de que el tutor y el curador especial no tendrían representatividad sustancial/procesal de la interdicción con relación a la pretensión, en función de que el asunto involucra la esfera de derechos personalísimos y el ordenamiento jurídico italiano no permite representatividad en la especie fáctica bajo recurso. Así, resaltó la ausencia de previsión legal y que la brecha existente no podría ser cumplida a través de una interpretación constitucional orientada. El recurso todavía expresa que, si el tutor y el curador especial fueran investidos de tal poder, la súplica colisionaría con los principios previstos en el ordenamiento constitucional. Calificó lo *decisum* en los artículos 2 y 32 de la Carta Constitucional italiana que, respectivamente, reconocen y garantizan la inviolabilidad de los derechos del hombre, y tutelan la salud como derecho fundamental del individuo, anotando que, nadie podrá ser obligado a un determinado tratamiento sanitario sino por disposición de la ley. En el artículo 13 (que dice que la libertad de la persona es inviolable) y el artículo 32 de la Carta Constitucional que, cada persona, si plenamente capaz de entendimiento y de voluntad, puede rechazar cualquier tratamiento terapéutico fuertemente invasivo, incluso si es necesario a la supervivencia, mientras que si la persona no es capaz de entendimiento y de voluntad, el conflicto entre el derecho de libertad y de autodeterminación y el derecho a la vida es sólo hipotético y debe resolverse a favor de este último mientras la persona no pueda expresar alguna voluntad.

Ante el inconformismo del tutor y el curador especial, que no concordaron con la decisión del Tribunal de Lecco/Italia, se interpuso un recurso ante la Corte de Apello de Milán, la cual, con el Decreto de 16 de diciembre

de 2006, reformó la medida impugnada, declarando admisible el recurso, pero rechazándolo en el fondo.

Cuando la apreciación por la Corte territorial no comparte la decisión del Tribunal en lo que se refiere a la inadmisibilidad del requerimiento, ya que los representantes legales de Eluana Englaro pleiteaban la disposición de la interrupción de la alimentación y de la hidratación artificial, bajo el apoyo de que tal determinación médica es un tratamiento invasivo de la integridad psicofísica, contrario a la dignidad humana, no practicable contra la voluntad del incapaz o de cualquier modo, en la ausencia de su consentimiento. De acuerdo con la Corte territorial, en los términos de los artículos 357 y 424 del Código Civil italiano, en lo que se refiere al poder de cuidado de la persona, conferido al representante legal del incapaz, no puede quedar comprendido el derecho-deber de expresar el “consenso informado” por la terapia médica. Esto porque cuidar de la persona implica cuidar del interés patrimonial, cuanto, principalmente, aquel de naturaleza existencial, entre los cuales está la salud, no solo como integridad psicofísica, sino también como el derecho de hacerse curar o de rechazar el buen tratamiento y que tal derecho no puede encontrar limitación alguna cuando la persona interesada no está en grado de determinación. Así, la Corte Territorial recomendó que, considerando el estado de total incapacidad de Eluana Englaro y la grave consecuencia que la suspensión del tratamiento producirá, el tutor o, a su vez, el curador especial, deben efectuar la solicitud al juez para obtener la interrupción del tratamiento.

Entre los argumentos utilizados por el tutor, en su recurso, este ponderó que la muerte sería una voluntad de la paciente, pues, de acuerdo con las pruebas producidas juntadas en el proceso, Eluana confió en algunos amigos, incluso en la escuela, poco antes del trágico accidente que la llevó a esta condición, que prefería morir a la hora (como el amigo Caio), a quedar inmóvil en un hospital. Sin embargo, la tesis del tutor y del curador especial no fue acatada por el juez del caso, pues este entendió que se trata de una declaración general expresada en un momento de fuerte emoción –Eluana aún era joven–, que se encontraba bien físicamente y era inmadura respecto de la temática vida o muerte.

La posición de la Corte de Apelación, en el fondo, fue bastante expresada en el sentido de que Eluana Englaro no podía ser considerada clínicamente muerta, porque la muerte ocurre solamente con la cesación irreversible de todas las funciones del encéfalo, lo que no era el caso. La Corte,

también, en combate al recurso que había sido interpuesto por el tutor de la paciente, destacó que, en relación con el tratamiento médico-terapéutico mediante alimentación forzada, era indiscutible que, no estando Eluana en condiciones de alimentarse y siendo la nutrición con sonda nasogástrica el único modo de alimentarla, la suspensión conduciría a la muerte en pocos días, equivaliendo a una eutanasia indirecta omisiva.

III. El derecho a la vida

El derecho a la vida se caracteriza como un presupuesto de existencia de la persona humana y está íntimamente ligado al surgimiento de la personalidad. Por eso, posee un valor absoluto, contemplando los demás derechos del hombre.²

Es importante destacar que el derecho a la vida puede ser conceptualizado como el derecho fundamental que origina los demás derechos teniendo en cuenta que no se puede hablar de otra garantía constitucional en la ausencia de vida, caracterizándose así como un presupuesto para la existencia de la norma legal.

La Constitución Federal brasileña de 1988 no protege simplemente el derecho a la vida, sino la vida humana y vivida con dignidad. Esto es porque la vida es nuestro bien mayor. Solo el que vive puede ser poseedor de derechos y, por lo tanto, solo podrá ejercerlos el que la tenga. Así, como se mencionó anteriormente, el derecho a la vida se caracteriza como un presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por nuestro ordenamiento jurídico.³

Además de la relación anteriormente explorada entre el derecho a la vida y el ejercicio de los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico de un país, hay que destacar que el derecho a la vida es un derecho prioritario, es decir, es el primero de los derechos fundamentales, pues es condición indispensable para la existencia de todos los demás derechos fundamentales.

2. Lora Alarcón, Pietro de Jesús. *Vida humana e Dignidade: a polêmica eutanásia*. Disponible en: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1997/2167> Consultado en 11/03/2019.

3. Fachin, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev., atual. e ampl.-Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 251.

En el caso en análisis se resaltó, en la mayoría de las decisiones dictadas, la necesidad de un equilibrio entre derechos igualmente garantizados en la Constitución, como el derecho a la autodeterminación, la dignidad de la persona y el derecho a la vida.

En el caso de la Corte de Apelación, este equilibrio no puede resolverse a favor del derecho a la vida, cuando se observa la colocación sistemática de esta (artículo 2 de la Constitución), privilegiada con relación a otros (artículos 13 y 32 de la Constitución, Constitución), a lo dispuesto en la Carta Constitucional. Ahora bien, a la luz de dispositivos normativos internos y convencionales, la vida es un bien supremo, no siendo configurada la existencia de un derecho a morir, a diferencia de lo reconocido por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Pretty x Reino Unido*, en la sentencia dictada el 29 de abril de 2002.⁴

En cuanto a las consideraciones del caso concreto, la decisión judicial fue en el sentido de que la autorización, teniendo el derecho a la vida como bien supremo, ocurrirá solamente en dos (2) hipótesis: a) cuando la condición del estado vegetativo corresponda a una situación clínica irreversible y no tenga ningún fundamento médico, según los conocimientos/dictámenes científicos a nivel internacional, que deja suponer que la persona tiene la mínima posibilidad de recuperación de la conciencia y retorno a la percepción del mundo externo; b) siempre que tal solicitud sea realmente expresiva, calcada en pruebas claras, concordantes y convincentes, expresivas de la voluntad del representado, en un espacio de tiempo que demuestre su estilo de vida y su convencimiento, corresponda al modo de concebir, antes de caer en estado de inconsciencia. En el caso de que el juez no pueda autorizar, se debe dar una incondicional prevalencia al derecho a la vida, independientemente del grado de salud, de autonomía y de capacidad de entendimiento y de voluntad del sujeto interesado, de

4. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Strasburgo). Caso *Pretty c. Regno Unito*. Sentencia del 29 abril de 2002 Ricorso N° 2346/02. Diniego di autorizzazione all'eutanasia, mediante il suicidio assistito non-violazione de l'articolo 2 (diritto alla vita) della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, non-violazione dell'articolo 3 (divieto dei trattamenti e pene inumani o degradanti), non-violazione dell'articolo 8 (diritto al rispetto della via privata), non-violazione dell'articolo 9 (libertà di coscienza), non-violazione dell'articolo 14 (divieto di discriminazione). Consultado en 12/03/2019. Disponible en: <http://www.dirittiuomo.it/caso-pretty>

la percepción que pueda tener, de la calidad de vida, no de la mera lógica utilitarista del costo beneficio.

IV. La dignidad de la persona humana

La dignidad de la persona humana, en su expresión más esencial, significa que todo individuo es un fin en sí mismo. La dignidad es fundamento y justificación de los derechos fundamentales, que deben convivir entre sí y armonizarse con valores compartidos por la sociedad.⁵

El concepto de dignidad está íntimamente ligado a la concepción de autonomía y, en este sentido, valora el individuo, su libertad y sus derechos fundamentales. En lo que se refiere a la interrupción de la vida, es decir, de la muerte con intervención, la idea de dignidad que debe ser considerada es la de la dignidad como autonomía. En este sentido, Luis Roberto Barroso se posiciona afirmando que, además del fundamento constitucional, que da más valor a la libertad individual que a las metas colectivas, se apoya también en un fundamento filosófico más elevado: el reconocimiento del individuo como un “ser moral, capaz de hacer elecciones y asumir responsabilidades por ellas”.

En la resolución dictada por el juez del caso, este destacó no vislumbrar la posibilidad de distinción entre vida digna y vida no digna, debiendo referirse únicamente a la “bene vita” (buena vida) garantizada constitucionalmente, independientemente de la calidad de vida y la percepción subjetiva que dicha calidad pueda tener.

El tutor de la paciente, a su vez, en los autos de la acción principal, alegó violación de los artículos 357 y 424 del CC con relación a los artículos 2, 13 y 32 de la Carta Constitucional, ponderando que la Corte afirmó como principio de derecho la prohibición del tratamiento bajo discusión y que nadie debe someterse a tratamientos invasivos, aunque con el fin de prolongación artificial de la vida, sin que sea concreta y efectivamente verificada la utilidad y el beneficio de los mismos.

5. Barroso, Luis Roberto. *A norte como ela e: Dignidades e autonomia individual no final da vida*. Disponible en: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf Consultada el 12/03/2019.

Otro argumento utilizado por el tutor y curador especial de la paciente en sus alegatos fue que la garantía del derecho a la vida es más compleja para el sujeto incapaz de entender y de expresar su voluntad, como Eluana Englaro, con relación al que tiene la conciencia y puede expresar su voluntad/querer, es decir, su consentimiento, y que el estado vegetativo permanente en que se encontraba Eluana Englaro es un estado único y diferente de cualquier otro, no comparándose el estado de incapacidad o pérdida de la conciencia y voluntad de forma reversible, como el coma, en su concepción común.

En virtud de que los recursos aportados por el tutor y el curador especial impugnan el mismo decreto y ambos tienen el mismo objetivo, estos fueron reunidos, en los términos del artículo 335 del CPC, con el objetivo de un solo juicio.

V. El consentimiento incapaz

Al tratar de la cuestión del consentimiento, la decisión destacó que la intervención médica sin el “consenso informado” es ilícita, y que la práctica del consenso libre e informado representa un respeto a la libertad del individuo y un medio de buscar el mejor interés. El “consenso informado” tiene por fin la facultad no solo de elegir entre las diversas posibilidades de tratamiento médico, sino también de, eventualmente, rechazar la terapia y la decisión de interrumpirla en toda la fase de la vida, aunque terminal.

De acuerdo con la sentencia, el principio del “consenso informado”, el cual expresa una elección de valores en el modo de concebir una relación entre médico y paciente, en el sentido de que dicha relación se basa sobre todo en el derecho del paciente sobre su libertad de expresión la autodeterminación terapéutica que sobre los deberes del médico, encuentra fundamentación en los artículos 2 de la Carta Constitucional, que tutela y promueve los derechos fundamentales de la persona humana, de su identidad y dignidad, el artículo 13, que proclama la inviolabilidad de la libertad personal, incluso, como el poder de la persona de disponer del propio cuerpo y artículo 32, que tutela la salud como fundamental derecho del individuo, interés de la colectividad y prevé la posibilidad de tratamiento sanitario obligatorio, pero sujeto a una reserva de la ley, calificada del necesario respeto a la persona humana y de la cautela preventiva posible, hasta evitar un riesgo de complicación.

Se observa que los valores en juego, esencialmente fundados en la libertad de disposición de la salud por parte de la persona interesada, que tiene la capacidad de entendimiento y de voluntad, se presentan de modo diverso de aquel sujeto adulto, que no está en grado de manifestar la opinión propia en virtud de la total incapacidad. En esta situación, ante la carencia de disciplina legislativa específica, el valor primario y absoluto de los derechos involucrados exige una inmediata tutela/protección e impone al juez una delicada obra de reconstrucción de la regla de juicio en lo relativo a los principios constitucionales.

Ante la solicitud de los demandantes, de conformidad con la sentencia, se enfatizó en varias ocasiones que al juzgador no le puede ser requerido que emane orden de retirar la sonda nasogástrica de la tutelada una vez que tal pretensión no es configurada como un tratamiento sanitario.

Como se ve, la intervención judicial expresa una forma de control de la legitimidad de la elección en interés del incapaz y el éxito de un juicio efectuado según la lógica de la razonabilidad, en vista del caso concreto, se circunscribe en la autorización/consentimiento o en la elección cabal al tutor/curador.

La sentencia apunta, además, que el decreto impugnado omitió la reconstrucción de la presunta voluntad de la paciente, de su personalidad, de su estilo de vida y de su más íntimo convencimiento. La Corte territorial se limitó a observar que aquella persuasión manifestada, en un tiempo lejano, cuando aún Eluana Englaro se encontraba en plena salud, no podía valer como manifestación de voluntad idónea.

Una indagación surge en el sentido de que tal declaración podría configurar un testamento de vida, valiendo, de cualquier manera, para delinear la personalidad de Eluana Englaro, su modo de pensar, antes de caer en el estado de inconsciencia, sus ideas y valores en lo que se refiere a su convencimiento ético, religioso, cultural y filosófico que orientaba su determinación de voluntad. Otro cuestionamiento es si la petición de interrupción del tratamiento formulada por el padre, en la condición de tutor de la hija y paciente, reflejaba de hecho su orientación de vida.

La Corte, por su parte, al apreciar e intentar solucionar tales cuestionamientos, determinó que tal averiguación debía ser efectuada por el juez “*del rinvio*”, teniendo en cuenta los elementos instructores y la posición convergente discutida por las partes en juicio (tutor y curador especial) en la reconstrucción de la personalidad de la joven.

En el que comprende el examen de la cuestión sobre la legitimidad constitucional, el recurso fue acogido, culminando con la casación del decreto que había sido impugnado y recomendándose que el reenvío de la demanda fuera a una sección diversa de la Corte d'Apello de Milán.

Cuando parecía que el largo caso Eluana Englaro había sido concluido, se plantearon otras cuestiones, ya que el Parlamento y el Gobierno italiano aprovecharon una seria discusión sobre lo que había sido sentenciado, ocurriendo un conflicto de atribución entre las Cámaras-Corte de Casación y Corte de Apello Milán.

La repercusión del caso de Eluana Englaro trajo grandes innovaciones y generó varios cambios en lo que se refiere a la salud en Italia, como por ejemplo, un acto administrativo del Ministro del Bienestar (Salud) fue expedido, solicitando que Regiones y Provincias autónomas garanticen alimentación y se elaboró posteriormente un Decreto-Ley que prohíbe la suspensión de la alimentación forzada, que no ha sido publicada por el Presidente de la República; y, finalmente, la propuesta de un Proyecto de Ley del Gobierno, de contenido semejante, cuya aprobación fue interrumpida en virtud del fallecimiento de Eluana Englaro. En lo que se refiere a los conflictos de atribuciones de las Cámaras, estos se declararon inadmisibles, de acuerdo con la Ordenanza n. 334 del 2008 y la nota del Ministro del "Welfare" fue considerada "inidónea" (Lombardia, 26 de genio de 2009).

VI. Conclusiones

El derecho a la vida y el principio de la dignidad de la persona humana deben coexistir armónicamente para garantizar el derecho a una vida digna, que es uno de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho elegidos por la Constitución Federal de 1988 en su artículo 3.

Después del análisis del caso Eluana Englaro, podemos concluir que la posibilidad de práctica de la eutanasia en el caso de la paciente que estaba en estado vegetativo por más de 17 años, sin ninguna posibilidad de tratamiento eficaz o de mejora, garantizó la efectividad del principio de la dignidad de la persona humana correlacionada al derecho a la vida.

No podemos dejar que la calidad de vida de cada uno sea determinada por el legislador que, al estandarizar las actitudes de los médicos ante casos con pacientes portadores de enfermedad sin tratamiento eficaz y sin posibilidades de curación o mejora, así como al especificar qué procedimientos los

pacientes deben someterse, viola el derecho de libertad de estos pacientes y de sus familiares, los cuales son los únicos que realmente experimentan el dolor y el sufrimiento de esta elección confrontada al consentimiento del paciente de tener su vida interrumpida aunque no concuerden con el mismo por ser este invasivo y contrario a su derecho de libertad.

De ahí a decir que el derecho a la vida, inviolable en los términos del *caput* del art. 5º de la Constitución Federal, engloba la dignidad, permitiendo que, ante un conflicto entre los derechos a la vida y a la libertad, corresponde al titular de tales derechos optar por aquello que considere más adecuado a su noción de dignidad, aunque implique la disposición de su vida.

Bibliografía

- Barroso, Luis Roberto. *A norte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. Disponible en: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf.
- Barroso, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. A construção de um conceito jurídico à luz da Jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- Canotilho, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. São Paulo: RT, 2007, v. 1, p.446-447.
- Fachin, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 251.
- Lora Alarcón, Pietro de Jesús. *Vida humana e Dignidade: a polémica eutanásia*. Disponible en: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1997/2167>.
- <https://www.unipv-lawtech.eu/la-lunga-vicenda-giurisprudenziale-del-caso-englaro.html>

Comentario bibliográfico

Constitucionalismo y democracia. De la tensión al falso dilema de Guido L. Croxatto

Ediciones de la UNLa, 2018

*Por Daniel E. Rafecas**

Conocí a Guido Croxatto de un modo ciertamente inusual. Fue en el velatorio de Eduardo Luis Duhalde, en la ciudad de Buenos Aires, en 2012, alguien a quien ambos respetábamos muchísimo. Guido me alcanzó en la calle, cuando me estaba retirando, para decirme que le constaba el aprecio que Eduardo Luis tenía por mi labor judicial. Mirando en retrospectiva aquel encuentro, creo que no fue casualidad, sino que fue el inicio simbólico de un vínculo cuyo nexo fue alguien que ha sido, y seguirá siendo, un faro, no solo para Guido y para mí, sino también para toda una generación.

La obra que habré de comentar no resulta fácil de encasillar. Sin duda transita los andariveles de la Filosofía del Derecho, pero prácticamente no hay párrafo en que dicho punto de partida no intersecte con otros campos del saber jurídico, como la Teoría del Estado, el Derecho Constitucional, el Derecho Penal, la Historia del Derecho y la Sociología del Castigo.

Debo confesar que hacía mucho tiempo que una obra no me generaba tantas inquietudes y perplejidades, que no me abría tantos caminos nuevos, inexplorados, en mi cosmovisión del fenómeno jurídico –su genealogía, sus tensiones, sus resultas–; recorriendo sus capítulos nunca me abandonó la sensación de estar frente a una obra que configura un soplo de aire fresco, renovado, en el mundo del Derecho, gracias al talento y al esfuerzo de un

* Doctor en Derecho Penal (UBA). Juez federal. Profesor regular de Derecho Penal, grado, posgrado y doctorado (UBA). Profesor en la carrera de Doctorado en Derechos Humanos (UNLa). Su último libro es *El Crimen de Tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Didot, 2016.

joven jurista argentino, formado en los mejores ámbitos posibles, tanto de este continente como del europeo.

El propio autor también comparte esta sensación de vivir en una época escasa de aportes novedosos para nuestro saber. Sostiene acertadamente, con cita de Owen Fiss, que la única excepción es el feminismo, movimiento desde donde están saliendo, en estos tiempos, las preguntas más intensas e interesantes, que obligan a redefinir amplios aspectos de la sociedad.

En retrospectiva, si *Derecho y Razón* del maestro Ferrajoli, permitió a toda una generación de juristas –que irrumpieron en las disputas teóricas y prácticas del Derecho desde fines de los noventa y a lo largo de los dos mil– sostener con suficiencia las virtudes del modelo constitucional frente a las recurrentes pulsiones autoritarias que pretendían desmantelarlo, ahora con *Constitucionalismo y Democracia*, de Guido Croxatto, la siguiente generación cuenta con un programa que renueva y refuerza la defensa de un marco jurídico respetuoso de los principios cardinales que sostienen la vigencia del Estado Constitucional de Derecho, una suerte de garantismo reforzado e inmunizado contra los discursos que el neoliberalismo ensaya para avasallar, para desmantelarlo, y así garantizar la violencia estructural sobre la que cabalga su modelo económico, social y político de concentración de la riqueza y, a la vez, de exclusión para millones de personas.

Más adelante, el autor habrá de citar a Theodor Adorno y Max Horkheimer (*Dialéctica de la Ilustración*), para agregar que nuestro progreso material no se basa en el reconocimiento igualitario de la dignidad universal, “sino todo lo contrario, en la desigualdad, casi opresiva, de los hombres [...] Estas sociedades se sostienen sobre la radical indiferencia, el sistemático olvido, sobre la suerte de los otros. Solo así funciona el capitalismo. Si me olvido de la suerte de quien tengo al lado” (p. 82).

Son muchas las ideas innovadoras que Croxatto nos presenta en este libro. No me resulta posible abarcarlas a todas, para ello es necesaria la lectura atenta y completa de la obra, que recomiendo. Pero sí me permitiré destacar y reflexionar sobre algunos de estos aportes que nos ofrece *Constitucionalismo y Democracia*.

La primera reflexión que quisiera compartir en esta nota, gira en torno de la génesis del concepto de *dignidad humana*. Nada menos, uno de los valores sociales que se encuentra consagrado en los máximos niveles normativos de nuestros modelos constitucionales. En las clases de Derecho nos hemos cansado de señalar, en la cúspide de la *pirámide axiológica*, los tres

bienes jurídicos supremos de cualquier modelo que se precie de democrático y republicano, y que parta de la idea del Estado como un instrumento, me refiero al tríptico *vida, dignidad, libertad*. Sin embargo, qué poco reflexionamos en torno a la esencia de estos valores. Sus orígenes, sus alcances, su importancia para la convivencia y para la paz social.

Pues bien, Croxatto, ya en el inicio de su libro, nos ofrece su mirada penetrante acerca de la dignidad humana. Sostiene que en un comienzo, y hasta no hace mucho tiempo, la dignidad era apenas un título nobiliario, nos recuerda que tener dignidad no era para todos, sino que era para muy pocos. Y que en plena modernidad, se convirtió en una abstracción general, es decir, que abarcar a todos, pasó a ser universal, se convirtió en una cualidad intrínseca y abstracta que abarca a todos los seres humanos, sin distinción. Sostiene el autor, con razón, que el cristianismo y el liberalismo, con su idea de derecho natural inherente, tienen mucho que ver con este camino.

Debo confesar que, pese a haberme especializado en los estudios sobre violencia estatal, con epicentro en el fenómeno de la tortura –cuestión que abordé en mi tesis doctoral–, nunca antes había caído en la cuenta de lo que aquí señala Croxatto. En efecto, la dignidad humana, que era un “título” al que pocos accedían, a fines del siglo XVIII, gracias a la Revolución Francesa se convierte en igualitarismo abstracto, y se reconoce como heredero de la doctrina liberal y católica de los derechos naturales.

El autor le asigna a esta transformación del valor dignidad una dimensión extraordinaria, una suerte de cambio de paradigma en términos de Kuhn, un momento bisagra en la historia del Derecho y de la política en Occidente, “...acaso el salto más descollante y significativo, por sus implicancias, de la civilización. Ese salto condensa todas las aspiraciones del programa político de la ilustración, de la modernidad, un proyecto, como afirma Habermas, aún inacabado y pendiente” (p. 30).

Se trata de un razonamiento que lleva a repensar todos los basamentos históricos sobre los que descansan nuestros actos y los conceptos y teorías que sostenemos, en este sentido es que le atribuyo a esta obra un carácter renovador, que interpela al lector, algo que es propio de la Filosofía del Derecho. De mi parte, hacía mucho tiempo que no me enfrentaba con un libro de estas características.

Otro momento de intensidad del libro viene a continuación. El autor se pregunta: ¿Cuál es históricamente el problema más grave del derecho y su filosofía? Se responde que es la división entre práctica y teoría, citando a

Galanter, entre *law in books* y *law in action*, el abismo infranqueable que separa lo que se consagra en las leyes, y la praxis real de nuestros sistemas jurídicos y sociales.

En tal sentido, el autor, si bien sostiene que una Filosofía del Derecho responsable debe tener una orientación pragmática, “que no haga perder el tiempo con especulaciones vagas a personas que tienen tantas urgencias”, y que les brinde instrumentos, ideas y herramientas útiles, al mismo tiempo, advierte que cierto pragmatismo hoy de moda, desconectado del mandato de la Ley, “puede conducir a quemar los papeles”, esto es, a apartarse del rol reservado a los jueces, al ejercicio de las profesiones, a lo que sostienen los manuales y tratados. Croxatto lo resume en una frase: “el salto del ser al deber ser ha demostrado ser un salto al vacío” (p. 50).

Según el autor, “el realismo horada, con esta doctrina, la legalidad positiva. Derrumba las garantías. Derrumba el garantismo. No es casual que con estas doctrinas se persiga y encarcele a líderes cuyos programas económicos la ortodoxia liberal considera injustamente de derroche, de ineficiencia”. Por eso, el Derecho y la economía se encuentran en este punto de extremo “realismo”. A ello, con razón, le contrapone la filosofía del garantismo positivista, que defiende la democracia a través de los derechos (p. 57).

Y aquí se llega a uno de los dramas del presente. En esta obra, se defiende la tesis según la cual, esta crisis en que está inmersa el positivismo hace que los jueces, más que aplicar normas, se dediquen hoy a construir “argumentos”. Por eso, hay un auge de los cursos de argumentación jurídica, y prácticamente un abandono de la Filosofía del Derecho, porque las normas jurídicas están perdiendo el lugar que ocuparon tradicionalmente, su peso, su prestigio y su función: “El juez ya no puede recurrir a la norma: debe, sin embargo, fallar, motivar su sentencia, por eso se dedica, como en una trama o ficción literaria, a desarrollar *argumentos*. El Derecho, poco a poco, se vuelve *ficción*. Por eso recurre a la *argumentación*, al *argumento*” (p. 57).

Estas nuevas tendencias, que prescinden de las exigencias propias del positivismo, y que permiten legitimar el *activismo judicial conservador*, esta suerte de “no-garantismo”, se nutre en las fuerzas del realismo jurídico norteamericano, que echa sus raíces en el empirismo de autores tradicionales como David Hume.

Es como si aquel punto de vista interno del juez, del que nos hablaba Nino, también reconocido por Ferrajoli, y que constituía el único punto de discrecionalidad, de decisionismo judicial, no alcanzado por el positivismo,

ahora haya logrado desbordar aquel estrecho confín, y todo lo haya anegado, librado al fin, de las sujeciones provenientes del marco legal que hasta ayer nomás, debía respetarse.

Más adelante, con cita de Habermas, el autor se suma al reclamo en este sentido, de no traspasar entonces la “barrera de fuego”, que no es otra que la legalidad jurídica. Entendida esta como “el principio de la legalidad, la división de poderes, la independencia e imparcialidad de los magistrados” (p. 125) y que el activismo judicial se debe justamente a la crisis de la legislación como instrumento del Derecho, y, en este sentido, la crisis de la ley no es otra cosa que un espejo de la crisis del Poder Legislativo (p. 137) debido a su consiguiente devaluación como encargado según la Constitución, del proceso legislativo, incluyendo el proceso de criminalización primaria.

Sobre esta cuestión, Croxatto formula una pertinente aclaración, al separar las aguas entre este modelo empirista, conservador y antigarantista, por un lado, y los modelos nazi-fascistas, por el otro, ya que estos últimos no fueron (ni son) racionalistas, sino más bien románticos, basados en la tradición del pueblo, la raza, la sangre, la lengua, el suelo, la identidad “concreta”, y no “abstracta”.

Queda claro entonces que el Constitucionalismo garantista tiene entonces dos graves amenazas: el empirismo pragmático y los modelos jurídicos antirracionales, como el fascismo y el nazismo. Los primeros, porque desprecian el rol de la ley como limitadora del arbitrio judicial; los segundos, porque desprecian las abstracciones en todas sus formas y solo reivindican la construcción social y jurídica a través de lo “concreto”, en especial, de lo “auténtico” y “nacional”.

Es cierto, como dice el autor, que aquel presupuesto de la Ilustración, según el cual el conocimiento nos iba a hacer mejores personas, se consumió en los hornos crematorios de Auschwitz. Pero agrega algo no exento de polémica: que el nazismo, en verdad, no representaba esa fe en los valores del iluminismo, sino todo lo contrario: “El nazismo no habla en nombre del conocimiento ni de la razón ilustrada, habla de una identidad, de una historia, de un lenguaje o cultura o raza propia” (p. 79).

Esta reflexión es muy interesante, porque reaviva entonces el debate en torno de si la Shoá ha sido un producto de la modernidad, como sostiene Enzo Traverso, o en cambio, ha sido un “paréntesis” de barbarie, de antimodernidad, en un proceso indetenible de progreso de la humanidad en punto a sus sensibilidades (Norbert Elias).

Personalmente, creo que, más allá de los siempre tortuosos y complejos esfuerzos por tratar de dotarle de un corpus teórico más o menos coherente al fenómeno del nazismo, lo cierto es que, de hecho, su más perverso producto, Auschwitz, sí fue un producto de la modernidad, ya que en él han confluído una larga lista de artefactos culturales modernos (la fábrica fordista, el panóptico, la burocracia estatal, el racismo, etcétera), que no existían un siglo antes.

Y debemos recordar aquí, citando a Horkheimer, a Benjamin, a la escuela de Frankfurt, a Enzo Traverso, a Bauman, que me he convencido hace tiempo que la modernidad no tiene banderas políticas. O tiene tantas banderas como discursos políticos que se presentan como modernos. En todo caso, la modernidad no es más que el contexto, el escenario, el telón de fondo de los fenómenos y sucesos que tienen lugar en la historia...

La modernidad, como sabemos, nace cuando la técnica se desembaraza de la moral. Es la razón instrumental lo que connota la modernidad. Es la Revolución Industrial que marcó el ascenso de la burguesía, es el ferrocarril, el barco a vapor, el modelo fordista, las vacunas, la penicilina.

Pero también es el TNT, el gas mostaza, los bombardeos desde aviones (escribo estas líneas desde Dresde, que fue arrasada en 1945 hasta los cimientos), y la planta industrial de exterminio, o sea, Auschwitz.

Todo eso es la modernidad. No tiene banderas o, si se quiere, tiene tantas banderas como discursos e ideologías funcionales a las prácticas que habilitó la modernidad. El comunismo (y su base proletaria industrial) es tanto una bandera de la modernidad como el racismo, la eugenesia, el darwinismo social, el imperialismo proyectado hacia África y América...

A continuación, Croxatto se detiene a reflexionar en torno de lo que fue la esclavitud para la humanidad, institución que rompe con todo *decorado moderno y posmoderno*, con toda moda y con toda cultura intelectual, con toda pose ideológica. Sostiene frente a la realidad obscena de la esclavitud, la vida académica es una ofensa, ya deja de ser un privilegio.

Más adelante, el autor va a ir más allá, al sostener directamente que el posmodernismo se presenta como una idea fuera de lugar en América Latina, porque "...nos distrae de nuestros debates más urgentes, que se vinculan, como el indigenismo, a nuestras tradiciones silenciadas, a tradiciones intelectuales muy poco posmodernas, a los muertos que no tuvieron, como recuerda Rodolfo Kusch, ninguna palabra" (p. 97).

Agregaré más adelante, con cita de Robert Cover (*Derecho, Narración y Violencia*), una aguda reflexión sobre cómo lo que en determinada época es presentado y considerado como derecho “justo”, en otra época, por diversas razones, deja de serlo, pasando a representar violencia, injusticia, abuso, explotación. La esclavitud, precisamente, es ejemplo de ello, ya que durante siglos, incluso durante los siglos XVI a XVIII (la era del tráfico esclavista de África hacia América), no era solo tolerada, sino que se la consideraba “justa”, un “derecho” (el autor recuerda que ya Aristóteles la consideraba como algo bueno para el propio esclavo), y a lo largo del siglo XIX, del siglo XX y lo que va de este siglo, la esclavitud pasa a ser objeto de repudio, incluso en cartas internacionales de derechos humanos, se convierte en una institución que encarna una violencia intolerable, una injusticia extrema, aberrante, un crimen.

Pero no hace falta llegar a un ejemplo tan extremo. Como la parábola de los abogados como falsos “guardianes”, presente en el cuento de Kafka *Ante la ley*, el Derecho, nos dice el autor, nunca ha sabido qué hacer con el contraste, con la abrumadora distancia entre la práctica y la teoría, entre el Derecho en los libros y el Derecho en la acción...

Se trata de la principal preocupación de la filosofía del garantismo: la consagración de los derechos fundamentales ya se ha logrado al ser reconocidos en las Constituciones de nuestros países. Ahora, de lo que se trata, como misión primordial de los juristas, es de llevar a la realidad, al *ser*, aquello que está consagrado en el plano del *deber ser*, tanto en materia de derechos de libertades (que obligan al Estado a mantenerse entonces prescindente) como en materia de derechos sociales (que obligan en cambio al Estado a mantener políticas activas de redistribución del ingreso).

Croxatto intuye que si la Filosofía del Derecho ha perdido en parte su anterior peso en las aulas, se debe sobre todo a esta disociación entre el *deber ser* de las normas y el *ser* de la realidad social, que en toda nuestra región resulta dramática. “Por eso” propone el autor, “nuestra misión es enseñar el Derecho de otra manera. Es recuperar la confianza en que el Derecho está para servir solamente a la Justicia. Para dejar entrar a todos al Palacio. Para defender a los vulnerados, mal llamados *vulnerables*, como si la vulnerabilidad fuera una abstracción, naciera sola. Nadie nace *vulnerable*. Se nace o se llega a estar *vulnerado*. La vulneración demanda una reparación del Estado. La vulneración no es *potencial*. Es un hecho presente, vívido, no son vulnerables, son vulnerados [...] la vulneración nos interpela, nos mira: nos mancha. Nos culpa. Nadie nace *vulnerable*. Se nace *vulnerado*” (p. 91).

Más allá de este poderoso llamamiento, me ha resultado impactante esta reflexión en torno del concepto de *vulnerabilidad*, tan usual entre los penalistas argentinos –a partir de los desarrollos teóricos de Zaffaroni–. En efecto, venimos sosteniendo desde la academia penal, especialmente a partir de la aparición del *Tratado* del 2000, que un individuo excluido, marginal, pobre, sin ninguna contención, que encuadra en algún estereotipo de delincuente, es un sujeto *vulnerable* al sistema penal, esto es, se dice de él que con un mínimo esfuerzo ya habrá de ser captado por el sistema penal. Pero hasta *Constitucionalismo y Democracia*, nunca se había hecho hincapié en la condición de sujeto asimismo *vulnerado*, en su historia de vida, ante la escandalosa omisión en la satisfacción de todos los derechos sociales “garantizados constitucionalmente” a los que esa persona debió tener acceso. Tiene razón Croxatto, al subrayar este aspecto, y cristalizarlo en un término, de modo tal que a partir de ahora, no podemos solamente hablar de sujetos meramente *vulnerables* (frente al sistema penal), sino de individuos o grupos *vulnerados-vulnerables*, casi como dos caras de una misma moneda, definición esta que connota en mucho mejor medida las características del que casi siempre va a terminar resultando ser el autor, el imputado, en el sistema penal, y que tiene un impacto relevante a la hora de formular el reproche de la culpabilidad, como momento ético del juicio que el Estado le formula.

Luego también aborda la cuestión siempre actual, acerca del compromiso del intelectual con los problemas y males de su tiempo. Para ello, parte del análisis de la alegoría de la caverna, de Platón, que expresa el dilema esencial de toda filosofía, que es el dilema del compromiso, de la responsabilidad del filósofo y su filosofía, quien “...no queda liberado de la mentira del todo hasta que no libera a los demás. Debe bajar a liberar a los otros que siguen aún encerrados, encadenados, creyendo que esas sombras que ven son algo cierto”, situación frente a la cual, al intelectual le asalta lo que Lipovetsky, ha denominado un “crepúsculo del deber” (p. 99).

Esta cuestión adquiere una dimensión de relevancia extraordinaria en el siglo XXI, en especial, a partir de la creciente influencia de los conglomerados de medios masivos de comunicación, así como también por el uso y abuso de las redes sociales por parte de empresas dedicadas a la manipulación psicosocial de masas. Hoy en día, la gran caverna en la que se encuentra muchas veces buena parte de la sociedad, la encontramos en la atmósfera de desinformación y *fake news* creada por los dispositivos de medios. Sabemos

que este ambiente tóxico, plagado de mentiras y operaciones, donde reinan los prejuicios y los miedos, exacerbados por estos medios masivos descontrolados, han terminado en procesos genocidas, como claramente ocurrió en el caso ruandés. Y está sucediendo, en este mismo momento, en Birmania, con la minoría Rohinya, sujeta a una brutal demonización mediática. Frente a ello, el intelectual que gracias al privilegio de haber accedido a educación y a una amplitud de visión del mundo evita la colonización del pensamiento, de su subjetividad, tiene (tenemos) un imperativo categórico: como dice Croxatto en esta potente y exacta metáfora, es un deber bajar a la caverna, para al menos haber hecho el intento de rescatar a los otros también.

En este sentido, el autor advierte además acerca de la pérdida del valor verdad como valor crítico, que hace que emerja el marketing en su reemplazo. Se lamenta de que "...ya no hay verdad en política, entonces ese lugar vacante que deja la filosofía (política) lo ocupa hoy el marketing, pero este no aspira a la verdad, hace demagogia: le dice al pueblo lo que el pueblo quiere escuchar. Hace de la política [...] una propaganda permanente" (p. 151).

Otro aporte sumamente interesante que he encontrado en *Constitucionalismo y Democracia* es la propuesta, con cita de Lyotard, de cambiarle el nombre a los llamados *derechos fundamentales*, o *derechos humanos*, proponiendo llamarlos *derechos del otro*, "...en un salto categorial que nos parece muy acertado, ya que por ejemplo el nazismo podía decir con todo que actuaba a favor de los derechos humanos de los que el régimen consideraba tales, *humanos*, negando tal estatus a los *otros*, pero el concepto de *otro*, de *otredad* que obliga por su propia definición a salirnos del eurocentrismo, del logocentrismo, evitando toda xenofobia, todo racismo: toda exclusión. La *otredad* es un concepto superior y menos jerarquizante que el término *humano*, tiene ventajas conceptuales [...] Haber encontrado una categoría que implica una idea que el nazismo no hubiera podido sostener, no parece menor, en tiempos en los que recrudecen el racismo y la xenofobia [...] La finalidad principal del pensamiento es sostener alguna forma de compromiso. Sin compromiso, no hay pensamiento. No existe, menos en el mundo del Derecho, una filosofía que no esté *comprometida*" (p. 101).

Este razonamiento nos obliga a salir de la comodidad con la que, al menos en la Argentina, nos manejamos al emplear los términos usuales, *derechos fundamentales* o *derechos humanos*, ya que ambas consignas han sido, a lo largo de toda la posdictadura, los estandartes de los sectores progresistas, encabezados por el poderoso movimiento de derechos humanos.

Pero allende las fronteras, y apelando a la historia reciente, tanto en Europa como en la Argentina, esto no siempre ha sido, ni es, así. Para dar un ejemplo reciente, el actual presidente electo del Brasil, Jair Bolsonaro, llegó al poder, con su facción de extrema derecha, basado en una serie de *slogans* de campaña, y uno de los más recurrentes le daba una connotación opuesta, y por lo tanto perversa, a la pretensión de consolidar los *derechos humanos*, al diferenciar entre “nosotros”, los ciudadanos honestos, y “ellos”, los delincuentes, a quienes no deberían asistirle tales derechos, que estaban reservados solamente para los buenos ciudadanos. Estos discursos discriminatorios y antidemocráticos, que en la Argentina se oyen de modo fragmentario y marginal, en Brasil primero fueron una abierta consigna de campaña, y ahora, política oficial. Pues bien, resulta entonces que la pretensión de deslegitimar estas políticas apelando a los *derechos humanos* resulta inocua en este caso, ya que se responde que estos solo se refieren a “nosotros”, y no son aplicables a “ellos”, o como los designan Lyotard y Croxatto, al “otro”, que en este caso en concreto, es casi siempre el joven pobre, analfabeto, moreno y que vive en la favela, pero que en otros contextos de tiempo y de espacio podría ser un musulmán, una mujer, un centroamericano o un colectivo LGTB. De modo tal que aquí tenemos otra propuesta para pensar, debatir y poner en acción.

Otro aspecto interesante de esta obra es la insistencia en tomar con pinzas las propuestas teóricas foráneas, muy asentadas por ejemplo en la dogmática penal, de no asumirlas como si fueran la verdad revelada, sino que necesariamente se debe partir de la construcción de conceptos y teorías propias, desde nuestro contexto histórico, social, económico y político, y en todo caso, los aportes desde el extranjero, que sirvan para nutrir y contrastar nuestra propia producción intelectual: “Luchar contra esta colonización en nuestra Academia y también en nuestra cultura, es una forma de ir construyendo un derecho genuinamente latinoamericano, que deje de replicar en Lanús o en La Matanza las teorías formales del Derecho que fueron pensadas para otras realidades” (p. 102).

Croxatto nos trae el siguiente ejemplo, que dicho sea de paso, es muy cierto: “Para los profesores de Derecho Civil argentinos, en su inmensa mayoría, la Constitución del 49 ni siquiera es mencionada como un capítulo relevante de la historia política y jurídica argentina” (p. 101).

Tras ello, nos adentramos en uno de los temas centrales de la obra, que es el de la tensión entre capitalismo y democracia, y cuál es el rol, en ese

sentido, del constitucionalismo social (en cambio, no ve antinomia alguna, o en todo caso considera una antinomia falsa, la que podría existir entre democracia y Constitución, cfr. p. 179).

El punto de partida debe ser el reconocimiento de que cierto piso mínimo de bienestar social y económico es determinante para el buen funcionamiento de la democracia. “Esto que la democracia liberal había perdido de vista, la democracia constitucional trata de [no] descuidarlo; la democracia se construye sobre los derechos sociales, como condición de ejercicio de los derechos políticos. En la pobreza, en el hambre, en la desigualdad, no hay derechos civiles, no hay libertad [...] el mercado ha demostrado generar severas desigualdades e injusticias sociales que pueden minar más que asegurar el adecuado funcionamiento de la democracia, el pleno ejercicio de las libertades civiles [...] El capitalismo no parece garantizar siempre la vida en democracia. Al contrario. Muchas veces, con sus crisis, la pone en peligro. El capitalismo ha demostrado tender a grados de concentración de la riqueza, incompatibles con el igualitarismo mínimo que necesita una democracia para sostener una robusta vida civil, basada en la autonomía y la deliberación [...] En la pobreza nace, como le gusta decir a los liberales, el *clientelismo*. Pero este fenómeno no lo genera el *populismo*, que a lo sumo puede ser entendido como una *respuesta* política a él. No como su causa. Confundir causas con consecuencias es usual en el debate político actual. También el derecho penal cae en esta falacia, cuando, por ejemplo, criminaliza las consecuencias sociales de fenómenos que jamás son atacadas o puestas en cuestión. Al contrario: se las invisibiliza. El Derecho cae así en un laberinto. Sigue alimentando un círculo vicioso” (pp. 109-110).

En un país en el que tanto se habla de populismo (no es menor el empleo del término en Europa, aunque con un significado diverso), esta reflexión es novedosa: pensar el populismo –en el sentido que se le da al término entre nosotros, cercano al *asistencialismo* y, entonces, señalado como *clientelar*– no como una *causa* presunta de ciertos males para la democracia, sino en verdad como un *efecto*, en el sentido de intentar paliar, a través de acciones de gobierno en tiempo real (y no en un futuro que siempre se posterga), las iniquidades y déficits básicos que el modelo capitalista salvaje va dejando tras de sí, como darles comida, techo y salud a millones de personas, que de otro modo, en buena medida, perecerían o, al menos, verían fuertemente menoscabadas sus posibilidades de llevar una vida mínimamente digna.

Y aquí entonces aparece el papel del constitucionalismo. “Entre el capitalismo y la democracia [...] suele haber una tensión [...] el constitucionalismo intenta mediar entre un sistema económico productor de injusticias, hambre, exclusión, deforestación, violencias, desigualdades extremas (a nivel local y global), y la democracia, que parte del presupuesto exactamente contrario: la igualdad (formal) y la autonomía. El capitalismo reproduce y agiganta lo que la democracia combate: la desigualdad civil. La democracia nace combatiendo precisamente los estamentos: la desigualdad del antiguo régimen. La democracia es igualitaria por naturaleza [...] la democracia y la igualdad son dos ideas que van de la mano. Se presuponen” (p. 110).

Como un artesano, Croxatto va tejiendo un entramado de valores que se retroalimentan entre sí, y cuya existencia se garantiza recíprocamente: dignidad, igualdad, democracia.

Agrega: “Es en este escenario, buscando acercar estos dos extremos en apariencia incompatibles, que ingresa el constitucionalismo social. Pretende acercar posiciones, proponiendo un piso mínimo de dignidad humana y social, que haga a la democracia como sistema político un sistema viable. El constitucionalismo social quiere salvar a la democracia [...] Por eso ciertas economías, como la alemana, están a medio camino: no son plenas economías de mercado. Son economías “sociales” de mercado [...] La idea es poner a la economía al servicio del hombre, y no al revés [...] El derecho y la economía parten de valores muy diferentes. La economía persigue la eficiencia. El Derecho persigue la dignidad” (p. 111).

Precisamente, la emergencia de nuevas propuestas de extrema derecha nacionalista en Europa (como AfD en Alemania, el Movimiento 5 Estrellas en Italia o Vox en España) proponen en forma estridente dismantelar este rol redistributivo del Estado Social, apuntando especialmente a los recién llegados al Estado de Bienestar, los inmigrantes, agitando prejuicios raciales (contra los subsaharianos), nacionalistas (contra albaneses y otros) o religiosos (contra los musulmanes).

A continuación, Croxatto analiza el rol del Derecho, el cual debería “... oponerse a ciertos mandatos *eficientes* de la economía. En la medida en que cede a ellos, el Derecho, como disciplina, renuncia a sus propios parámetros [...] la moda del *Law and Economics*, [postula] que entre el Derecho y la economía habría un consenso posible [...] Con el mismo se puede barrer todo el derecho laboral, que representa un *costo* demasiado grande [...] A veces el Derecho tiene la obligación de ser poco eficiente en los términos

estrictos en que define *eficiencia* la economía. El mandato moral del Derecho es la ineficiencia. No aspira a ser eficiente, sino justo” (p. 111).

Una vez más, aquí aparecen los valores de igualdad y dignidad universales como pautas básicas de todo Derecho, como barreras infranqueables para la legitimación de discursos legales funcionales a los modelos económicos neoliberales o que desembocan en modelos de capitalismo salvaje.

De ahí la trascendencia que enfatiza el autor entre estos dos valores supremos y su interdependencia con el valor democracia. Creo que para que nuestro saber pueda seguir denominándose “Derecho” la economía debe subordinarse a este tríptico (democracia, igualdad, dignidad), y no al revés. Lo contrario serían meros discursos de dominación, de opresión.

Desde esta perspectiva, no podía faltar en la obra la mirada crítica para con las posiciones conservadoras, que demonizan el garantismo y reducen el alcance de los derechos civiles a los estrictamente necesarios para garantizar el funcionamiento del libre mercado: “El conservadorismo impugna incluso nuestra actual constitución liberal como garantista, como si las garantías fueran algo malo, y no algo bueno para la vida en democracia, su núcleo mismo, el liberalismo conservador pende de esta formalización de origen, porque de este modo recorta el alcance social de la democracia, formalizando los derechos sociales, haciendo de estos meros derechos civiles, pero recortando de lo civil todo lo social [...] Lo social y lo político, nuevamente, son vistos como amenazas, con cierta desconfianza por los liberales, como si lo social y lo político no fueran el germen mismo, el origen mismo, de la democracia como la conocemos” (p. 113).

Cuando el autor sostiene que no hay tensión entre constitucionalismo y democracia, quiere decir que *lo civil* y *lo social*, a diferencia de lo que sostienen los teóricos conservadores, no pueden ser escindidos, pues ello sería un falso presupuesto. Dicha escisión, a lo que conduce es a reconocer derechos meramente formales, “...que luego en la práctica no pueden ser ejercidos por todos en igualdad de condiciones, socavando en la práctica lo que se reconoce en los papeles: en la teoría constitucional” (p. 114).

Por eso, el constitucionalismo social marca un límite (Croxatto lo define como un *piso*), por el cual la democracia podría desenvolverse sin resignaciones, sin convertirse en algo meramente formal para vastos sectores excluidos de la sociedad desde lo económico y por lo tanto, también de lo político: es que precisamente, los derechos sociales “...son lo que permiten a la persona ejercer sus derechos civiles, que permiten la participación

democrática, esto es, la autonomía moral y política de cada persona. Sin derechos sociales, no existen derechos civiles y políticos. Existe un vínculo instrumental entre ambos. De este modo, garantizar los primeros, como piso mínimo, es una condición para el ejercicio de la libertad civil y política, esto es, para la autonomía política, de la cual depende la vida en democracia” (p. 117).

Se trata de un convincente razonamiento, prácticamente inexistente en la consideración de los ámbitos académicos y judiciales relacionados con esta cuestión, y que por lo tanto, con su omisión, contribuyen al mantenimiento del *statu quo* en el escenario político (idealizado como una gran asamblea entre *iguales*, compuesto de personas libres, capaces y autosuficientes), y a la perpetuación de las relaciones de dominación y de la exclusión social de una considerable parte de la sociedad.

Croxatto, en este sentido, va más allá, al sostener con audacia, que “una sociedad con altos niveles de pobreza extrema haría bien en no llamarse democracia, aunque su sistema político lo sea, porque una gran parte de la población no puede verdaderamente, por su situación económica, ejercer libremente sus derechos civiles. Este ejercicio es una ficción. No una realidad”.

Y agrega: “Esta es la brecha que el constitucionalismo quiere cerrar: y esto permite funcionar a la democracia, la vuelve más honesta y más operativa. Menos formal [...]. Respetar o promover los derechos humanos, es pues, erradicar la pobreza, la desigualdad y todo aquel obstáculo material que inhabilite a las personas para el ejercicio pleno, libre, autónomo, de sus derechos políticos” (p. 118).

¿Cuál es la metodología propia del constitucionalismo garantista? El positivismo. Por eso, siguiendo a Bobbio, a Ferrajoli, a Ibáñez, a Binder y a Maier, entre muchos otros, Croxatto también parte de la premisa según la cual el positivismo jurídico de Kelsen *es un enfoque con insuficiencias que deben ser repensadas*. No alcanza con el positivismo, pero no se puede sin él, como nos muestra Ferrajoli (p. 122).

Necesitamos de esta metodología, repensada, no solo para frenar todo intento de legitimación del fascismo, sino también para otro peligro posmoderno, el activismo judicial, que no siempre es un activismo progresista, como lo sabemos bien en nuestra región. Por eso el positivismo es, en términos de respeto a la legalidad, un reaseguro. El positivismo está en la esencia del garantismo.

Y aquí el autor les brinda a los partidarios del garantismo una idea difícilmente cuestionable, allí cuando son atacados desde los medios de comunicación, la tribuna política o, en menor medida, desde el debate académico: El garantismo no debe entrar en ese debate, porque el garantismo no es otra cosa que el texto de la Constitución, su nombre trasunta un reduccionismo, proveniente de la idea de que deben defenderse las garantías consagradas en la Constitución por sobre toda otra propuesta. Es que “...el antigarantismo no discute en términos académicos, discute en términos políticos no con una postura, sino con la Constitución” (p. 123).

Por ello, el autor critica en este punto a Ferrajoli, a quien le atribuye haber sucumbido a la tentación de entrar en este debate político, no jurídico, ya que de este modo, “...rebaja el garantismo a una discusión doctrinaria y no a rasgo central del Estado de derecho moderno, constitucional [...] El garantismo no es una doctrina. O no lo es, una vez que constituye, desde hace varios siglos, el derecho positivo [...] el antigarantismo [...] implica [...] alejarse de lo que manda la Constitución” (p. 124).

Con más razón, a partir de la entrada en vigencia de las cartas internacionales de derechos humanos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. En efecto, a partir de la primera de ellas, sancionada el 9 de diciembre de 1948, los derechos fundamentales, los derechos del otro, “...se han vuelto *indecidibles* (Ferrajoli), innegociables, un coto vedado (Valdez), una barrera de fuego (Habermas), una legalidad ya no formal [sino] sustantiva, infranqueable. Y este nuevo catálogo de derechos termina por recortar la soberanía política de los Estados. No se plebiscitan. No se negocian. No se debaten. Son límites férreos para los Estados, y la democracia [...] el Estado de derecho cambia de nombre [...] Se llama ahora Estado Constitucional de Derecho [...] Por eso las leyes y los congresos pierden peso, porque hay recortes a la soberanía política de los Estados [...] supone un límite efectivo a la vida política, un tema que ya no entra en discusión en términos políticos” (p. 127).

Agrega Croxatto que en las constituciones se consagra un extenso listado de derechos subjetivos, cuya naturaleza, materia de debate, ya no se discute. Como sostiene Bobbio, se trata de *defender* más que de seguir fundamentando estos derechos elementales, básicos. Ya en Derecho no se discute cuál es su sentido, por eso mismo es que se los constitucionaliza. “El horror de la Segunda Guerra Mundial la dejó saldada” (p. 139).

El autor, algo más adelante, lo va a expresar del siguiente modo, con cita de Theodor Adorno, y su concepto de “moral mínima”, la cual se debe

construir necesariamente, imperiosamente, para el Derecho. Esto es lo que postula el constitucionalismo garantista (que el autor denomina *neoconstitucionalismo*): “No existe un Derecho, por válido o positivo que fuera, sin una *moral*, sin un mínimo de respeto a lo humano, sin un coto vedado, un piso, sin una esfera de lo indecible. El Derecho está buscando con desesperación ese piso como una forma de asentar, en la posguerra, una base firme. El *neoconstitucionalismo*, con su legalidad sustantiva, que complementa la legalidad liberal formal de tiempos de Anselm von Feuerbach, busca así trazarle un límite a la soberanía política”, allí cuando esta pretende avanzar sobre esos derechos de libertades y sociales (p. 178).

Así, el constitucionalismo, cuando sustrae determinados temas de la esfera política soberana, de la esfera de la decisión, no es para limitar la vida en democracia, “...sino precisamente para poder garantizar su funcionamiento. Porque esos supuestos límites a la democracia, lo son para que nadie pueda ya por simple mayoría excluir a otros de la participación [...] sin recaer en las derivas totalitarias, todas con origen democrático, del siglo pasado”.

“Entonces, el constitucionalismo es una garantía para las democracias en dos sentidos bien delimitados. El primero [...] al garantizar la plena operatividad de los derechos sociales [...] En segundo sentido, como un coto vedado a la soberanía popular. Con la esfera de lo indecible, al sustraer determinados temas y decisiones de la esfera política” (p. 141).

Más adelante, el autor ofrece un ejemplo en concreto: “Hay cosas que, aprendimos en la posguerra, ya no se pueden decidir: se sustraen a la esfera de la deliberación (decisión) democrática y política, porque hacen a la constitución misma de las mayorías en una democracia: los derechos fundamentales ya no entran en decisión, ni en discusión, ya no se decide quién es persona y quién no [...] En este sentido [...] afectaría la democracia” (p. 179).

Creo que estas afirmaciones resultan cruciales y de tremenda actualidad en los tiempos que corren. Si todos los movimientos de extrema derecha, nacionalistas, xenófobos y supremacistas que han llegado al poder tanto en América como en Europa tienen un denominador común, es que, en el fondo, su objetivo máspreciado es tomar por asalto la ciudadela donde latan las garantías individuales (abstractas y universales) consagradas en las respectivas constituciones. Su sueño es acabar con ellas, arrasarlas, y retirar a sus respectivas naciones del concierto de la comunidad internacional (y para ello,

como paso previo, de organizaciones como la Unión Europea), al renunciar a formar parte de los tratados internacionales de derechos humanos.

Es un escenario utópico para las derechas occidentales, aún no han encontrado el camino, pero ese es su norte, aniquilar primero la igualdad, después la dignidad, y finalmente, por simple añadidura, la democracia.

De ahí que ha sido tan importante para nuestro país la introducción de la mayoría de los tratados internacionales que consagran los derechos fundamentales en el máximo nivel normativo, en 1994, a través de lo que dispone el art. 75 inc. 22, de la Constitución Nacional. Porque va a contramano de estas nuevas propuestas políticas, aquella decisión, tal vez la más importante del constituyente argentino a lo largo del siglo XX, ha sido un gran reaseguro frente a estas amenazas que se ciernen en otras latitudes sobre principios, garantías y derechos básicos para todas y todos.

El autor lo dice en estos términos: “Puede reconocerse cierta valía a este proceso, porque las grandes novedades en política en Europa son los movimientos de ultraderecha xenófobos, que cuestionan este *consenso* de posguerra, sobre el que se funda la democracia constitucional y la Unión Europea misma” (p. 131).

Otro tema que el autor no elude es cómo pensar, desde nuestra época, las aberraciones que durante el período nacionalsocialista (1933-1945) se convirtieron en legislación vigente.

Para ello, se cita la famosa frase de Gustav Radbruch (en *La Renovación del Derecho*): “el positivismo nos dejó a los juristas alemanes del todo indefensos ante la aparición de leyes ostensiblemente injustas y crueles”.

Según el exministro de Justicia durante la era de Weimar, y forzado al exilio durante el nazismo, no toda injusticia –sino solo la “extrema”– privaría de su validez al Derecho.

“Esta fórmula [sostiene Croxatto], sin embargo, tiene problemas. No logra saldar los problemas tradicionales del relativismo cultural y ético. No logra saldar los problemas del iusnaturalismo. Solo tiene un sentido y es ser pensada como una respuesta desesperada de parte de juristas alemanes al horror vivido poco tiempo antes en Alemania, país devastado moralmente, y arquitectónicamente en ruinas” (p. 183).

En suma, las leyes injustas y crueles... ¿son Derecho? El positivismo de Kelsen no tenía forma de escapar a la respuesta positiva, de ahí el lamento de Radbruch en la posguerra. ¿Pero hoy en día? Es un tema que he debatido mucho con mis alumnos, a lo largo de estos últimos veinte años. La pregunta

que en concreto se impone es la siguiente: las leyes de Nuremberg de 1935, como ejemplo paradigmático de legislación nazi... ¿es Derecho? ¿O este tipo de leyes atroces *niegan* el Derecho y por lo tanto podríamos denominarla *legislación penal*, o *discurso penal*, pero no “Derecho”? ¿Admitirlas como Derecho, no sería convalidarlas de alguna manera? ¿No le estaríamos dando al Derecho una extensión inapropiada? ¿Toda legislación, sin importar su contenido y teleología, equivale a Derecho?

En general, las respuestas y conclusiones de los encendidos debates en torno de esta cuestión terminan decantando para el lado del repudio, en sintonía con la idea según la cual el mal llamado *Derecho penal del enemigo* no es más que un oxímoron, una contradicción en sus términos, que si un Derecho penal es del enemigo, y no del ciudadano, no de la persona en sentido jurídico, entonces ese discurso no es Derecho.

Pero aquí Croxatto nos obliga a repensar el asunto, ya que para responder a este interrogante, según su mirada, hay que hacerlo desde adentro del propio sistema jurídico que la engendró, y desde este punto de vista, no cabe duda entonces, que este tipo de legislación, era válida, se trataba de “... leyes que eran formalmente [...] Derecho [...] Para los nazis, el Derecho era *justo*. Era el *más justo*. Y era Derecho. Y era válido. Y eficaz. Y fue aplicado como tal [...] para los alemanes en general el Derecho nazi [...] fue un sistema jurídico válido y eficaz como cualquier otro. Y para muchos muy *justo*. El Derecho nazi era Derecho...”

Frente al tema planteado, el autor se pregunta “...dónde situar el umbral de la injusticia extrema es aún un debate pendiente, ya que no toda injusticia invalida al Derecho. Solo lo hace la injusticia *extrema*. Esto puede tener un efecto paradójico o una doble cara para el Derecho, no deseado seguramente por Radbruch, y es ampliar, por vía negativa, nuestra tolerancia a la injusticia [...] En este sentido, diríamos, la fórmula de Radbruch [de qué hacer frente a leyes injustas o crueles], en el mejor de los casos, carece de sentido, es estéril, es un mandato vacío, o termina teniendo un efecto paradójico, no deseado por su autor: justificar la tolerancia a la injusticia *simple* [no extrema]. Y esto porque su fórmula, empleada en el famoso caso de los guardianes en el muro, solo puede ser comprendida históricamente [...] la injusticia extrema de Radbruch [...] es la injusticia del nazismo [...] El problema o desafío es [...] qué otras formas de injusticia *extrema* estamos o estaríamos dispuestos a reconocer como tales como paso para desobedecer al Derecho: seguramente ninguna. O muy pocas [...] No hay aplicaciones

presentes de tal fórmula. La misma vulnera la legalidad. Más allá de las teorías académicas [...] el Derecho sigue funcionando de manera positivista. Y cuando dejar de hacerlo, como en el antigarantismo, es con motivos no *pro homine*, constitucionalistas, sino recortando derechos [...] el camino que se pretende evitar. (p. 182).

Para que quede clara la postura del autor, este agrega *infra*: “Que no sea visto como Derecho ahora, que el nazismo fue derrotado [...] no quiere decir que no haya sido visto, percibido y aplicado como tal por miles de funcionarios y operadores jurídicos alemanes. Y esto no se soluciona pidiendo que no sea Derecho cuando una norma consagre una *injusticia extrema*, porque para los operadores jurídicos alemanes en tiempos del nazismo, la normativa que aplicaban no era *extrema*, y ni siquiera era *injusta*. Era Derecho. Y no fue hace dos siglos...” (p. 198).

Lo que advierte entonces el autor es que si comenzamos a negar la condición de Derecho a leyes que consideramos revestidas de injusticia extrema, se corren dos peligros, ya que por un lado, estaríamos legitimando todas las restantes leyes injustas (que no lleguen a ser extremas, pienso por ejemplo en las leyes del Apartheid, o las leyes de impunidad en la Argentina), y por el otro, nosotros mismos, los juristas, estaríamos dando el primer paso en la vulneración de la legalidad, camino este, nos alerta Croxatto, que puede luego ser aprovechado justamente por quienes tomar por asalto la constitución para negar derechos. En fin, se trata de un tema que habrá que seguir debatiendo. He aquí aportes notables para ello.

Son muchos más los temas que Guido Croxatto acomete con profundidad de análisis, con una reflexión creativa y con erudita ilustración. Pero quisiera terminar mi comentario sobre *Constitucionalismo y democracia* citando algunos pasajes que también me han gustado mucho, que comparto desde lo más profundo de mi formación y que también guían mis pasos en la actividad académica y profesional en forma cotidiana, cuando el autor nos recuerda la gran admonición de Adorno, “...quien recuerda que de todas las misiones de la educación (del saber), después de Auschwitz, la primera es, precisamente, que [...] no se repita. No hay en el Derecho o en la educación misión más importante que ella. Esa es la primera misión del Derecho de posguerra. La primera y más esencial” (p. 184). No puedo estar más de acuerdo con esta sentencia.

“Decirle *no* al Derecho y al sistema legal que terminó en Auschwitz. Que ardió en ese lugar junto a millones de personas, de seres vivos no asumidos

como parte de la humanidad. La ceniza de un sistema que no fue capaz de frenar el horror inhumano” (p. 184). No lo pudo hacer porque el positivismo jurídico vigente en aquel entonces no tenía los anticuerpos necesarios para repudiar, desde la propia lógica que la fundamentaba, la llegada al poder del totalitarismo, ya que el jurista positivista de aquel entonces se limitaba a ver en él a “un nuevo legislador originario”, que venía simplemente a modificar la “norma fundamental concreta”, pero sin alterar la “norma fundamental abstracta” según la cual se debía obedecer al legislador que de hecho detentara el poder, así haya sido mediante un golpe de Estado. El garantismo, en tanto heredero del positivismo jurídico, sentado sobre las bases de derechos y garantías ya indecibles en la segunda posguerra, se presenta como un positivismo inmunizado, como la evolución y el aprendizaje en el ámbito del Derecho después de Auschwitz, y esta obra viene a cimentar esa senda, que pretende extender la lógica del *nunca más* a los modelos autoritarios, las dictaduras y a todo régimen que pretenda forzar retrocesos en lo ya conquistado.

Dresde, junio de 2019.