

# CIDJILP

## CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

### DOCTRINA

**NORMA MARTÍNEZ.** EL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO, LA UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

**EDUARDO RICHTER.** LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, LA REPARACIÓN PLENA Y LAS DEUDAS DE VALOR.

**JUAN FACUNDO BESSON.** EL SINDICALISMO ARGENTINO ENTRE LA REVITALIZACIÓN Y LA DECLINACIÓN.

**FERNANDO IVÁN FASSINA.** LA AUDIENCIA DE VISTA DE CAUSA. SU IMPLEMENTACIÓN EN LA PAMPA.

**DANIELA M. J. ZAIKOSKI BISCAY.** BIOÉTICA Y APORTES DE LOS ESTUDIOS DE GÉNERO AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

**LAURA PETISCO.** REPARACIÓN DE DAÑOS. APORTES MUTUOS ENTRE DERECHO CIVIL Y LABORAL.

**ANA LIS PALACIO.** LA DECLARACIÓN Y EL EJERCICIO EFECTIVO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES.

### CONVENCIONES INTERNACIONALES

**CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES (A-70)**







VOL. IX Nº 1 | DICIEMBRE 2017

ISSN 2313-9285

# C|D|J|L|P

**CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA**



**PODER JUDICIAL**  
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA



## **INDICACIONES PARA LA REMISION DE COLABORACIONES A ESTA REVISTA**

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y deberán enviarse en archivo adjunto de formato .doc hasta el 15 de mayo de 2018 a la dirección [jurisprudencia@juslapampa.gob.ar](mailto:jurisprudencia@juslapampa.gob.ar), verificando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos y no estar pendientes de evaluación en otra publicación.
- Los trabajos deberán ser de índole conceptual, y podrán consistir en un análisis de doctrina o teoría del derecho, de legislación o de líneas jurisprudenciales, así como estudios históricos, sociales o culturales relacionados con temas jurídicos. Se priorizarán los trabajos que hagan referencia a temáticas locales. No se considerarán contribuciones dedicadas a comentar fallos singulares.
- Se admiten trabajos de autores colectivos (co-autores).
- La extensión del trabajo no deberá exceder las 30 páginas en hoja tamaño A4, escrita con tipo de letra “Times New Roman” tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y márgenes de páginas de 2,5 cm. en todos los casos.
- Deberán observar las pautas de formato que se describen en la sección “publicaciones” de la web [www.ccjlapampa.blogspot.com](http://www.ccjlapampa.blogspot.com)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2017

*Presidente*

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

*Ministros*

DR. EDUARDO D. FERNÁNDEZ MENDÍA

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

DR. FABRICIO ILDEBRANDO LUIS LOSI

DR. JOSÉ ROBERTO SAPPA

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

**COORDINACIÓN**

DR. GUSTAVO ARBALLO

**EQUIPO DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA**

DRA. ANAVELIA ÁLVAREZ

DRA. GRISELDA MANZANO

LCDA. ROMINA MARASCHIO

**CONTACTO**

**SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA**

AVDA. URUGUAY 1097, PISO 3º.

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

EMAIL: [jurisprudencia@juslapampa.gob.ar](mailto:jurisprudencia@juslapampa.gob.ar)

LOS ARTÍCULOS FIRMADOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES  
Y NO REFLEJAN LA OPINIÓN DE LOS RESPONSABLES DE ESTA PUBLICACIÓN  
NI DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA.







## INDICE

### DOCTRINA

- Norma Martínez.** El derecho civil constitucionalizado, la unificación del Código Civil y Comercial y la Responsabilidad Civil. .... 17
- Eduardo Richter.** La constitucionalización del derecho privado, la reparación plena y las deudas de valor. .... 41
- Juan Facundo Besson.** El sindicalismo argentino entre la revitalización y la declinación ..... 71
- Fernando Iván Fassina.** La audiencia de vista de causa. Su implementación en La Pampa..... 93
- Daniela M. J. Zaikoski Biscay.** Bioética y aportes de los estudios de género al Código Civil y Comercial. .... 105
- Laura Petisco.** Reparación de daños. Aportes mutuos entre Derecho Civil y Laboral. .... 147
- Ana Lis Palacio.** La declaración y el ejercicio efectivo de los derechos de las personas mayores..... 169

### CONVENCIONES

- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES (A-70)..... 199







■ ■ ■





# EL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO, LA UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

*Norma Martínez* \*

## **1. Introducción.**

La teoría general de la responsabilidad civil y en particular la extensión del resarcimiento, ha recibido el impacto del cambio de paradigma constitucional adoptado por la comunidad científica a partir de la reinterpretación que formularan Carlos Nino y Germán Bidart Campos al artículo 19 de la Constitución Nacional.

El desarrollo de fuente doctrinaria y jurisprudencial, confirma esta línea evolutiva. Hoy no hay dudas que, ante la colisión de derechos fundamentales entre dos sujetos que se vinculan en un supuesto de hecho, ha de prevalecer el derecho de mayor peso. Así, el deber de no dañar a otro torna operativo el derecho de no sufrir un daño injusto y, éste, a la vez, el derecho subjetivo a la reparación.

El profundo giro que desde lo teórico se ha producido tiene enorme incidencia en el análisis concreto que cada supuesto fáctico impone.

Así, es posible observar con especial atención, un conjunto de aseveraciones que conforman la doctrina constitucional de nuestra

---

\* Profesora de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa en las cátedras de Derecho Civil II y Derecho Internacional Privado.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fuera esbozada por el Alto Tribunal en pronunciamientos que datan de algunos años.<sup>1</sup>

Lo más relevante para el universo de análisis que abarca la responsabilidad civil, es destacar que la normativa argentina de fuente interna consagra un derecho fundamental o sustancial a la reparación. En el Derecho Civil no se constituye el deber de reparar. El Código Civil sólo legisla normas reglamentarias derivadas de la carta magna. Es en el artículo 19 de la Constitución Nacional donde se consagra como principio general el deber de no dañar injustamente a otro. En el ámbito del derecho privado sólo se reglamenta, con el enunciado general del artículo 1109, la manda constitucional, de lo que deriva luego el desarrollo y regulación, como sanción, de la consecuencia jurídica que su violación conlleva.

Este es el fundamento por el cual, el régimen reparatorio del daño injusto que integra nuestro ordenamiento civilista, se tendrá por válido sólo si cumple con los parámetros constitucionales. Lo será, por ejemplo, si soporta con éxito el test de razonabilidad del 28 de la Constitución Nacional.

Desde la fuente externa o internacional, el deber de no perjudicar injustamente a otro es un derecho humano y, como tal, está reconocido o constituido en el ordenamiento jurídico internacional. Esto es precisamente lo que ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fallo “Aquino”<sup>2</sup>, con el que ha formulado notables aportes -a través de interpretaciones puntuales- al derecho de daños.

Luego de enfatizar en el considerando 3° que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero -concepto éste vinculado entrañablemente a la idea de reparación-, se señala con

---

<sup>1</sup> Cf. CSJN, “Gunther”, “Santa Coloma”, “Luján”, respectivamente publicados en Fallos 308:1118; 308:1160; 308:1109, entre otros.

<sup>2</sup> CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/09/2004. Fallos: 327:3753.

meridiana claridad, cuál es el alcance de la reparación integral. La concepción materialista –expresan- debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente a la vida humana y a cuya reparación debe tender la justicia. Hay que reparar todo daño injusto que se haya provocado, tanto el de naturaleza patrimonial como el agravio moral.

Nadie duda que, con el paso del tiempo, la comunidad científica ha mutado de paradigma. Del liberal individualista, con eje en la propiedad, al del hombre como centro del sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la persona es inviolable y constituye un valor fundamental respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

No basta con la justicia distributiva que se instaura midiendo la exclusiva capacidad económica de las víctimas –en términos de capital o de su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo-. La significación de la vida de las personas no se agota en ese aspecto patrimonial, sino que las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica también integran como valor vital a los sujetos de derechos.

Es decir que la reparación debe tener esta calidad, debe ser plena o integral, para borrar así todo rastro de perjuicio. Si queda un mínimo menoscabo sin resarcir no se ha cumplido con el objetivo y, como tal, no se ha hecho justicia. Esto es, para que el pago sea eficaz y de este modo se extinga la obligación contraída a partir del acto ilícito, o de la formalización de un contrato, o por la intervención activa de una cosa riesgosa o viciosa, se requiere respetar el principio de integridad del pago.

En el considerando n°4 –siempre del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni-, se retoma el análisis de los rubros indemnizatorios, acorde al principio de la reparación justa que emana de este derecho humano y, en el considerando n°9, en el que se hace referencia a un precedente de la Corte Interamericana, es precisamente donde se señala, como pauta orientadora, que la regulación del principio del

*alterum non laedere* no puede imponer limitaciones que impliquen alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. La indemnización debe ser “justa”, y se considera tal a la que tiende a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado, en los planos tanto material como inmaterial, y no puede implicar el empobrecimiento de la víctima. Es decir el daño indemnizable – patrimonial y moral- será aquél que se haya padecido y acreditado.

Se desprende de Aquino que el derecho a la reparación es un derecho humano, conforme jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su sustento normativo lo encontramos en el artículo 21, parágrafo 2, del Pacto de San José de Costa Rica, en concordancia con el artículo 63, parágrafo 1.

“Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa” (artículo 21, parágrafo 2., PSJCR)

“Cuando decida que hubo violación en un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada...” (artículo 63, parágrafo 1., PSJCR)

Lo expuesto lleva a plantearnos si nuestra regulación interna del derecho a la reparación, es correcta. El debate está abierto. Tenemos la enorme responsabilidad de reflexionar para encontrar las propuestas de solución que mejor se adapten a la normativa internacional que integra nuestro ordenamiento.

## 2. El proyecto de unificación y la Responsabilidad Civil.

De lo anteriormente expuesto se ha hecho eco el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial, para el que se convocara, por Decreto 191/11 del Poder Ejecutivo Nacional, a los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

En el mismo, de manera simplificada y general, se legisla reduciendo el número de normas aplicables, y dejando trascender una manifiesta constitucionalización del derecho privado, haciendo hincapié no sólo en la relación de los sujetos con las cosas sino, lo que es por demás relevante, las que vinculan al sujeto y los bienes, ampliando de este modo la protección a las relaciones no patrimoniales. Así, el Código Civil (ahora unificado) opera como un verdadero nexo entre la Constitución, los instrumentos internacionales y la vida de los particulares.

Más allá de lo que pueda opinarse en lo que hace a la denominación adoptada –teniendo en cuenta la posición de un sinnúmero de juristas que propiciaban hablar de responsabilidad por daños, por tener un campo de aplicación más amplio y abarcar, además, a las funciones preventiva y sancionatoria-, lo cierto es que esta terminología es la que se ha incorporado en el universo social.

El texto redactado ha consagrado la unificación de los regímenes contractual y extracontractual, estableciendo el principio de la reparación plena y planteando distinguir, en base a la calidad del sujeto pasivo, dos especies de responsabilidades. La *directa*, cuando se identifica como legitimado para la reparación del perjuicio causado al autor del daño, e *indirecta*, para aquellos casos donde quien debe hacer frente a la obligación indemnizatoria es determinado por la ley en base a la calidad que ostenta, al ser principal de un dependiente o dueño o guardián de una cosa riesgosa o viciosa, por ejemplo.

Se prevén además, como derivación de ello, supuestos donde el sujeto no se encuentra identificado y otros donde media pluriparticipación.

Se otorga carácter legal a la obligación objetiva de resultado y se plasman normativamente los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil, que fueran elaborados por la doctrina y jurisprudencia y conforman lo que llamamos la tesis unitaria de la responsabilidad civil. Antijuridicidad, dañosidad, relación de causalidad y factores de atribución serán los cuatro requisitos legales a acreditar siempre que se pretenda intentar una acción reparadora.

### **3. Causales de justificación.**

Por primera vez en la legislación privada se establecen causales de justificación de los daños. La legítima defensa propia y de un tercero, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho fueron previstos en el artículo 1718, con una clara remisión al derecho penal al receptar, tal como lo hace el 34 del Código Penal, los requisitos que habilitan la aplicación de las justificaciones. De este modo es suficiente la ponderación que el juez civil efectúe para tener por justificado el daño, lo que generará el rechazo de la indemnización.

Tratamiento particular mereció el supuesto especial del estado de necesidad, ya que para él se acepta el progreso del reclamo por los daños provocados aunque, condicionado a que el juez, al ponderar en concreto la situación, lo considere equitativo.

### **4. Eximentes.**

Consideraciones puntuales se formulan también en cuanto a las eximentes. A partir de ahora se hablará del hecho del damnificado,

hecho del tercero, caso fortuito y fuerza mayor, imposibilidad objetiva y absoluta de cumplimiento y consentimiento del damnificado.

La ruptura del nexo causal por causa ajena impone, de este modo, un freno al desplazamiento patrimonial indemnizatorio. Dejamos de referirnos a la culpa del damnificado, de la víctima o de un tercero. No parece ser esto sólo un cambio de denominación, sino que la modificación se ha de extender el análisis concreto del aporte causal extraño al legitimado pasivo. Esa contribución deberá tener carácter de caso fortuito o fuerza mayor para que, a nivel de eximente, habilite la compensación judicial de la obligación mayor hasta donde se extienda el monto de la menor. Dicho de otro modo, no cualquier aporte ajeno ha de eximir de responsabilidad.

El hecho del damnificado, previsto en el artículo 1729, tiene idénticos efectos de liberar total o parcialmente, excepto que por el principio de autonomía de la voluntad -que sigue funcionando como rector- se haya dispuesto lo contrario. Si las partes formalizaron un pacto de garantía cualquiera de las eximentes pierde vigencia, salvo que la ley prohíba asumir el caso fortuito. Y, si el deudor está en mora, o si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento ocurren por su culpa o son contingencia propia del riesgo o la actividad, la obligación sólo se extinguirá cumpliendo con la conducta debida.

Expresamente se señala que el caso fortuito y la fuerza mayor (artículo 1730) junto a la imposibilidad objetiva y absoluta de cumplimiento (artículo 1732), tienen consecuencias jurídicas idénticas.

El texto indica que la imposibilidad no debe ser imputable aunque parece redundante señalarlo luego de exigir que sea “objetiva y absoluta”. Ello, sin dudas, permite interpretar que se exige que ningún otro sujeto esté en condiciones de cumplir lo establecido.

La asunción de riesgos, plasmada en el artículo 1719, recoge lo que buena parte de la doctrina venía esbozando. Como principio general, la exposición voluntaria a una situación de peligro que causa daño al que se expuso, no exime de responsabilidad, a menos que

tenga las características de un hecho del damnificado con entidad para interrumpir total o parcialmente el nexo causal.

En cambio, si la exposición es para salvar la persona o los bienes de un tercero y en esas circunstancias se sufre una lesión, tiene derecho a ser indemnizado por el que generó el peligro. Claro está, entonces, que habrá acontecimientos excepcionales que al ser evaluados permitan aplicar la asunción de riesgos como eximente, aunque no funcionando como regla.

De igual manera el consentimiento del damnificado puede tener trascendencia jurídica. En el artículo 1720 se especifica que opera como eximente en aquellos casos donde la lesión se produce sobre bienes disponibles, si: 1) es exteriorizado de manera libre e informada y 2) no constituye una cláusula abusiva.

## **5. Prueba. Teoría de las cargas dinámicas.**

El artículo 1734 establece que la prueba de la relación causal, las eximentes y los factores de atribución quedarán a cargo de quien las alega, salvo que la ley las impute o presuma, facultando al juez a que durante el desarrollo del proceso utilice el criterio de la distribución dinámica de la prueba si considera que la otra parte es quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo (artículo 1735).

En este caso se impone como requisito el de notificar a quienes integran la litis para facilitar el ejercicio del derecho de defensa. La directiva es sustancial, porque está dirigida al juez para que, al momento de resolver en ausencia de pruebas, pondere que el incumplimiento probatorio acarrea la pérdida del beneficio y adopte, de este modo, la decisión en consonancia con ello. La regla no ha de funcionar cuando se presuma la culpa o la causalidad.



## **6. Valoración de la conducta**

Al momento de valorar la conducta que ante el hecho concreto los intervinientes han desplegado, el juez debe efectuar un análisis conveniente y acorde a todas las circunstancias.

Sabios maestros del Derecho Civil, como lo fuera el Dr. Isidoro Goldenberg y lo es el Dr. Jesús Daniel Los Arcos Vidaurreta, siempre han señalado que una verdadera pieza jurídica del código de Vélez lo constituía el artículo 902. Con beneplácito podemos encontrar que el artículo 1725 recoge sus preceptos. «Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias...».

Similar al artículo 902 que Vélez había extraído del Código de Prusia pero ampliado ya que, cuando exista una confianza especial, deberá tenerse en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones de las partes. Esto es, frente a relaciones entre los profesionales y sus clientes, por ejemplo, permite tomar en cuenta la condición subjetiva especial o la facultad intelectual del sujeto interviniente.

Así, la regla se aplicará no sólo para la imputabilidad sino, además, para la causalidad.

## **7. Factores de atribución.**

Se introduce una acepción única de dolo, que requiere la producción intencional del daño o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, quedando comprendido en ella el incumplimiento obligacional deliberado.

La culpa se prevé con un criterio similar al del artículo 512 del Código Civil Anterior y se la define en el art. 1724 como la omisión de

la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.

Junto a estos factores de atribución *subjetivos* funcionan además los *objetivos* (equidad, garantía, riesgo, vicio, actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias). De ellos se puntualiza que son aquellos en los que la culpa del agente es irrelevante. Los subjetivos funcionan por defecto ante falta de previsión.

La diferencia entre ambas imputaciones se ponen de manifiesto a nivel de las eximentes. Mientras la objetiva permite liberarse acreditando un curso causal ajeno (caso fortuito, hecho de la víctima o hecho de un tercero), la subjetiva, aunque se presume la culpa, requiere la demostración de la falta de culpa.

## **8. Deber de reparar.**

El artículo 1714 del CCyC actual concuerda con el artículo 1109 del C. Civil derogado. El deber jurídico genérico de no dañar a otro, *alterum non laedere*, se impone. Su violación, sea por incumplimiento de una obligación o simplemente por causar un daño, genera la obligación de reparar.

Esta redacción traduce la unificación de regímenes, solución coherente con las conclusiones a las que se arribara en numerosos Congresos y Jornadas Nacionales.

Este deber de reparar merece armonizarse con la previsión del artículo 1749: «Es responsable directo quien incumple una obligación por sí o por un tercero, u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión».

## **9. Antijuridicidad.**

«Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada». La redacción es mucho más general que la anterior del artículo 1066 C. Civ y recepta el criterio material. Lo que es ilícito es antijurídico. Incluye toda conducta considerada inconveniente, en particular, por el legislador o aquella que vulnere la buena fe, la moral, las buenas costumbres.

## **10. Relación causal.**

La causalidad que permite adjudicar las consecuencias de un acto, debe ser adecuada tal como lo pautaba ya el artículo 906 C.Civ. Se indemnizan siempre las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1726 CCyC). Es decir las que ocurren según el curso natural y ordinario de las cosas y las que se conectan con el hecho a través de un acontecimiento distinto en tanto puedan preverse. Las casuales, que son las que no pueden preverse, ingresan a la reparación cuando se actúa de manera dolosa al preexistir un vínculo contractual o para otorgarle carácter de plena en los casos de hechos ilícitos.

Tal como estudiamos hasta el presente la previsibilidad objetiva es la que permite determinar de manera directa la extensión del resarcimiento en tanto, indirectamente, nos lleva a adjudicar las consecuencias dañosas del acto a su autor o a quien por la calidad que tiene, la ley lo identifica como legitimado pasivo (principal de un dependiente o dueño o guardián de una cosa riesgosa o viciosa, quien se aprovecha de una actividad riesgosa, etc).

La previsibilidad contractual está contenida en el 1728 en total acuerdo con lo que regía en el artículo 1198 de Vélez Sársfield. Allí se fija que si hay dolo se responde hasta por las consecuencias no previstas.

Se ratifica el parámetro de la previsibilidad, tanto subjetiva como objetiva para orientar los razonamientos jurídicos en el campo de la responsabilidad.

## **11. Dañosidad.**

Varios aspectos relacionados con el daño son abordados en el proyecto. A partir de su sanción se hablará de daño patrimonial y no patrimonial, ampliándose la legitimación para el agravio moral. Se incluye la violación a derechos personalísimos, a la integridad personal, a la salud psicofísica, a las afecciones espirituales legítimas y la interferencia al proyecto de vida.

El artículo 1737 afirma que «Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva».

Para que el daño sea resarcible se consagran los requisitos elaborados y especificados por la doctrina y la jurisprudencia. El perjuicio debe ser directo e indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. Destaca, como excepción a la certeza exigida, que la pérdida de la chance se reparará si la contingencia es razonable y guarda relación causal adecuada con el hecho generador.

## **12. Indemnización.**

La reparación, como prestación, tiene que ser plena conforme el artículo 1738. Su texto es similar al del anterior art. 1083 C.Civ. Se pretende la restitución del equilibrio perdido a causa de la lesión. El pago se hará en dinero o en especie y la víctima puede optar -salvo que medie imposibilidad-, funcionando como una obligación

alternativa impropia. Para el caso de lesión al honor, intimidad o identidad personal el juez está facultado para ordenar la publicación de la sentencia

El artículo 1734 especifica rubros indemnizatorios patrimoniales. En principio, se indemnizan la pérdida o disminución del patrimonio, que hoy se identifica como el daño emergente, junto al lucro cesante considerado como el beneficio económico esperado según una probabilidad objetiva, y la pérdida de chance. Se deja sentado para que no quede duda alguna que, en lo que hace a las ganancias de que fue privado el sujeto lesionado, la determinación debe efectuarse con una medición objetiva.

En lo que hace al daño no patrimonial, como regla sólo el legitimado directo accedería. Sin embargo por muerte o discapacidad, también progresará el planteo efectuado por los ascendientes, descendientes, cónyuges y quienes convivan con aquél si reciben trato familiar, lo que evidencia una manifiesta extensión de legitimados. El artículo 1078 del código actual fue objeto de numerosos planteos de inconstitucionalidad y, por otro lado, desconoce el agravio moral a la concubina por ejemplo lo que, en los hechos, es desconocer la realidad imperante en la sociedad que integramos. Se acepta que iniciada en vida y producida luego la muerte del peticionante, la acción se transmitirá a los sucesores.

La prueba del daño, queda a cargo de quien lo invoca, salvo presunción legal o que sea notorio, lo que suma un nuevo reconocimiento de lo que venía siendo considerado así por los operadores del derecho.

Un lugar especial ocupa la atribución del juez de morigerar la indemnización cuando se actúa de manera culposa. El artículo 1742 establece que ello puede hacerse por cuestiones de equidad, en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho, excluyendo tal facultad cuando se haya actuado con dolo. Es evidente la coincidencia con lo que postula el anterior art. 1069 C. Civ.

Si la indemnización fuera por fallecimiento (hipótesis que recoge el art. 1745 CCyC), deberán satisfacerse los gastos necesarios para la asistencia y funeral y el pago se hará al que los haya abonado. Corresponde, además, los alimentos para el cónyuge, conviviente, hijos menores de 21 años o incapaces (sin necesidad de declaración judicial) y aunque haya otro obligado a prestar alimentos al damnificado indirecto.

Se prevé, también, indemnizar la pérdida de chance de ayuda futura ante la muerte de hijos (aunque quien lo solicite sólo tenga su guarda), terminando así con un intenso debate jurisdiccional y doctrinario que generaba este tipo de planteos ante la ausencia de regulación en este sentido.

Para la cuantificación de los daños, el Juez debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes.

Si la indemnización es por lesiones o incapacidad física o psíquica, sea parcial o total, se requiere que el juez determine un capital -para que sus rentas cubran la disminución de aptitud para realizar actividades productivas- que se agote en el término en que pudo continuar la actividad.

Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte acorde a la índole de lesión (art. 1746 CCyC). De modo que, una vez más, se incorpora al código lo que la doctrina y jurisprudencia había desarrollado durante años.

Si la incapacidad es permanente, se indemniza el daño aunque el damnificado siga ejerciendo tarea remunerada (art. 1746 CCyC). Esto quiere decir que, por más que la lesión no le impida actuar como factor productivo, el impacto que la misma le genera en su vida cotidiana y de relación tiene que repararse.

Se legisla puntualmente que los intereses se deben desde el momento mismo en que el daño se produjo (artículo 1748).

### **13. Particularidades.**

Partiendo del principio de que la responsabilidad directa prevista en el artículo 1749, determina como responsable al que incumple una obligación por sí o por un tercero o el que ocasiona un daño injustificado por acción u omisión, considerando al sujeto protagonista capaz y, por ende, ejecutando un acto voluntario, se establece más adelante la responsabilidad por acto involuntario en el artículo 1750, que coincide con el artículo 907 que introdujera la Ley 17711. Por este modo de actuar se responde por razones de equidad y se aplica lo dispuesto en el 1742, en cuanto a la posible atenuación por el juez.

Cuando estemos en presencia de pluralidad de autores, el proyecto se inclina porque las obligaciones sean concurrentes cuando la causa es distinta, y solidaria cuando es única (artículo 1751). Se termina así con otra intensa discusión tanto doctrinaria como jurisprudencial. La solución es absolutamente razonable. Se especifica que, en casos de encubrimiento, la obligación indemnizatoria será proporcional a la cooperación.

Cuando la responsabilidad se genera ante el incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, se considera inválida la dispensa contractual anticipada si esas cláusulas eximentes o liberadoras afectan derechos no disponibles o atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas o son abusivas. No son válidas tampoco cuando liberan anticipadamente del dolo del deudor en el incumplimiento de la obligación futura, tal como lo hacía –en el código derogado– el artículo 507.

La previsibilidad contractual está normada en el artículo 1725 de manera similar a como lo está en la actualidad en el anterior artículo 1198 del Código Civil, aunque estableciendo de manera precisa que, en caso de que medie dolo, la extensión del resarcimiento incluye las consecuencias casuales.

## **14. Responsabilidades Especiales.**

**14.1. Responsabilidad por el hecho de un tercero.** El artículo 1753 pretende dar solución a los casos que quedaban atrapados por el artículo 1113. El principal deberá responder por el dependiente cuando el hecho dañoso acaezca en ejercicio o en ocasión de las funciones encomendadas. Se consigna que la falta de discernimiento no excusa al principal. Frente a la víctima la obligación será concurrente, del principal y del dependiente, siendo reconocida la acción de regreso del principal. Se especifica que el principal responde también por las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones.

**14.2. Responsabilidad de los padres.** Se da término con él a otra gran discusión al establecerse que la misma es objetiva (artículo 1755) y, por lo tanto, este es el paradigma que debe aplicarse. Son los padres quienes El artículo 1754 consagra la solidaridad entre ambos padres cuando el daño lo producen sus hijos que se hallan bajo su responsabilidad parental, sometido a la condición que habiten con ellos. Merece citarse que parece innecesaria la previsión que señala que responderán aunque no convivan si ello le es atribuible porque ese agregado introduce un sesgo culposo, que hasta puede generar interpretaciones dispares. Como es obvio, deja a salvo la responsabilidad de los hijos si fueren mayores de 18 años. Habrá concurrencia en este caso. Son los padres quienes, para eximirse, se encuentran obligados a probar las eximentes. De manera especial, se permite acreditar que el hijo fue puesto bajo vigilancia de otra persona, sea esta permanente o transitoria, o cuando las tareas generadoras del daño son inherentes al ejercicio de su profesión o funciones encomendadas por terceros o, cuando median obligaciones contractuales válidamente contraídas. De nuevo vale remarcar que hacer hincapié sólo en la vigilancia delegada para eximir de responsabilidad nos coloca ante la sospecha de que entonces el factor



de atribución subjetivo sigue siendo relevante en este tipo de responsabilidad lo que contradice lo afirmado en el artículo. Debiera señalarse que cuando el menor se encuentra bajo la responsabilidad de un tercero será éste quien deba hacer frente a la indemnización.

**14.3. Responsabilidad de tutores y curadores.** Los tutores o curadores responden como los padres aunque tienen a su disposición eximentes más amplias, ya que pueden esquivar el planteo si acreditan que les fue imposible evitar el daño, aunque no basta la circunstancia de que el hecho ocurrió fuera de su presencia (artículo 1756).

**14.4. Responsabilidad de los establecimientos asistenciales.** El mismo artículo 1756 regula que, en estos casos, el factor de atribución es subjetivo, en relación a los daños que sufran las personas que tienen a su cuidado, sea de manera transitoria o permanente.

**14.5. Responsabilidad por intervención de cosas.** En la Sección 8°, a partir del artículo 1757, se regula otro supuesto que quedaba abarcado por el actual 1113. El hecho de las cosas y actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización quedan alcanzadas por la responsabilidad objetiva. Toda persona debe indemnizar a quien, en esas circunstancias, haya padecido un daño sin que la autorización administrativa para el uso de la cosa ni el cumplimiento de técnicas de prevención, lo exima. El dueño y el guardián responden indistintamente frente a la víctima.

Se especifica que guardián es el que ejerce por sí o por terceros el uso, la dirección y el control de la cosa, o quien obtiene provecho de ella. Se deja a salvo que el dueño no responde, si prueba que la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta. En caso de que la propia actividad sea riesgosa, el legitimado pasivo es el que la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, salvo legislación especial.

**14.6. Responsabilidad por daños causados por animales.**

Realmente para aplaudir la síntesis efectuada en el artículo 1759 que remite al 1757, siendo considerado el perjuicio como un hecho de la cosa.

**14.7. Responsabilidad colectiva y anónima.**

Cuando a raíz de una cosa suspendida o arrojada de un edificio es que se produce la lesión, los dueños y ocupantes responden solidariamente. Deja a salvo la posibilidad de plantear como eximente la prueba de no haber participado del hecho (artículo 1760). Cuando el autor es anónimo (no identificado), y el daño se provocó en situación tal que pudieran haber sido varios los generadores del mismo, todos los posibles victimarios deben responder, funcionando en tal caso también como eximente la prueba de no haber participado del hecho (artículo 1761).

**14.8. Actividad peligrosa para de un grupo.**

Supuesto similar es el que se regula en el artículo 1762, cuando se prevé la actividad peligrosa para terceros de un grupo, todos las intervinientes responden solidariamente, pudiendo eximirse quien prueba que no participó.

**14.9. Responsabilidad de las personas jurídicas.**

El artículo 1763, hace responsable a las personas jurídicas de los daños causados por quienes las dirijan o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

**14.10. Responsabilidad de los Establecimiento educativos.**

La responsabilidad que establece el artículo 1767 es similar a la que prevé hoy el artículo 1117. El titular del establecimiento es quien responde de manera objetiva. Funciona como eximente el caso fortuito, sea que el daño fuere causado o sufrido por sus alumnos. Exige la contratación de un seguro.

**14.11. Responsabilidad de los que ejercen profesiones**

**liberales.** El artículo 1768 especifica que los profesionales asumen

como regla una obligación de hacer de naturaleza subjetiva, salvo promesa de resultado. Esa obligación no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas.

**14.12. Responsabilidad en accidentes de tránsito.** Otro gran acierto del art. 1769 CCyC es dejar claro que todos los casos de accidentes de tránsito, con independencia del tipo de relación que conecte a las partes que se vincularon a partir de un acto ilícito con intervención de cosas riesgosas, deben ser resueltas por aplicación del artículo 1757.

**14.13. Responsabilidad ante lesión a la vida privada.** El artículo 1770 regula de igual modo a como lo hacía el artículo 1071 bis estos casos.

**14.14. Responsabilidad por calumnia.** Sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

## **15. Funciones.**

La función resarcitoria o reparadora es la que prevalece. Está prevista en veintiún artículos de la Sección 3° donde se regula la antijuridicidad, las causales de justificación, los factores de atribución, las eximentes y la relación de causalidad; continúa en la Sección 4° donde en doce artículos se establecen las pautas para considerar al daño, fijando como regla general la reparación plena, los daños resarcibles, la atenuación de la indemnización para terminar regulando indemnizaciones especiales (artículos 1733 a 1744).

Luego, la Sección 5° fija las pautas relativas a los *daños a los derechos de incidencia colectiva* (artículo 1745/1748) y la Sección 6°

regula del 1749 al 1752 la *responsabilidad directa*, por actos involuntarios, con pluralidad de responsables y el encubrimiento.

La Sección 7° regula supuestos especiales de *responsabilidad por el hecho del tercero* (principal, padres, tutores, establecimientos asistenciales) en los artículos 1753 a 1756.

En la Sección 8°, se regula la *responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades riesgosas* (artículos 1757 a 1759) mientras que en la Sección 9° se consagra la *responsabilidad colectiva y anónima* y en la Sección 10° se regulan *supuestos especiales de responsabilidad* (persona jurídica, establecimientos educativos, profesiones liberales, accidentes de tránsito, protección de la vida privada y acusación calumniosa) para concluir en las Secciones 11 y 12 con el ejercicio de las acciones de responsabilidad y la independencia e interrelación de las mismas.

## **16. Prevención.**

Sin embargo la reparación no es la única función que la Comisión ha previsto en la unificación. Durante mucho tiempo numerosos juristas venían sosteniendo, junto a la oposición de otros, que la reparación comparte con la prevención y la sanción pecuniaria disuasiva la calidad de función de la responsabilidad civil. De las dos, la prevención es –a no dudarlo– un mecanismo fundamental para impedir que cualquier perjuicio se concrete. Mucho más que eso supone pensar en que, primero hay que prevenir, para incentivar la protección de bienes colectivos.

La función a tener en cuenta y aplicar será acorde al bien protegido en el caso concreto.

La prevención está prevista en los artículos 1710 a 1713. En el primero de ellos se establece el deber de prevención, en el artículo 1711 se regula la acción de prevención y en el siguiente la

legitimación, mientras que el artículo 1713 fija el alcance de la sentencia preventiva.

Así, señala el artículo 1710, que «Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo». Evitar causar un daño, adoptar medidas razonables acordes a la buena fe para evitarlo o disminuirlo y no agravarlo son deberes impuestos *erga omnes*.

Cuando se omite cumplir el deber genérico de prevención, se acepta la acción preventiva ante la previsible producción de daño, continuación o agravamiento, sin que se exija la acreditación de ningún factor de atribución. Es suficiente la prueba de la antijuridicidad, dañosidad y relación de causalidad. Tienen legitimación sustancial para plantearla quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado.

Esa acción preventiva puede ser provisional o definitiva o incorporarse dentro de un proceso autosatisfactivo, delimitándose de este modo tres posibles criterios. Es claro que se recepta, así, la tutela inhibitoria o definitiva, la tutela civil preventiva y las medidas autosatisfactivas, transformándose en una norma sustantiva y adjetiva a la vez, que se ha introducido por una cuestión de política legislativa, aunque forme parte de una ley de fondo. Si la tutela pretendida es definitiva ella surgirá de un proceso autónomo destinado sólo a prevenir. La sentencia podrá establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos, y siempre la extensión de esas obligaciones estará guiada por la necesidad de evitar el daño, con la menor restricción posible de derechos.

El juez podrá orientar su decisión considerando

razonablemente todas las circunstancias del caso, cual relación de medio a fin.

## **17. Sanción pecuniaria disuasiva.**

Ha sido por años la función más cuestionada del ámbito de la responsabilidad por su ajenidad con el derecho privado. En ella el rol de los jueces será más que preponderante en cuestiones donde falta experiencia, por lo que su aplicación constituirá una verdadera novedad. La sanción sólo puede imponerse a petición de parte, y siempre que medie grave menoscabo a los derechos colectivos (ambiente, transparencia de mercado, competencia). Esos derechos pertenecen a la categoría de los indivisibles, no generan derechos subjetivos y la expresión refleja la exigencia de un actuar doloso especial. No sólo media intención deliberada de generar daño sino, desprecio por los bienes con titularidad plural. Está prevista la posible acumulación de la sanción a la reparación y/o a la prevención, y la cuantificación requiere de la prudencia judicial, acorde a las circunstancias del caso, delineadas por la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras sanciones administrativas o penales. El monto tiene que fijarse, por equivalencia o satisfacción, pero ajustándose a las pruebas rendidas.

El artículo 1713 denota que la sanción tiene una aplicación similar a las astreintes e idéntica a lo previsto por el artículo 52 bis de la ley 24240, que consiste en una multa civil que tiene como beneficiario al consumidor. La prestación supone una obligación de dar una suma de dinero y con una función dual, cual si se tratara de una punición del derecho penal, a modo de prevención especial y general. Por un lado, disuadir futuras conductas sociales dañosas y, por otro, como reproche para el sujeto pasivo. La norma es abierta en

cuanto al destino a darle a la misma, por lo que será completada por el desarrollo jurisprudencial y doctrinario posterior. Es de tener en cuenta que, si tutela al interés colectivo, debiera tener como beneficiaria a la comunidad, ya que al comprometerse bienes especiales debieran intervenir ciertas organizaciones que busquen garantizar la no repetición de esos hechos. Se puede dejar de lado, si hay acumulación de sanciones ante un mismo hecho nocivo, lo que marca su mutabilidad. Ello atento que pueden existir sanciones administrativas, penales o civiles derivadas de un único curso causal dañoso que tornen en irrazonable la nueva sanción.

Ante las diversas situaciones que han de plantearse, deberemos tener presente que si se afecta un derecho de incidencia colectiva se aplicará la norma proyectada. Si, en cambio, la afectación se produce a un derecho individual en el ámbito de las relaciones de consumo, se torna operativa la ley especial. Pero si los derechos vulnerados no están dentro de una relación de consumo y no pertenecen a un bien colectivo, la sanción pecuniaria disuasiva no se aplica.

Tienen legitimación quienes pueden peticionar la tutela de los derechos de incidencia colectiva (defensores, asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, los afectados). Es obvio que un sujeto puede reclamar la reparación de daños individuales –que ingresará a su patrimonio- y, además, pedir la aplicación de la sanción –que no ingresará a su patrimonio-.

■■■





# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, LA REPARACIÓN PLENA Y LAS DEUDAS DE VALOR.

*Eduardo Richter\**

## **1. Introducción. La justificación del título.**

A los fines de aclarar desde el comienzo el enfoque metodológico a abordarse, cabe señalar que la intención de la presente monografía será vincular los conceptos de “reparación plena” y “deudas de valor”, postulando una interpretación del primero que no es la que prevalece en doctrina. Para ello, preliminarmente lugar recurriremos a la noción de “constitucionalización del derecho privado”, que se predica como uno de los más significativos cambios, si no el principal, que normativamente se han producido con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC).

En segundo término intentaremos demostrar de qué modo las deudas de valor, en tanto alternativas a las más comunes obligaciones de dar dinero, pueden ser de significativa utilidad práctica a la hora de procurar judicialmente la mayor satisfacción posible del principio de reparación plena. Esto, también, a partir de un criterio que no es mayoritario en la opinión de los autores e incluyendo una crítica a la

---

\* Funcionario del Poder Judicial de la Provincia del Neuquén. Maestrando en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF)-.

redacción de la norma pertinente del CCyC. Finalmente, formularemos algunas humildes conclusiones.

## 2. La constitucionalización del Derecho Privado.

Conforme sostiene Ricardo Lorenzetti, coautor del Anteproyecto del CCyC que finalmente se sancionó, al elaborar ese documento preliminar se tomaron muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en el llamado “bloque de constitucionalidad”. En este aspecto, indica el prestigioso jurista,

*“se innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.*<sup>1</sup>

Esa valiosa perspectiva de los derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad, cuyo eje central es la persona humana y la satisfacción de sus derechos. Uno de los sistemas sobre el que ha impactado de manera directa es el legal. De ese modo, los instrumentos de derechos humanos —con jerarquía constitucional desde 1994— conminan a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior.<sup>2</sup> En esa

---

<sup>1</sup> LORENZETTI, Ricardo, “Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley* 2012-C, p. 581.

<sup>2</sup> Cfme. CAMELO, Gustavo y otros (directores); *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. I.; Buenos Aires; Infojus; 2015; p. 6. Allí se agrega que “el Código Civil no ha estado ajeno a este movimiento” y que el nuevo paradigma “ha dado lugar al conocido ‘derecho civil constitucionalizado’ o, en palabras de MossetIturraspe, a una suerte de ‘publicización del derecho privado’”.

inteligencia se inscriben indudablemente los primeros dos artículos del CCyC, en los que la referencia a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos -como fuentes primarias de derecho y, respecto de estos últimos además, como disposiciones con contenido hermenéutico- se constituye en presupuesto axiológico ineludible que prevalece en cualquier juicio de *ponderación* que se deba efectuar para resolver casos concretos.

Debemos advertir que con este nuevo paradigma pierden sentido los tradicionales juicios deductivos de subsunción, primando los análisis valorativos o “de ponderación” a la hora de interpretar o integrar el derecho.<sup>3</sup> Para esta última labor se recurre a los “principios y valores jurídicos” expresamente mencionados por el codificador (art. 2 del CCyC). Así, en la actualidad ya no se señala, como antaño, una división tajante entre el Derecho Público y el Derecho Privado, ni se concibe al hombre como mera unidad productiva<sup>4</sup> (tal los lineamientos netamente patrimonialistas del Código Francés de 1804, inspirador a su vez del Código Civil que en nuestro país rigiera hasta el año pasado).

---

<sup>3</sup> La doctrina es coincidente sobre el particular: “*Se trata, nada más ni nada menos, que de un modo diferente de razonar, fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el derecho*” (CAMELO, Gustavo y otros; ob. cit., p. 9) y “*en efecto; como éste (el CCyCN) incluye a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, cuyas disposiciones asumen la estructura normativa de los Principios... la tarea de desentrañar los casos regidos por el Código asume una dimensión ponderativa o valorativa, por completo extraña a la metodológica deductiva previamente postulada*” (Cfme. MEDINA, Graciela. y RIVERA, Julio César, *Código Civil y Comercial de la Nación*; Buenos Aires; La Ley; 2015; p. 9).

<sup>4</sup> Refiriéndose al paradigma anterior, enseña Lorenzetti que “*los autores civilistas y, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil no sentían la necesidad de fundar las instituciones en la Constitución, ya que les bastaba con el Código Civil. Ello como consecuencia de la visión decimonónica respecto de la persona humana que ubicaba a la misma en la esfera del Código Civil pero no en nuestra Carta Magna*”. Y agrega a continuación: “*Esta tendencia sólo cambió cuando ya estaba muy avanzado el siglo XX, en las últimas dos décadas, en que se comenzó a tratar de vincular las reglas del derecho privado con la Constitución Nacional*” (LORENZETTI, Ricardo, “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”; *LA LEY*, 2003-C, 1184 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales T. I, 01/01/2007, 207 — RCyS, 2010-II, 265).

En el nuevo escenario se afirman la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como sustrato de los derechos que se desarrollan a través de la legislación, lo que permite concluir, por un lado, que las normas infraconstitucionales no pueden alterar ese orden superior y, por el otro, que de este último emanan derechos y garantías que son directamente operativos y oponibles, tanto frente al Estado como a los particulares.<sup>5</sup> De ese modo, cuestiones que antes eran abordadas exclusivamente desde el derecho privado, hoy se las piensa en términos de conflictos de derechos fundamentales.

En el nuevo paradigma el hombre, el ser humano en perspectiva existencial, ocupa un lugar central y ya no es concebido en términos economicistas y de productividad, sino que se lo considera y tutela desde una perspectiva más holística y más atenta a su dignidad. En esa inteligencia, una de las esferas del conocimiento jurídico en la que más ha incidido la nueva concepción, es en la de la responsabilidad civil o derecho de daños, en tanto, según veremos a continuación, el principio genérico de no dañar, la protección de la persona y de su dignidad, tienen rango constitucional.

### **3. El principio *alterum non laedere* y la reparación integral. La postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

Ese rango constitucional emerge fundamentalmente del art. 19 de nuestra Carta Magna nacional, pero también se desprende de sus arts. 14, 16, 17, 28 y 33, y del objetivo de afianzar la justicia contenido en su Preámbulo. Respecto a lo primero, el art. 19 de la Constitución Nacional regla diversos aspectos de la libertad personal, tanto en lo atinente a la vida privada y la esfera de independencia personal, donde ingresa la ley; como en lo relativo a la libertad del Hombre, en tanto

---

<sup>5</sup> Cfme. RIVERA, Julio César, "Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", 1ª ed.-; Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, p. 4.

miembro de la comunidad, ámbito sí regulado por la ley. De ello se deduce el principio general que prohíbe a toda persona perjudicar los derechos de un tercero y su consecuencia, esto es, el derecho de reclamar judicialmente la reparación del daño.

De este concepto jurídico-constitucional se desprende la idea de reparación, la que a su vez es integral como consecuencia no solo del art. 19 de la Constitución Nacional, sino también: a) del art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos [D.U.D.H.], del que surge que toda persona tiene derecho a la satisfacción de todos sus derechos económicos y sociales indispensables para su dignidad y libre desarrollo de su personalidad; b) del art. 21 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [C.A.D.H.], de acuerdo al que ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de una indemnización justa; c) del art. 63 inc. 1 de la misma Convención que dispone que la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*"cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención... dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".*

Como sostiene Depetris, a quien básicamente seguimos en este tramo de la investigación, el principio bajo análisis es amplio y en su amplitud abarca: 1° Todo lo que amerita evitar las limitaciones que alteren Derechos reconocidos por la Constitución Nacional; 2° La responsabilidad por todo daño causado a un tercero y por las consecuencias de ese accionar ilícito, ya que el Derecho Constitucional a no sufrir daños por conductas ilegítimas de terceros debe ser protegido, atento a que se trata de un Derecho básico a la autonomía e

inviolabilidad de la persona; y 3° La consideración de la persona humana en su plenitud y los imperativos de Justicia que rigen toda conducta jurídicamente regulada.<sup>6</sup>

Estas consideraciones nos conducen sin más a concluir que el *alterum non laedere* (previsto ahora también en el art. 1716 del CCyC, valga destacarlo) tiene raigambre constitucional. La Corte Suprema ha señalado, con todo acierto, que el artículo 19 de la Constitución Nacional, interpretado a contrario sensu, significa que “las acciones que perjudican a terceros, están sometidas al juzgamiento de los magistrados”. La constitucionalización de los daños conlleva, entre otros efectos positivos, el dejar de lado los ‘catálogos’, las ‘series cerradas’ respecto de los perjuicios resarcibles. Tal concepción tiene que ver con la ‘sacralidad’ de la persona humana.<sup>7</sup> Según veremos seguidamente, como proyección de estas aseveraciones, las restricciones indemnizatorias que puedan plantearse en los ámbitos normativos e interpretativos deberán superar las pruebas de constitucionalidad y convencionalidad, ya que si se afirma que la reparación integral es un principio consagrado y amparado por nuestra Carta Magna y los Tratados Internacionales, sólo en casos excepcionalísimos podrán aceptarse soluciones que la restrinjan.

Aun con vaivenes, nuestro máximo tribunal nacional ha ido moldeando la noción que exponemos respecto de la reparación integral en general. El punto de partida lo podemos localizar en el caso Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos (del 05/08/1986), en el cual la Corte hizo referencia a la entidad de la reparación, referida al daño moral por la muerte de los hijos. Asimismo, señaló que cuando las indemnizaciones no se corresponden con el daño efectivamente sufrido, se lesiona el principio del “*alterum non laedere*”, que tiene raíz constitucional en el artículo 19 de la Carta

---

<sup>6</sup> DEPETRIS, Carlos Emilio, *El daño al proyecto de vida del trabajador en los fallos de la Corte*; DJ 28/09/2011, 1.

<sup>7</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *"Derecho civil constitucional"*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 421.

Magna y se ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna. El criterio fue mantenido en los fallos "Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino" y "Luján, Honorio J. c. Estado Nacional", donde la Corte reconoció expresamente que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional, con sustento en el art. 19 de la Constitución Nacional.

La doctrina fue reiterada en los años siguientes, entre otros en "P., F. F., c. Ferrocarriles Argentinos" y "Peon", en donde el Supremo Tribunal proclamó que el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido -que deriva del principio *alterum non laedere*- tiene, en nuestro sistema, raíz constitucional, sea que se lo considere como un derecho autónomo (argum. art. 33, C.N.), o emplazado en el art. 19 C.N. ("Santa Coloma", "Gunther" y "Luján"), o como derecho inferido de la garantía de propiedad (arts. 14, 17 y concs., "Motor Once")<sup>8</sup>. En el caso "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA" (del 21/09/2004), la Corte determinó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera "justa", puesto que

“indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento”, lo cual no se logra “si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida” y que “la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de [la] actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable”.

---

<sup>8</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, "La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)". Sup.Especial La Ley, 27/09/2004, 5 - *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales* T. I, 01/01/2007, 529 - LA LEY, 2004-F, 90.

Y en el más reciente pronunciamiento referido a la cuestión (“Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, 2012-11-27), el Máximo Tribunal sostuvo que

“el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de valores materiales, espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia” y que “la reparación también habrá de comprender, de haberse producido —refiriéndose a un infortunio laboral—, el ‘daño moral’. Más aún, la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable”.

#### **4. ¿La reparación plena del CCYC es la reparación “integral”?**

Con destacable contundencia dispone el art. 1740 del CCyC que: “La reparación del daño debe ser plena”. Y agrega que ello “consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”.

Ahora bien, buena parte de la doctrina nacional sostiene que la reparación “plena” no es la reparación “integral”, y que en realidad esta última es una falacia.<sup>9</sup> Se invoca que el llamado principio de la

---

<sup>9</sup> Así lo entiende Atilio Alterini: “Desde mi tesis doctoral, hace más de 40 años, vengo cuestionando la falacia de la denominada reparación integral. Va de suyo que me satisface que el Proyecto de Código Civil de 2002 emplee el concepto adecuado de reparación plena y no el de reparación integral... En el trabajo mencionado sostuve “la falacia de la reparación integral, que formula el siguiente juicio: debe repararse todo el daño, no más allá del daño, pero todo el daño. Si dicha fórmula implica el conjunto de los daños que merecen indemnización con arreglo a la ley, y no quiere aprehender, en bruto, la totalidad de los irrogados, nada significa y sólo sirve para confundir los



'reparación integral' es una expresión dogmática que pretende dar a entender que todo daño debe ser reparado. Que, sin embargo, "sólo son reparables los daños con la plenitud que cada ordenamiento permite" (tal la conclusión de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999). Se agrega que todo el daño no es jurídicamente reparable; la plenitud de la reparación depende de cada uno de los sistemas, que matizan las soluciones con criterios muy diversos.<sup>10</sup>

En consonancia con ello y con fundamento en otros artículos del mismo CCyC, se afirma que

“en la actualidad no hay una reparación que sea integral o plena, si es que pretendemos darle a esos términos un significado constitucional. Esta situación no muestra mayores modificaciones en el proyecto de Código Unificado Civil y Comercial recientemente presentado ante el Congreso de la

---

*conceptos. Si, por lo contrario, se pretende denotar con ella la resarcibilidad de todo el daño, es inútil por imposibilidad de aplicarla. ¿Es reparable todo el daño? ¿Hay manera de reparar todo el daño, causado, condicionado u ocasionado por el hecho nocivo? Las consecuencias de cualquier hecho se propagan en el decurso de los sucesos con tal amplitud, que la más mínima lesión a un derecho subjetivo podría acarrear una cuota de responsabilidad insoportable hasta por el patrimonio más solvente. De jure condito no puede pretenderse que rija en nuestro Derecho la reparabilidad de todo el daño, pues son claras sus fórmulas imputativas. Ni puede aprobarse que, de jure condendo, se llegue a establecer esa fórmula anodina como vigente en el Derecho positivo" (ALTERINI, Atilio, Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil; LA LEY 30/07/2012; LA LEY 2012-D, 1154).*

<sup>10</sup> ALTERINI, Atilio, ob. cit. En igual sentido, Pizarro y Vallespinos se preguntan: “¿Qué debemos entender por reparación plena o integral y cual es su utilidad y alcance?” Y afirman que el tema suele ser conectado con dos cuestiones de relevancia en materia de indemnización: “la determinación del contenido del daño y la medida de ese contenido”. En cuanto a la primera refieren que “se advierte la estrecha vinculación que existe entre el principio de la reparación plena o integral del daño y el régimen predeterminado de imputación de consecuencias que consagra nuestro Código Civil...Y por vía de contraposición, con otros supuestos, en donde el legislador se aparta del régimen general y consagra, sobre la base de distintas técnicas jurídicas, una extensión del resarcimiento más acotada”. (PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “Instituciones de Derecho Privado- Obligaciones”, Tomo 3, Buenos Aires, Hammurabi, 1999).

Nación. Si bien el Proyecto establece el principio de reparación plena, vemos que se trata de una mención indicativa, pero el propio Código no deja lugar a dudas de que, como corresponde, las consecuencias que se indemnizan son únicamente aquellas que el derecho estima relevante resarcir”.<sup>11</sup>

Se citan, como límites a la reparación, los artículos 1726 (exigencia de nexo de causalidad adecuado), 1739 (se requiere un perjuicio actual o futuro, cierto y subsistente), 1741 (limitación de la legitimación para las consecuencias no patrimoniales) y 1742 (facultad judicial de atenuación de la indemnización, fundada en la equidad).

Sin embargo, donde a nuestro criterio es dable advertir la mayor limitación indemnizatoria es en el art. 1746 del CCyC.<sup>12</sup> La

---

<sup>11</sup> LAPLACETT, Carlos José, “Derecho constitucional a la reparación de daños”; LA LEY 17/09/2012, LA LEY 2012-E, 1045. Agrega el autor citado. “Pero más allá de nuestras palabras, es de gran valor prestar atención a los fundamentos del Proyecto, donde se explica con gran claridad esta situación: a) la indemnización del daño nunca es integral, porque no coincide el daño “real” con el “jurídico”. Si hay algo que pueda ser denominado “real”, comprende muchos aspectos que para el legitimado del derecho son importantes, pero el sistema jurídico excluye. Por ejemplo, hay un régimen de causalidad que no cubre todas las consecuencias, sino sólo las previsibles porque hay que valorar la posición del agente. También hay limitaciones difíciles de superar, como ocurre, por ejemplo, con la indemnización dineraria que nunca puede conformar la desaparición de un ser querido; b) la indemnización, a su vez, tiene relación con los distintos subsistemas en los que se aplica y hay numerosos supuestos en los que hay límites en el derecho vigente. Además, muchos de ellos provienen de convenios internacionales, como ocurre, por ejemplo, en materia de transporte aéreo; c) en otros casos, hay diferentes modos de solucionar un mismo problema, como sucede con los accidentes de la circulación: unos países lo incluyen en la seguridad social, otros lo cubren con el seguro de primera persona, otros lo regulan mediante la responsabilidad civil, la mayoría con límites en la cobertura”. Entonces, sólo puede hablarse de indemnización “integral” o “plena” desde una óptica jurídica o, mejor aún, desde una perspectiva legal, y para ello debemos verificar cuál es la reglamentación que merece, en un determinado régimen, el derecho a la reparación. Pero, nuevamente, la decisión de indemnizar o no un daño es, en este nivel, una decisión legislativa, por lo que no es suficiente remitirnos a esa decisión para poder establecer cuándo ese régimen respeta el derecho constitucional a la reparación”.

<sup>12</sup> “ARTÍCULO 1746.- Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo

norma en cuestión, sin admitir excepciones ni condicionamientos para su aplicación, prevé el empleo de fórmulas matemáticas y, aun sin sentarlo expresamente, establece un “techo” o tope para la reparación.

A continuación expondremos algunos argumentos para criticar esta última disposición legal, y que también nos servirán para cuestionar las opiniones doctrinarias que fueran citadas en los párrafos anteriores.

#### **4.1. La respuesta afirmativa a partir del Derecho y la Filosofía.**

En esa inteligencia, lo primero que no debemos perder de vista es lo que hemos expuesto en la introducción de este trabajo. La constitucionalización del derecho privado, impregna tanto el ordenamiento infraconstitucional como su interpretación, con principios y valores que no pueden ser dejados de lado por el legislador o por el intérprete. Si, como señalamos, el ser humano y su dignidad son el eje del sistema jurídico, mal puede tolerarse que se establezcan limitaciones a la reparación en caso de daños y consecuentes incapacidades.

En la actualidad, la persona es el epicentro del Derecho. Bajo este análisis resulta lógico pensarla desde las normas fundamentales contenidas en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales. También resulta razonable considerar a la persona no como *homo economicus*, *homo faber*, trabajador, productor o creador de

---

*que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado”.*

riquezas, sino al hombre con toda su dignidad, ya no reflejado en un "valor económico", sino también en un "valor espiritual".

Esta posición claramente fue la adoptada por la Corte Suprema en los fallos que citamos en el punto precedente y, sobre todo, cuando ha afirmado que la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva. En consonancia con ello, el principio "alterum non laedere", tan resaltado por el Máximo Tribunal, se vincula necesariamente con la idea de reparación, y no cualquiera o limitada, sino aquella que resulta integral. Como aguda pero claramente enseña la doctrina más especializada, una reparación o compensación parcial "no borra el perjuicio", no deja a la víctima en la situación ex ante (en la que se encontraba antes de padecer el daño) y por ende, no satisface el reclamo de justicia.<sup>13</sup>

Nos parece que otros fundamentos de la postura que sostenemos deben buscarse en el terreno de la filosofía, pues si bien no son estrictamente jurídicos, en definitiva constituyen el basamento de éstos. Nos referimos con más precisión a la filosofía existencial, de nacimiento y desarrollo en el siglo pasado, pero cuyas ideas prevalecen en el tiempo actual y sin duda han guiado, siquiera inconcientemente, a quienes proyectaron el CCyC.<sup>14</sup>

A nuestro criterio, el jurista que mejor ha vinculado al existencialismo con el Derecho y, más específicamente, con el derecho de daños y la responsabilidad civil, ha sido el maestro peruano Carlos Fernández Sessarego al formular su teoría sobre el "daño al proyecto de vida" como rubro indemnizatorio autónomo y fundamental. Tal como enseña el autor, hasta la primera mitad del siglo XX los juristas no habían reflexionado en torno a la trascendencia que para el destino

---

<sup>13</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS Miguel, "*Responsabilidad por daños*", tomo XI, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2010, pág. 28.

<sup>14</sup> Aunque esta última afirmación corre por nuestra cuenta, pensamos que normas como los arts. 1 y 2 (con la preeminencia que otorgan a los Tratados sobre Derechos Humanos) y, fundamentalmente, los arts. 51 y 52 (que ponderan sobremanera la Dignidad de la persona humana), traslucen una adscripción al "existencialismo".

del ser humano tiene la frustración, el menoscabo o el retardo en el cumplimiento de su proyecto de vida como expresión fenoménica de su libertad.<sup>15</sup> En nuestra opinión, en esa omisión se fundaba el paradigma anterior que concebía jurídicamente al ser humano como mero ente productivo.

Sin embargo, prosigue didácticamente Fernández Sessarego,

“el vuelco en la concepción del Derecho, que permite esclarecer la noción de daño a la libertad fenoménica, se sustenta, a su vez, en los valiosos hallazgos de un conjunto de pensadores que dirigen su inquisidora mirada sobre el ser humano. Ellos nos muestran aspectos de su estructura existencial antes desconocidos o parcialmente referidos sólo por algunos aislados filósofos a través de la historia contemporánea. La persona humana, a partir de estas reflexiones, dejó de ser tan sólo un ‘animal racional’ para convertirse en un ser libre, coexistencial o social y temporal. Esta nueva realidad es fruto de la corriente de pensamiento que podemos designar como humanista o personalista. Ella encuentra sus lejanos orígenes en el cristianismo y se prolonga y enriquece a través del tiempo gracias a la contribución de filósofos como Kant, Fichte o Kierkegaard para eclosionar, en la primera mitad del siglo XX, en la escuela de la filosofía de la existencia, cuyos representantes más notorios son, como es sabido, Jaspers, Zubiri, Sartre, Marcel, Heidegger y, posteriormente, Mounier”.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, El daño a la libertad fenoménica o daño al proyecto de vida en el escenario jurídico contemporáneo, en “*JUS Doctrina & Práctica*”, N° 6, Año 2007, Grijley, Lima, junio 2007, consultado el 20 de diciembre de 2016, accedido el 20 de diciembre de 2016 a través de la web [http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_7.PDF](http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF). “*Dicho en otras palabras, del cumplimiento por el ser humano de su realización personal, de poder alcanzar las metas y expectativas propuestas durante su tránsito existencial*”.

<sup>16</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit.

De estos últimos, nos interesa particularmente rescatar a Martín Heidegger pues es, a nuestro humilde criterio, quien más ha influido en el pensamiento contemporáneo.<sup>17</sup> En lo que nos interesa, en su obra *Ser y Tiempo* el autor alemán planteaba el problema del ser (que ya preocupaba a los griegos en el comienzo de la filosofía occidental) en unidad con el del hombre, dentro del horizonte trascendental de la temporalidad. La característica propia del hombre (Dasein, ser ahí), sostenía Heidegger, es la del “poder ser”. El hombre puede ser. Puede ser posible. Lo propio del hombre es estar arrojado hacia sus posibles, es existir. Siempre es posibilidad, existe en tanto posibilidad. Que el “ser” del “ser ahí” sea un “poder ser” es llamado también por Heidegger “proyecto”. Y si hay un “mundo” es porque el “ser ahí” está arrojado a sus posibles, porque el ser ahí es proyecto.<sup>18</sup>

En palabras del propio autor alemán:

“El proyecto es la estructura existencial de ser del ámbito en que se mueve el poder-ser fáctico. Y en cuanto arrojado, el Dasein lo está en el modo de ser del proyectar. El proyectar no tiene nada que ver con un comportamiento planificador por medio del cual el Dasein organizara su ser, sino que, en cuanto Dasein, el Dasein ya siempre se ha proyectado, y es proyectante mientras existe. El Dasein, mientras es, ya se ha comprendido y se sigue comprendiendo desde posibilidades”.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Tal es la consideración que vierte José Pablo Feinmann en su obra *La filosofía y el barro de la historia*; 10° ed., Buenos Aires, Planeta, 2012. Si bien la justificación de esa afirmación excede los límites de este trabajo, la entendemos razonable a tenor de lo que el autor expone a lo largo de su libro.

<sup>18</sup> FEINMANN, José Pablo, ob. cit., pp. 300 y 303.

<sup>19</sup> HEIDEGGER, Martín, *Ser y Tiempo*; Madrid. Editorial Trotta, 2003, p. 169.

No desconocemos la dificultad para la comprensión de este pensamiento, pero nos resulta imprescindible exponerlo brevemente para resaltar la vinculación de la filosofía con el derecho, de la libertad (del proyecto existencial heideggeriano) con la dignidad. Y para sostener, con Fernández Sessarego, que la

“prioritaria finalidad del Derecho, dentro del escenario contemporáneo, es la de asegurar a la persona, a toda persona - en cuanto ser libertad-, el que pueda cumplir con su singular proyecto de vida, con el destino que ha decidido darle a su vida. El Derecho ampara la realización personal, el que cada persona logre alcanzar las metas y aspiraciones propuestas. Es decir, que se haga realidad existencial lo que la persona decidió ‘ser’ y ‘hacer’ con su vida. El Derecho pretende, por los medios normativos a su disposición, permitir, hasta donde ello sea posible, que el ‘proyecto de vida’, en cuanto íntima decisión de la persona, se convierta en actos o conductas que se desenvuelven en su cotidiano existir”.<sup>20</sup>

De allí entonces que la protección jurídica del ser humano no se agote en lo que corresponde a su dimensión psicosomática, sino que debe comprender lo que lo constituye y sustenta como tal: su libertad. Por ello, el Derecho protege la libertad, tanto la *ontológica* -que es lo que lo hace ser lo que es: ser humano- como la libertad *fenoménica*, que consiste en la realización de una decisión libre. En otros términos, de la libertad volcada hacia el mundo exterior, de la libertad hecha realidad.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit.

<sup>21</sup> Cfme. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit.. Allí agrega el autor peruano que “el genérico y amplio concepto de “daño a la persona”, que aparece en el escenario jurídico en la década de los años setenta del siglo pasado, comprende, por ello, no sólo los daños de carácter psicosomáticos sino, también, el daño al proyecto de vida o libertad fenoménica. La libre decisión de la persona tiende naturalmente, como se ha señalado, a realizarse, a volcarse al mundo exterior convirtiéndose en actos o conductas.

Basten esas consideraciones para poner de resalto que, en definitiva, cuando aludimos a la reparación por daños nos estamos refiriendo en última instancia a la afirmación de la dignidad de la persona humana (desde un punto de vista estrictamente jurídico) pero también de su libertad (que por concepto filosófico –y quizá justamente por eso- no deja de ser un valor jurídico). Y entonces la tolerancia frente a su afirmación parcial –y por ende, su negación parcial- no se compadece con los principios y valores que proclama el ordenamiento jurídico superior, tanto en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como en los primeros dos artículos del CCyC. Incluso este último -valga traerlo a colación aquí para retomar la lisa y llana fundamentación jurídica de la posición que postulamos- de modo expreso prevé a la interferencia sobre el *proyecto de vida* personal como rubro indemnizatorio especialmente incluido entre las consecuencias del daño que deben repararse (art. 1738, in fine).

En consecuencia, disentimos con la prestigiosa doctrina que desestima el concepto de reparación integral y limita su alcance a la “plenitud” que el legislador prevé para cada microsistema indemnizatorio. Creemos haber justificado que esa determinación no queda atribuida al legislador, ese alcance ya está definido constitucional y convencionalmente y debe ser integral, pues lo que está en juego, lo que se afirma con la reparación, es la dignidad y la libertad de la persona humana.<sup>22</sup>

---

*Éstos constituyen la ejecución de un proyecto concebido por la libertad. Ésta, de suyo, es un constante proyectar. Dentro de los múltiples proyectos que a cada instante, consciente o inconscientemente, concibe la persona, existe uno que es el más importante, el que resume lo que el ser humano quiere ser y hacer en y con su vida. Es decir, aquel que sintetiza cual ha de ser su misión en su devenir existencial... Constituye un prioritario interés existencial cumplir con lo que la persona ha decidido ser en y con su vida. En ello consiste su realización personal, el cumplimiento de su misión, de su destino terrenal libremente determinado. No obstante, este proyecto puede, por acción de terceros, frustrarse, menoscabarse o retardarse o sufrir por la combinación de estos dos últimos perjuicios. Frente a esta situación, el Derecho, frente a esta grave situación que afecta la entera vida de una persona, no puede permanecer indiferente”.*

<sup>22</sup> Corre por nuestra cuenta, concientes de su ambición y de su compleja fundamentación, pero también de su potencial teórico, la siguiente afirmación: “Si la



## 4.2. Crítica a la redacción del CCyC. Pertinencia de un *juicio de ponderación*.

Queda finalmente hacernos cargo de la crítica a la disposición prevista en el art. 1746 del CCyC. Como dijimos con anterioridad, esa norma conduce a la utilización de fórmulas matemáticas financieras para cuantificar, estableciendo implícitamente un tope, las indemnizaciones que corresponde conceder ante “lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial”.

Una primera aproximación a la cuestión, atenta a lo que hemos expuesto hasta aquí, nos permite señalar que el empleo de fórmulas matemáticas para calcular las indemnizaciones por lesiones psicofísicas, cualquiera sea el subsistema de daños a la persona de que se trate, son reprochables en el sentido de que sólo resarcen el llamado lucro cesante. Es decir que se trata de un retorno a la concepción meramente económica de la persona humana, anacrónica en los tiempos que corren. Como sostiene Horacio Schick, el uso de las fórmulas estereotipadas e inflexibles conlleva el riesgo de reparación no integral, porque consideran una situación general que desatiende la circunstancia particular del dañado.<sup>23</sup>

---

privación de la libertad es por excelencia la pena mencionada en el art. 18 de la CN, y si una indemnización frente a un daño humano es insuficiente, no es integral, y por ello no restituye totalmente la libertad sustraída al damnificado, entonces ese daño es una pena que se impone sin delito y *sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho* y por ello es asimismo inconstitucional”. Si nos encontramos frente a una creciente tendencia de constitucionalización del Derecho Privado, no existen motivos para limitar la garantía contenida en el art. 18 de la CN al exclusivo ámbito del Derecho Penal. Valga entonces ello como argumento provisorio a nuestra postura, pero también como idea disparadora, cuyo desarrollo excede el objeto de la presente monografía.

<sup>23</sup> SCHICK, Horacio, “Tres objeciones al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial y su incidencia en la reparación de infortunios laborales. La tarifación del daño por lesiones, la inaplicabilidad de las sanciones disuasivas y la eximición al Estado y sus funcionarios de la responsabilidad civil”; *DT* 2012 (octubre), 2765. Agrega el autor que incluso desde una perspectiva meramente económica las fórmulas son objetables pues toman “*en cuenta el último sueldo o ingreso del damnificado, no contempla circunstancias aleatorias, tanto de mejoras (chance) como de*

Es decir que las fórmulas matemáticas consideran que la vida humana no tiene un valor económico per se, sino en función de lo que produce o puede producir, criterio que constituye un enfoque estrictamente económico, axiológicamente disvalioso y que no se condice con el respeto de la vida y la dignidad como derechos fundamentales del hombre, tutelados por declaraciones internacionales, tratados, sentencias de tribunales transnacionales y receptados entre otros por el artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, artículos I, II, III, IV y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 2°, 3°, 6°, 16° y concordantes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos ellos de raigambre constitucional en nuestro país.

Adquiere relevancia en este aspecto el fallo "Aróstegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL", del 8/04/2008, en el que la Corte Suprema precisó que en el contexto indemnizatorio del Código Civil, debe tenerse en cuenta que la incapacidad de una persona, por un lado, suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etcétera, y que por el otro, debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable. Siguiendo el camino trazado en el fallo "Aquino" antes citado, el Máximo Tribunal sostuvo que la Constitución Nacional dispone para los daños una indemnización plena o integral, lo que equivale a decir "una indemnización justa" que, para ser tal, debe cubrir todo el daño resarcible y, si no cubre todo el perjuicio causado,

---

*mermas (pérdidas de ingreso), de empleo que implica segregación definitiva del mercado formal (40% de incapacidad, es hoy día causa de exclusión completa del mundo productivo)... Si se aspira a una indemnización íntegra y ajustada al caso concreto deben forzosamente contemplarse otras variables para la determinación del quantum no consideradas en la fórmula, que solo contempla el lucro cesante, las cuales se puedan acreditar en la causa. Así puede considerarse el daño futuro, las diferentes posibilidades de pérdidas de chance (ascensos, nuevos puestos de trabajo, nuevas cotizaciones del oficio en el mercado o en otros oficios distintos realizados por el damnificado) u otros aspectos".*

no es una indemnización sino un paliativo, una ayuda. Que el "Bloque de constitucionalidad" (la Constitución Nacional junto con los Tratados Internacionales y los dictámenes de los órganos de aplicación de dichos Tratados) rechaza toda estimación caprichosa, arbitraria y sin fundamentos serios como, asimismo, el establecimiento de criterios reduccionistas que terminan desnaturalizando el propósito reparatorio integral y colocan en cabeza de la víctima parte del daño sufrido.<sup>24</sup>

En suma, la utilización de fórmulas matemáticas para el cálculo de indemnizaciones por incapacidades, se contradice con la debida reparación integral del daño psicofísico sufrido por la víctima, y con la "efectiva tutela de la persona humana", considerada un valor supremo, conforme a las particulares circunstancias de cada caso y tal como se invoca en general en los arts. 1738 y 1740 del CCyC. Las fórmulas matemáticas generalizadoras no son justas; lo equitativo y

---

<sup>24</sup> Citamos el fallo Aróstegui por ser el más reciente vinculado específicamente al empleo de fórmulas matemáticas para el cálculo de indemnizaciones por incapacidades. Sin embargo, no podemos pasar por alto que ya en 1987, la Corte en autos "Puddu c. Sequenza" había criticado esas fórmulas, y en "Prille de Nicollini c. Segba" (del año siguiente) fue más allá decidiendo que *"el valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos, sino mediante la comprensión integral de los valores materiales y espirituales"*. En "Fernández c. Ballejo" (1994), sentó la posición de que *"para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas, sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes en cada caso particular, tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco y condición económica y social; profesión, expectativa de vida, etc.), como en su trama devínculos"* (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.). Por último, en el caso "Mosca, Hugo c. Provincia de Buenos Aires" (06/03/2007), la CSJN señaló que para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas y psíquicas, no era necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco eran aplicables los porcentajes fijados en la Ley de Accidentes de Trabajo — aunque pudieran ser útiles como pauta genérica de referencia—, sino que debían tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que éstas pudieran tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación. También se expresó en este caso *"que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida"*.

constitucional es calcular las indemnizaciones por daños sobre la base de un prudente arbitrio judicial que contemple las circunstancias particulares del dañado, como son la edad, estado de salud, incapacidad para la actividad laboral y extralaboral, aptitud artística, deportiva, repercusión en la actividad social, familiar y económica y las consecuencias que las lesiones pueden tener sobre su futuro personal, profesional y su proyecto de vida.

Sentado ello, sobrevienen dos últimas preguntas, a saber ¿Es inconstitucional el art. 1746 del CCyC? ¿Es posible conciliarlo con el art. 1740 del mismo cuerpo normativo que establece el principio de la reparación plena?

A la primera cuestión, sin perjuicio de que el análisis deba hacerse en cada caso concreto en que se vaya a aplicar la norma y de la crítica que hemos formulado a su respecto, la respuesta afirmativa no es a priori la correcta. Y ese juicio descansa en la necesidad de responder positivamente a la segunda pregunta. La posibilidad de conciliar normas que aparecen contradictorias también la ofrece el mismo CCyC al adoptar en materia de interpretación, y según vimos al inicio al referirnos al denominado “*juicio de ponderación*”, principios y valores que son hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico -consonante siempre con los Tratados de Derechos Humanos, art. 2-. En este sentido, se afirma:

“Se trata de una interpretación ‘adecuadora’ que ‘constituye uno de los tipos más importante de interpretación sistemática’. Tiene lugar siempre que se adapta el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior (...) Este modo interpretativo se basa en la asunción tácita de que el legislador respeta los principios generales del derecho y las disposiciones constitucionales y no pretende derogarlos”.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> PERRACHIONE, Mario, “Crítica a la modificación de la interpretación y aplicación de la ley establecida en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *DJ*, 06/03/2013,

Concluyendo con este largo análisis, podemos señalar que la reparación “plena” del CCyC es la reparación “integral” que ordena garantizar la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. El principio general contenido en el art. 1740 del Código sancionado (conjugado con el art. 1738), trasluce un criterio de indemnización suficiente que trasunta la intención de recomponer económicamente al damnificado, dejándolo indemne por las pérdidas patrimoniales y extrapatrimoniales sufridas, a raíz del hecho antijurídico que lo ha afectado. Deben ser especialmente objeto de reparación, los perjuicios vinculados con la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante, la pérdida de chance, las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos, de la salud, de la integridad personal, la salud psicofísica, las afecciones espirituales legítimas y las que interfieran en el proyecto de vida del dañado.

También concluimos que cualquier limitación a la medida y alcance de esa reparación, debe superar un muy exigente test de constitucionalidad y convencionalidad, y que en caso de no hacerlo se impone siempre la solución prevista en las normas fundamentales de superior jerarquía. Que en el caso concreto del art. 1746 del CCyC, del empleo de las fórmulas que la norma implica, sólo podría resultar “un piso” que debería tenerse en cuenta para valuar los daños que

---

p. 97, AR/DOC/5747/2012. Esta postura también aparece plasmada en los Fundamentos del Anteproyecto, cuando la Comisión hace expresa referencia al ordenamiento jurídico, superándose así “*la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto...* se alude a los principios y valores jurídicos —conceptos jurídicos indeterminados— “*los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos*” (Cfme. CAMELO, Gustavo y otros; ob, cit., p. 15).

comprende el denominado lucro cesante respecto a la actividad productiva del damnificado, y a partir del cual se cuantificarían los demás rubros señalados en el párrafo anterior.

En otras palabras: los jueces deberían aplicar los criterios generales fijados en los arts. 1738 y 1740 del nuevo Código, es decir, adicionar al piso de la fórmula del art. 1746 los demás rubros reconocidos en aquellas directivas generales: como son la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida, teniendo presente que la reparación del daño debe ser plena y consistir en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.<sup>26</sup>

## **5. Las deudas de valor. Su utilidad práctica. Crítica a la redacción del CCyC.**

Hasta aquí hemos procurado demostrar teóricamente cuál es el alcance que se le debe asignar al concepto de “reparación plena” que está previsto en el art. 1740 del CCyC. Nos ocuparemos ahora de una implicancia práctica que estimamos de ineludible tratamiento, a la luz de la realidad socioeconómica de nuestro país. Más concretamente; teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos las reparaciones se traducen en indemnizaciones dinerarias que se determinan y se abonan muchos años después de producidos los perjuicios que vienen a reparar, analizaremos de qué modo es jurídicamente posible enfrentar los efectos de los procesos inflacionarios, para que el mero transcurso del tiempo no convierta a una reparación, plena en principio, en una indemnización insuficiente.

---

<sup>26</sup>Cfme. SCHICK, Horacio, “Un nuevo viraje regresivo en materia de reparación de daños en general, con incidencia en los infortunios laborales: la tarifación del daño en materia de lesiones en el Código Civil y Comercial unificado”; *DT* 2014 (diciembre), 3248.

Para ello recurriremos al instituto de las obligaciones o deudas de valor, previstas en el art. 772 del CCyC.<sup>27</sup>

Como exponen Casiello y Méndez Sierra, a las deudas de valor no las descubrimos los argentinos, aunque las utilizamos profusamente en un largo período de nuestra historia reciente.

“Ese ‘descubrimiento’ -si se nos permite así denominarlo- fue el resultado de los esfuerzos de juristas sabios como Nussbaum, en Alemania, Ascarelli y Paolo Greco en Italia, que frente al fenómeno de la hiperinflación sufrida en sus respectivos países, ‘elaboraron’ este concepto de la deuda de valor, como aquella que si bien se cancela con la entrega de dinero, tiene por objeto debido no el dinero mismo, sino un valor, un quid y no un quantum, una entidad valiosa, una porción de riqueza material que debe pagarse al acreedor. Mas como el dinero, en su calidad de común denominador de los valores, entra en la relación en el momento que ella se cancela, necesariamente habrá de computarse cuanto vale la moneda de pago, para así determinar con cuantos signos monetarios se cubre el valor debido”.<sup>28</sup>

En forma coincidente, Alterini sostiene que la deuda de valor es aquella que “*debe permitir al acreedor la adquisición de ciertos bienes*”, recayendo de esa manera sobre un quid antes bien que sobre un quantum. Que en tanto en la deuda dineraria “*el dinero es el objeto*

---

<sup>27</sup> “ARTÍCULO 772.- Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. **Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección**” (la negrita nos pertenece).

<sup>28</sup> CASIELLO, Juan José y MENDEZ SIERRA, Eduardo, “Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual”; LA LEY 2003-E, 1282 - *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales* Tomo III, 01/01/2009, 199.

*inmediato de la obligación, su componente específico*”, en la deuda de valor el dinero aparece sólo “*como sustitutivo del objeto especificado*”, esto es, como “*sustitutivo de la prestación dirigida a proporcionar bienes con valor intrínseco*”. En otros términos, en tanto en aquélla el dinero actúa in obligatione e in solutione (se debe dinero y se paga dinero), en ésta se atiende in obligatione a una determinada porción patrimonial, y el dinero opera únicamente in solutione (aunque se paga dinero, la deuda no es de dinero, sino de valor). En la deuda de valor el deber de prestación concierne a un valor abstracto, o a una utilidad, referidos necesariamente, en términos comparativos, a una porción o masa de bienes.<sup>29</sup>

No se discute en doctrina que las indemnizaciones por daños constituyen, por excelencia, deudas de valor. Se trata, indudablemente, de una consecuencia de la reparación integral que aquéllas están llamadas a satisfacer. Sin embargo, en el ámbito jurisprudencial, esa idea fue siempre más controvertida, y se la reservó para momentos de inflación monetaria elevada. Como en otra obra expone Casiello, recién en el año 1950 se comenzaron a merituar las variaciones monetarias para fijar el monto de la reparación del daño causado por acto ilícito. Se trata del fallo "Martínez de Grecco, Carmen c. San Vicente, Empresa de microómnibus", de la Cámara 2ª de Apel. de La Plata, punto de partida de una serie de resoluciones judiciales que, siempre referidas al tema de la indemnización de daños por responsabilidad contractual o extracontractual, concluyen que ella es una deuda de valor, aunque en muchos casos no se la denomine así

---

<sup>29</sup> ALTERINI, Atilio, “Las deudas de valor no están alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del austral”; LA LEY1991-B, 1048 - *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales* Tomo III, 01/01/2009, 119. El autor grafica el concepto con el siguiente ejemplo: “*si lo debido es el valor X, el acreedor tiene la expectativa de que se le entregue lo necesario para conservar igual aptitud patrimonial que con X; si el valor X equivale a 100 kg. de trigo, el deudor de ese valor X debe entregar lo necesario para adquirir dicha cantidad de trigo. Y como el dinero --en una de sus funciones económicas que incide en lo jurídico-- es medida común de los valores, ese valor X es cuantificado en dinero*”.



expresamente, y en consecuencia estiman el monto debido a la fecha de la sentencia, atendiendo a la depreciación del signo monetario.<sup>30</sup>

Por el contrario, mayor controversia presenta en la opinión de los autores, la cuestión relativa al momento de la “cuantificación” o conversión de esa deuda de valor en una obligación dineraria. Para buena parte de la doctrina, que a primera vista parece contar con el apoyo normativo del art. 772 del nuevo Código, la deuda no puede mantenerse como de valor en toda su existencia. Nacida como obligación de valor, la primera vez que se cuantifica se transforma en obligación dineraria y, entonces, ya no podrá volverse al valor de referencia inicial, aunque medie un tiempo entre la cuantificación y el pago.<sup>31</sup> En esta inteligencia, una vez que se dicta sentencia judicial la deuda se convierte en una obligación de dar sumas de dinero, alcanzada por el nominalismo que rige en nuestro país a partir de la vigencia de la ley 23.928.

Esta interpretación retoma una ya antigua posición que, enfrentada a la que postulaba la diferencia ontológica entre las deudas de dinero y las deudas de valor, sostenía que tal distinción no era real, ni esencial ni fundamental.<sup>32</sup> En sentido contrario y mayoritariamente, Llambías, Trigo Represas, Alterini y Bustamante Alsina, entre otros ilustres maestros, planteaban que la diferencia entre ambas era notoria, pues en la deuda de dinero rige el principio nominalista y en la deuda de valor, en cambio, el valor abstracto comprometido en la obligación debe liquidarse en dinero computándose la pérdida de su poder adquisitivo.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> CASIELLO, Juan José.; “La deuda de valor”; LA LEY 104, 957 - *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales* Tomo II, 01/01/2009, 869.

<sup>31</sup> MARQUEZ, José Fernando, “Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial”; La Ley Online; Cita: AR/DOC/2953/2015.

<sup>32</sup> José Ray, por ejemplo, sostenía que “*la distinción ha funcionado como si fuera un 'standard' para conceder o no compensación por desvalorización de la moneda*” (RAY, José, “Obligaciones de valor y de dinero” Rev. LA LEY 1975-8, p. 368).

<sup>33</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA expone sucintamente la opinión de cada uno de estos autores en “Indexación de deudas de dinero”; LA LEY 1975-D, 584 - *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales* Tomo III, 01/01/2009, 39.

En opinión que humildemente compartimos, el último de los autores mencionados sostenía que en la deuda de valor el objeto de la prestación está constituido por un valor que corresponde a una expectativa o pretensión patrimonial del acreedor. En estas deudas la entidad del crédito está integrada desde el comienzo de la obligación por un valor abstracto y la cantidad que fija su magnitud se determina al tiempo de la extinción. *La cuantificación es extrínseca al vínculo*. Las deudas de valor se pagan también con dinero, como las llamadas dinerarias o deudas puras de dinero, y en ello se asemejan porque el objeto del pago es una suma de dinero; sin embargo en las primeras la función del dinero es medir la cuantía del crédito de valor y dar una satisfacción equivalente. El valor nominal es ajeno al vínculo obligatorio porque la entidad del crédito, por ejemplo la indemnización de daños y perjuicios, se valúa por la cantidad de dinero equivalente según su valor real o poder adquisitivo.<sup>34</sup>

Esa distinción es sustancial para advertir que el dictado de una sentencia judicial no puede novar una obligación originariamente de valor, en una de dar sumas de dinero. Como resaltamos precedentemente, en el vínculo obligacional de valor la cuantificación es extrínseca, sólo opera para medir ese valor y para satisfacerlo suficientemente. Nunca tiene la virtualidad de mutar la naturaleza o el objeto de la obligación. Esta, nacida como de valor, conserva su naturaleza hasta que se extingue por el pago.

Debemos ser honestos y expresar que, pese a su actual posición minoritaria, la postura que sostenemos no es novedosa, ni es consecuencia de la incorporación de las deudas de valor en el flamante CCyC. Como recuerda Formaro, cuando en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, realizado en la Provincia de Córdoba en el año 1961, su Comisión n° 8 abordó el tema planteado bajo el n° 11 (“Cláusulas de estabilización y la depreciación monetaria”), parte de la mas conspicua doctrina la planteó con notoria claridad. En efecto, frente el despacho de la Comisión que establecía que “la ley autoriza y

---

<sup>34</sup> Cfme. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit. en la nota anterior.

aún impone la solución que permite el reajuste de las deudas de valor de acuerdo con el momento en que se dicta la sentencia definitiva”, tomó la palabra Guaglianone para advertir que el reajuste “debe ser al día del pago” siendo posible que “sentencias posteriores a la principal reajusten el monto que debe abonarse”.<sup>35</sup>

En consecuencia, retomando el análisis del actual art. 772 del Código Civil y Comercial de la Nación, consideramos que la inclusión de su último párrafo fue desafortunada, pues la cuantificación de la deuda de valor –efectuado normalmente a través de la sentencia- no modifica su naturaleza ni la extingue, si no prosigue su inmediato y suficiente pago. Como recientemente ha sostenido Casiello, ese último párrafo anula o esteriliza por entero la virtualidad y el funcionamiento del concepto de “deuda de valor” que se pretende incorporar al Código.<sup>36</sup>

En concordancia con esa crítica, postulamos la supresión del párrafo final del art. 772 del CCyC y, en subsidio, la interpretación conforme a la cual la sentencia no determina definitivamente el valor en dinero que el deudor debe al acreedor, sino que esa cuantificación final debe ser concomitante al pago total de la obligación. No desconocemos las dificultades prácticas de esta afirmación, más

---

<sup>35</sup> FORMARO, Juan, “El concepto de deuda de valor y los créditos laborales”; *DT* 2014 (septiembre), 2405. Con dotes de cronista literario, el joven autor agrega: “Seguidamente adhirió Sandler afirmando que *“la indemnización por la desvalorización del verdadero valor de la moneda, en las deudas de valor, debe ser calculada al momento de la liquidación”*. Luego adunó: *“Efectivamente, la doctrina alemana así lo entiende, porque a veces la sentencia definitiva lleva un proceso de ejecución que demanda un lapso dentro del cual pueden producirse nuevos cambios en el valor de la moneda. No hay ningún inconveniente para que en el momento de hacerse efectivo el pago o durante el proceso de ejecución, se haga la liquidación correspondiente al verdadero valor que debe ser abonado”*. En el mismo sentido se expidieron, en el seno de la Comisión citada, juristas de la talla de Busso y Risolía. El primero advirtió que si la sentencia demorara en hacerse efectiva, volvería a renacer el principio de la necesidad de integrar o de ajustar el valor de la obligación en el momento en que el pago deba efectuarse. El segundo afirmó tajantemente: *“La deuda de valor que no se paga sigue siendo de valor mientras el pago no la extinga”*.

<sup>36</sup> CASIELLO, Juan José, “Incorporación al Proyecto de Código de la deuda de valor”; *LA LEY* 06/03/2014, 06/03/2014, 1 - *LA LEY* 2014-B, 514.

sostenemos que es la única que se compadece con la naturaleza de las deudas de valor en épocas inflacionarias, máxime cuando aquéllas expresan reparaciones por daños que, como vimos anteriormente, deben ser integrales.

## **6. Conclusiones.**

Al comenzar el presente trabajo señalamos como intención metodológica la de vincular los conceptos de “reparación plena” y “deudas de valor”. Advertimos que para la correcta interpretación del primero, recurriríamos a la noción de “constitucionalización del derecho privado” que ha acompañado al largo proceso de elaboración del nuevo CCyC y que indudablemente, agregamos ahora, debe ser una guía hermenéutica para quienes deben resolver casos concretos.

Frente a la prestigiosa doctrina que sostiene que la reparación “plena” que prevé el CCyC no equivale a la reparación “integral” de los daños y está sujeta a limitaciones propias de cada microsistema indemnizatorio, postulamos la identidad entre ambos conceptos (adjetivos) a partir de las garantías reconocidas en nuestra Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que fueron individualizados. Para ello procuramos no detenernos en el campo estrictamente jurídico, sino que intentamos incursionar en el terreno de la filosofía (más precisamente, del “existencialismo”), con el objeto de remarcar los vínculos que existen entre la Libertad y la Dignidad Humana. Creemos haber resaltado que las limitaciones a la reparación de los daños de las personas, afectan estos valores filosófico jurídicos.

Señalamos al criticar algunas normas del CCyC, que la declaración de inconstitucionalidad de ellas no es la solución, sino que a través de los denominados “juicios de ponderación” es posible conciliarlas sistemáticamente con otras disposiciones y con principios y valores considerados de superior jerarquía. En concreto, al analizar

las prescripciones del CCyC que se refieren a la reparación de los daños sobre las personas, ponderamos los criterios generales fijados en los arts. 1738 y 1740, y sólo después admitimos algunas “limitaciones” (como la prevista en el art. 1746, relativa al empleo de fórmulas), aunque considerándolas como *pisos* y nunca como *techos* o *topes* de la indemnización.

Conscientes de la realidad socioeconómica en la convivimos, finalmente echamos mano al instituto de las deudas u obligaciones *de valor*, como herramienta teórico práctica adecuada para garantizar que una reparación integral determinada judicialmente, no se convierta en insuficiente por el mero transcurso del tiempo.

Adscribiendo a una postura que hoy aparece minoritaria, pero que reconoce antecedentes doctrinarios de peso, postulamos la supresión de un párrafo de la norma que regula este tipo de obligaciones (el art. 772 del CCyC) y, en subsidio, una interpretación de aquélla que aún apareciendo dificultosa y exegéticamente forzada, se nos presenta como la más idónea para mantener la integralidad o plenitud de una indemnización previamente determinada. Es decir, para que el Ser Humano dañado conserve en definitiva su Libertad y su Dignidad.

■■■



# EL SINDICALISMO ARGENTINO ENTRE LA REVITALIZACIÓN Y LA DECLINACIÓN

*Juan Facundo Besson\**

## **1. Introducción.**

No es novedad manifestar que el sindicalismo a nivel global, y en particular, el argentino, está en un proceso de crisis y metamorfosis producto de innumerables alteraciones que viene experimentando el mundo laboral. En este sentido, los operadores del derecho, magistrados y legisladores esbozan infinidad de soluciones para responder a las necesidades que exige el iuslaborismo. Atento a lo expresado es necesario partir de nuevos interrogantes que nos permitan comprender con mayor complejidad el fenómeno en estudio –el sindicato–, ya que las mutaciones se presentan día a día, debido a las innovaciones en el campo económico, tecnológico y en las modalidades en las relaciones laborales, entre otras causas.

Cabe destacar que el siguiente trabajo está enfocado desde una perspectiva interdisciplinaria y que tiene por objetivo contemplar la realidad del mundo laboral desde diferentes ópticas que coadyuven a realizar un diagnóstico más acabado de la problemática, para de esta forma arribar a la formulación de interrogantes precisos que un operador del derecho deba hacerse.

---

\* Abogado. Miembro del Centro de estudios e investigaciones Sociales, Políticas y Jurídicas “Renato Treves” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Aspirante a adscripto de Derecho Político – Cátedra “C” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Coordinador General de la Cátedra Libre “Carlos Cossio” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

## 2. De la sociedad industrial al nuevo paradigma.

El sindicato es fruto del trabajo asalariado y, en definitiva, del capitalismo, sólo en ese contexto se lo concibe. En este marco se verifican que las identidades asalariadas tienen una representación social que se corresponde con el típico modelo del capitalismo industrial y el Estado de bienestar. En síntesis: está asociado –el sindicato– a los principios de estabilidad, formalidad y protección social.

Se puede vislumbrar que la definición de sindicato que continúa predominando en la doctrina y legislación se apoyan fundamentalmente en la idea de funcionalidad. Alonso Olea y Casas Baamonde, en consonancia con dicho razonar lo conciben como la

*“...asociación permanente y autónoma sin fin de lucro de trabajadores por cuenta ajena para el progreso económico y social de sus miembros, especialmente para el mantenimiento y mejora de sus condiciones de trabajo a través de la contratación colectiva”.*<sup>1</sup>

De esta manera, toman en cuenta la *funcionalidad dependiente* –o asalariada– individual de los trabajadores que lo integran, como pivote de su definición del sujeto colectivo.

En el plano internacional se destaca como paradigmático de la época la aprobación del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948 (Convenio de la Organización Internacional del Trabajo nro. 87) cuando el sindicalismo atravesaba por una etapa emergente facilitada por las condiciones de trabajo impuestas por el modelo taylorista y luego fordista. Este

---

<sup>1</sup> ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Derecho del Trabajo”, 14ª edic. revisada, Universidad Complutense, Madrid, 1995, p. 512



modelo de acumulación era caracterizado por la división social y funcional del trabajo, que fomentaba la solidaridad de los trabajadores pertenecientes a una determinada categoría del colectivo de trabajo y ellos mismos, casi sin auxilio estatal, constituían sus organizaciones cuando podían hacerlo.

En nuestro país desde el decreto-ley nro. 23.852/44 hasta la actual ley de asociaciones sindicales (Ley nacional nro. 23.551) rige el modelo de la unicidad sindical promovida basado en la convivencia de organizaciones simplemente inscriptas y organizaciones con personería gremial, que el Estado otorga a las entidades más representativas. Es un modelo que se ha destacado por la fortaleza de sus organizaciones otorgada por la promoción estatal que propendía a la estructuración en organizaciones sindicales fuertes, de amplio ámbito de actuación geográfico y comprensivo de todos los trabajadores de una actividad, lo que traía aparejado desalentar su fragmentación en pequeñas organizaciones sindicales cuya multiplicación llevaba inmanentes notas de debilidad. Paralela y coordinadamente, hay un poder sindical reconocido por el Estado que se caracteriza por una fuerte implantación en los lugares de trabajo, ya que los cuerpos de delegados y comisiones internas están integrados por afiliados de los sindicatos. Este poder se halla reforzado por el hecho de que pueden –los sindicatos– manejar las obras sociales, parte fundamental de la seguridad social.

Cabe destacar que el principio de unicidad promovida tampoco es de carácter absoluto. En el ámbito del Estado, en virtud de la ley modificatoria del régimen de convenciones colectivas de trabajo (Ley nacional nro. 24.185) y la Resolución N° 255/03 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; existe una pluralidad de representación a través de la convivencia entre diversos sindicatos, lo que determina la convivencia entre dos regímenes diferentes: la unicidad promovida en el ámbito privado y el pluralismo en el estatal.

Otro de los aspectos sobresalientes de nuestro modelo sindical es el referido a que la negociación colectiva, la cual se estructuró mediante la ley de convenciones colectivas de trabajo de 1953 (Ley

nacional nro. 14.250) reconociendo el convenio a nivel de rama de actividad, a diferencia del resto de los países de la región donde se desarrolló a nivel de empresa. De ello se desprende que la negociación colectiva se haya llevado a cabo principalmente en el ámbito de la unidad de producción y no por actividad.

En síntesis, se demuestra que nuestro modelo es por creación cultural, social e histórica de la organización sindical y los trabajadores y, en ese sentido, la posibilidad de cambio de un sistema o un modelo no es, ni puede ser, potestad del legislador, y con esto adelanto parte de mi conclusión.

La declinación del sindicalismo, según Valdovinos, tiene una causa principal consistente en el ingreso del modo de producción capitalista a una nueva etapa que implica cambios muy significativos en la distribución del poder entre los distintos sectores de la actividad económica, en los procesos productivos, en la organización del trabajo, en el funcionamiento de los mercados, en la estructura social y hasta en la escala de valores vigente.<sup>2</sup>

El desplazamiento de la homogeneidad a un modelo caracterizado por un alto grado de heterogeneidad, está determinado por los distintos niveles de innovación tecnológica, de articulación con el mercado internacional, cultura empresarial, incorporación de trabajadores de muy alta calificación técnico-profesional, contratos atípicos y, también en relación con este aspecto, externalización y precarización. El reemplazo de la industria por los servicios como principal fuente ocupacional y la correlativa disminución del peso relativo de los trabajadores de *cuello azul*, que fueron el *núcleo duro* tradicional del sindicalismo, configura uno de los principales factores de la fragmentación laboral y de la pérdida de vitalidad del sindicalismo. A esta situación se agrega, “la progresiva sustitución de la empresa tradicional *-partenaire* imprescindible, reconocible y

---

<sup>2</sup> VALDOVINOS, Oscar, “El sindicato en la encrucijada del comienzo de siglo”, Revista de Trabajo, Argentina, Año 6, Número 8, Enero / Julio de 2010, p.255

concreto en la relación laboral– por la fábrica difusa, la organización en red y los propietarios cambiantes, incógnitos e inasibles.”<sup>3</sup>

Las transformaciones operadas en el mundo del trabajo a partir de la generalización del modelo productivo impuesto por Toyota (polivalencia funcional, producción subordinada al *just in time*, banco de horas etc.) se derivaron en una crisis del sindicalismo básicamente generada a partir de la eliminación de la división social del trabajo. Esta crisis se manifestó en una baja en los niveles de afiliación y derivó en una pérdida de poder negocial de los sindicatos.

En este contexto, el proceso de transformación de las relaciones sindicales se vincula con la drástica modificación de la realidad social y productiva, como se mencionó. A lo que se agregan cambios por alteraciones en las estructuras de producción, por la deslocalización industrial subordinada a la estrategia global de multinacionales, por el incremento de las corrientes migratorias y por la expansión de áreas económicas que abandonaron tradicionales relaciones laborales. Esa dinámica general tuvo su base de expansión en la Argentina con un dramático escenario dejado por la última dictadura corporativo-militar, cuyo objetivo estratégico fue el de destruir la organización y el poder de los trabajadores en el país, sendero que persistió durante los gobiernos constitucionales posteriores. Así, de una clase bastante homogénea ha devenido otra surcada por profundas disparidades que dieron lugar a las categorías de trabajadores no registrados, tercerizados, desocupados, subocupados, pobres e indigentes, que en muchas ocasiones se superponen entre sí. Esa heterogeneidad se refleja en la existencia de bajos niveles de sindicalización y de representación directa con delegados de base.

A partir de la desindustrialización, de la restructuración productiva, de la agudeza de la crisis a inicios del presente milenio así como de los impactos del desempleo y sus repercusiones en la subjetividad, la solidez identitaria del sector trabajador se ha fragilizado, ya no es sinónimo de certeza y certidumbre. El

---

<sup>3</sup> Id., p.255

neoliberalismo provocó al sindicalismo una de sus crisis más profundas, expresada en una baja pronunciada de la tasa de afiliación, pérdida de influencia en la toma de decisiones en todos los niveles, crisis de credibilidad respecto de la sociedad e interiormente, desmovilización, etc.

Es a partir de la década del noventa, donde se cambió fundamentalmente la estructura convencional, ya que la negociación colectiva se desarrolla fundamentalmente por empresa, donde la negociación colectiva no fue más que una forma de legitimación de este proceso de deterioro de las condiciones de trabajo.

El 2003, en Argentina, representa un cambio de tendencias político-económicas que desembocó en el alumbramiento de un nuevo patrón de crecimiento y en un escenario signado por la intervención del Estado y la progresiva recuperación de las instituciones laborales, dando lugar a un cambio de orientación del modelo que no se limita sólo a los resultados económicos. Al caracterizar el escenario económico, político e institucional *postconvertibilidad*, algunos autores señalan que se ha producido un “nuevo régimen de empleo”; otros, lo señalan como estado *neodesarrollista* o refieren a *gobiernos progresistas* o *posneoliberales*. En cambio, algunos afirman que, más allá de un conjunto de indicadores favorables, no se han revertido por completo las reformas realizadas en los noventa y se ha profundizado la concentración de la riqueza.

No obstante, en la realidad durante los años inmediatos a la *posconvertibilidad*, donde se vivió una atenuada revitalización sindical, se firman gran cantidad de acuerdos y convenios que tienden a renovarse en forma periódica, generalmente en el año, y referidos casi exclusivamente a los aspectos salariales. En la mayoría de los casos este incremento de la negociación colectiva se limita a los salarios y no se extiende al mejoramiento de las condiciones de trabajo tales como la salud y seguridad, la jornada de trabajo, la incorporación de nueva tecnología, la situación económico-financiera de las empresas y el derecho a la información de los trabajadores, a excepción de la participación en las ganancias en algunos acuerdos.

A pesar de las lagunas en materia de negociación colectiva, diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos Aquino<sup>4</sup>, Milone<sup>5</sup>, Madorrán<sup>6</sup>) han actualizado el debate jurídico acerca de los principios de progresividad y prohibición de regresividad de las normas laborales, consagrando de esta forma a nivel pretoriano la materialización de un piso de dignidad para los trabajadores, basados en el art.14 bis de la Constitución Nacional y el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales.

Es debido a esto que siendo la negociación colectiva una fuente productora de normas jurídicas, el Estado argentino no puede legitimar a través de sus órganos administrativos o judiciales la existencia de disposiciones regresivas en los convenios colectivos que afecten los derechos de los trabajadores. Por tal motivo la ley de convenciones colectivas de trabajo (Ley nacional nro. 14.250) en su art. 24 inc. a) señala que: *“Un convenio colectivo posterior puede modificar a un convenio colectivo anterior de igual ámbito”*, debe ser interpretado conforme al art. 14 bis de la Constitución Nacional, a los pactos internacionales y a la doctrina de la Corte. El convenio posterior puede modificar al anterior siempre que no contenga normas que impliquen un retroceso en el marco de protección a los derechos de los trabajadores.

Más allá del control de convencionalidad y constitucional de nuestro derecho laboral, están los sectores que pretenden exhibir los convenios y recomendaciones como expresión de un rango presentado siempre como superlativo en el avance de los derechos sociales y,

---

<sup>4</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, fallo 21/09/2004, publicado en La Ley 2005-A , 230, con nota de José P. Descalzi

<sup>5</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - Ley N° 9.688”, fallo 26/10/2004, publicado en RDLSS 2006-5-387n

<sup>6</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, fallo 03/05/2007, publicado en Fallos Corte: 324:3219

particularmente sindicales, cuando no es así siempre, pues consisten en un *mínimo común* factible de consensuar en un momento histórico determinado y, en ocasiones —no poco frecuentes por cierto—. En orden a lo expresado cabe destacar que las diversas posibilidades previstas en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo no son ni similares entre sí, ni configuran una regla igualadora de o para los modelos sindicales de los distintos países. Ruiz y Gambacorta señalan que: “...las lecturas supuestamente asépticas, meramente técnicas y generalizadoras, incurren en el error de pretender excesivas uniformidades para la visión organizativa sindical, y en la ausencia de necesarias y reconocidas valoraciones respecto de fortalezas o debilidades de ciertos tipos y formas de organización gremial (...) tampoco será neutra o aséptica la forma de organización sindical en cuanto a la posibilidad de llevar adelante libremente la negociación colectiva; directamente complementaria y, porque no recordarlo, parte de la misma libertad sindical. Las posibilidades en cuanto a la forma en que se presente la estructura de la negociación colectiva también estará relacionada con los efectos del tipo de organización sindical más fuerte o más débil”.<sup>7</sup>

Más allá de los logros tangibles que el sindicalismo presenta en la actualidad en la lucha por el salario, -pretensión esencial del sector-, ya que detrás de esa particular disputa de poder esta la redistribución de la riqueza y la puja distributiva, es parte de su agenda un debate mucho más complejo donde juegan exigencias como trabajo decente, equidad de género, trabajo de jóvenes y participación en la vida sindical, condiciones de seguridad social para el trabajador y su familia, trabajo no registrado y precarizado, estabilidad, reclamo por políticas estatales que propendan al pleno empleo, cobertura social para los trabajadores desocupados, mayor participación institucional en los sindicatos de las minorías, entre otras puntos que hoy son parte del complejo mundo laboral en el cual le toca desenvolverse al movimiento obrero.

---

<sup>7</sup> RUIZ, Álvaro y GAMBACORTA, Mario L., *Los niveles de la libertad sindical* en “Revista de Derecho del Trabajo”, Buenos Aires. a 73. n° 2 (feb.-2013), p.187

En orden de lo precedentemente argumentado, Antonio Baylos y J. Pérez Rey enfatizan en generar una nueva resignificación del discurso teórico político que oriente la producción doctrinal del iuslaboralismo, es decir, de entender que las construcciones jurídicas sobre la regulación del trabajo son también creaciones culturales abiertas a la voz de los sujetos y a la acción que estos llevan adelante en un proceso de deslegitimación de lo existente y de generación de nuevos espacios de validez social para los trabajadores entendidos en su muy precisa identidad colectiva de subordinación en las relaciones sociales de producción y en los ámbitos de la política, la sociedad y la economía.<sup>8</sup>

En consonancia a lo expresado en Latinoamérica, los sindicatos, están debatiendo sobre la *autorreforma sindical*, el cual se define como el conjunto de procesos de renovación y cambio en el movimiento sindical, con el objetivo de adecuar las estructuras organizativas, funciones y discursos a los nuevos escenarios políticos, económicos y sociales. Las autoreformas sindicales tienen el objetivo de lograr mayores niveles de representación y representatividad ante las nuevas dimensiones de la transnacionalización de la economía, la organización del trabajo, la versatilidad de la empresa y la composición de los mercados laborales, en un mundo más global. En este sentido el carácter y funcionamiento de la globalización neoliberal son causas de fondo y contextuales para los actuales problemas de la existencia y el accionar sindical. No obstante, al mismo tiempo, existe una variedad de factores propiamente internos de los sindicatos que han ido en la dirección del debilitamiento, derivados de características inadecuadas de las estructuras, prácticas existentes y hábitos.

El objeto de la autoreforma sindical debe permitir que los problemas e intereses de los nuevos sectores laborales sean temas de

---

<sup>8</sup> BAYLOS, A y PÉREZ REY, J. "El despido o la violencia del poder privado", Trotta, Madrid, 2009, citado en RUIZ, Alvaro y GAMBACORTA, Mario L., Los niveles de la libertad sindical, Revista de Derecho del Trabajo, Buenos Aires. a 73. n° 2 (feb.-2013) p. 188

interés sindical y, en especial, la autoreforma debe posibilitar la inclusión de nuevos afilados.

### **3. Fragmentación laboral.**

El mundo del trabajo en su fase neoliberal diversifica las modalidades de inserción laboral. En este esquema se yuxtaponen los trabajadores regidos por la lógica managerial; con aquellos que llevan adelante ocupaciones autogeneradas en las que predomina la precariedad; junto al modelo asalariado del capitalismo industrial, pero cuyos significantes y medio ambiente laboral han sufrido importantes modificaciones tanto en el ámbito público como en el privado; unido a la población en situación de pobreza y vulnerabilidad que se incorpora a las políticas sociales de inserción socio-laboral; coexistiendo con los emprendimientos autogestionados colectivamente, entre otros.

La fragmentación, rupturas y fracturas socioeconómicas y culturales dentro del mundo del trabajo conducen a que coexistan trabajadores calificados, que se vuelven técnicos y pasan a ser trabajadores independientes y/o managers de las grandes empresas, quienes además no participan en instancias colectivas –como sindicatos o partidos– y se restringen a llevar adelante su carrera profesional.

Por otro lado, los perdedores, la zona de exclusión, los desafiliados, grupo que reúne a aquellos trabajadores insertos laboralmente en ocupaciones de bajo prestigio e ingresos, cuyas condiciones de trabajo son precarias, informales o formales con alta rotatividad, tienen limitado acceso a la seguridad social; las habilidades operativas y concretas que se les exige requieren de escasa capacitación. En este segmento surgen las ocupaciones autogeneradas, generalmente informales; donde el cuentapropismo suele ser la alternativa de inserción laboral. Los bajos ingresos generan una preponderancia de las múltiples ocupaciones: más de un trabajo, entre



las cuales se combinan horarios diurnos y nocturnos; empleo formal y otro informal; entre semana y fin de semana, produciendo una hiperpresencialidad del mundo del trabajo en la vida cotidiana.

Si nos situamos en la época del industrialismo taylorista-fordista, el empleo se conformó en el imaginario instituido por excelencia. Las crisis subsiguientes, junto a la lógica cultural del capitalismo tardío y el neoliberalismo real y simbólico de la llamada posmodernidad, fragmentaron dicho imaginario, estallando las normas y valores social y culturalmente compartidos. Pérdida de sentido, hedonismo e individualismo pretendieron conformarse en los nuevos componentes imaginarios centrales. Por su parte, en la actualidad, se reconfigura el escenario ante la coexistencia polarizada de dos imaginarios centrales: los integrados, ganadores, eficaces y exitosos por un lado, los fracasados y desechables por el otro.

Las modalidades no asalariadas –trabajo por productividad, por contrato a término, ocupaciones autogeneradas, emprendimientos autogestionados colectivamente–, tienen un escaso anclaje en un marco cultural de referencia, por lo que el núcleo figurativo, requerido para interpretar, orientar y justificar los comportamientos, así como procesar lo novedoso, es amplio y poco preciso, lo cual genera una permanente resignificación de las experiencias laborales. Es en este sentido que la representación en tanto construcción acontece en y durante la trayectoria laboral, utilizando como recurso significados preexistentes, pero modificándolo o alterándolo sobre la base de la interacción y de la interpretación de la situación, ya que toda comprensión es aprehensión de sentido contextualizado.

Así, en cada una de las modalidades de inserción mencionadas se van deconstruyendo y construyendo representaciones sociales en torno al trabajo, que varían a su vez en función del lugar que ocupa el sujeto dentro de la estratificación social, considerando como indicadores el ingreso, la segregación territorial, el nivel educativo y el consumo, a lo que habría que agregar el género y la etapa dentro del ciclo vital/laboral del sujeto-trabajador.

Por su parte cada uno de los modos de inserción laboral mencionados, así como el pasaje por parte de un mismo trabajador, de una o más modalidades de inserción a lo largo de su trayectoria laboral incluyendo períodos de desempleo o de desocupación y no-trabajo, repercute obviamente sobre las construcciones de la representación social del trabajo en las sociedades actuales.

En un mundo flexible y cambiante, se diversifican y superponen las modalidades de inserción, a modo de trayectorias fragmentadas que se conforman a partir de una sucesión de acontecimientos. Este tránsito individual incrementa el aislamiento, debilita los vínculos e inhabilita la emergencia de sujetos colectivos, promoviendo así el declive de la crítica, sujetos pasivos y conformistas.

La fragmentación y diversificación del mundo del trabajo, de las biografías y trayectos sociolaborales que se originan a partir del neoliberalismo de los noventa naturaliza cada vez más las identidades líquidas, distanciándose de imágenes nostálgicas, sin necesariamente producir rupturas o conflictos identitarios.

En el plano del derecho colectivo del trabajo la fragmentación productiva se refleja en la pertenencia de los trabajadores a sindicatos diferentes, sin que exista un órgano o comité de empresa que unifique la representación de los mismos. En nuestro país se perpetúa la división de los trabajadores en diferentes sindicatos de categoría dentro de una misma empresa o grupo económico y dentro de una misma rama de la producción contribuyendo al debilitamiento del colectivo laboral de la empresa, que permanece desmembrado. Esto se demuestra en la falta de reconocimiento de la coordinación de las comisiones internas o cuerpos de delegados dentro de un mismo grupo económico, dando como resultado que un grupo económico que centraliza su poder de decisión y organización, en detrimento de los trabajadores que enfrentan desunidos y fragmentados en distintos sindicatos las decisiones del mencionado grupo económico que determina los salarios, las condiciones o la existencia misma de los puestos de trabajo.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, en el ámbito doctrinario se encuentran aportes como el de Caubet, que comienza a abrir el camino a una nueva definición de sindicato, considerándolo como

“la agrupación organizada de trabajadores, creada por ellos para la defensa y el mejoramiento de su situación profesional y —en el ámbito de nuestra ley 23.551— de sus condiciones de vida en general”.<sup>9</sup>

Surge de esta definición dos notas sobresalientes: 1)- la eliminación de los condicionantes de trabajo asalariado y por cuenta ajena y 2)- la supresión de la especificidad profesional como contenido único del interés tutelado.

Esta ampliación del mundo sindical —que rompe con el monopolio del condicionante funcional-asalariado— y que por lógica consecuencia presenta una forma diferente de concebir al iuslaboralismo, ya tiene sus primeras tangibilizaciones, prueba de ello es la Resolución 1727/15 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que creó un régimen de agremiación para los trabajadores de la economía popular. Esto implica el reconocimiento jurídico como trabajadores a quienes se desenvuelvan en este sector de la economía y su derecho a organizarse sindicalmente para representar sus intereses colectivos y mejorar sus condiciones laborales.

#### **4. Fragmentación laboral y libertad sindical.**

La libertad sindical es el derecho que contribuye al fortalecimiento de los sindicatos como poder indispensable para la

---

<sup>9</sup>CAUBET, Amanda, “Acción sindical: reflexiones sobre la responsabilidad del sindicato por daños” en *Doctrina Laboral*, Errepar, n° 147, nov. 1997, T. XI, p. 1080

eficaz representación de los trabajadores frente a los empleadores y al Estado. Entender a aquella como una mera libertad que pueda servir también para fragmentar las organizaciones de trabajadores, es solo un eufemismo más del liberalismo ideológico detrás del cual está el riesgo -intencional o involuntario- de la debilidad sindical.

Desde mi óptica considero necesario enfatizar que la libertad sindical no debe ser interpretada bajo la mirada de la mera multiplicación numérica de sindicatos -a mayor cantidad de sindicatos constituidos mayor libertad sindical-, ya que en la actual coyuntura de la economía global, si afirmamos que el capital tiende casi inexorablemente a concentrarse argüir entonces que la libertad sindical se centra en dar la posibilidad de que se multipliquen los sindicatos sin preocuparse de la atomización de la fuerza de los trabajadores es, en los casos más honestos, una muestra de ingenuidad.

Vislumbro que se viene sosteniendo una posición contraria a la precedentemente glosada. Dicha posición considera que el gran mal que aqueja al mundo gremial es el modelo de unicidad que propicia la concentración y por añadidura la falta de participación de diferentes espacios políticos en la arena sindical. Los estamentos pertenecientes al *establishment* financiero y económico han hecho un culto sobre la carencia de democracia formal en la vida interna de los sindicatos y en este sentido han sostenido que la modificación normativa de la actual ley de asociaciones sindicales (Ley nacional nro. 23.551) y su decreto reglamentario (decreto nacional nro. 467/1988) es una necesidad ineludible.

Asimismo, entre los variados argumentos que se esgrimen para socavar el modelo de unicidad se sostiene que es necesario tomar el sendero de un pluralismo sindical, donde los trabajadores estén representados en el marco de empresas y/o por actividad, logrando así la atomización en la participación y representación y consecuente desunión en la reivindicación de sus derechos e intereses, mientras que el capital tienda más a concentrarse, como se señaló anteriormente. No obstante, cabe recalcar que la Organización

Internacional del Trabajo no ha cuestionado el modelo sindical argentino, como se está pretendiendo hacer creer. Sólo ha sugerido ciertas modificaciones parciales, esencialmente dirigidas a acortar las distancias entre las atribuciones de los sindicatos con personería gremial y los sindicatos simplemente inscripto.

En resumen no es el *modelo sindical argentino* -en cuanto al principio de unidad de representación- el que aquí se cuestiona; sino la escasa participación democrática de los trabajadores en la vida de las organizaciones y que éstas no tengan una mayor presencia en la vida interna de las fábricas y demás lugares de trabajo.

En este sentido, constatamos un reconocimiento judicial de nuevos sujetos que no están contemplados expresamente en la ley de asociaciones sindicales (ley nacional nro. 23.551) como titulares de derechos y con la debida protección frente a los empleadores.

La mencionada ley sólo protege con la estabilidad absoluta a los que desempeñan cargos electivos en las organizaciones sindicales con personería gremial y a los delegados desde su postulación y hasta el término de su mandato más un año de garantía.

No contempla la protección de otros trabajadores que también deberían ser sujetos de tutela gremial, por cuanto ejercen los derechos relativos a la libertad sindical:

a.- El activista sindical, desde el colaborador del delegado hasta el miembro de una agrupación sindical, se hallan en una situación de riesgo permanente de perder su empleo.

b.- El trabajador que ejerce el derecho constitucional de huelga, sea convocada o no por un sindicato con personería gremial, debe estar protegido contra el despido.

c.- Los que están participando activamente en la conformación de nuevos sindicatos, comisiones internas, comisiones mixtas de salud y seguridad en el trabajo o cualquier otro tipo de organismo de representación de los trabajadores, también deberían estar cubiertos por la tutela gremial.

d.- Los apoderados y fiscales de listas, e integrantes de todo el cuerpo electoral durante la realización de los actos electorales de renovación de comisiones directivas y cuerpos deliberativos de los sindicatos.

## **5. Conclusiones.**

El reto central que se quiere abordar se resume en que es imprescindible incrementar los actuales niveles de representación y representatividad para que el sindicalismo sea un actor sociolaboral y político con más legitimidad y capacidad de negociación, incidencia e influencia, en el ejercicio de representar los intereses de todos los trabajadores.

Hoy la globalización mercadocéntrica tiende a convertir a las organizaciones gremiales en superfluas, constituyéndose así un escenario que cuestiona la sobrevivencia de la institución sindical, por lo menos con el perfil que la caracteriza históricamente. En este sentido vamos a encontrar que las posturas que anhelan la desaparición definitiva del sindicato, son las mismas que postulan la individualización de las relaciones laborales y el triunfo final de un sistema en el que la contradicción de los intereses de clase deje de manifestarse porque todo quede subsumido en el interés de la empresa.

El hecho es que el alto grado de diversidad introducido por el impacto de la innovación tecnológica, más las dualidades básicas representadas por el trabajo regularmente registrado y el precario, por la pertenencia al núcleo central protegido de la empresa o la prestación de servicios en condiciones de externalización bajo dependencia de empleadores marginales, cuando no insolventes, y la existencia de un alto porcentaje de desocupados y subocupados, son otros tantos factores que tienden a quebrantar el colectivo laboral. Esas circunstancias, más la tesis según la cual el salario depende

esencialmente de la productividad del trabajo y de la competitividad de la empresa (y no ya de la fuerza negociadora del sindicato y de las políticas redistributivas del Estado), convergen para diluir la solidaridad obrera intentando sustituirla por una suerte de solidaridad con los intereses del propio empleador y a la identidad de clase por la identidad de empresa. Contra todo eso debe luchar la organización sindical si pretende mantener vigentes las premisas del accionar sindical. Es decir, deberá ser capaz de aceptar la diversidad y metabolizarla de modo tal que sea posible una síntesis que permita preservar la unidad en la acción.

En función del contexto descripto, surgen algunos interrogantes y puntos para trabajar, los cuales son:

a. Es preciso destacar que sólo los trabajadores –en el marco del proceso de autorreforma sindical–, puede cambiar un modelo sindical y la legislación sólo puede acompañar ese proceso de cambio.

Es por ello que tanto las relaciones de negociación como de conflicto, en tanto expresión central de la libertad sindical, requieren de protagonistas fortalecidos y no de actores débiles e impotentes. En este sentido el pluralismo sindical ofrece habitualmente organizaciones sindicales diversas, de desigual entidad representativa y, por lo tanto, desiguales en el plano de la eficacia en la defensa de los intereses de los trabajadores. Es por ello que hemos de advertir que, a cuanto mayor diversidad o diversificación de sindicatos con, exactamente, los mismos derechos, menor eficacia en la defensa de los intereses de los trabajadores.

La concentración sindical es un requisito ineludible para la defensa eficiente y eficaz de los derechos e intereses de la clase trabajadora. De hecho deberíamos ser conscientes de que el sindicalismo nace para luchar contra la acumulación desmedida del Capital y que, por lo

tanto, querer aplicar la idea liberal dentro del concepto sindicato es abiertamente contradictorio.

Se agrega a lo expuesto la distinción entre la libertad sindical externa –que se expresa en la negociación colectiva y la concentración gremial– y la libertad sindical interna, que requiere la democracia y participación sindical. Es en este último aspecto donde se destacan los puntos más débiles del modelo sindical; y que para corregirlo, a mi criterio, deben instrumentarse mecanismos legales para garantizar y fomentar la libertad y la democracia sindical, como puede ser un régimen electoral sindical, que establezca pisos mínimos e intervención de colectivos históricamente invisibilizados.

En resumen, no se está cuestionado el modelo sindical argentino, en cuanto al reconocimiento del sindicato más representativo y el principio de concentración sindical. El pluralismo es un fenómeno que se expresa en la base, con la aparición de los “delegados” o la comisión interna, que el sindicato, el legislador y el juez del trabajo no pueden ignorar.

b. Se debería contemplar la afiliación de trabajadores con desempeño dentro de su ámbito de profesionalidad sin perjuicio de la falta de registro de la relación o contrato y de las constancias instrumentales emitidas o impuestas por el empleador con apariencia de locación de obra o prestación profesional autónoma (por ejemplo, recibos de honorarios, etc.).

Por otro lado, segregar al trabajador o abandonarlo a su suerte cuando pierde el trabajo implica consagrar la insolidaridad y fomentar la desmovilización, potenciando la “crisis de credibilidad” y la “pérdida de influencia” de las organizaciones. Al desempleado hay que defenderlo desde antes que lo sea, y continuar en su defensa después de que ha comenzado a serlo. El primer paso en la tutela colectiva de este trabajador consiste en admitir su ingreso y permanencia dentro de la organización sindical. Los sindicatos deben asumir esta



preocupación ya que es el primer paso para empezar a defender la estabilidad laboral en todos los ámbitos.

c. La ley 23.551 sólo protege con la estabilidad absoluta a los que desempeñan cargos electivos en las organizaciones sindicales con personería gremial, y a los delegados, desde su postulación y hasta el término de su mandato más un año más de garantía.

No contempla la protección de otros trabajadores que también deberían ser sujetos de tutela gremial, por cuanto ejercen los derechos relativos a la libertad sindical: a)-El activista sindical, desde el colaborador del delegado hasta el miembro de una agrupación sindical, se hallan en una situación de riesgo permanente de perder su empleo. b)-El trabajador que ejerce el derecho constitucional de huelga, sea convocada o no por un sindicato con personería gremial, debe estar protegido contra el despido. c)- Los que están participando activamente en la conformación de nuevos sindicatos, comisiones internas, comisiones mixtas de salud y seguridad en el trabajo o cualquier otro tipo de organismo de representación de los trabajadores, también deberían estar cubiertos por la tutela gremial. d)- Los apoderados y fiscales de listas, e integrantes de todo el cuerpo electoral durante la realización de los actos electorales de renovación de comisiones directivas y cuerpos deliberativos de los sindicatos.

Estas lagunas de la ley de asociaciones sindicales (Ley nacional nro. 23551) son cubiertas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional y de otros tribunales del país, que utilizan las herramientas jurídicas de la Constitución Nacional, de los pactos internacionales de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que de acuerdo al art. 5 de la Convención de los Tratados de Viena, son tratados.

d. El amparo sindical del art. 47 de la ley de asociaciones sindicales (Ley nacional nro. 23.551) también es objeto de debate; y se coincide en ampliar y reforzar el alcance de dicha norma, a fin de que la misma garantice efectivamente al trabajador o a la organización sindical el derecho a una tutela judicial más expeditiva a fin de que el juez del trabajo haga cesar las conductas antisindicales del empleador. Por ejemplo: la llamada tutela real frente al despido ilegítimo, es decir, la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo como respuesta a un despido declarado improcedente por el magistrado.

■ ■ ■





# LA AUDIENCIA DE VISTA DE CAUSA. SU IMPLEMENTACIÓN EN LA PAMPA.

*Fernando Iván Fassina*<sup>\*</sup>

## 1. Nociones preliminares.

Como consecuencia, principalmente, de códigos procesales escriturarios y de la exacerbada aplicación del principio dispositivo reinante en la materia, la intervención del juez en los procesos, en la mayoría de sus casos, tiende a limitarse a una contemplación de ciertas garantías o recaudos procesales y a constituirse en un mero autorizador (o denegador, en su caso) de lo que las partes -específica y particularmente- solicitan, punto por punto, paso por paso, mas no al efectivo despliegue de una ingeniería jurisdiccional tendiente a

---

<sup>\*</sup> Abogado litigante. Docente en las materias "Derecho Procesal II" y "Adaptaciones Profesionales de Procedimientos Civiles y Comerciales" de la UNLPam. Investigador en el Proyecto de Investigación titulado "Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de La Pampa. Comentado y Anotado" (Resolución N° 054/14, del Consejo Directivo de la UNLPam). Investigador/Autor del Proyecto de Investigación titulado: "Sistematización de Trabajos Prácticos para la Proyección de un Manual de la Cátedra", enmarcado en el "Programa de Fortalecimiento de Docencia, Investigación y Extensión", de la UNLPam. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (A.A.D.P.).

participar activamente de aquel proceso que se le ha llevado a su estrado.

Pero sabido es que, desde un tiempo a esta parte, el rumbo que marcan las tendencias actuales se emparenta con la última descripción reseñada, siendo ello resultante, principalmente, de la enorme demanda social que procura y exige una justicia mas rápida y eficaz.

En este sentido, no se pretende el apartamiento del principio dispositivo que rigió y rige el proceso civil, sino que los nuevos vientos de cambio que imperan pretenden mantener la disposición de las partes sobre la pretensión y los hechos alegados, pero no sobre los tiempos y los recursos judiciales.

Ante ello, se impone la necesidad de, por ejemplo, instrumentar procedimientos de neta gestión jurisdiccional en los procesos de conocimiento, de maximizar las etapas de oralidad fomentando el principio de inmediación, de procurar la eliminación de trámites procesales superfluos o de elongación innecesaria, reduciendo el tiempo de litigación y de lograr que la calidad de las pruebas se imponga, haciendo uso de todas las herramientas necesarias para que cada medio probatorio contribuya en su máxima expresión a la resolución del conflicto.

Justamente, la Audiencia de Vista de Causa es un instituto procesal que, celebrado, sustanciado y desarrollado con diligencia y probidad tiende al inexorable cumplimiento de los objetivos que determinaron su creación y su introducción -incipiente aún- en distintas normativas procesales.

Ordinariamente, el proceso se ha iniciado, se ha contestado la demanda, se ha intentado conciliar y, si se fracasó en ese objetivo, se produjo parte de la prueba (informativa y pericial), llegando el momento decisivo de producir las declaraciones testimoniales y las declaraciones de las partes o absoluciones de posiciones, según el tipo de proceso o el código procesal que analicemos.

Justamente en este preciso instante de la línea temporo-procesal es que tiene su aparición la Audiencia de Vista de Causa, siendo una de las pocas etapas netamente orales dentro de un proceso civil, que se produce, justamente, cuando las posiciones están mucho más claras que al comienzo y se saben o conocen aspectos cruciales y definitorios de la suerte del litigio.

Nos referimos, entonces, a una audiencia cuya fecha de celebración bien puede fijarse en la Audiencia Preliminar -o con posterioridad- y donde los principios de oralidad y de intermediación procesal deberían reinar el acto, porque justamente la correcta puesta en práctica de ellos es lo que hace al instituto bajo análisis la herramienta útil que todos anhelamos.

Vale aclarar, en este estadio, que el propósito de la Audiencia de Vista de Causa no es únicamente concentrar varios actos probatorios en uno sólo y/o leer a viva voz los actos que ahora son escritos, sino que se pretende ir mucho más allá de eso, se persigue lograr un cambio de paradigma con la aplicación de técnicas de litigación oral, con la comunión del juez y de las partes en una audiencia que simplifique trámites, que quite la formalidad de la escritura para abrir paso a un proceso dialogal y con una interacción de la judicatura con partes, testigos y peritos, escuchando de primera mano sus testimonios, que sea el eje sustentador de su posterior decisión jurisdiccional, para que, a su finalización, se tenga por clausurada la etapa probatoria y el proceso se encuentre listo para el dictado de sentencia.

## **2. Desarrollo de la Audiencia de Vista de Causa.**

Guardando similitud con la Audiencia Preliminar en este aspecto, la Audiencia de Vista de causa es también un acto procesal múltiple, dado que en ella se abordan y concentran diferentes cuestiones, en este caso, probatorias.

Siguiendo el orden en el cual se llevan a cabo -o así debería serlo- en la práctica, puede decirse que se diferencian las siguientes acciones:

## **2.1. La conciliación.**

La Audiencia de Vista de Causa comienza con un último intento de solucionar el conflicto de forma anticipada a la sentencia definitiva.

Para eso, el juez pregunta a las partes si hay posibilidades conciliatorias y, asumiendo un rol pro-activo, puede sugerir o formular fórmulas conciliatorias. Claro está que estas proposiciones ya no son únicamente basadas en meras suposiciones sin demasiado sustento fáctico-jurídico, como ocurre al celebrarse la Audiencia Preliminar o de Conciliación, según el caso, sino que se encuentran cimentadas por las pruebas reunidas hasta el momento (documental y pericial), lo cual no es poca cosa.

## **2.2. La declaración de las partes o la absolución de posiciones.**

Superado el intento conciliatorio sin éxito, se pasa a la producción de las pruebas orales, propiamente dichas.

La primera prueba que debe tomarse es la declaración de las partes o la absolución de posiciones, según el caso. Es costumbre desistir de la misma atento a que pocas veces se logra alguna certeza con la misma, ello por respetar la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar en contra de si mismo, lo cual provoca que las partes, cuando absuelven, se encuentren relevadas del juramento de decir verdad; o, lo que es lo mismo, autorizadas legalmente a mentir.

Pero, la bondad que brinda la Audiencia de Vista de Causa es que otorga la posibilidad de interrogar libremente a las partes, es decir



que puede, luego de agotar el interrogatorio prefijado, preguntar al actor y al demandado de manera absolutamente libre.

Esta técnica, poco utilizada por los tribunales, da excelentes resultados cuando se pone en práctica, máxime cuando de absolución de posiciones hablamos, ya que la mentira -o la verdad disfrazada- en la que pueden incurrir los justiciables puede ser despejada a través de un interrogatorio eficaz y desprovisto de formalidades por parte del Magistrado, arribando a la verdad del caso sin violentar ninguna garantía ni alterar indebidamente ningún procedimiento.

### **2.3. Las declaraciones testimoniales.**

Sobre esta prueba, vale decir, existe dos posiciones respecto a la forma y el alcance de su recepción: hay jueces que opinan que deben ser consecuentes con la libertad señalada en el párrafo anterior y hay otros que prefieren que sea el proponente de esta prueba el que aclare sobre qué -y sólo sobre eso- va a declarar el testigo.

En una relativamente reciente reforma del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación se determinó como requisito del ofrecimiento de la prueba testimonial que la parte aclare sobre qué extremo va a declarar el testigo. No pareciera que esta limitante tenga incidencia sobre la Audiencia de Vista de Causa, ya que bien se puede cumplir con ese requisito al principio del proceso pero, conforme vaya avanzando el procedimiento, puede cambiar el centro de gravedad de la declaración del testigo y resultar necesario que brinde testimonio sobre otro aspecto de su conocimiento que difiera del propuesto inicialmente.

En cambio, sí veo con mas agrado que, a efectos de delimitar el testimonio y no avanzar con un interrogatorio superfluo, sea en el momento inmediatamente anterior a la declaración que se pudiera decir sobre qué va a declarar, circunscribiendo su testimonio únicamente a lo que aún no se encuentra probado en el expediente.

## **2.4. Las explicaciones de los peritos.**

En esta audiencia, y visto que el trabajo pericial ya ha sido presentado con anterioridad, el juez tiene la invaluable posibilidad de citar al perito interviniente para que aclare puntos oscuros de la misma o brinde las explicaciones que le sean requeridas, constituyendo este aspecto un detalle fundamental a la hora de fallar ya que el Magistrado, especialmente, puede obtener directamente del experto, de viva voz, un análisis que, sin dudas, coadyuvará con mas efectividad a la recta administración de justicia que la fría letra del escrito pericial que usualmente conocemos.

## **2.5. Los alegatos.**

Tal vez por una deformación en la práctica forense, considero que hemos olvidado el valor de este determinante paso procesal, al punto que no pocas veces lo mal utilizamos o le restamos importancia.

El principio rector es que se alega sobre la prueba. No se hace un discurso para quedar bien con el cliente. Tampoco se hace un resumen de la demanda o de la contestación, pues eso lo hará cada juez cuando se disponga a decidir.

Se evalúa, entonces, la prueba producida, ni mas, ni menos, y con precisión quirúrgica si queremos que el resultado sea óptimo.

Es decir, la valoración probatoria debe ser directa, concreta, teniendo ya completamente desbrozado lo principal de lo accesorio y no deteniéndose en cuestiones secundarias para el pleito. Y ello así porque es la misma metodología seguida por los jueces cuando dictan sentencia, ya que omiten toda la prueba que no tiene que ver en forma inmediata con la cuestión debatida.

En este momento, también, hay que demostrar acabado conocimiento del derecho y del expediente. Del primero para fundar brevemente la razón que existe para destacar una u otra prueba; del segundo para citar con exactitud y así alivianarle la tarea al juez en su decisorio.

El alegato es una exposición técnica porque se hace frente a profesionales del derecho y no frente a los clientes, aunque ellos también se encuentren en la sala de celebración de la Audiencia de Vista de Causa. No debe ser emotivo, ni retórico, ni magistral como si los jueces debieran aprender derecho de nuestra exposición. Tenemos que ganar el juicio, no la idolatría de nuestro cliente.

Finalmente, opino que se debe alegar siempre, aún cuando en algunos casos supongamos que no es necesario o que las circunstancias no lo ameritan. Por ejemplo, cuando la demandada está rebelde pero igualmente se produjo la Audiencia de Vista de Causa.

Entiendo, entonces, que debemos recuperar el valor del alegato haciendo buen uso del mismo, porque allí es el momento en donde los abogados podemos lucirnos -en los términos expresados con anterioridad- frente a otros hombres de leyes, y también porque, bien empleado, es el momento oportuno y último para llamar la atención al tribunal sobre uno o varios detalles decisivos del pleito.

### **3. La audiencia de Vista de Causa en La Pampa.**

Ahora bien, pormenorizado y caracterizado que fuera el instituto bajo análisis, podemos decir que existe éste en el Código Procesal de la provincia de La Pampa? Expresamente legislado, NO.

Pero, pueden los jueces llevar a cabo una Audiencia de Vista de Causa en los procesos que se les lleve a su conocimiento sin desoir las formas que su código de rito les impone? Indudablemente SI.

Así las cosas, si bien nuestra legislación procesal no contempla expresamente este instituto, como otras normativas provinciales, lo cierto es que la posibilidad de su inclusión y celebración se desprende del artículo 345 del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa que, determinando el alcance de la Audiencia Preliminar, en su inciso 9º), prescribe

“Podrá disponer una nueva audiencia a realizarse en su presencia para recibir la prueba testimonial, las declaraciones de las partes y las explicaciones que se requieran a los peritos.”

Reforzando la previsión legal precitada, entre los deberes de los jueces, el Artículo 35, inciso 6º) obliga a

“Dirigir e impulsar el procedimiento, aún sin petición de parte, debiendo dentro de los límites expresamente establecido en este Código: a) Concentrar, en lo posible, en un mismo acto o audiencias todas las diligencias que sea menester realizar.”

Por su parte, entre las facultades ordenatorias e instructorias de los Magistrados, el Artículo 37, inciso 4º) exhorta a

“Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar un conciliación o requerir las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito. La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento.”, mientras que el inciso 5º) otorga la posibilidad de “Decidir en cualquier momento la comparecencia de los peritos y de los testigos para interrogarlos acerca de todo aquello que creyeren necesario.”

Aclarado lo que antecede, pues, dable resulta destacar que la celebración de una Audiencia de Vista de Causa en La Pampa depende, pura y exclusivamente, de la voluntad de la judicatura, ya que constituye una facultad del juez respecto a su efectiva realización, mas no un mandato legal sobre el particular.

Por ello, y advirtiéndose en la práctica tribunalicia pampeana que el instituto bajo análisis aún no se verifica aplicable, es que resulta pertinente la creación de una conciencia judicial que advierta sobre las bondades de la implementación de la Vista de Causa como un modo de profundizar la intermediación, acortar plazos procesales, eliminar trámites superfluos y contribuir a un servicio de justicia más eficaz.

#### **4. Algunas conclusiones finales.**

Finalmente, a modo de corolario y analizado desde la perspectiva de un abogado litigante, entiendo que la clave en la Audiencia de Vista de Causa es el compromiso y la dedicación en la preparación de la misma.

Y esto, en tres aspectos: 1.-) el conocimiento del vértice neurálgico de la cuestión ventilada, 2.-) el pleno conocimiento y dominio del procedimiento y 3.-) el manejo detallista y pormenorizado del expediente.

1) Se evidencia una deficiencia e impericia notable en un letrado cuando arriba al momento culminante del proceso sin tener bien claro cuál es el objeto del mismo o cuál es el problema que se decide. Por ejemplo: ¿Se ha probado el nexo de causalidad en el presente caso de responsabilidad? Este es uno de los más frecuentes, porque el último esfuerzo va dirigido a eso. No se puede uno distraer pensando en si se cumplió con la prueba informativa a la Dirección de Vialidad para que informe el estado de una ruta. Para eso, en todo caso, ya es tarde. No así para lo anterior que constituye la esencia de

lo ventilado, que no puede desconocer el letrado al momento de ingresar a la Audiencia de Vista de Causa porque es precisamente en ese acto procesal en el cual va a tener la última oportunidad de probar el extremo.

2) Por otro lado, tenemos que afrontar la audiencia sabiendo el procedimiento, repasándolo previamente como estudiante si no estamos seguros, para no fallar ante lo imprevisto. Un incidente oral, la forma de una pregunta a un testigo, la oposición a una posición mal redactada por la contraria, etc., pueden ser determinantes. La seguridad en el saber procesal, nos dará soltura para pedir, exigir o negar.

3) Finalmente, y aunque parezca una recomendación para principiantes, debemos decir que es necesario ir el día anterior al juzgado, o ése mismo día un rato antes, para releer el expediente. La precisión en recordar dónde se encuentra la prueba más importante para la defensa de mi parte, tener la capacidad para destacar con exactitud lo que dice el perito a nuestro favor o recordar con exactitud la ausencia de la contestación de una prueba informativa que invalida el reclamo de la contraria puede constituirse en detalles que nos conviertan en la parte triunfante del litigio. Conocer pormenorizadamente un expediente es poder indicar, en un juicio de 5 cuerpos, con tres demandados, por ejemplo, dónde está una actuación procesal con sólo utilizar 3 movimientos para ubicarla físicamente.

No debe olvidarse, además y especialmente, que los aspectos mencionados precedentemente deben enmarcarse en el contexto de la oralidad, lo cual resulta una práctica casi absolutamente desconocida para el litigante en procesos civiles.

La oralidad, además, no es para cualquiera, requiere una pericia especial en el litigante, una preparación adicional y una participación

mas activa en el proceso, cuestiones éstas que no pocas veces se constituyen en obstáculos que impiden avances sobre la materia.

Pero, claro, también se necesita de un juez proactivo, diligente, consustanciado, un verdadero gestor judicial y un activo director procesal, dispuesto a cambiar un paradigma en el cual se formó y ejerció hasta el día de ayer, lo cual tampoco se aprecia de fácil consumación, mas no imposible.

Sabido es que las reformas judiciales siempre obligan a transitar un largo tiempo de asimilación, puesta en marcha, adaptación y aceptación por parte de todos los operadores judiciales; pero estoy persuadido que la implementación de la oralidad en los procesos civiles puede exhibir resultados contundentes en poco tiempo y a bajo costo, requisitos éstos que el Estado, la sociedad toda y los justiciables en particular celebrarían con especial beneplácito.

En este sentido, con éstos propósitos y con la firme convicción de que en la cuestión procesal reside la posibilidad de arribar a la tan anhelada justicia rápida y eficaz -o al menos mejorarla- es que la Vista de Causa resulta una excelente herramienta para plasmar, de una vez por todas, este ideal.

■ ■ ■





# BIOÉTICA Y APORTES DE LOS ESTUDIOS DE GÉNERO AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

*Daniela M. J. Zaikoski Biscay\**

## **1. Introducción.**

El artículo propone una reflexión, por cierto inacabada y susceptible de ser profundizada, sobre la incorporación de los principios de la bioética en el Código Civil y Comercial, focalizando la mirada en la relación entre derechos humanos, bioética y estudios de género.

La discusión sobre cómo los y las operadores/as jurídicos/as construimos los argumentos jurídicos para resolver casos concretos en cuestiones como la disposición del propio cuerpo, el acceso a la salud, el valor de la dignidad humana, el medio ambiente sano y el desarrollo humano, la autonomía, etc., no es nueva. Sin embargo, a partir del CCyC se plantea la necesidad no solo de dar cuenta de la enorme complejidad de estos y otros temas, sino también la de repensar nuestras ideas, nociones y conceptos que adquieren nuevos significados a la luz del reciente cambio normativo.

En este sentido, dar cuenta de la complejidad de estos problemas, de las soluciones cambiantes y de cómo se construye la

---

\* Funcionaria del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa (Secretaria de Primera Instancia en el Fuero Civil, Comercial Laboral y de Minería de la Iª Circunscripción). Docente de Introducción a la Sociología y Sociología Jurídica de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

casuística, implica exponer y dar buenas razones para validar nuestras argumentaciones.

## **2. Bioética.**

El término bioética se originó en la época de entreguerras y fue acuñado por Jahr quien lo utilizó apelando a la responsabilidad que le compete a la humanidad por el conjunto de la viviente (Montesano, 2009).

La autora dice:

“Ponderando los diferentes aspectos con los que abordamos los tiempos en que Jahr promueve el término bioética, comprobamos por una parte, que la catástrofe de la guerra dejó al hombre inerme frente a la magnitud del horror que él mismo puso en acción, simultáneamente con la aparición de los movimientos de masa y el avance tecnológico; por otra parte, la evidencia que se inscribe en un campo del saber organiza-do como ciencia: los mundos de los vivientes permanecen ajenos a la apertura del hombre. Tal vez, esa misma condición conlleve la responsabilidad que le cabe al ser que puede interrogarse por sus acciones. De todos modos, esto no responde al agregado de la partícula bio, connotando a la palabra ética con una especificación que alude al conjunto de lo viviente. Podemos hipotetizar, sin apelar a comprender cuáles serían las razones particulares de Fritz Jahr, que esta especificación no es ajena al punto límite con que el hombre se confrontó, señalado en el fin de la experiencia de lo conocido para explicar los hechos del mundo; en este sentido también la ética parece haber quedado cuestionada como insuficiente para pensar el horror. (ob.cit., pág 24).

Puede entenderse que hubo una necesidad de agregar el prefijo ‘bio’ a la palabra ética, de agregar algo que estaba presupuesto, era indiscutible y no necesitaba ser expresamente mencionado: el valor de la vida en su sentido biológico. Reforzar el término con ‘bio’, dice la autora, implica el recurso al aprendizaje de la historia tanto para rescatar el valor de la vida como para dar cuenta de su fragilidad, para dar cuenta de la responsabilidad por su cuidado y preservación.

Lo que resultará fallido según Montesano es la vuelta a un mundo ideal, a “...la ilusión de una armonía natural con el hombre en la cima de la evolución natural”.

La autora reconoce una duplicación del origen del término que en el transcurso de cincuenta años vio nacer el mismo vocablo de la mano de Potter. Agrega que:

Cincuenta años más tarde, cuando Potter vuelve sobre la necesidad de crear un campo de reflexión determinado por el término bioética –en una segunda fundación- el contexto social y cultural ha cambiado; a veinticinco años de la otra guerra mundial que ha vuelto a romper la escena humana con el horror, se suma la interrogación del campo médico ante el incremento fenomenal de los adelantos científico-tecnológicos y los límites de su utilización en el hombre. La gran diferencia de esta época radica en la consideración de lo que Michel Foucault –en 1972– denominó biopolítica, partiendo de la aseveración que define al cuerpo como un producto construido por la práctica discursiva biopolítica. Según su concepción, cuando el Estado opera la gobernabilidad (*gouvernementalité*) sustentada en el control y cálculo sobre los cuerpos, se instituye lo biopolítico como forma del poder. Las condiciones que participan en lo específico de la biopolítica son: el individuo, en la medida que al

ligarse a la noción de especie, cada individuo pasa a ser reemplazable por otro, asociado esto al liberalismo y su forma de producción en relación al mercado; la medicina, como el discurso que instaura saber hegemónico sobre el hombre, desconociendo el campo de la subjetividad al subsumir lo humano a la condición de viviente; por último y, al modo de síntesis entre los puntos enumerados, la población, que resulta un criterio de agrupamiento de los individuos en relación a un rasgo o condición (por sexo, edad, etc).

La relación entre bioética y biopolítica es al menos conflictiva. En ese sentido, Kottow explica que la relación entre bioética y biopolítica se da en una fase particular del capitalismo y que los supuestos que subyacen a la biopolítica son ajenos a la bioética. La primera trabaja con el poder, el gobierno y la violencia que necesariamente implica desigualdad y la segunda apela a la equidad y la comunicación.

Desde hace algunos lustros se presentan la inquietud y el esfuerzo por facilitar el acercamiento de la bioética a la política, sobre todo desde la perspectiva que reconoce la estrecha relación entre lo sanitario y las condiciones socioeconómicas de las sociedades. El tema se vuelve más candente en la medida en que van claudicando los grandes referentes de la filosofía política y cediendo el espacio al pensamiento utilitarista y a las estrategias pragmáticas. El nacionalismo cede ante la globalización, y el comunismo ha arrastrado en su caída a los socialismos, limpiando el escenario para la hegemonía neoliberal. La idea del Estado – social o benefactor – empalidece frente al libre mercado que sostiene poderlo todo, y que todo lo quiere. Los

problemas de que se ocupa la bioética – notablemente los biomédicos y ecológicos: salud pública, atención médica, investigación en seres vivos, adaptación al medio social y ambiental, conservación de recursos naturales – no pueden ser entendidos e influidos únicamente desde la reflexión académica. De allí la sugerencia de derivar los conflictos bioéticos a la arena política, ante todo los que se relacionan con la pobreza, la inequidad social y la exclusión. (Kottow, 2005: 111).

Agrega que en todo caso, cabría una ‘bioética activa’ desde la cual

“...reconocer que necesitamos un debate intelectual profundo y creativo, acerca de los nuevos problemas generados por los avances de la ciencia, y en una conciencia alertada al impacto de elecciones bioéticas en el diario vivir, que sólo es posible enfrentar con la participación de energías múltiples” (ob. cit. p.112)

ya que la bioética se preocupa por las injusticias, las angustias que sufren los pueblos mientras que

“La política tiende a desembocar, eventualmente, en una violencia cuya manifestación más extrema es la biopolítica que reduce la existencia humana a vida biológica” (ob. cit. p.116).

Sitúa a la biopolítica en el espacio público y a la bioética como protectora del espacio privado y del individuo, cuando lo público produzca daños al individuo. El autor apuesta a una bioética de protección que

“...ha de hacerse presente antes que los individuos o las comunidades hayan perdido la capacidad de reclamar sus derechos y de bregar por sus intereses” (ob.cit.p. 118).

Sin embargo, la reflexión entre el poder y la bioética es necesaria (ver también Valls Llovet, 2014). Personalmente creo que la bioética como lugar de encuentro pluridisciplinar no puede desentenderse del tema del poder, sea político, económico, religioso o el que imponen las disciplinas (el poder del discurso médico y del discurso jurídico<sup>1</sup>) para dirigir las críticas de las intervenciones sobre lo humano y sobre la vida.

En ese sentido se pronuncian quienes abogan por una bioética de intervención, que es aquella que:

“...procura respuestas más adecuadas para el análisis de macroproblemas y conflictos colectivos que tienen relación concreta con los temas bioéticos persistentes constatados en los países pobres y en desarrollo”.<sup>2</sup>

y que entiende que las éticas y bioéticas del Norte no pueden, no alcanzan o no quieren comprender los problemas ético y bioéticos del Sur<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> De ambos discursos y su relación con lo disciplinar y el poder se ha ocupado Foucault. La profesora cordobesa Cristina Soledad Donda explica que este autor resulta fundamental para poder mantener una actitud crítica ante las relaciones entre el poder, el saber y la verdad. Ver ‘Biopolítica y bioética’ en RIPEHP, 27 de octubre de 2014, en <http://ripehp.com/2014/10/27/biopolitica-y-bioetica>, consultado el 9 de febrero de 2017.

<sup>2</sup> Volnei Garrafa y Dora Porto, *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, pp. 161.

<sup>3</sup> Por ejemplo, se encargan de la voz: Bioética de intervención, los profesores Volnei Garrafa y Dora Porto (Brasil) de la Universidad de Brasilia, en el *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, pp. 161-164, quienes justifican la intervención política

Por otra parte, no puede confundirse la bioética con una ética que se ocupa de la vida porque con ello nada se agrega a su delimitación conceptual<sup>4</sup>.

La Bioética no es, por tanto, Ética, de modo exclusivo; es también Moral (si «Moral» equivale a todo cuanto se refiere a las normas que presiden a un grupo humano dado entre otros grupos), es decir, «Biomoral»; y es Biopolítica, e incluso, según algunos, Biopraxis en general, es decir, control de la biosfera, en la medida en que ello sea posible. La Bioética no se deja reducir ni a la Ética, ni a la Moral, ni a la Política, ni al Derecho... aunque los problemas de los cuales se ocupa sean problemas éticos, o morales, o políticos, o jurídicos... Pero son problemas que, aunque semejantes a los que tradicionalmente se planteaban, han de experimentar un replanteamiento nuevo. Y esto en función de las grandes novedades que caracterizan a nuestro presente. Podemos dibujar estas novedades desde dos frentes (que, por otra parte, están en profunda interacción mutua.

Parece entonces que su delimitación disciplinar va modificándose y/o ajustándose con el tiempo, merced a la acumulación del acervo de conocimientos; es una disciplina dinámica y en evolución, no cabría quedarse con los temas o problemas que le dieron origen ya que si bien cuenta con un núcleo de contenidos y preocupaciones centrales, responde a distintas necesidades según las épocas, aunque el punto de inflexión como señala Tinant sea el holocausto y los horrores de la Segunda Guerra Mundial. En

---

y de otras ciencias junto a la bioética para solucionar o brindar respuestas a problemas de las poblaciones más pobres de nuestro continente.

<sup>4</sup> Voz: bioética en Filosofía en español, en <http://www.filosofia.org.filomat/df507.htm> consultada el 20 de febrero de 2017.

consonancia su origen histórico y con su dinamismo, este autor dice que la bioética admite diversos momentos históricos:

El origen de la bioética admite diversos momentos históricos. Muchos –como vimos– lo sitúan en la combinación de los términos biología y ética: Potter (1970), más acá de la temprana utilización del vocablo por Jahr (1927). Otros prefieren darle carta de ciudadanía con la aparición de los trasplantes de órganos de corazón (1967), y consiguiente criterio de muerte encefálica propiciado por el Comité de Harvard (1968), o aun antes, con la experiencia social que representó el primer comité de ética encargado de decidir el orden de acceso de los pacientes al novedoso recurso de la hemodiálisis (Seattle, 1962). Igualmente puede considerarse en tal sentido a las primeras normas éticas internacionales: Código de Nuremberg (1947) y Declaración de Helsinki (1964), o a la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (Nueva York, 1948). Pero estos documentos no fueron sino directa consecuencia del Holocausto, en el marco de la Segunda Guerra Mundial, destrucción generalizada de la vida humana por parte del régimen nazi, que incluyó programas de eutanasia, eugenesia y esterilización forzadas y todo tipo de torturas y atroces experimentos, inspirando la sanción de los mismos. A nuestro juicio, pues, en tanto acontecimiento histórico cultural, el Holocausto constituye la causa más importante del nacimiento y el desarrollo de la bioética, aun por sobre aquellos importantes hitos normativos, en todo caso, como dijimos, su directa consecuencia.

Y ello es cierto y necesario, ya que a partir de los horrores de la experimentación pseudocientífica en la Segunda Guerra Mundial, la



reducción del bios a nuda vida o zoe surge la idea de la biopolítica y el permanente 'estado de excepción', como lo opuesto a la construcción socio-política-jurídica del Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Humanos como mínimo estándar de protección de bios.

Más recientemente surgen temas<sup>5</sup> de la bioética tales como los trasplantes, la investigación sobre el genoma, las investigaciones sobre el cuerpo humano, la difusión del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, el problema del medioambiente y a la vez se resignifican temas a la luz de los derechos humanos como el aborto, la eutanasia, el acceso al derecho a la salud, al derecho humano a disponer y hacer uso del avance científico, etc.

Todos estos temas y los demás que aborda la bioética tienen o deberían tener una refinada conceptualización y abordaje jurídicos. En el caso de la relación entre la bioética y el derecho, Tinant (2008 y 2009/2010) se ha ocupado de conceptualizar la bioética jurídica.

Bioética jurídica es la rama de la bioética que se ocupa de la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética, constituyendo al mismo tiempo una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre la bioética y el derecho, a escalas nacional, regional e internacional.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Flah (2014) menciona algunos temas de la bioética que están incorporados en leyes de nuestro ordenamiento a través de la aplicación de los principios de justicia, beneficencia y autonomía. Dice que cada principio se puede rastrear en alguno de los artículos o postulados de la Constitución. Sin embargo la actualidad del tema de la bioética responde a la constitucionalización del derecho privado. En relación a la bioética legislativa menciona a las leyes 23798, 24193, 25673, 24901, 26130, 26378, 26657, 26396, 26529.-

<sup>6</sup> Tinant, Diccionario Latinoamericano de Bioética, 2008, p. 168.

El autor reconoce que la bioética tiene su núcleo duro en la ética, pero la primera es un fenómeno social y una actividad pluridisciplinar que procura:

“armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los Derechos Humanos y en relación con los valores y principios éticos universalmente proclamados, se encuentra hoy en la encrucijada entre la manipulación de la vida y la atención de la salud y el bienestar de las personas, procurando no solo interpretar sino también orientar los extraordinarios avances de la moderna tecnociencia y los cambios sociales y culturales de la globalización” (ob.cit., p.168).

Se preocupa por la dignidad del hombre [y de las mujeres] como un valor superior al de la utilidad económica y afirma (como un deber ser) la primacía del orden ético sobre la técnica y los intereses puramente comerciales, mediante:

“una toma de conciencia individual y colectiva respecto de la capacidad y la sensibilidad de prever efectos y riesgos sobre el inadecuado uso de las aplicaciones de ciencia y tecnología sobre la vida”.

Según Tinant existe una bioética empírica (que define lo que es) y la bioética jurídica que determina lo que debe ser, lo cual se conforma un discurso social y unas prácticas determinadas basados en los tópicos jurídicos, es decir esos lugares comunes que sirven a razonamiento fundado y prudente (Tinant (2009/2010). La bioética jurídica se encarga de elaborar y establecer normas que permitan

regular de modo colectivo los nuevos conflictos bioéticos y de darles ajustada y oportuna resolución. Reconoce que la ética por sí sola no alcanza para asegurar el respeto de la persona y la vigencia irrestricta de los Derechos Humanos, así como tampoco puede el derecho conjurar las amenazas que representan los nuevos intereses creados, resaltando que se requiere construir el puente entre lo ético y lo científico como postulaba Potter. Defiende el término bioética jurídica de otros como bioderecho, biojurídica, bioética de rasgos jurídicos, o con procesos como la juridificación de la bioética o la juridización de la bioética. Lo que no puede hacerse es reducir la bioética a estrictas formas jurídicas.

El término bioética jurídica procura evitar, pues, la confusión de términos y, por ende, de conceptos, confirmando que se trata de algo más que una mera *nominis quaestio*, desde que la noción de ética debe presidir el debate. El riesgo adicional que puede significar la supresión del vocablo ética se desprende de vocablos que designan otros fenómenos de bios de nuestro tiempo, algunos con inciertos y preocupantes alcances, como biopoder (conjunción de la genética y la informática: “civilisation de l’ordinateur, domaine qui vient”) y biocracia (presiones de quienes no reconocen ningún freno al progreso de la ciencia y la tecnología y al beneficio económico), o que representan una clara y terrible amenaza para la humanidad toda, sin ignorar otras ya existentes, como bioterrorismo (agresión con armas biológicas y químicas). No es casual que tales palabras carezcan del vocablo ética (ob. cit. p.169).

Tanto la bioética constitucional como la bioética jurisprudencial son importantes: una regula las instituciones desde el punto de vista bioético (la salud, el avance científico, el

medioambiente, etc.), la otra va acumulando un saber basado en la invocación y aplicación de la bioética normativa, es decir el derecho en papel y el derecho a la acción y en la praxis de los operadores, sean operadores jurídicos, de la medicina, de la ciencia etc. En el campo del derecho, ese acervo acumulado y en permanente revisión, actualización y profundización de bioética normativa y jurisprudencial va informando la solución de los casos a fin de que éstos se resuelvan de modo compatible a los estándares de derechos humanos, incluso para indicar a otros operadores que no hace falta judicializar los casos<sup>7</sup>.

Si la bioética nació de la mano de los horrores de la guerra y, luego, con los avances de la experimentación médica, y ello originó a la vez el surgimiento de la explicación científica a través de los principios generales y universalizables de la bioética, hoy día existen modos de abordaje plurales, diversos y multiculturales basados en los derechos humanos que han puesto en cuestión la bioética principialista. Asimismo, como dice Flah (2014) si los principios de la bioética se formularon en un contexto de gran individualismo, hoy se reconoce que se requiere de principios como la solidaridad y la responsabilidad social, principios que han sido regulados en la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos.

### **3. Las principales corrientes de la bioética.**

Teniendo en cuenta la multiculturalidad y diversidad del mundo actual y los problemas con que se enfrenta la bioética alrededor del mundo resulta difícil pensar que se pueden tener referentes éticos universales o universalizables ante los dilemas morales.

---

<sup>7</sup> En ese sentido, la ley de salud mental, los casos de anencefalia, también debería ser así con el aborto por la causal violación después de los fallos L.MR. y F.A.L.

De todos modos, la referencia a principios es un marco conceptual y argumentativo que corresponden considerar a la hora de proponer soluciones a problemas concretos.

Siguiendo a Laferriere (2015) se caracterizan tres escuelas de bioética:

- La escuela principilista que surge en el ámbito anglosajón, a partir del Informe Belmont y enfatiza en proponer principios para el obrar en la investigación biomédica. Se basa en el principio de protección de las personas o de autonomía, el principio de beneficencia es decir por asegurar el máximo bienestar, no dañar y minimizar los daños posibles y el principio de justicia que se aboca a justificar quienes tendrían el derecho a los avances científicos y quienes soportarían las cargas.
- La segunda escuela es la de la bioética personalista la que según Sgreccia (citado en Laferriere) comprende cuatro principios básicos: a) Principio de defensa de la vida física, b) Principio de libertad y responsabilidad, c) Principio de totalidad o terapéutico y d) Principio de sociabilidad y subsidiariedad.
- El tercer modelo o escuela es la bioética de los derechos humanos que el autor explica teniendo en cuenta a Tealdi.

Según Andorno la propuesta de principios (escuela principialista) más conocida en los aportes de Beauchamps y Childress, cuenta con cuatro principios: principio de autonomía, principio de no maleficencia, principio de beneficencia y principio de justicia. Si bien los principios tienen el mismo valor, cuando entran en conflicto se los debe jerarquizar. Se ha cuestionado a la bioética principialista por su formalismo y abstracción, por carecer de contenido sustancial, por su apriorismo, entre otras críticas.

A partir de estas críticas se han desarrollado los enfoques casuista, del bien del paciente comprometido con una visión más relacional y las éticas del cuidado, que proviene según Andorno de la teorización feminista aunque también proviene de los postulados de la ética de la virtud.

Sin embargo, Andorno considera que:

Lo que parece claro es que para emitir un juicio ético necesitamos la referencia a algunos principios. Pero no hay que pensar que los denominados "principios bioéticos" tienen que ser vistos como un esquema *sui generis*, separado del resto de la teoría ética. En realidad estamos ante principios éticos generales, válidos para todo el amplio campo del obrar humano y no sólo para el específico de la bioética.

Además este autor explica que de algún modo hay que jerarquizar los principios ante los casos concretos.

Por su parte, Vazquez (2000 y 2008) posiciona a los bioeticistas en tres categorías: el filósofo modesto cuyo oficio es el de ser un técnico de lo que es o no la corrección moral según su entrenamiento en descubrir falacias y construir argumentos. La discusión se centra en si es posible renunciar a la formulación de principios normativos generales o si es posible que se acepten principios generales independientemente de la situación particular y sin permitir que la preferencia moral (por ej. de un médico o un juez) influyan en el juicio. La metodología de construcción de ese juicio moral sería inductiva.

En segundo lugar, Vazquez propone el tipo ideal de filósofo ambicioso, en sus versiones *generalista* y *particularista*. El problema del filósofo ambicioso generalista sería el de aquel que a pesar de clasificar las teorías, no encuentra cómo aplicarlas justificadamente a situaciones particulares. La selección de un principio que deba

aplicarse incondicionalmente sería un autoritarismo moral. Finalmente Vazquez concluye que:

Para el filósofo generalista todos los intentos de ofrecer razones en apoyo de las creencias últimas son superfluos. Las verdades morales, o bien se adquieren por una intuición metafísica no corroborable intersubjetivamente, o bien, en el extremo, por un acto de fe religiosa (Vazquez, 2000, 433).

La categoría de filósofo ambicioso particularista está compuesta por las éticas del caso concreto, las éticas de la situación, de la virtud y del cuidado. Explica el contextualismo y la casuística.

“la teoría paradigmática [principialista] no ofrece un criterio que permita decidir cuál de los principios debe seleccionarse en ciertas circunstancias concretas o, en otros términos, qué concepción teórica debe prevalecer. Precisamente, cuando se enfrenta a los casos límite, que son los más interesantes y conflictivos desde el punto de vista moral (el uso de niños anancefálicos como posibles donadores de órganos; la investigación con embriones y su uso en las nuevas técnicas reproductivas; por ejemplo), la teoría principialista incurre en omisiones serias. Parecería finalmente apelar a una suerte de intuicionismo difícilmente justificable desde un punto de vista empírico-racional (Vazquez, 2000: 435).

Por su lado, las éticas contextualistas cuya metodología es de abajo hacia arriba, apelan a considerar que los problemas morales deben resolverse precisamente a la luz de la propia complejidad de las circunstancias concretas teniendo en cuenta las tradiciones históricas y culturales relevantes.

“De esta manera, una teoría contextualista debe comenzar por el reconocimiento de una moral convencional con sus propias reglas y valores justificatorios, los mismos que deben considerarse con un criterio de validez instrumental de acuerdo con el contexto social que contiene el caso” (ob.cit.p.435).

Para este autor:

Ambas posturas –contextualista y casuística– incluidas dentro de la denominación general de particularistas, son criticables. Si en los generalistas el defecto era haber incurrido en un absolutismo moral bajo un esquema deductivista, el problema entre los particularistas es elaborar una teoría que descansa en un subjetivismo relativista y un método generalizador que no acierta a resolver tampoco, bajo criterios racionales, los conflictos frecuentes en bioética entre las propias máximas y tópicos (ob.cit. p. 436).

La tercera posición que pueden asumir los filósofos es la de una tercera vía. Esta se caracteriza por el reconocimiento del valor *prima facie* de los principios generales y aboga por que se llegue a una solución luego de ponderar las varias situaciones, es decir que metodológicamente se realice una serie de pasos de razonamientos para llegar a un equilibrio reflexivo. La crítica que hace Vazquez (ob. cit. p. 443) es que resulta difícil entender que a la vez se preserve la mayor convicción y a la vez haya que tener coherencia con los principios y reglas a aplicar en el caso concreto.

Termina Vazquez resaltando la idea de juridificar la bioética, como postula Atienza.



Así sostiene que:

“Atienza no tendría mayor inconveniente en aceptar que se puede alcanzar un consenso profundo con respecto a las necesidades básicas que demanda cualquier ser humano –para nuestro caso en materia de salud y medicina– y que tales necesidades no son objeto de negociación, ni de acuerdos mayoritarios, ni sujetas a los valores culturales de una comunidad. Creo que también estaría de acuerdo en que la exigencia de satisfacción de tales necesidades es una condición necesaria para el ejercicio de la autonomía personal; que «los hombres tienen derecho a no ser dañados en sus intereses vitales y tienen el deber de no dañar a los demás impidiendo la satisfacción de sus necesidades básicas o de sus intereses vitales», y que la consideración igualitaria de las personas en sus exigencias de cuidado y salud supone el rechazo de cualquier trato discriminatorio por razones de sexo, raza, convicciones religiosas, etc. En síntesis, que los principios normativos de autonomía, beneficencia, no maleficencia e igualdad, no se construyen arbitrariamente, ni se proponen dogmáticamente, sino que se levantan sobre la aceptación de un dato cierto: el reconocimiento y la exigencia de satisfacción de las necesidades básicas. Es la afirmación de este objetivismo moral el que permite tomar distancia por igual de las teorías generalistas y particularistas en bioética y, por lo tanto, del absolutismo y el subjetivismo moral, que las caracterizan, respectivamente (ob.cit. p.445).

Además los posibles defectos de la ética de principios y las tesis de la ética casuística y las del contextualismo podrían solucionarse con las tesis secundarias: principio de paternalismo justificado, principio de utilitarismo restringido y principio de trato diferenciado.

Pienso que con todo lo expuesto, la bioética no solo se juridifica sino que pasa a servirse de las construcciones de las teorías de la argumentación. En ese sentido, la bioética jurídica adquiere sin dudas enorme importancia en la formulación de teorías y conceptos con los que solucionar problemas cotidianos, generar conocimiento para el asesoramiento a órganos de decisión, producir conocimiento y divulgar información sobre la relación entre la bioética y los derechos humanos, sistematizar las categorías jurídicas bajo las cuales se proponen y solucionan distintos casos.

#### **4. La bioética en el CCyC. La inclusión de la dignidad.**

En el marco de una legislación privada imbuida de los postulados de los derechos humanos, el CCyC incorpora la inviolabilidad de la persona humana y la dignidad en el art 51. Ello responde al proceso de constitucionalización del derecho privado como lo señala Flah (2014). La dignidad de la persona humana comienza por reconocer su existencia, su autonomía y su individualidad.

Según la autora, la fe en la vigencia y aplicabilidad de los distintos principios que hoy se incorporan al CCyC fueron renovadas en "Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos" (2005).

Estos principios están regulados en los arts. 51 a 61 del CCyC pero deben ser enmarcados en las fuentes de interpretación de los arts. 1 y 2, armonizarse con los arts. 17, 19 y 26. Si bien la dignidad de la persona humana estaba en el derecho positivo nacional, lo cierto es que la legislación civil y comercial constitucionaliza esos postulados (art. 75 inc 22 de la CN<sup>8</sup>) y los operacionaliza y concreta en el CCyC y en la legislación especial.

---

<sup>8</sup> El Código Civil y Comercial comentado por Caramelo, Herrera y Picasso (Tomo I, Ediciones Infojus, pág. 128), enumera las menciones a dignidad en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Para Valls (2005) la dignidad humana reside en la capacidad de darnos ley, no solitariamente sino solidariamente con nuestros iguales en la libertad corresponsable

Se reconoce de allí, que la dignidad y los derechos personalísimos se basen o mejor, impliquen la libertad y la autonomía. La dignidad empezó, dice este autor, siendo un predicado accidental, sobrevenido, que separaba a algunos respecto de los demás y los ponía por encima de ellos para evolucionar hacia la idea actual de dignidad como sustancia común que

“... emana de la libertad moral como único derecho innato de todos. Es por eso que ahora el término dignidad vale como enteramente sustantivo y no adjetivo. Esta dignidad o excelencia, se convierte así en algo sustancial” (ob.cit.5).

Andorno (s/f) agrega que la dignidad tiene una larga historia en el pensamiento occidental: desde los griegos, a la visión judeo cristiana, a la renacentista hasta la kantiana<sup>9</sup>. Dice también que la relación entre dignidad y cuerpo ha sido diferente a través de las épocas, desde un reduccionismo del cuerpo en la filosofía cartesiana hasta una revalorización del cuerpo en la actualidad, aludiendo entonces a una dimensión corporal de la persona humana.

Marín Castán (2007) dice que es una noción confusa y presenta dificultades en cuanto a su determinación, caracterización y definición. Es una categoría pluridisciplinar:

“porque para su cabal caracterización y configuración se impone la confluyen varias disciplinas: la Filosofía general, y en particular su rama de Ética o Filosofía moral, la

---

<sup>9</sup> En similar sentido, puede verse la voz dignidad humana en el Diccionario Latinoamericano de Bioética, pág 274 y sigtes.

Antropología, la Política y el Derecho. Todas estas disciplinas -especialmente el Derecho- nos van a servir para conformar el concepto de dignidad humana y nos van a permitir ahondar en su significado” y es una categoría pluridimensional: “...1) La dimensión religiosa, en cuya virtud se concibe al hombre a imagen y semejanza de Dios. 2) La dimensión ontológica, en la que se considera al hombre como ser dotado de inteligencia racional, con conciencia de sí mismo y de su superioridad en el orden de la naturaleza, en el orden del mundo. 3) La dimensión ética en el sentido de la autonomía moral, como esencial función de la conciencia valorativa ante cualquier norma y ante cualquier modelo de conducta (esta coincidiría con el planteamiento kantiano). 4) La dimensión social, como estima o fama dimanante de un comportamiento valioso. Curiosamente el Diccionario de la Real Academia española recoge este último de los sentidos, al definirlo como forma de comportamiento de la persona presidida por su gravedad y decoro (ob.cit., pp. 1 y 2).

Tinant (2009 y 2015) enseña que existe un dualismo fundacional que atraviesa el mundo de la bioética. Está constituido por los principios (*principium*); principios universales de la bioética (que rigen lo concreto) a partir del respeto a la persona humana y a su dignidad y por las concreciones (*concretum*) que se refieren a las singularizaciones jurídicas del proyecto bioético: los derechos humanos.

El principio de dignidad humana cumple un rol unificador de toda la ética biomédica y del propio derecho (se trata de la dignidad de la persona y, por extensión, de la persona enferma). Los derechos humanos incluyen los derechos personalísimos del paciente (en particular, los de éste al

final de la vida). La dignidad humana es presupuesto central, de los derechos humanos. Tanto es así, que "sin la idea de la 'dignidad de la persona humana' es inconcebible la noción misma de derechos humanos" .... "La dignidad humana es un referente ético racional, fundamento o presupuesto de la ética pública. La diversidad cultural es reconocida en el marco de la igual dignidad y de los valores, principios y derechos que la desarrollan. La desigualdad y la discriminación no pueden ser amparadas por ese multiculturalismo, que debe situarse en el ámbito de la diferencia. El multiculturalismo de las diferencias culturales tampoco choca, en principio, si respeta el límite de la igual dignidad (ob.cit).

Andorno (s/f) dice que a los principios de la bioética hay que ubicarlos en una teoría de fondo, que es la noción de dignidad humana, es decir que cada ser humano posee un valor intrínseco, inalienable e incondicional. En ese sentido, la dignidad juega un verdadero rol unificar de todo la ética biomédica. La dignidad no es meramente retórica, tiene consecuencias prácticas tanto en la bioética médica como en la bioética jurídica y es el paradigma de la bioética internacional.

Es posible reconstruir el significado de la dignidad a través de su opuesto, es decir de las situaciones de indignidad /indignación<sup>10</sup>.

La dignidad humana se implica con otros principios y valores pero no se reduce a ellos. Están involucrados con la dignidad el

---

<sup>10</sup> Indignación ética ante las injusticias (Diccionario Latinoamericano de Bioética, pág 14); "La percepción de la dignidad no reconocida conduce a la indignación y a las exigencias morales de reconocimiento jurídico" (Diccionario, pág 95); la indignación ante situaciones de pobreza, falta de políticas de salud, etc. (Diccionario, pág 179); "La indignación es la fuente primaria de la moral y la razón de ser de las exigencias éticas, que son reconocidas en justicia por los Derechos Humanos" (Diccionario, pág. 180).

respeto a la vida, la autonomía, la igualdad y no discriminación, la no instrumentalización de la persona, la libertad, la integridad.

La concreción de la dignidad a través de la integridad se encuentra en el art. 54 y se regula permitiendo una relativa indisponibilidad sobre los derechos personalísimos en el art. 55, por lo cual el consentimiento debe ser informado y expresado libremente a fin de tomar la decisión<sup>11</sup> que mejor convenga al paciente que no es un objeto sino un sujeto. En el CCyC no sólo se puede pedir la reparación sino que se puede exigir la prevención de la lesión a la dignidad humana (art. 52).

En el caso de la ablación de órganos el CCyC establece un principio general de actos prohibidos y a la vez recoge las construcciones de la bioética jurisprudencial en tanto ésta ya conoce y ha delineado los requisitos para la ablación de órganos entre no parientes, valiéndose de por ejemplo, la amistad como virtud.

Las investigaciones médicas sobre seres humanos y sobre material genético se regulan en los arts. 57 y 58 y deben estar basadas en la dignidad, la autonomía, la integridad y la salud (Caramelo *et al*, ob cit., pág 142). El consentimiento tanto para actos médicos como para investigaciones se regula detalladamente en el art. 59 sobre la base de la dignidad.

En conclusión, quedan enmarcados en la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona humana, la libertad, la autonomía y la

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, para las feministas como Sherwin, las feministas están deseosas de trasladar el centro de atención de la bioética de la perspectiva de los médicos a la de los pacientes, para examinar cómo pueden, los pacientes, ejercer su agencia en circunstancias de enfermedad e institucionalización. El feminismo nos insta a desarrollar e investigar nuevos modelos para reestructurar las relaciones de poder asociadas con la curación, como distribuir el conocimiento especializado en materias de salud de forma que los individuos tengan mayor control sobre su propia salud. Y para Valls Llovet la institución del consentimiento informado ha sido suscitada por el desequilibrio de poder existente en medicina entre médico y paciente, y ha asumido el valor no sólo deontológico jurídico, sino también simbólico, de instrumento apto para hacer más proporcional esta relación por lo que mejor sería denominarlo decisión informada.

integridad personal, el derecho a la vida, a la igualdad y no discriminación, el derecho a la intimidad y a la privacidad, el derecho a la libre expresión y a la libertad de conciencia.

La dignidad de la persona humana permite argumentar sobre la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud, regular el consentimiento informado, el derecho a la intimidad e imagen de las personas, la prohibición de la trata de personas con fines de explotación laboral o sexual, el uso de personas o sus partes y componentes en las investigaciones biomédicas, las técnicas de reproducción humana asistida, el comienzo y el fin de la vida e incluso los contratos de subrogación de vientre o maternidad subrogada. Las feministas creen que la dignidad también es aplicable a la interrupción de embarazo.

En CCyC se hace eco de la copiosa jurisprudencia internacional y regional sobre derechos humanos en los que se ha elaborado y ha dado forma a principios como la dignidad, la integridad personal, la vida, la privacidad y el derecho a la no injerencia arbitraria del estado, a la vida familiar, al consentimiento, al desarrollo o autonomía progresiva, etc.

Bergel (2014) trae a colación la distinción hecha por Atienza en las dos dimensiones de la noción de dignidad jurídica:

Una es la dignidad en cuanto fundamento último de los derechos; así entendida la dignidad señala, por así decirlo, el límite de la moral y ordena no tratarnos a nosotros, a sí mismo ni a los demás exclusivamente como medios. Otra es la dignidad traducida en los derechos fundamentales concretos como los derechos de la personalidad o las garantías procesales. En cuanto fundamento último de los derechos, es obvio que la dignidad no puede ceder frente a ningún otra exigencia (las razones fundadas en la dignidad son absolutas); pero o derechos basados en la dignidad, si pueden ser ponderados con otros.

## **5. Aportes feministas a la bioética: una bioética con perspectiva de género<sup>12</sup>.**

Desarrollamos en este acápite unas breves consideraciones sobre la bioética feminista, la bioética femenina, la ética de cuidados y la ética de la justicia.

En referencia a la bioética y la perspectiva de género<sup>13</sup>, Lopez de la Vieja (2014) señala que:

la perspectiva de género ha contribuido a modificar el análisis bioético, haciendo visible la dimensión social y política de las cuestiones relacionadas con la salud y el bienestar; es decir, ha inclinado en parte la balanza hacia la dimensión cívica de estos temas. Además de esto, ha puesto en evidencia los elementos ideológicos que tanto pesan en las decisiones más personales; la interrupción voluntaria del embarazo y, en general, todo lo que se refiere a la salud reproductiva demuestra que es así, que "lo personal es político (Lopez de la Vieja, 2014:147).

---

<sup>12</sup> Mi tesis de maestría fue sobre derechos políticos de las mujeres y el cupo femenino, allí desarrollé el discurso sobre el aborto no punible en una ley de La Pampa y destacué dos posturas que retomo en el último acápite de este trabajo. Por ello me pareció pertinente hacer algunas consideraciones sobre la bioética feminista.

<sup>13</sup> El ECOSOC definió la perspectiva de género en 1997 como : "Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación y su aplicación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros."



Por su parte, Alison Jaggar (1996) resalta que:

Las aproximaciones feministas a la ética se caracterizan por su compromiso explícito por repensar la ética con el objeto de corregir cualquier forma de sesgo masculino que ésta pueda comportar. La ética feminista por usar el nombre que suele aplicarse a de forma colectiva a dichas aproximaciones, quiere identificar y desafiar todas as formas en que la ética occidental ha excluido a las mujeres o ha racionalizado su subordinación....Su objetivo es ofrecer una guía práctica para la acción y también una comprensión teórica de la naturaleza de la moralidad que o subordine, en forma visible o encubierta, los intereses de ninguna mujer o grupo de mujeres a los intereses de cualquier otro individuo o grupo (Jaggar, 1996, 167)

Fundamentalmente una ética (y podría extenderse a una bioética feminista) según esta autora deberían focalizarse en desentrañar los significados sesgados de la igualdad para aportar explicaciones a la diferencia, mantener una comprensión alerta de los significados de la imparcialidad, problematizar por qué las mujeres no han tenido subjetividad moral o bien la han tenido subordinada al varón y deben repensar la autonomía.

Como puede observarse, las éticas deontológica y utilitarista tienen mucho que cambiar si quieren ser éticas verdaderamente igualitarias en términos de género, deben admitir la autonomía y los nuevos sentidos de la imparcialidad elaborados por las éticas feministas.

A la vez, puede decirse que la resignificación de la imparcialidad que han efectuado las construcciones teóricas feministas, incluso el hecho de dejar de lado la imparcialidad (como dice Jaggar sobre Nell Noddings) han implicado la ética del cuidado en la versión más particularista, y en cuanto a la creadora de lo que se dio

en llamar *ética del cuidado*, Gilligan, con su postura de la conexión y dependencia de los seres humanos desbarata el ideal de sujeto autónomo e imparcial. ¿Qué pasa cuando la idea de imparcialidad en la construcción del juicio moral y la idea de autonomía se transforman? ¿Cómo definir la dignidad de la persona humana a partir de los principios de igualdad y no discriminación de la éticas feministas liberales? Todas son estas preguntas que se hacen las éticas feministas.

Según Sherwin (2014) la bioética ha logrado eludir en gran medida las críticas feministas.

En su mayoría, quienes se especializan en bioética se comportan como si su campo tuviera efectos neutros sobre la opresión y se encargara solo de cuestiones alejadas de aquellas que competen a las feministas. Con excepción de algunos cuantos temas que es evidente que afectan a las mujeres de manera distinta que a los hombres (en particular el aborto y las nuevas tecnologías reproductivas), la mayoría de los y las especialistas da por sentado que su trabajo no tiene impacto de género.... La cuestión de si la bioética tiene un efecto positivo, negativo o neutro en los patrones de dominación existentes se vuelve particularmente problemático cuando reconocemos que la filosofía, la teología, la medicina y el derecho – disciplinas de las cuales la bioética toma buena parte de sus prácticas y practicantes- han resultado estar infectadas de raíz por suposiciones patriarcales (Sherwin, 2014: 46 y 47).

Sherwin coincide con Jaggar en que las principales temas que problematizan las éticas feministas son la dicotomía de los espacios público-privado, las violencias invisibilizadas contra las mujeres y niñas, la invisibilización de las mujeres en las ciencias y el patrón masculino incluso en la investigación de distintas enfermedades (ver también Valls Llovet en Casado, Luna y Vazquez, 2014), la noción de

autonomía y sujeto de derecho individualista y abstracto de las éticas clásicas, la falacia que significa generalizar la aplicación de los principios sin necesidad de tener en cuenta los contextos, la justicia reproductiva, la maternidad, entre los principales problemas.

También apunta Sherwin que:

Cuando se exploran los problemas tradicionales de la bioética desde una perspectiva feminista, surgen cuestiones familiares a la bioética y otras más. La bioética feminista nos exige considerar cómo contribuye cada práctica a las relaciones de poder existentes en la sociedad. Por lo tanto, cuando examinamos prácticas como la confidencialidad, el paternalismo y la conclusión de un tratamiento que sustente la vida, debemos preguntarnos cómo encaja esta práctica en los patrones generales de opresión en nuestra sociedad (véase Miles y August 1990). Por ejemplo, el feminismo argumenta que no debemos discutir el aborto solo en términos de los intereses o derechos de los fetos sin tomar en cuenta que dichos fetos se hospedan universalmente en los cuerpos de las mujeres. Además, las discusiones sobre la institucionalización de pacientes diagnosticados con trastornos mentales deben tomar en consideración que las mujeres pueden ser particularmente vulnerables a dichas políticas, puesto que se les diagnostica con trastornos mentales con mucha más frecuencia que a los hombres, quizá porque suele sometéseles a estándares de salud mental incoherentes (véase Broverman, Broverman, Clarkson, Rosenkrantz y Vogel 1981). Asimismo, el debate acerca de cubrir las necesidades sanitarias de los pobres debe contemplar que casi el 80% de los pobres en Estados Unidos son mujeres y niños, y una cifra desproporcionada de ellos pertenece a minorías raciales (véase Seager y Olson 1986: 28). Es probable que las políticas en todas estas áreas tengan efectos graves en las vidas y estatus de muchas mujeres (ob.cit., pp 58 y 59).

En el campo de los estudios feministas sobre derechos humanos y sobre las teorías de la justicia, pueden encontrarse teorías como la de Fraser (2008) sobre la justicia redistributiva y de reconocimiento para colectivos desprestigiados como el género y la raza, etc, a lo que suma la dimensión de la presencia y la participación a escala global de estos sujetos. Las teorías de la justicia decimonónicas comprenden la justicia a escala nacional y soberana y, parten de la consideración del ámbito público, oponen la justicia a los afectos y la ciudadanía no alcanza a mujeres, negros, colectivos de la diversidad sexual, etc.

Por otra parte, a las teorías de la justicia decimonónicas se contraponen a las éticas *del cuidado*.

Cabe recordar el acierto de Fraser (2008) con la formulación tridimensional de sus 'escalas de justicia global' porque por ejemplo, la Declaración que Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (2005) aborda todos estos temas e insta a tener preocupación especial por las mujeres, los pobres, los y las niñas y los miembros de otros grupos vulnerables, insta a la responsabilidad social, a la cooperación y solidaridad.

Iris Marion Young (1996) es más directa y más que hablar de grupos vulnerables, habla y analiza la situación de las personas o grupos oprimidos. Una persona o grupo oprimido es aquel que está en alguna de estas condiciones: situación de explotación, marginación, falta de poder, imperialismo cultural y violencia. La situación de opresión que las personas o grupos pueden sufrir ocurre tanto en el espacio privado o en el público y suceden con más frecuencia a personas o grupos que no detentan hegemonía para definir el curso de la acción ni definición de derechos.

En cuanto a la ética del cuidado, puede decirse que su fundadora fue Gilligan quien descubrió una 'voz diferente' relativa al desarrollo moral entre mujeres y varones, discutiendo la conclusión de Kohlberg sobre un desarrollo moral inferior de las mujeres. Debido a que la teoría política de la modernidad se ha construido sobre la generalidad, la abstracción y el universalismo, lo que no tenga esas

características ha sido desdeñado y descalificado. En ese sentido, una ética del cuidado es una ética particularista.

Gilligan discute el ideal de sujeto autónomo, desconectado, independiente e individualista y expresa que esos valores no solo no son ciertos sino que los contrarios (conexión, dependencia, solidario) no son peores. En realidad se es un sujeto conectado a otros durante gran parte de la vida, dependiente de los bienes simbólicos, afectivos y materiales que otros proveen, se vive en sociedad, y no se toma en cuenta que el punto de vista masculino es tan sexuado como el femenino por lo tanto no es universal.

León Correa (2008) señala que las feministas han criticado la bioética clínica por su fundamentación utilitaria y pragmática, así como no han coincidido con las éticas deontológicas por su universalismo y racionalismo. El cuadro que diseña este autor muestra las distintas posiciones de una y otra.

Bioética de principios	Ética del cuidado feminista
Deontologismo/ teleologismo	Intuicionismo/ ética dialógica
Punto vista moral: el otro universal	Punto vista moral: el otro concreto
Racionalismo de los principios	Sentimientos en decisiones morales
Universalidad	Diversidad, lo concreto
Autonomía Liberación Justicia	Protección, discriminación positiva
No maleficencia	Situación de vulnerabilidad/injusticia
Beneficencia	Ética del cuidado
Primacía: justicia y no maleficencia	Primacía: cuidado y no maleficencia
Normas o guías de acción	Empatía en caso concreto

Agrega este autor que se ha entablado un diálogo entre las éticas personalistas y la ética del cuidado.

Sin embargo, la ética de la voz diferente fue también criticada por otros feminismos, que han resaltado que la aplicación acrítica de la teoría de Gilligan podría reforzar los estereotipos de abnegación, la entrega y empatía, el ser/vivir para otros, que caracterizan a las mujeres en función de la diferencial socialización que reciben y que en la construcción de la dicotomía sexual han sido históricamente devaluados. Lo que urge desmitificar es que esas características (abnegación, dulzura, calidez etc., etc.) atribuidas a las mujeres lo son en razón de la construcción social del género, no son ahistóricas ni pertenecen al orden natural de las cosas, sino que han servido para la opresión y al control de los hombres sobre las mujeres. Por ej, la medicina ha expropiado saberes sobre la salud de las mujeres y desde hace sesenta años ha uniformado a escala global los ciclos naturales de las mujeres con la hormonación anticonceptiva.

Lo que se propone como superación de la ética del cuidado no es entonces reforzar esas cualidades que tienden a mantener en situación de subordinación a las mujeres y que pueden observarse en carreras del ámbito de la salud (enfermeras) y actividades del cuidar (docencia) incluso en la maternidad, sino que se debería igualar, dar igual valor, no estratificar dicotómicamente el valor de los cuidados (a cargo de las mujeres) por debajo de la provisión (económica y de seguridad provista por los hombres) sino hacer que los varones también cuiden tanto como las mujeres proveen desde que han salido al mercado remunerado de trabajo.

Las éticas del cuidado también han dado lugar a los conocimientos sobre medioambiente que pueden ser útiles a la bioética desarrolladas por los ecofeminismos<sup>14</sup> (Puleo, s/f).

---

<sup>14</sup> Desde un punto de vista de la bioética pueden establecerse puntos de contacto con el ecofeminismo en tanto este se preocupa por la (in)viabilidad del sistema de explotación capitalista y depredación de la naturaleza. La dicotomía sexual pone a las mujeres del lado de la naturaleza, ello explica la violación sexual como modo de apropiación y depredación de su sexualidad, la maternidad obligatoria (dar frutos),

Lo cierto es que a partir de las construcciones teóricas de las éticas del cuidado, las teorías de la justicia se han visto conmovidas y como dice Gebruers (2011), la justicia ha quedado entre la ética del deber y la ética del cuidado.

Por ejemplo, una autora del feminismo como Benhabib (1990) cuestiona el velo de ignorancia propuesto por Rawls e intenta superar tal condición de concurrencia a la esfera pública y de la justicia. La autora construye la noción de 'el otro concreto' para desmarcarse de los universalismos propuestos por las éticas de la justicia, sin que su postura se aproxime necesariamente a las éticas del cuidado. Benhabib propone una ética universalista que contemple la situación particular. Para Benhabib el otro concreto es un concepto crítico que apunta a designar los límites ideológicos de los discursos universalistas.

Creemos que en esta postura intermedia se funda Vazquez (ob.cit.) cuando pretende caracterizar al ético de la tercera vía, quien no se queda sin más con los universalismos (ya imposibles en un mundo multicultural) ni tampoco opta ligeramente por las soluciones particularistas del mero caso concreto respecto de los cuales no pueden construirse bases sólidas para abordar casos similares.

De modo similar se pronuncian Diniz y GonzalezVelez (1997), quienes explican el impacto y la impronta que dio Gilligan y las éticas del cuidado a la bioética, dando cuenta de las éticas plurales y de nuevos sujetos en la ética. Estas autoras señalan que la ética del cuidado implica una reflexión sobre las diferencias entre hombres y mujeres y sus papeles de género respecto a sus posicionamientos permitiendo un abordaje plural para el reconocimiento de los derechos de los pueblos, las culturas, proveyendo teorías coherentes con al posmodernidad y la posibilidad del disenso<sup>15</sup>.

---

los conocimientos ancestrales a cargo de las mujeres sobre la alimentación para garantizar la supervivencia de sus grupos humanos etc. que el capitalismo de la mano de los pools de semillas entre otros se está apropiando.

<sup>15</sup> “A discussão sobre a ética do cuidar implicou uma reflexão sobre as diferenças entre homens e mulheres, e mais propriamente sobre os papéis de gênero, no que diz respeito aos posicionamentos éticos. Gilligan teve o papel de "abre-portas" para que

## **6. Los derechos sexuales y reproductivos como problema bioético. Aportes desde la teoría de género.**

Desde que los derechos sexuales y reproductivos fueron objeto de tratamiento y discusión en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo en 1994, se ha comenzado a hablar de justicia reproductiva. El documento expresa en 14 oportunidades la palabra dignidad, nueve veces la menciona la IV Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995.

Los distintos organismos internacionales y regionales de derechos humanos han acrecentado el acervo de conocimiento acerca de estos derechos a través de la investigación, documentación y sistematización de casos y otro tipo de información<sup>16</sup>. Cada vez con mayor énfasis CEDAW dictamina sobre el grado de cumplimiento de los Estados miembros sobre el avance de estos derechos.

Según Bergallo, el tratamiento conjunto de los derechos sexuales y reproductivos ha sido cuestionado por los movimientos de la diversidad sexual y en cierto sentido puede decirse que tanto El

---

as teorías feministas iniciassem suas incursões na bioética a partir de uma perspectiva plural da ética. O legado deixado pela autora encontrou eco em outras teorias não-feministas da bioética, teorias baseadas no reconhecimento da diferença entre os povos, as culturas, as sociedades, em fim, teorias coerentes com o valor máximo da pós-modernidade que é o da polissemia, ou, mais propriamente, o do dissenso”.

<sup>16</sup> Puede verse *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de Derechos Humanos* (OEA/SER.L/V/II. doc. 61 22 noviembre 2011), *General Comment no. 22 (2016) on the Right to Sexual and Reproductive Health* (article 12 of the International Covenant Economic, Social and Cultural Rights), la *comunicación 1153/2003 del Comité de Derechos Humanos* en el caso Karen Noelia Llantoy Huamán (representada por las organizaciones DEMUS, CLADEMY “Center for Reproductive Law and Policy”) contra Perú, las orientaciones técnicas sobre la aplicación de un enfoque basado en los derechos humanos a la ejecución de las políticas y los programas destinados a reducir la mortalidad y morbilidad prevenibles asociadas a la maternidad del Consejo de Derechos Humanos del año 2012, el caso *Alyne Da Silva Pimentel c/ Brasil* (comunicación nro. 17/2008) cuyo dictamen corresponda el comité de la cedaw, entre otros, para relevar la importancia creciente de estos derechos. en nuestro país los fallos de L.M.R y F.AL.



Cairo como Beijing están hechos para atender las demandas de los derechos sexuales y reproductivos así como a la planificación familiar de personas heterosexuales. Más allá del matrimonio igualitario que ha regulado el CCyC se han dictado los *Principios de Yogyakarta* sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género y ello conlleva el acceso al disfrute de los derechos sexuales y reproductivos de personas que integran los denominados colectivos no heteronormativos o de la diversidad sexual.

Bergallo (2010: 8) apunta que

“la clásica tarea feminista de denuncia y explicación ha sido acompañada por un importante proceso de teorización sobre la dimensión reproductiva de la justicia que ha llevado a concebir valores como la libertad, la igualdad y la dignidad y las implicancias en la materia. El proceso se ha movido de forma intermitente entre la reivindicación de la autodeterminación reproductiva y un ideal más amplio y reforzado de igualdad que hoy llamamos “justicia reproductiva”. Este ideal incorpora e integra dimensiones del reconocimiento y redistribución al plantear la centralidad de las condiciones materiales para el goce de los derechos reproductivos.”

Puede decirse que la justicia reproductiva como problema de la bioética feminista ha empezado también a tener su correspondiente tratamiento por parte de la bioética jurídica, tal como ha sido definida más arriba. Es decir, se cuenta con un acervo cada vez mayor del tratamiento de la igualdad, la autonomía, la dignidad y la privacidad en materia de acceso a la una sexualidad y reproducción voluntarias, seguras y en condiciones materiales que posibiliten su pleno ejercicio.

La discusión de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres es imposible de atender en un trabajo como este, sin embargo a los fines de relacionar la ética y la bioética con la dignidad del ser humano tal como se aborda en estas disciplinas, en este acápite comentaré los argumentos de la dignidad en casos de abortos apelando a RevaSiegel.

## **7. El argumento de la dignidad según Siegel y la discusión sobre el aborto por causal salud<sup>17</sup>.**

Esta autora señala que los argumentos para fundamentar al derecho al aborto se constituyen de modo contextual y han ido evolucionando en la jurisprudencia de su país influidos tanto por el movimiento internacional de los derechos humanos como por la persistente insistencia y actividad política de los grupos antiaborto y de las iglesias (católica en particular).

La autora señala que

La dignidad tiene el poder que tiene porque la dignidad tiene autoridad sobre muchas comunidades normativas, nacionales e internacionales. La dignidad no es un valor sino un conjunto de valores, con sentidos tanto seculares como religiosos. La dignidad es un lugar de controversia en el derecho y en la política, en los ámbitos profesionales y populares, en el derecho de Estados Unidos, en el derecho constitucional e otras jurisdicciones y en el derecho internacional de los derechos humanos (Siegel, 2010a: 186)

---

<sup>17</sup> No abordo los argumentos de las distintas éticas del cuidado respecto al aborto, los comentarios corresponden a éticas liberales. Para los argumentos que usan las éticas del cuidado puede verse Ortiz Millan.

En Estados Unidos, en un principio se usó el argumento de la causal salud para permitir el aborto de la mujer hasta que se empezó a fundar el derecho a interrumpir el embarazo y la protección de la libre elección de la maternidad en el derecho a la dignidad entendida como igualdad<sup>18</sup> y la privacidad<sup>19</sup> en el caso *Roe vs. Wade* del año 1973.

Según Siegel, en *Roe* la Corte reconoció que el Gobierno tiene un interés en regular el aborto para proteger la vida potencial, pero declaró que ese interés era insuficiente para justificar leyes que impidieran a la mujer controlar la decisión de continuar o no un embarazo, y en base a la igualdad no podían imponerse cargas supererogatorias las mujeres en función de su sexo.

Solo en el punto de viabilidad fetal, en el tercer trimestre de embarazo, *Roe* le permitió al Estado prohibir el aborto, excepto cuando fuera necesario para proteger la salud de la mujer. Entonces, la regla es: la mujer tiene derecho a abortar durante el primer trimestre en base a la dignidad no porque tenga en juego su salud; la excepción es el aborto por causal salud después de ese tiempo. Al menos durante el primer trimestre el aborto podría hacerse a demanda.

Esta autora señala que en el caso *Casey*, la Corte norteamericana reafirmó esa idea de la dignidad aunque se trasluce un uso distinto que se continúa en *Carhart*, fallo en que ya se hace un uso de la dignidad confuso y peligroso. La autora dice que los grupos antiaborto, la derecha política representada en el Partido Republicano y las iglesias (en especial la iglesia católica de ese país) empezaron a utilizar la dignidad en sentido contrario, es decir sobre la base de estereotipos de género. En ese sentido, los contextos sociales y

---

<sup>18</sup>Siegel (2010b) también ha abordado la cuestión del aborto en base a la igualdad.

<sup>19</sup> El argumento de la privacidad sirvió en los Estados Unidos para fundamentar que si bien el Estado no prohibía el aborto tampoco tenía que sufragar los gastos para su acceso. La causal privacidad fue criticada por algunas feministas y defendida por otras. El fundamento de la igualdad también es problemático. Usado para justificar los abortos en situaciones de pobreza, podría ocurrir que aseguradas las condiciones para criar a los hijos las mujeres tampoco tengan el derecho al aborto. (puede verse Pitch, 2003, pags. 104 y sigtes).

políticos delimitan las discusiones sobre los derechos y permiten o no poner los temas en la agenda.

Estos movimientos (bajo el argumento de la dignidad de la mujer) lograron convencer a la opinión pública y a los políticos para prohibir el aborto, que la dignidad de la mujer (no solo del feto) se vería degradada por el aborto, que las mujeres nunca se harían un aborto porque tienen un sentido de la maternidad natural y que cuando abortan son presionados y coaccionados (no son autónomas) y que no dan su consentimiento debidamente informado, sino que son manipuladas y coaccionadas.

Aunque el argumento basado en la protección de la mujer es profundamente convencional en términos de género, ha sido muy convincente y permite al movimiento antiaborto petitionar la criminalización del aborto para proteger la salud y libertad de las mujeres.

Siegel destaca que estos argumentos no tienen base empírica (también lo dice una de las sentencias) sino que son argumentos carácter narrativo y se basan en un creciente paternalismo de género, incompatible con la consolidación de las mujeres como iguales.

La autora demuestra con análisis de distintos fallos que la dignidad tiene significados distintos según el derecho que se pretenda proteger o garantizar y los contextos: dignidad como vida; dignidad como libertad y respeto; dignidad como protección a las decisiones relativas a la vida familiar; la dignidad como el valor de la libertad y la autonomía; la dignidad como respeto a la elección de una persona a tener una pareja del mismo sexo o a ser o no madre, la dignidad como igual protección.

Una vez que consideramos estas diferencias de significado, es evidente que la dignidad comprende distintos valores. El valor de la dignidad que la Constitución protege cuando prohíbe al Estado castigar a los ciudadanos por sus

decisiones relativas a la paternidad o a sus parejas sexuales (dignidad como autonomía o dignidad como igualdad) es distinto del que protege cuando le permite al Estado restringir el aborto para expresar respeto por la dignidad de la vida humana (Siegel, 2010a: 187)

Otro argumento que se ha utilizado en los casos *Casey*<sup>20</sup> y reafirmado en *Carhartes* que el Estado tiene interés en que la mujer que tome la decisión de abortar esté debidamente informada, no estando permitido el engaño ni la manipulación sobre todo del personal de salud. Aquí entra a tallar el consentimiento informado y la responsabilidad médica, lo que sin dudas involucra cuestiones bioéticas.

Por otra parte, la autora reconoce que existe otro argumento poderoso y de orden práctico (con evidencia empírica), el de la causal salud, que se halla amparado en base a los derechos humanos (coincidiendo con Fraser en la importancia de la escala global de justicia).

En el orden internacional de derechos humanos, si bien Cedaw menciona la dignidad, se ha entendido que es el art. 12 sobre derecho a la salud<sup>21</sup> (que incluye condiciones sobre el acceso a los derechos sexuales y reproductivos, a tener información sobre estos derechos, a tener servicios disponibles y en condiciones de atender debidamente estos derechos) el fundamento para permitir el aborto.

En el ámbito de los Estados Unidos ha funcionado el fundamento dignidad (aun con toda la controversia que hemos

---

<sup>20</sup> Se trataba de si el Estado puede o no imponer un significado de la vida buena y un modelo de vida para las mujeres sobre la base de sus particularidades sexuales y los roles de género.

<sup>21</sup> A efectos de orientar las decisiones de los Estados miembros y en los informes finales de cada país, el Comité CEDAW no apela a la dignidad sino a las restricciones de las políticas públicas y los servicios de salud para las mujeres cuando requieren un aborto por dicha causal.

referido) y se estaría usando el argumento de la dignidad de forma cada vez más confusa en detrimento de los derechos de las mujeres, mientras que en Latinoamérica y a nivel del orden internacional de derechos humanos la causal salud<sup>22</sup> sería el argumento más trabajado y usado tanto por los organismos internacionales como por las activistas.

El problema es que mientras las activistas y las juristas argumentan sobre los aspectos médicos y sociales del aborto (la salud como derecho social, las condiciones de pobreza de gran cantidad de mujeres, feminización de la pobreza, imposibilidad de criar a os hijos, violación sexual como aspecto de la salud sicológica etc., etc.) quienes abogan por la prohibición han construido argumentos cada vez más refinados: la dignidad (como protección a la vida) del feto a quien elevan al estatus de persona humana y la dignidad (como evitación de un daño irreparable en la mujer madre) a través de naturalizar sus funciones orgánicas y sus roles de género, por lo tanto y en definitiva, para esta autora cuando se habla de derechos sexuales y reproductivos se está hablando de las convenciones sobre qué es lo que social e históricamente corresponde a las mujeres, y no les corresponde aun el derecho al cuerpo, lo que implica una biopolítica sobre los cuerpos de las mujeres.

En cuanto a los contextos, la evolución de los argumentos y el punto de contacto con las éticas de cuidado, Siegel (en Carabajal, 2009) dice: “ ...esta sociedad debería modificar las condiciones de la maternidad, y cuando haga de estas condiciones, instancias de participación igualitaria, será tiempo de reflexionar sobre la necesidad de adoptar otra mirada acerca del aborto...”

---

<sup>22</sup> Puede verse: PiakarewiczSigal (2015), Kemelmajer ((2017) entre tantos trabajos recientes que reflejan la preocupación del aborto fundado en la causal salud. Los informes de CEDAWa nuestro país se basan en este argumento para sugerir al Estado que en cumplimiento del tratado permite el aborto en las condiciones legales.

## 8. Palabras finales.

En base a los contenidos de la materia y el interés por los estudios de género he tratado de abordar la bioética como disciplina plural y de encuentro con otros saberes desde el punto de vista del feminismo, aún más, desde los puntos de vista de los feminismos también en plural.

Quizá haya sido Antígona la primera mujer que nos hace pensar en la corrección/incorrección de una acción y nos da buenas razones para desobedecer la ley de los hombres. No fue la única y el costo fue muy alto, tan alto como es el costo de las cargas supererogatorias que tienen hoy algunas mujeres. Lo cierto es que la ley de los hombres es tan histórica y situada como el rito y la práctica social que hace que Antígona entierre a su hermano. El mito nos hace pensar si las normas se cumplen por el solo hecho de la prohibición, la amenaza de sanción o la aplicación de principios pretendidamente universales o si existen otras motivaciones para (des)obedecer el derecho), también el mito nos hace reflexionar sobre si es suficiente el nuevo derecho para cambien las prácticas y los discursos sociales como en la actualidad lo está planteando el paso de un paradigma a otro en materia de legislación privada. Como dice Tinant ni con la ética ni con el derecho alcanza, se deben coimPLICAR, reforzar e iluminar mutuamente.

Los derechos sexuales y reproductivos tienen una delimitación social e histórica que establece lo permitido y lo prohibido, esa delimitación nunca es total, deja un espacio para el desarrollo de un nuevo derecho y otras prácticas.

Los aportes con los que la disciplina ha contribuido están presentes en el CCyC y su integración conllevará a futuro un ardua labor por parte de la bioética jurídica ya que existen cuestiones en las que la nueva legislación de derecho privado no solo reitera cuestiones ya reguladas y periféricas como dice Andruet (2014) sino que deja vacíos e incoherencias (Bergel, 2014), como ocurre con la problemática

armonización de los derechos de los arts. 17, 19, 26, la competencia y la autonomía progresiva de las personas menores de edad sobre su cuerpo, sexualidad y reproducción, por poner algunos ejemplos.

Según se entiendan los derechos sexuales y reproductivos y cual sea su extensión, dependiendo de los diversos contextos socioculturales a los que la ética, la bioética y la bioética jurídica no son ajenas ni de los cuales pueden prescindir, se elaborarán nociones de dignidad compatibles con los derechos humanos de las mujeres y niñas y la relación de este principio con otros que lo co-implican más o menos respetuosos de las mujeres.

A dichas construcciones conceptuales y razonamientos prácticos ha contribuido la bioética feminista en sus distintas vertientes elaborando nociones tales como la de justicia reproductiva y los cuidados, dando una voz diferente a las mujeres. Y visibilizando dos dimensiones: una ontológica (identidad /diferencia) y otra política (igualdad/desigualdad).

Si bien la bioética (especialmente la bioética jurídica) en nuestro país parece estar encaminada hacia una mayor consideración de la dignidad en cuestiones de derechos sexuales y reproductivos, el argumento basado en la causal salud es aun el prevaleciente. La dignidad, como apunta Siegel, es un argumento que hay que trabajar a la par que lo invocan y refinan grupos que se oponen a los derechos humanos de las mujeres.

El carácter práctico/político del argumento -causal salud- es una buena razón para mantenerlo y reforzarlo en una región lamentablemente caracterizada por la extrema disparidad en las condiciones sociales de vida de las personas, y en particular de mujeres y niñas, región del planeta en que es más fácil observar la indignidad con indignación que definir y operacionalizar la dignidad.

Lamentablemente en las facultades de Derecho tanto la bioética en sus diversas corrientes como los aportes de los estudios de género no han tenido demasiada consideración y en algunos casos ni siquiera



son vistos como aportes y conocimientos valorados para fundar los razonamientos jurídicos y la interpretación de los casos.

La bioética imbuida del paradigma de derechos humanos y con perspectiva de género debiera tomar nota de lo mucho que falta para que las mujeres y niñas gocen de ciudadanía, en el sentido que dio Arendt a este término, para que deliberen en condiciones de dignidad, en igualdad y con autonomía.

■ ■ ■



# REPARACIÓN DE DAÑOS. APORTES MUTUOS ENTRE DERECHO CIVIL Y LABORAL.

*Laura Petisco*<sup>\*</sup>

## 1. Introducción.

Este trabajo tiene su origen a partir de la inquietud por conocer el resultado de las comparaciones entre las indemnizaciones por daños que prevé el Código Civil y Comercial y las que se establecen en el Sistema de Riesgos del Trabajo.

Si bien ambos sistemas reconocen el derecho a la reparación integral (Art. 1740 CC y C y Art. 1 Ley 26.773), observando cálculos y estudios realizados por diversos autores se advierte que, salvo situaciones particulares (v.gr. personas mayores y con escasos ingresos, donde entran a jugar los pisos mínimos que prevé el SRT), el derecho común continúa siendo el sistema que mejor se acerca a una reparación justa.

Es fácil advertir que entre ambos sistemas, no solo difiere el sistema de cálculos para estimar las pérdidas de ganancias, sino también la forma de valuar los rubros que exceden el aspecto productivo del trabajador. Respecto de esto último, vemos que mientras en el derecho común la cuestión queda librada al prudente arbitrio judicial, en el Sistema especial, se fija una compensación

---

<sup>\*</sup> Abogada. Egresada de la Univ. Nac. Litoral - Ejercicio particular desde el año 2000 hasta 2016 y desde el 02/12/2016, Jueza Sustituta a cargo del Juzgado Civil de Primera Instancia Nro. Tres de General Pico.

predeterminada para cubrir “cualquier otro daño”, aplicable en los supuestos allí estipulados (Art. 3 Ley 26.773).

El asunto resultó de nuestro interés, ya que hay quienes consideran excluido de tal compensación, “cualquier otro daño” que resulte derivación de un accidente *in itinere*. Si esto fuera así, para este grupo de trabajadores gozar efectivamente de una justa reparación, resultaría una mera utopía, teniendo en cuenta que es muy poco probable que tales situaciones encuadren dentro del sistema de responsabilidad que consagra el derecho común (Arts. 1716 y ss. del CCyC.).

El itinerario emprendido, derivó en las cuestiones de interpretación normativa que se plantean al respecto, y con ello en el repaso de uno de los aspectos más destacados que nos brinda nuestro CCyC.

Como no es novedad, en el tema que nos ocupa, es tan intensa la conexión y realimentación entre estas ramas del derecho, que logran visibilizarse a pesar de la austeridad de la presente exposición.

Se verá que han sido pronunciamientos originados en causas laborales, el principal sustento del sistema de reparación que establece el CCyC el que, a su vez, provee al derecho laboral de valiosas herramientas hermenéuticas, al incluir como fuente de interpretación, los tratados sobre derechos humanos.

Ha dicho la doctrina:

“El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994 (B.O. del 8-10-2014) incorpora a su vez como fuente expresa de Derecho a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, normativizando el avance interpretativo realizado por la jurisprudencia en los últimos años, con el relevante aporte de la doctrina emergente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2004, principalmente en materia de derechos sociales.

Se enmarca en la expansión de derechos sociales evidenciada en los años inmediatos a su sanción, beneficiando a sus destinatarios, permitiendo al justiciable ampliar sus límites argumentativos y al intérprete contar con nuevas reglas hermenéuticas.”<sup>1</sup>

También se expresó: “La revolución de derechos, valores y principios que introduce el CCC había ya nacido con el Derecho del Trabajo.”<sup>2</sup>

## **2. La Reparación de daños en el Código Civil y Comercial. Consagración normativa de Antecedentes Jurisprudenciales.**

En el CCyC la cuestión está legislada a partir del Art. 1737, resultando especialmente descriptivos los Arts. 1738, 1740 y 1746.

Se establece expresamente que las indemnizaciones por daños deben contemplar no sólo el aspecto productivo o patrimonial del damnificado, para lo cual dispone su forma de cálculo, sino especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, su integridad corporal, salud psicofísica, afecciones espirituales y las que interfieran en su proyecto de vida. Para esto último, no establece ninguna fórmula de cálculo ni determina ningún porcentaje, dejando tales rubros en manos de la prudencia judicial quien brindará la solución al caso concreto, de acuerdo a las circunstancias que se presenten. Veamos:

---

<sup>1</sup> RAFFAGHELLI, Luis A. – Fuentes del Derecho – Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo en la obra “El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – II” Revista de Derecho Laboral – Tomo 2016 – 1, Ed. Rubinzal – Culzoni, Pág.13).

<sup>2</sup> ARESE, César – Derechos Humanos, La “Constitucionalización” del Derecho Privado y el Derecho del Trabajo – Publicado en la obra “El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – I, Revista de Derecho Laboral – Ed. Rubinzal – Culzoni – Tomo 2015-2, Pág. 62.

El Art. 1738 establece: *“Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.”*

Comienza diciendo el Art. 1740: *“Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. ...”*

El Art. 1746 establece el modo de cálculo para obtener la indemnización por lesiones a la incapacidad física o psíquica, consagrando legalmente lo que venía siendo receptado por la Jurisprudencia a través de la fórmula denominada “Vuotto”.

Entendemos encomiable esta consagración legislativa dentro de nuestro derecho positivo interno, señalando de forma explícita y detallada los conceptos que resultan indemnizables. Es claro que tales normas son el fruto de la evolución que exhiben tanto la doctrina como la jurisprudencia, quienes desde antiguo venían reconociendo el derecho a la reparación integral.

Pero fue fundamentalmente a través de los fallos dictados por nuestra Suprema Corte de Justicia a partir del célebre caso Aquino, donde se comienza un derrotero que consolida definitivamente el derecho al goce efectivo de una reparación integral.

Este hito jurisprudencial, dictado en ocasión de un accidente laboral, excede ampliamente la materia de derecho del trabajo y resulta “refundacional” en materia de derecho de daños, derechos personalísimos, derechos humanos, derecho a la dignidad. Su temática, abarcativa no solo de cuestiones jurídicas, sino filosóficas, económicas, históricas (entre otras), nos ilustra acabadamente acerca de los fundamentos y los alcances que implica el derecho a la dignidad humana y su indiscutible preminencia por sobre todas las demás cuestiones. El principio pro homine en lo más alto... erigido como guía y explicado en inmejorables palabras.

El pronunciamiento, se basó en Tratados Internacionales incorporados a nuestro derecho positivo en el año 1.994 por la Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22). Se mencionaron: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 21 inc. 2°), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros.

Allí se deja claro que no solo los juzgadores sino tampoco los legisladores pueden apartarse de los criterios sentados, so pena de incurrir en una manifiesta inconstitucionalidad, atento a la jerarquía normativa superior de las normas en que se basa (Art. 14 bis, 16, 17, 19, 28 de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de idéntico rango).

Eduardo Alvarez escribió sobre el fallo Aquino:

“nos encontramos ante un auspicioso punto de inflexión y ante un cambio de los vientos que soplaban en los últimos años y que aludían a la “eficacia económica del Derecho” como norte que desplazaba toda otra axiología que no fuera la del mercado. ... Varias veces se me ha preguntado: Después de

“Aquino”, ¿que? La respuesta es sencilla: Después de “Aquino”, el Derecho. No en vano el fallo se suscribió el 21 de septiembre de 2.004, día en que termina el largo solsticio de invierno.”<sup>3</sup>

Además del caso *Aquino*, la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en una serie de fallos, también en causas laborales, fijando lineamientos cardinales que han resultado de una enorme trascendencia para la cuestión, como lo fueron *Vizzotti, Milone, Arostegui, Torrillo, Ascúa, Lucca de Hoz*, entre muchos otros.

En el antecedente *Aróstegui* se consolidó definitivamente el criterio acerca de la insuficiencia de la denominada fórmula “Vuotto”, para alcanzar una reparación integral, ello en razón de que sólo atiende el aspecto productivo del trabajador y en consecuencia, se ordenó indemnizar los demás aspectos, que hoy normativamente se consagran en nuestro CCyC.

Lo cierto es que ya nadie puede hacerse el desentendido, a la hora de analizar cuándo una reparación resulta “integral”.

Como dijimos el tema, que hoy se plasma en el Código Civil y Comercial, se encuentra magníficamente expuesto en numerosos precedentes jurisprudenciales de nuestra CSJN con la peculiaridad que dos de sus firmantes, luego integraron la Comisión de Reformas del nuevo CCC por lo cual, ante el menor dilema, solo basta con remitirse a tales señeros pronunciamientos.

### **3. El sistema de Riesgos del Trabajo. Compensación predeterminada. Interpretación.**

---

<sup>3</sup>ÁLVAREZ, Eduardo- *El fallo Aquino: el esperado retorno de la seriedad científica a la Argentina* – Publicado en Fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – Revista de Derecho Laboral - Número Extraordinario – Rubinzal – Culzoni, Págs. 165/166).



Como es sabido, el sistema de reparación para resarcir daños provocados en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se encuentra regido por un conjunto de normas. El sistema originariamente establecido en la Ley 24.557, ha ido complementándose con la intención de adaptarse a la corriente jurisprudencial de la que hablamos anteriormente.

No deja de resultar paradójico que se haya diseñado, precisamente para los trabajadores, sujetos de preferente tutela (Art. 14 bis C.N), un régimen que luce menguado.

Como decimos, a fin de ir subsanando y preservando el sistema, se sucedieron una serie de leyes, decretos, decretos reglamentarios, que igualmente dieron lugar a pronunciamientos donde la CSJN declaró su inconstitucionalidad, en tanto no cumplan con la obligación de otorgar una indemnización justa y reparar en forma plena los daños causados a los trabajadores.

El Sistema se dañó de muerte, en fecha 17/8/2010, cuando la CSJN dicta el fallo en la causa: *Lucca de Hoz, Mirta Liliana c/ Taddei, Eduardo y otro s/ accidente -acción civil*, donde haciendo suyo el dictamen de la Procuración General, el Máximo Tribunal manifestó:

“En concreto, entre otros argumentos se señaló allí que la Ley de Riesgos del Trabajo, mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, y la consiguiente exención de responsabilidad del empleador de su arto 39, inc. 1, sólo indemniza daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, evalúa menguadamente (Fallos 327:3753, considerando 6°, pág. 3769). Agregó que la LRT no se adecua a los lineamientos constitucionales a pesar de haber proclamado que tiene entre sus objetivos, en lo que aquí interesa, "reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales (art. 1°, inc. 2.b);y ha negado, a la hora de proteger la integridad psíquica, física y moral del trabajador,

frente a supuestos regidos por el principio *alterum non laedere*, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional y, de consiguiente por esa Corte, que no debe cubrirse sólo en apariencia (ídem, Considerando r).”

Se decidió entonces dar un paso más, y se sanciona la Ley 26.773. Se proclama el objetivo de ofrecer una reparación plena. Veamos:

“En el mensaje de elevación (n° 1721) del proyecto de la Ley 26.773, se expresó que “el damnificado percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en el régimen, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas del sistema, de modo tal que el régimen ofrezca una reparación plena del daño”. El mismo mensaje concluía afirmando que las reformas propuestas tienen “el fin de instalar un sistema reparatorio que brinde prestaciones plenas, accesibles y automáticas”.<sup>4</sup> El resaltado nos pertenece).

Finalmente, en su Art. 1° la Ley 26.773, dispone que los daños provocados en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se encuentran regidos por Ley de Riesgos del Trabajo (24.557), sus modificatorias, Decreto 1694/09, normas complementarias y reglamentarias. El mismo artículo señala que los objetivos de tal régimen normativo “son la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo con criterios de suficiencia, accesibilidad y

---

<sup>4</sup> FORMARO, Juan J. – VIAS PARA GARANTIZAR LA INDEMNIDAD DE LOS TRABAJADORES FRENTE A LA SANCION DE LA LEY 26.773 – Suplemento Especial LA LEY – Nueva Ley de Riesgos del Trabajo – Noviembre de 2.012, Págs. 98/99).

automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie establecidas para resarcir tales contingencias” (El resaltado nos pertenece).

En su artículo 2° deja sentado que la reparación dineraria tiende a resarcir lo atinente a la capacidad para realizar actividades productivas o económicamente valorables.

Las indemnizaciones que prevé este sistema indemnizatorio son: 1) indemnizaciones tarifadas previstas en los artículos 14 y 15 de la Ley 24.557 y Dec. 1694/2009, 2) compensaciones dinerarias adicionales de pago único y 3) Compensación Art. 3 Ley 26.773.-

El Art. 3° de la Ley 26.773 dispone:

“Cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador, el damnificado (trabajador víctima o sus derechohabientes) percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en este régimen, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas allí previstas, equivalente al veinte por ciento (20%) de esa suma”.

Sin dejar de resaltar las críticas que merece la inconsistencia de fijar un porcentaje predeterminado, si realmente lo que se pretende lograr es una “indemnización plena”, también se ha suscitado debate a raíz de la posibilidad que además, exista un grupo de trabajadores excluido de tal derecho.

La doctrina en general, interpreta que la compensación del Art. 3 de la Ley 26.773 no está prevista para los accidentes *in itinere*. Transcribimos posturas que dan cuenta de ello:

“En primer lugar, se advierte que esta prestación dineraria solo se pagará en ciertas contingencias, quedando

algunas excluidas. ... Es clara la intención de dejar afuera del incremento a los accidentes *in itinere*, pero se ha ido mucho más lejos, ya que quedan excluidos todos los siniestros ocurridos en ocasión del trabajo, como el conocido caso del trabajador accidentado en un torneo deportivo organizado por la empresa. Esta discriminación que sufrirán los trabajadores accidentados “en ocasión del trabajo”, respecto a los que se accidenten “por el hecho del trabajo” ¿es constitucional? A mi entender, no. ...”<sup>5</sup>

“El único aumento visible de la tarifa es el 20% en compensación por cualquier otro daño que sufriera el damnificado. Sin embargo en otro claro retroceso legal este adicional del 20% no se aplica a los accidentes *in itinere* quebrantando una tradición vigente hace más de 70 años en nuestro país y en el mundo.”<sup>6</sup>

La jurisprudencia propicia diversas interpretaciones. Veamos:

“Aun cuando se admitiera – por vía de hipótesis – la aplicación retroactiva (que resulta inadmisibles) de la ley 26773, el actor tampoco tendría derecho a la indemnización del adicional del art. 3 de dicha ley, pues esa indemnización sólo procede “cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del

---

<sup>5</sup> RAMIREZ, LUIS ENRIQUE – Las prestaciones dinerarias de la LRT, después de la Ley 26.773: un modelo para armar - Ley de Riesgos del Trabajo, Tomo IV, Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal – Culzoni – Op. Cit, págs. 89/90.

<sup>6</sup> SCHICK, Horacio – Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo – Un viraje regresivo en materia de daños laborales – Revista Jurídica LA LEY – Suplemento Especial Nueva Ley de Riesgos del Trabajo – Pág. 34.

empleador” y resulta claro que no se aplica a accidentes *in itinere*.<sup>7</sup>

“La inconstitucionalidad planteada por el actor es procedente, porque resulta impensable que por tratarse de un accidente *in itinere* se vea privado de la indemnización adicional, puesto que el trabajador accidentado en el trayecto de ida o vuelta a su trabajo, como accidente de trabajo que es, merece estar en un pie de igualdad con el resto de los accidentados en el lugar de trabajo o mientras se encuentren a disposición del trabajador. Resolver en contrario implicaría violar el principio de igualdad que tiene raigambre constitucional (art. 16 CN).<sup>8</sup>

Como pudimos observar, hay posturas que sostienen la improcedencia de la indemnización prevista en el Art. 3 Ley 26.773 para los daños derivados de un accidente *in itinere*, otras donde se habla de la inconstitucionalidad de la norma, hasta llegar a quienes consideran que la situación se encuentra contemplada dentro del artículo referido y por lo tanto, sortearía el test de constitucionalidad, posición que compartimos. Desarrollamos, a continuación, el análisis que nos condujo a adoptar esa postura.

### 3.1. La denominada Interpretación “conforme”.

Ya en sus primeros artículos, nuestro CCyC habla a las claras de la recepción de la reforma constitucional de 1.994, al incorporar

---

<sup>7</sup> CNAT Sala IV Expte N° 32385/2012 Sent. Def. N° 99.069 del 29/5/2015 “Cabañas Rodríguez, Néstor Fabián c/La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo ART SA s/accidente – ley especial” (Guisado – Pinto Varela).

<sup>8</sup> Del voto de la Dra. Cañal, en mayoría) CNAT **Sala III** Expte N° 44.136/2011 Sent. Def. N° 93.642 del 12/7/2013 “Blanco, Sebastián Nicolás c/ Horizonte Cía. Argentina de Seguros Generales SA s/accidente - ley especial”. (Cañal – Pesino -Rodríguez Brunengo).

expresamente a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, como fuente de interpretación y aplicación del derecho.

Estas reglas básicas implican que: “Es preliminar a cualquier aplicación e interpretación de reglas concretas, el amparo y garantía concreta de los derechos humanos, sea la institución que sea.” (ARESE, CESAR, Op. Cit. Pag. 51).

Aplicando estos conceptos al tema en tratamiento, debemos comenzar por expresar que no es fácil imaginar una situación donde, denegar el pago adicional previsto en el Art. 3 Ley 26.773, por la sola circunstancia que los daños sufridos reconozcan como causa un accidente *in itinere*, no resulte violatorio de normas constitucionales y supralegales que nos rigen.

En nuestro país, la Constitución Nacional protege de manera preferencial a los trabajadores<sup>9</sup>, quienes gozan del derecho a una reparación justa, en virtud del principio *alterum non laedere*<sup>10</sup>, con prohibición de todo trato discriminatorio<sup>11</sup>. Por lo tanto, esto constituye un límite infranqueable a la hora de recortarle derechos<sup>12</sup>.

Aparece visible que el principio *pro homine* (regla básica de la Convención Americana) resultaría soslayado si, por interpretación de una norma, se priva a un trabajador de una compensación establecida, precisamente, para infortunios laborales.

No debemos olvidar que los accidentes *in itinere* son expresamente considerados como accidentes de trabajo<sup>13</sup>, en consonancia con copiosa jurisprudencia que dio origen al Plenario 21 (Guardia), por lo cual una interpretación que rechace tal cobertura, atentaría abiertamente con el principio de progresividad consagrado

---

<sup>9</sup> Art. 14 bis C.N.

<sup>10</sup> Art. 19 C.N.

<sup>11</sup> Art. 16 C.N.

<sup>12</sup> Art. 28 C.N).(Art. 21 inc. 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>13</sup> Art. 6, inciso 1° Ley 24.557.

por nuestra CSJN, en virtud de los tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento por imperio del Art. 75 inc. 22 C.N.<sup>14</sup>

Ha dicho el Tribunal Supremo en el Cons. 8° de *Madorrán*:

“El decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales anteriormente aludidos y muy especialmente del mencionado Pacto (art. 2.1; “Aquino” [...] y “Milone”), sumado al principio “pro homine”, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aún con mayor intensidad cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales.”<sup>15</sup>

En consecuencia, entendemos que interpretar la norma analizada en sentido denegatorio de la compensación que establece, por la sola circunstancia de que los daños deriven de un accidente in itinere, conllevaría a su declaración de inconstitucionalidad ya que, de otro modo, se violaría el principio de “interpretación conforme”.

### **3.2. Las palabras de la Ley:**

Analizando el texto del Art. 3 Ley 26.773, se observa claramente que no enuncia ningún motivo de exclusión o de excepción al

---

<sup>14</sup> Art 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, en consonancia con art. 11 inc. 1°.

<sup>15</sup> ACKERMAN, MARIO E. – El llamado principio de Progresividad y la Jurisprudencia de la CSJN en Revista de Derecho Laboral – El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional – I, Ed. Rubinzal – Culzoni – Tomo 2014-1, Pág. 129.

beneficio que prevé. Es sabido que la limitación o negación vinculada a derechos consagrados constitucionalmente, máxime cuando atañen a la dignidad de las personas, debe ser debidamente justificada y claramente determinada, por su interpretación restrictiva<sup>16</sup>.

Ha dicho la CSJN:

“Si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que este amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (Art. 28). De tal manera, el proceder legislativo resultaría, además, acorde con los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos.”<sup>17</sup>.

La doctrina también así lo ha explicado:

“Análogamente a lo que ocurre en el ámbito civil y comercial, de notoria influencia en el Derecho Laboral por la interdependencia, interrelación y armonía que debe existir entre las disciplinas jurídicas que componen el ordenamiento nacional, en toda decisión judicial se torna tarea principal de los jueces, la aplicación de las reglas de interpretación constitucional en sus enfoques: armónico, sistemático, práctico,

---

<sup>16</sup> Art. 28 C.N.

<sup>17</sup> CSJN, 21-09-2004 . “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA s/ Accidente Ley 9688”, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), Jurisprudencia de Derecho Laboral, RCJ 4176/2004). El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional – I, Revista de Derecho Laboral – 2014 – 1 – Ed. Rubinzal – Culzoni, Pág. 641.



dinámico, eficaz y justo, progresista, finalista, auténtico, literal y restrictivo de las excepciones.

De ahí que las leyes laborales, normas y actos reglamentarios deben ser también constitucionalmente interpretadas según modelos literales, auténticos, armónicos, finalistas, conforme a principios de igualdad, no retroactividad, derechos adquiridos.”<sup>18</sup>

En nuestro caso, la norma no establece que estén exceptuados de la indemnización adicional que prevé, los daños derivados de accidentes *in itinere*, por lo cual entendemos que no puede arribarse a tal exclusión por vía interpretativa.

### **3.3. La finalidad de la Ley.**

Conforme lo dispuesto en el art. 1 Ley 26.773, y según surge del mensaje de elevación cuya parte pertinente se transcribió más arriba, la normativa tiene como finalidad lograr una reparación plena para quienes han sufrido infortunios laborales.

Por lo tanto, resultaría contradictorio que el legislador haya tenido como intención excluir a un grupo de trabajadores, para un beneficio que ya de por sí luce limitado (20%).

Además, carecería de toda coherencia -exigida en el Art. 2 in fine CCC- interpretar en sentido denegatorio, un beneficio establecido

---

<sup>18</sup> PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B. – El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos – Publicado en la obra “El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – I – Revista de Derecho Laboral – Tomo 2015-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Págs. 13/14) (El resaltado nos pertenece

para quienes sufren una contingencia expresamente encuadrada como accidente de trabajo.<sup>19</sup>

Pero es más, ni aún para el caso que el legislador haya tenido la intención de exceptuar algún supuesto de aplicación, corresponde hacer prevalecer la finalidad de la norma, como lo ha consagrado expresamente el Art. 1 del CCC, abandonando lisa y llanamente el criterio de interpretación que tenía en cuenta la voluntad del legislador.<sup>20</sup>

La jurisprudencia se ha pronunciado desde hace largo tiempo al respecto:

“... no siempre coinciden la intención del legislador y la voluntad de la ley y que la interpretación debe tener por único objeto la búsqueda del verdadero sentido y alcance de esta última”.<sup>21</sup>

### **3.4. Interpretación que se propone.**

Luego del análisis realizado, consideramos que los daños derivados de accidentes in itinere, se encuentran comprendidos dentro del Art. 3 Ley 26.773, entre los ocurridos mientras el dependiente se encuentra “a disposición del empleador”.

En efecto, para verse protegido durante el traslado desde y hacia el lugar de trabajo, el empleado debe respetar un itinerario, que debe informar a la empresa. Por lo tanto, es evidente que también durante ese trayecto está a disposición del empleador, ya que está

---

<sup>19</sup> Art. 6 inc. 1° Ley 24.557.

<sup>20</sup> Art. 16 del C.C..

<sup>21</sup> TS Córdoba, sala penal, 9/6/88, “in re” Gonzalez, Armando y otros” LLC, 1989-43) (LOPEZ MESA, MARCELO J. - Interpretación de la ley – (De la exégesis al finalismo y un poco más allá de la Corte Suprema de Justicia) – Revista Jurídica Argentina LA LEY – Tomo 1996 – A-Pag. 1119 (Nota 9)

condicionado a no modificar el mismo, ni interrumpirlo, ni alterarlo.<sup>22</sup> Es más, debe notificar a sus empleadores la modificación de tales trayectos, e incluso se brinda cobertura cuando la modificación informada obedece a cuestiones específicamente determinadas (razones de estudio, cuidado de enfermo, etc.) o sea, ya no solo se protege el trayecto de casa al trabajo sino que, en este aspecto, resulta ampliada la protección de los trabajadores.

Entre otros fallos que abonan nuestra postura, seleccionamos un pronunciamiento de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires del año 2007, vale decir antes de la sanción de la Ley 26.773. En la causa: Cebrymsky, Ana María c/ Siderca S.A. s/ Indemnización accidente “in itinere” – SCJBA, 18-4-2007 se ha expresado lo siguiente:

“Es notorio que el accidente que se produce en el mismo responde a una causa externa al trabajo, ajena al empleador, pero que el trabajador sufre porque va o viene del trabajo, de donde la atribución de responsabilidad se basa entonces en que el trabajador puso el tiempo a disposición del empleador sometiéndose a su autoridad, genéricamente considerada.”<sup>23</sup>

Entonces, si previo a la sanción de la Ley 26.773 se encuentran interpretaciones que consideran el accidente in itinere como ocurrido dentro del tiempo que el empleado se encuentra a disposición del empleador, venir en la actualidad a sostener que ello constituye una interpretación forzada aparece, o bien como un pretexto para denegar el beneficio o bien para declarar la inconstitucionalidad de la norma que, como sabemos es la ultima ratio.

---

<sup>22</sup> Art. 6 inc. 1 Ley 24.557.

<sup>23</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, "Responsabilidad por daños y accidente de trabajo", pág. 94 y sgtes.". (Extraído del sitio web [www.dtemas.com.ar](http://www.dtemas.com.ar)) (ver también SAPPÍA, Jorge J. – UNA VISION JURÍDICA Y SOCIALMENTE JUSTA DE LA REPARACIÓN DE UN ACCIDENTE “IN ITINERE” – Revista de Derecho Laboral – Actualidad – 2007-2 – Ed. RubinzalCulzoni, Págs. 151/152

También, en abono de nuestra postura, transcribimos los siguientes fallos:

“La distinción efectuada respecto de quienes resultan beneficiarios de la prestación establecida en el art. 3 de la ley 26.773 está ligada con la interpretación que se efectúe del alcance que tiene el tiempo en el que “el dependiente se encuentra a disposición del empleador”.

Así, el Plenario CNAT N° 21 “Guardia” concluyó que

“constituyen accidentes de trabajo indemnizables conforme el art. 1 de la ley 9688, los denominados “in itinere”, o sea, los que puede sufrir el obrero en el trayecto del lugar de presentación de sus tareas hasta su domicilio o viceversa”.

Los accidentes *in itinere* constituyen accidentes “indemnizables” sin efectuar distingos que justifique que la normativa en cuestión los excluya de contingencias cubiertas para otras situaciones contempladas por el sistema – accidentes de trabajo, enfermedades profesionales – por el sólo hecho de tener tal carácter. Y hay puesta a disposición en el traslado desde y hacia el trabajo en tanto el tiempo desplegado a tal fin es ajeno a la libre disponibilidad del trabajador. Resáltese que las tarifas anteriores no han efectuado distinciones entre los infortunios cubiertos (conf. prestación del art. 11 ley 24.557), por lo que excluirlos del adicional del 20% previsto en la ley 26.773 con el fundamento de que el dependiente no se encontraba a disposición del empleador en el trayecto del lugar de la prestación de tareas hasta su domicilio o viceversa implicaría violar el principio de igualdad que tiene raigambre constitucional<sup>2425</sup>.

---

<sup>24</sup> Art. 16 CN.

A idéntica solución arribó recientemente la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que expresó:

“Las prestaciones por enfermedad o accidente de trabajo no sólo deben alcanzar la totalidad de los asalariados, sino que comprenden también a los accidentes cuando ocurren en el trayecto hacia el trabajo, sin que sea necesario definir el alcance de este supuesto cuando se encuentran reconocidos en la legislación. El concepto de accidente *in itinere*, que es el que acontece entre el trayecto del domicilio del trabajador y su lugar de trabajo, aparece comprendido también cuando el trabajador se encuentra a disposición del empleador, oportunidad en que se verifica una especie de puesta a disposición “relativa” aunque sin prestación efectiva ni poder de dirección del dependiente en favor del empleador. El trabajador está “a disposición” antes de comenzar la jornada y luego de concluirla, ya que no puede disponer del tiempo en su interés o interrumpirlo por causa ajena al trabajo<sup>26</sup>. Por lo tanto el accidente “in itinere” está incluido en la normativa establecida en el art. 3 de la ley 26.773<sup>27</sup>.

#### 4. Conclusión.

A modo de conclusión, entendemos sumamente auspicioso el enriquecimiento mutuo que se exhibe entre el derecho civil y el derecho del trabajo a partir de la sanción del nuevo CCyC.

---

<sup>25</sup> CNAT Sala VI Expte N° CNT 17565/2013/CA1 Sent. Def. N° 67.378 del 30/3/2015 “Alegre, Gustavo Isaac c/Asociart ART SA s/accidente – ley especial” (Fernández Madrid – Raffaghelli).

<sup>26</sup> Cfme. Art. 6 ley 24.557.

<sup>27</sup> Sala IX, Expte. N° 22.719/2013/CA1 Sent. Def. del 21/06/2016 “Ramos Benitez Carmelo César c/Galeno ART SA s/accidente-ley especial”. (Pompa-Balestrini).

Si la Constitución de 1994 implicó un cambio sustancial para la interpretación normativa, al incluir el Art. 75 inc. 22 (donde adquieren carácter supralegal los Tratados Internacionales en los que la nación sea parte), el CCC, mediante la consagración de la “interpretación conforme”, el control de constitucionalidad y convencionalidad, la inclusión expresa de los tratados de derechos humanos, significa un invaluable avance en materia hermenéutica que permite alcanzar niveles de justicia acorde a estándares internacionales, al armonizar los derechos fundamentales con valores, principios y normas del derecho internacional.

Se ha dicho:

“El cambio sustancial de sistema de valores, fuentes y reglas de interpretación, la llamada “constitucionalización del Derecho Privado”, incluida su convencionalización desde los tratados de derechos humanos, significa una mutación fundamental destinada a impactar fuertemente en todas las instituciones del Derecho Civil y Comercial. ... Que el Derecho Privado incorpore como fuentes aplicativa e interpretativa a los tratados de derechos humanos significa la confirmación del rumbo elegido por el Derecho Laboral desde su nacimiento. Es decir, existe una confluencia y enriquecimiento mutuo entre Derecho Privado y Derecho del Trabajo. Mucho se puede aportar desde aquí.”<sup>28</sup>

■ ■ ■

---

<sup>28</sup> ARESE, CESAR, Op cit. Pág. 65







# LA DECLARACIÓN Y EL EJERCICIO EFECTIVO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES.

*Ana Lis Palacio* \*

## 1. Introducción.

Desde hace ya varias décadas que estamos en presencia de una realidad social innegable: existe un proceso de envejecimiento de la población actual y en evidente avance. Este proceso que se ha hecho palmario responde a múltiples causas, entre las cuales se puede mencionar el avance de la tecnología y, específicamente, de la biomedicina que prolonga la vida de las personas. Tanto es así, que se ha dicho que la población mundial envejece progresivamente a un ritmo sorprendente y que dicho proceso muestra un potencial que lo convertirá en uno de los cambios demográficos de mayor relevancia en las próximas décadas.

En el marco del Programa Regional de Población Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)<sup>1</sup>, se mencionan datos estadísticos obtenidos de Naciones Unidas. Allí se informa que

“El número total de personas de 60 años o más ha pasado de 200 millones en 1950 a 400 millones en 1982, y alcanzó los 660 millones en el año 2005, para llegar a una cifra de 1.200 millones en el 2025 (UnitedNations, 2000). Más del 70%

---

\* Abogada, Universidad Nacional de La Pampa.

<sup>1</sup> División de Población de la CEPAL / Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), en un trabajo de Mónica Villarreal Martínez denominado “La legislación en favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe” S E R I E población y desarrollo 64 Santiago de Chile, diciembre del 2005. En pág.7. Recuperado de Pag.web: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7206/S0501092\\_es.pdf](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7206/S0501092_es.pdf).

de ellas vivirá en los países en desarrollo. El número de personas de 80 años se ha mantenido en aumento a un ritmo todavía más acelerado: ha pasado de 13 millones en 1950 a mucho más de 50 millones en la actualidad, y podría alcanzar los 137 millones para el año 2025. Es el grupo poblacional con la tasa de crecimiento más rápida del mundo: entre 1950 y el 2025 se multiplicará por diez, mientras que el número de personas de 60 años o más se multiplicará por 6 y el número total de habitantes del planeta se triplicará durante el mismo período”<sup>2</sup>.

Cierto es que este inevitable proceso tendrá progresivamente consecuencias e influirá necesariamente en los distintos ámbitos de nuestra sociedad, en los distintos niveles local, regional y mundial. También es cierto que el derecho y las instituciones sociales creadas no pueden estar ajenos a esta innegable realidad y, ya sea de manera preventiva y razonada, ya por la fuerza de las circunstancias, deberá hacerse eco de la situación demográfica de cada sociedad y sus necesidades actuales y futuras.

Ahora bien, si nos adentramos a analizar los instrumentos internacionales de protección de este grupo social, ya en el año 2008, en Brasilia, la capital federal de Brasil, se aprobaron las “Cien Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”<sup>3</sup>. En su exposición de motivos se expresa que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, determinando que

---

<sup>2</sup> Ob. Cit. pág.7.

<sup>3</sup> Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizadas en el año 2008 en Brasilia, Brasil, y a las cuales adhirió nuestro país mediante Acordada 5/2009 de la CSJN, por lo que son obligatorias. En adelante “Reglas de Brasilia”.

“Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

A su vez, dicho instrumento define las causales o condiciones de vulnerabilidad de la persona humana, siendo una de ellas la edad, en su doble faz, la minoridad o la edad avanzada, estableciéndose que

“El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia”<sup>4</sup>.

Partiendo de la base de que dicho instrumento es obligatorio para el sistema de justicia y todos sus operadores en nuestro país, el presente trabajo propone, sin pretender agotar tan vasta temática, analizar la protección legal con la que cuentan las personas adultas mayores para el ejercicio de sus derechos ante los tribunales en Argentina y, específicamente, examinar la grave problemática -que ha ido en ascenso- en relación a los derechos previsionales de nuestros jubilados y pensionados que han debido efectuar sus reclamos ante el sistema de justicia, especialmente ante la Cámara Federal de la Seguridad Social, de conformidad con los lineamientos que surgen de la Ley 24.463.

En ese sentido, analizaremos la evolución que ha sufrido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien,

---

<sup>4</sup> Reglas 3 y 6, respectivamente.

conforme se evidenció lo que denominó “situación de atolladero institucional” -refiriéndose a los trámites judiciales en reclamo de protección de los derechos previsionales de los adultos mayores- ha procurado hallar una solución, o al menos, un paliativo en protección de las personas mayores<sup>5</sup>.

## **2. Desarrollo.**

### **2.1. Protección Jurídica Internacional. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.**

Hasta no hace mucho tiempo, sin perjuicio de la existencia de los tratados internacionales de derechos humanos, que protegen indistintamente a todas las personas por el sólo hecho de ser persona humana, lo cierto es que no existía un gran avance normativo de protección de los adultos mayores.

Podría mencionarse que únicamente se había consagrado un piso mínimo de tutela a nivel internacional en el marco de las ya citadas *Reglas de Brasilia*, que establecen como causal de vulnerabilidad a la edad avanzada y que fijan pautas de actuación para los operadores del sistema de justicia, resultando plenamente operativo en nuestro país como consecuencia de la Acordada 5/2009<sup>6</sup> que adhiere a ellas y ordena que tales reglas sean seguidas como guía en los asuntos a que ellas se refieren. No obstante, dicho instrumento no tiene como finalidad específica la protección de los derechos humanos de las personas mayores, sino que establece tales pautas en

---

<sup>5</sup>Se aclara que en el presente trabajo se utilizarán indistintamente los términos “adultos mayores”, “personas mayores”, “ancianos”, de conformidad con su recepción en distintas fuentes de derecho interno o internacional.

<sup>6</sup> Emitida en Buenos Aires, el 24/02/2009.

procura de tutelar directamente el acceso al sistema de justicia a varios grupos vulnerables que allí se mencionan.

El gran avance normativo en la materia que nos ocupa viene de la mano de la actuación de la Organización de Estados Americanos<sup>7</sup> que, con fecha 15/06/2015, suscribió en Washington DC (Estados Unidos) la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores<sup>8</sup>. El objeto de dicha Convención es “...*promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad...*” (art. 1°).

La importancia fundamental radica en tratarse de un instrumento valiosísimo que fija estándares internacionales mínimos de tutela y no discriminación de la persona de sesenta años o más<sup>9</sup>, contribuyendo a promover en cambio de paradigma necesario para la eliminación de los prejuicios y estereotipos imperantes en nuestra sociedad actual.

Solo por mencionar algunos de los principios generales que informan la Convención, en el artículo tercero se establecen, entre otros, los siguientes:

*“a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. (...) c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor. d) La igualdad y no discriminación. e) La*

---

<sup>7</sup> En adelante “OEA”.

<sup>8</sup> En adelante “Convención”.

<sup>9</sup> El art. 2° de la convención contiene las definiciones de términos o frases específicas utilizadas, estableciendo que se entiende por persona mayor “*aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor*”.

*participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad. (...) h) La autorrealización. (...) k) El buen trato y la atención preferencial. l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. (...) n) La protección judicial efectiva. o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor...”.*

En razón de la propuesta del presente trabajo, resulta necesario resaltar dos elementos de inestimable valor que contiene la Convención, sin perjuicio de remitirnos a su letra misma para apreciar su verdadero alcance y evitar cualquier reduccionismo indeseado. El primero de ellos es que el art. 4º compromete a los Estados Parte a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor allí enunciados, sin discriminación, y a tal fin:

*“a) Adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, (...), entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...).*

*b) Adoptarán las medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención y se abstendrán de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma. No se considerarán discriminatorias (...) las medidas afirmativas y ajustes razonables que sean necesarios para acelerar o lograr la igualdad de hecho de la persona mayor, así como para asegurar su plena integración social, económica, educacional, política y cultural...”.*

Se advierte cierta concordancia con los lineamientos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>10</sup> en cuanto recepta de manera expresa el instituto de los “ajustes razonables” que debe realizar el Estado a fin de garantizar el efectivo ejercicio y goce de los derechos por parte de las personas mayores, en condiciones de igualdad real y sin discriminación.

El segundo elemento que, en relación con este trabajo, se debe resaltar es que prevé de manera expresa el derecho de la persona mayor al acceso a la justicia (previsto en el art. 31° de la Convención).

En tal tesitura, se establece que los Estados Parte deben asegurarle el

*“...acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor...”*

Nuevamente, en concordancia con la CDPD, está previsto el instituto de los ajustes de procedimiento en todos los procesos en que intervengan, en razón de las necesidades del titular del derecho,

---

<sup>10</sup> Adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. En nuestro país, fue aprobada mediante Ley N° 26.378 de fecha 21/05/2008. Posteriormente, se le reconoció jerarquía constitucional, en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN, mediante la sanción de la Ley 27.044, de fecha 11/12/2014. En adelante CDPD. Su art. 2, establece “(...) Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; (...)”. En adelante CDPD.

estableciendo además la garantía de debida diligencia y tratamiento preferencial en la tramitación respectiva.

No obstante de la grandiosa evolución en materia de protección de los derechos de este grupo vulnerable y la bondad de los institutos de tutela que contiene, lo cierto es que aún nos encontramos a mitad de camino. A la fecha de realización del presente trabajo, sólo dos países integrantes de la OEA han ratificado dicho instrumento (Uruguay y Costa Rica), habiendo entrado en vigor de manera obligatoria únicamente para ellos. En el caso de la República Argentina, sin perjuicio de haber suscripto la Convención el día de su adopción, no ha ratificado, aceptado o adherido al mismo, por lo que no resulta obligatorio a su respecto<sup>11</sup>.

## **2.2. Insuficiencia de protección en el Código Civil y Comercial de la Nación.**

Como sabemos, el 1º de agosto del año 2015 comenzó la vigencia de la Ley N° 26994<sup>12</sup> que sanciona el Código Civil y Comercial de la Nación. Dicho sistema regulatorio ha obtenido autorizadas voces en su favor, en razón de que adopta un nuevo modelo, un modelo de derechos o de reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos para todas las personas. Esta nueva impronta se condice con el reconocimiento de la dignidad de la persona (como persona humana) y se enfoca a la afirmación de un sistema que permita el acceso irrestricto y el ejercicio de los derechos a las personas en igualdad de condiciones. Así, se ha incorporado el nuevo paradigma protectorio, en consonancia con ciertos mandatos internacionales asumidos.

---

<sup>11</sup> Información obtenida de página oficial de OEA.: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp)

<sup>12</sup> Sancionada el 1/10/2014, y entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. En adelante CCyC.



No obstante ello, a la luz del tema que nos ocupa el presente trabajo, lo cierto es que dicho cuerpo resulta a todas luces insuficientes. No contiene una sola norma de protección diferenciada en favor de la persona mayor o adulto mayor.

Sin perjuicio, merece la pena mencionar brevemente algunos institutos novedosos que, si bien concebidos para tutelar los derechos de otro grupo social vulnerable -personas con discapacidad-, puede tener puntos de contacto y beneficiar, en caso de darse ciertas condiciones legales y de facto, a nuestros ancianos (en la terminología propia de la CN).

El primero de dichos institutos es el de los “ajustes razonables” en favor de las personas con discapacidad, definido por la CDPD, que permite crear los dispositivos y/o modificar aquellas situaciones que de hecho impiden el ejercicio efectivo de derechos por parte de personas con discapacidad. De este modo, autoriza la realización de mecanismos adaptables de acuerdo a cada necesidad, a fin de que, con las reformas necesarias, permitan el acceso al derecho en condiciones de igualdad con las demás personas.

Como se manifestara, los ajustes razonables fueron previstos de manera expresa en nuestro derecho de fondo por primera vez en el nuevo CCyC, en el Libro Primero, Título I, Capítulo 1, se dedica la Sección 3° a la “Restricciones a la capacidad”, disponiendo que

“El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes (...)”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Art. 32 del CCyC.

En tal supuesto, el juez debe designar el o los apoyos necesarios, especificando las funciones *con los ajustes razonables* en función de las necesidades y circunstancias de la persona. Tales medidas de apoyo no sólo pueden surgir de la sentencia de restricción a la capacidad, sino que también pueden ser adoptadas durante el proceso, según las necesidades de la persona, y a fin de garantizarle el acceso a la comunicación, la participación en el proceso, y en definitiva, el ejercicio de sus derechos.

Asimismo, respecto del procedimiento, se deben respetar todas las garantías del debido proceso y, especialmente la de acceso a la justicia, de conformidad con los parámetros de las Reglas de Brasilia<sup>14</sup>, que facilitan el acceso de los colectivos vulnerables en condiciones de no discriminación, detectando los obstáculos o factores que crean desigualdad, y adoptando las medidas de compensación y eliminación de tales deficiencias para garantizar de esa manera a todos los titulares el acceso efectivo. En definitiva, deberá respetarse la inmediatez, la interdisciplinariedad, la accesibilidad y los ajustes razonables<sup>15</sup>.

No obstante lo expuesto, y pese al grandioso avance que ha implicado la adopción en nuestro derecho interno de estos institutos (ajustes razonables y sistema de apoyos), en concordancia con los lineamientos que surgen de la CDPD y de nuestra CN (art. 75 inc 23), lo cierto es que los mismos únicamente pueden beneficiar a las personas mayores en tanto y en cuanto a su respecto se pudiera acreditar algún tipo de discapacidad, y no se aplicaría de pleno derecho por el hecho de la edad, pese a tratarse de un grupo igualmente vulnerable.

---

<sup>14</sup> Uno de cuyos objetivos principales es “garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna”, y que establece específicamente como condiciones de vulnerabilidad a la edad y la discapacidad.

<sup>15</sup> En tal sentido, el art. 35 del CCyC, establece: “*Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél.*”

Podríamos mencionar otro instituto también novedoso y llamativo, como es el de la mejora estricta que puede realizar el causante/testador en favor del heredero con discapacidad, previsto por el art. 2448 del CCyC<sup>16</sup>. Con esta norma, nuevamente, se introduce una forma de protección para una persona en condición de vulnerabilidad en razón de su discapacidad, en armonía con la tutela pregonada por las Cien Reglas de Brasilia ya mencionadas. No obstante, tal como ya hemos criticado en otra oportunidad, no podemos omitir la observación de que la nueva ley de fondo no prevé tutela especial para otras personas igualmente vulnerables, como pueden ser los niños, ancianos, etc, de conformidad con las causas de vulnerabilidad que surgen de las reglas 3 y 4 de las Reglas y el art. 75 inc. 23 de nuestra CN.

Nuevamente, para el caso que nos ocupa en este trabajo -esto es, los adultos mayores-, únicamente podrían verse beneficiados en el supuesto en que se alegue a su respecto (y se pueda acreditar, llegado el caso) alguna discapacidad, sin contar actualmente con una norma de protección procesal o de fondo diferenciada que opere únicamente por su condición de persona adulta mayor.

### **2.3. Otras formas alternativas de protección de los adultos mayores.**

Resulta interesante destacar en este estado otras posibles formas de protección -en sede judicial- de los adultos mayores. Sobrados son los argumentos y/o fundamentos jurídicos, muchos de ellos abordados en los fallos que posteriormente se analizarán.

---

<sup>16</sup> El art. 2448 del CCyC, establece: “Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad.”

Entre los fundamentos de tal protección diferenciada, puede mencionarse la obligatoriedad de las Reglas de Brasilia, conforme a las cuales el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, y en la certeza de que la edad avanzada constituye una causal de vulnerabilidad de la persona humana. Parafraseando su exposición de motivos, poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder a él de forma efectiva o, en su caso, obtener la tutela de dicho derecho ante el sistema de justicia. En consecuencia, en caso de que un entorno o una situación de hecho no permita el ejercicio de un derecho a una persona, o que por su avanzada edad encuentre especiales dificultades para acceder al sistema de justicia, deben realizarse los ajustes necesarios y razonables, asegurando el derecho a la igualdad en los casos particulares.

En tal tesitura, es destacable la solución brindada en el derecho comparado, en tutela de los derechos de adultos mayores que pretendan ejercer sus derechos ante el sistema de justicia, cualquiera sea el derecho y cualquiera el sujeto destinatario del reclamo (accionado).

En ese sentido, la Ley N° 10.173<sup>17</sup>, de la República Federativa de Brasil, introdujo modificaciones al Código Procesal Civil entonces vigente, incorporando el instituto de la “garantía de prioridad” para las personas de sesenta y cinco años o más. En virtud del mismo, tales

---

<sup>17</sup> Sancionada en Brasilia, República Federativa de Brasil, el día 9 de enero de 2001. El texto de la ley, literalmente, dice: “Art. 1º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: “Art. 1.211-A Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância.”(AC) “Art. 1.211-B O interessado na obtenção desse benefício, juntando prova de sua idade, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará a cartório do juízo as providências a serem cumpridas.”(AC) “Art. 1.211-C Concedida a prioridade, esta não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de sessenta e cinco anos.”(AC)...”.

beneficiarios tienen justamente de una atención preferencial en la tramitación de todos los actos o diligencias en cualquier instancia, con el único requisito de la acreditación de la edad y la petición expresa a la autoridad judicial. Un efecto importante de dicho instituto es que, una vez concedida la prioridad, ésta no cesa con la muerte del beneficiario y se extiende automáticamente en favor del cónyuge superviviente, conviviente o en unión “estable”, mayor de 65 años.

La bondad de este instituto radica en que no existe limitación alguna en relación al tipo de derecho que se pretenda ejercer, ni en relación al Juzgado competente ni las restantes partes intervinientes: siempre que el interesado sea una persona de sesenta y cinco años o más, por el sólo hecho de acreditar tal circunstancia y así solicitarlo, goza del beneficio de prioridad en el tratamiento de su petición.

No obstante, Brasil fue más allá, y en el año 2003 sancionó la Ley 10.741 denominada “*Estatuto do Idoso*” que constituye un microsistema legal que regula los derechos especiales de personas mayores de sesenta años con el objetivo de constituir una verdadera garantía de operatividad de los mismos mediante el establecimiento de políticas públicas y mecanismos procesales. En ese sentido, se procura que se hagan efectivos sus derechos, estableciéndose como pilares fundamentales los siguientes: a) Atención preferencial, inmediata e individualizada, tanto de órganos públicos como privados prestadores de servicios a la población. b) Otorgamiento de prioridad a la atención integral que recibe la persona mayor por parte de su familia. c) Formulación y ejecución de políticas sociales públicas específicas. d) Destino privilegiado de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección de los adultos mayores.

Por su parte, existen más países en América Latina que han sancionado una legislación específica de protección de los adultos mayores. Sólo por mencionar a título ejemplificativo, Costa Rica sancionó la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor N° 7935, que declara una serie de derechos y beneficios para las personas de sesenta y cinco años y más, siendo, conjuntamente con Brasil, los países americanos que cuentan con una protección legal más amplia y fuerte.

Con similar criterio, otros países que también cuentan con una legislación específica de protección, son El Salvador<sup>18</sup>, Guatemala<sup>19</sup>, Honduras<sup>20</sup>, México<sup>21</sup>, Uruguay<sup>22</sup>.

En este aspecto, resulta reprochable que la República Argentina, pese a los mandatos constitucionales (art. 75 inc. 23 de la CN) y convencionales de protección de los derechos humanos, no cuente aún con un marco regulatorio específico que ampare a este grupo social. Contrariamente, veremos a continuación que el acceso a la justicia en procura de tutela de sus derechos previsionales -de neto carácter básico y alimentario- se ha asimilado, en las últimas décadas, a una verdadera desprotección y desamparo por parte de todo el sistema, aparato gubernamental y actores sociales intervinientes.

#### **2.4. Derechos previsionales. Evolución de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

Como se adelantara, en las últimas décadas se ha dado de hecho en nuestro país una situación de lo más paradójal. Las personas mayores carecen de alguna forma de protección específica y diferenciada, pese al mandato constitucional que establece legislar y adoptar medidas de acción positiva que resguarden la igualdad real de trato y oportunidades, especialmente en relación a ancianos; y al más específico que determina la obligación del estado de dictar un régimen y otorgar los beneficios de la seguridad social, con carácter de integral

---

<sup>18</sup> Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor (2002).

<sup>19</sup> Ley de Protección para las Personas de la Tercera Edad 80-96, en concordancia con el art. 51 de su Carta Magna (1985).

<sup>20</sup> Ley de Régimen de Tratamiento Especial para Personas de la Tercera Edad y Jubilados y Pensionados por Invalidez, Decreto N° 220-1993

<sup>21</sup> Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores (2002), en concordancia con el art. 23 de la Constitución de México (año 1917)

<sup>22</sup> Ley de Promoción Integral del Adulto Mayor N° 17.796 (2004).

e irrenunciable (confr. arts. 75 inc. 23 y 14, último párrafo, de la CN). Pero pese a ello, cuando dichos beneficios no son reconocidos, o lo son en modo deficiente y/o irregular, los interesados no tienen otra opción que iniciar sendos procedimientos de reclamo, tanto en sede administrativa como judicial, demorando largos años la tramitación de tales expedientes, perdiendo tiempo y dinero, para finalmente ver, en la gran mayoría de los casos, verdaderamente malogrados sus derechos legalmente reconocidos.

Haciendo una breve reseña histórica, puede mencionarse que a partir de la sanción de la Ley 23.473 (con fecha 31/10/1986), se creó la Cámara Nacional de la Seguridad Social, como órgano especializado con competencia en litigios previsionales, habiendo comenzado su actividad a partir del 30/3/1989, conforme lo estableciera la Acordada 6/89 de la CSJN. Las voces favorables para este sistema reconocieron la bondad de la especialización del fuero, de un valor inestimable en favor de los jubilados.

En el año 1995, con la Ley 24.463<sup>23</sup> se dispuso la transformación de dicho órgano en la Cámara Federal de la Seguridad Social<sup>24</sup>, que debía intervenir en grado de apelación respecto de las sentencias dictadas por los Juzgados mencionados en su art. 15: los juzgados federales en lo contencioso administrativo y los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias. Es decir, ante la ausencia de un órgano especializado en el fuero previsional, éstos últimos eran los competentes para entender en las impugnaciones contra las resoluciones administrativas de ANSeS y recién, contra sus sentencias, se podría ocurrir ante la CFSS, “salteándose” de esta forma la intervención de las cámaras federales de apelaciones del interior del país. Asimismo, se dispuso la intervención de la CSJN en ejercicio de su competencia ordinaria, por apelación. Paralelamente, la ley 24.463 introdujo reformas al procedimiento judicial de la seguridad social disponiendo la aplicación de las normas del proceso sumario del

---

<sup>23</sup> Sancionada con fecha 8/03/1995.

<sup>24</sup> Conforme a su artículo 18. En adelante “CFSS”.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con las modificaciones expresamente allí previstas, a lo que se sumó - posteriormente- las reformas de la Ley 25.488.

El panorama se completó en el año 1996, con la sanción de la Ley 24.655 que creó diez juzgados de primera instancia especializados en el fuero que, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reemplazaron a los juzgados federales en lo contencioso administrativo que mencionaba el art. 15 de la Ley 24.463. Esos diez juzgados, sumados a la CFSS que funciona dividida en tres Salas, completan el fuero especial de la seguridad social.

La doctrina de la Corte ha ido evolucionando en relación a esta temática, a fuerza de las circunstancias, como consecuencia de la sanción y vigencia de la Ley 24.463. En efecto, ésta tuvo como objetivo crear garantías de acceso efectivo a los créditos previsionales para lo cual se reorganizó el procedimiento judicial de la seguridad social. Así, según el mensaje de elevación del proyecto de la ley 24.463, la reforma se orientaba a: 1) resolver los aspectos del sistema integrado de jubilaciones y pensiones que generaban un déficit estructural; 2) restablecer la solidaridad de dicho régimen, teniéndose especialmente en cuenta los aspectos procesales de la norma; 3) moderar el altísimo índice de litigiosidad en materia de seguridad social; y 4) evitar el dispendio jurisdiccional innecesario y sobreabundante. En efecto, la intervención de la CSJN en una suerte de “tercera instancia”, no ya extraordinaria sino ordinaria, tuvo por finalidad conferir una mayor seguridad de acierto a los fallos por la doble razón de la cuestión sensible y de clara ídole vital y alimentaria que en ellos se plantea y por la repercusión para los casos análogos.

No obstante, lo cierto es que con el transcurso del tiempo se advirtió que, pese a los loables propósitos iniciales, se produjo el efecto contrario: un aumento descomunal de la litigiosidad, una postergación incalculable de los juicios y, consecuentemente, de los pagos de los créditos previsionales reconocidos en instancias anteriores. Paralelamente, se desmejoró visiblemente el servicio de justicia, atento al cúmulo de causas en un único organismo -la CFSS- ante el cual



tramitan causas provenientes de todo el país. Similar repercusión tuvo en la CSJN misma, dado que el ingreso de causas fue muy superior y como requieren un examen más exhaustivo (no ya extraordinario sino ordinario), comprometieron severamente el rol institucional del máximo tribunal, tal como expresamente mencionaran sus ministros.

Siendo que sus nefastas consecuencias de avisaron con el transcurso del tiempo, en el comienzo de su vigencia la CSJN acató la jurisdicción reglada mediante dicha norma, reconociendo la potestad legislativa del Congreso de la Nación para reglamentar las vías recursivas ante la Corte, con fundamento en lo normado por el art. 117 de la CN. Con el devenir del tiempo y ante la evidente gravedad de la situación relatada, la CSJN se ha visto forzada a cambiar su criterio de interpretación, tal como se mencionará infra.

Ya en fecha 29/03/2005, la CSJN dictó el conocido fallo en autos “Itzcovich, Mabel c. ANSeS s/ reajustes varios”. Entre los hechos a destacar, la actora obtuvo sentencia favorable por parte de la Sala III de la CFSS que, confirmando la de primera instancia, hizo lugar al pedido de reajuste del haber previsional, disponiendo nuevos cálculos del nivel inicial y de la movilidad de los haberes de la jubilada, así como el pago de las diferencias resultantes entre dichas sumas y lo que efectivamente percibió. Contra dicho auto, la ANSeS interpuso recurso de apelación ordinaria por ante la CSJN, con fundamento en lo normado por el art. 19 de la Ley 24.463<sup>25</sup>.

La Corte resolvió declarar, previo pedido de parte actora, la invalidez constitucional del art. 19 de dicha ley, con fundamento en que, si bien no era ostensiblemente incorrecta la norma desde su origen, con el tiempo devino indefendible por no cumplir con los fines tomados en consideración para su sanción, por comprometer

---

<sup>25</sup> El mencionado artículo 19 disponía: “La sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto del juicio. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas.” Dicho artículo fue derogado por art. 1° de la Ley N° 26.025 B.O. 22/4/2005.

gravemente el rol institucional de la CSJN y por causar un gravísimo perjuicio a los justiciables, quienes se encuentran en una etapa de su vida que requiere de una tutela especial.

En efecto, el máximo tribunal tuvo expresa consideración a la situación de los sujetos vinculados, cuyos derechos previsionales caracterizados por su cualidad de alimentarios, se encuentran literalmente postergados, por no decir frustrados. Así, dijo que

“...el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional. El fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia”<sup>26</sup>.

Asimismo, en el entendimiento de que la adopción de este nuevo criterio debe aplicarse con suma prudencia, fijándose claramente el momento desde el que comienza a aplicarse, ello no podría afectar el tratamiento del recurso de los autos sub examine, así como la de otros que estén en condiciones de ser interpuestos conforme lo previsto en leyes vigentes. En tal sentido, se dispuso que

“...las causas en las que haya sido notificada la sentencia de cámara con anterioridad al momento en que el presente pronunciamiento quede firme, continuarán su trámite con

---

<sup>26</sup> Considerando 11

arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad aquí se dispone”.<sup>27</sup>

En consecuencia de ello, se analizaron los agravios vertidos por la demandada y, desechados por no configurar una crítica concreta de la sentencia, se declaró la deserción del recurso.

El voto de los Dres. Maqueda y Zaffaroni, cita los precedentes Barry y Hussar, en los cuales se declaró la inconstitucionalidad del art. 24 de la Ley 24.463 “*por considerarla ajena a las motivaciones de la reforma y lesivas de derechos esenciales garantizados por la Constitución Nacional*”, habiéndose ponderado allí específicamente el contenido alimentario de los créditos de que se trataba y la necesidad de su protección, asegurando la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones. En similar sentido, pero en un análisis más profundo (en relación a los fallos por ellos citados) en su concordancia con los lineamientos constitucionales y convencionales imperantes, los Ministros hicieron expresa alusión a la discriminación etaria contra los adultos mayores como una realidad cultural y cuyo “panorama es por demás siniestro”<sup>28</sup>. Por ello, entendieron de que el art. 19 de la Ley 24.463 lesiona el principio de igualdad al crear un procedimiento que impone a un sector ostensiblemente discriminado el deber de aguardar una sentencia ordinaria de la CSJN para cobrar créditos que legítimamente le pertenecen y que han sido reconocidos por dos instancias judiciales, tornándolos prácticamente ilusorios y colocando a la persona en situación de notoria desventaja. En razón de los arts. 16, 75 inc. 23 y 32, y 117 de la CN y art. 2 de la CADH, declararon la inconstitucionalidad del art. 19 en cuestión, por desvirtuar los propósitos de la Ley, ser una fuente de discriminación vedada por la CN y por violar la garantía de acceso efectivo al servicio de justicia y la tutela jurisdiccional, y no asegurar la eficiencia y celeridad en las decisiones judiciales en protección de jubilados y pensionados.

---

<sup>27</sup> Considerando 15, in fine

<sup>28</sup> Considerandos 13 y 14.

En su disidencia parcial, el Dr. Antonio Boggiano expresó que la Corte tiene la posibilidad de desestimar las apelaciones extraordinarias sin fundamentación (confr. art. 280 del CPCCN, texto según Ley 23.774), siendo razonable extender tal criterio a las apelaciones ordinarias ante la CSJN, por el elevado número de causas y porque ellas obstaculizan el deber de asumir la jurisdicción en las causas que la CN manda, no debiendo llegarse a la *ultima ratio* de la declaración de inconstitucionalidad del art. 19 de la Ley 24.463<sup>29</sup>.

Con fecha 6/5/2014, la CSJN dictó un trascendetente fallo en la causa “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/Acción de amparo”, en el cual el tribunal intervino a fin de definir un conflicto negativo de competencia suscitado entre la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y la CFSS, quienes rechazaran justamente su competencia para intervenir en una apelación contra la sentencia de primera instancia que denegara el amparo interpuesto por un pensionado con el objeto de obtener el pago de haberes retroactivos.

En dicha causa, luego de mencionar la situación de colapso en que se encuentra la CFSS debido a la sobrecarga de expedientes<sup>30</sup>, remarcó que sólo debe intervenir en las apelaciones planteadas conforme al art. 15 de la Ley 24.463 (modif. por Ley 24.655), pautando la interpretación estricta de los supuestos sometidos a su competencia y limitando el actuar de esa Cámara como Alzada previsional de los juzgados federales del interior del país. Asimismo, justificó dicho criterio en que la circunstancia de colapso apuntada impacta directamente en uno de los grupos vulnerables que define la CN en su

---

<sup>29</sup> Curiosamente, no se mencionó la facultad por entonces conferida por el art. 20 de la misma ley que establecía “*Cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación se hubiere pronunciado reiteradamente en casos análogos en favor de la aplicación de la presente ley, podrá rechazar in-limine el recurso interpuesto, sin otra fundamentación, en los casos en que se pretenda desconocer esa doctrina*” (artículo derogado por Ley 26.153 de fecha 04/10/2006).

<sup>30</sup> Dicha situación, así como la aguda crisis y la consecuente imposibilidad de cumplir con un adecuado servicio de justicia que conlleva, fue denunciada por la CFSS mediante Acordada N° 1/2014.

art. 75 inc. 23 -los jubilados-, quienes ven malogrado su reclamo a la prestación previsional, de neto carácter vital y alimentario.

Es decir, en base a muy similares fundamentos a los dados en Itzcovich, a CSJN fue más allá: remarcó la necesidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio de normas atributivas de competencia que excedan los límites constitucionales, en la medida que la ausencia de petición de parte no puede ser obstáculo para el pronunciamiento oficioso de incompetencia<sup>31</sup>. A ello se suma el “efecto erga omnes” del criterio, aplicable a cada litigio previsional que perjudique a un jubilado, asimilando a tales causas a los derechos de incidencia colectiva. Por si fuera poco sentó también la doctrina de la posible inconstitucionalidad sobreviniente.

En ese sentido, resaltó la posible existencia de normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen y que pueden tornarse indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo. Esta tesitura resulta en cierta forma criticable dado que el traslado incoherente de expedientes desde las provincias a la Capital Federal (CFSS) existía desde la sanción de la ley, violando desde sus orígenes la “federalización de las causas previsionales” ahora defendida y el verdadero acceso a la justicia de los justiciables. No obstante, se entiende que la CSJN intentó adoptar una postura que no contradiga sin más la anterior mantenida, que defendía la constitucionalidad de la Ley 24.463 por no ser revisable judicialmente y estar conforme al art. 117 de la CN.

Por ello, la CSJN reconoce en esta instancia que sí es revisable judicialmente “la racionalidad” de la medida adoptada en función del objeto perseguido por la norma, ante la evidencia empírica de que el art. 18 de la ley<sup>32</sup> ha tenido el efecto contrario al procurado por el

---

<sup>31</sup> Considerando 5°.

<sup>32</sup> El art. 18 de la Ley 24463 dispone: “La Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, creada por Ley 23.473, se transformará en Cámara Federal de la Seguridad Social y conocerá en la materia enumerada en el artículo 39 bis del Decreto-Ley 1.285/58, con la salvedad de que en lo concerniente al inciso a) de dicho

legislador<sup>33</sup>, provocando una clara postergación injustificada del cumplimiento de los créditos previsionales en favor de los jubilados.

En ese sentido, al establecer el art. 18 de la Ley 24.463 que la CFSS intervendrá en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los juzgados mencionados en el artículo 15, es decir, los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social de la Capital Federal y los juzgados federales con asiento en las provincias, se está vedando la intervención de las Cámaras de Apelaciones del fuero federal con asiento en las provincias. Siendo que la CFSS tiene su sede en la Capital Federal, la norma impone a sujetos pertenecientes al grupo vulnerable de los adultos mayores que se encuentran reclamando un crédito de carácter alimentario y vital, a acudir a un tribunal que -si bien especializado- queda a cientos de kilómetros de su centro de vida y debiendo incurrir en mayores costos. Con ese panorama, el legislador viola la garantía de acceso efectivo al servicio de justicia, a la tutela jurisdiccional, a la eficacia y celeridad de las decisiones judiciales, máxime cuando el justiciable se encuentra en una situación de doble vulnerabilidad: por ser un adulto mayor cuya protección manda la expresamente la CN (Art. 75 inc. 23) y por la materia tan sensible objeto del proceso, como es la previsional.

En virtud de ello, la CSJN dispuso que debe realizarse una descentralización institucional, atribuyendo competencia a las cámaras de apelaciones federales con asiento en las provincias (Considerando 16) y disponiendo que el desplazamiento inmediato de la competencia respecto de todos los asuntos radicados ante la CFSS o con recurso de apelación ya concedido, con excepción de aquellos en los que se hubiesen dictado actos típicamente jurisdiccionales antes del 30 de abril de 2014. Por todo lo expuesto, resolvió que la acción debe tramitar ante la Cámara Federal de Tucumán, y declarar la

---

artículo intervendrá en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los juzgados mencionados en el artículo 15.”

<sup>33</sup> Por el colapso producido en la CFSS como consecuencia de la acumulación de causas provenientes de todo el país en dicho único organismo.

inconstitucionalidad del mencionado art. 18 de la Ley 24463, disponiendo que la CFSS deje de intervenir en grado de apelación contra las sentencias dictadas por juez federal con asiento en las provincias.

Resaltamos nuevamente que los pronunciamientos de la Corte tienen vocación universal -efectos *erga omnes*- respecto de todas las causas previsionales sometidas a la Ley 24.463.

Paralelamente, con idéntica fecha que la del fallo Pedraza (6/5/2014) la CSJN emitió la Acordada 14/14 mediante la cual, con expresa remisión a los considerandos de dicho pronunciamiento, evidenció la necesidad de proceder a la tutela inmediata de las garantías constitucionales desconocidas. En consecuencia, a los fines de materializar de manera rápida y ordenada el desplazamiento de la competencia que hasta el momento ejercía la CFSS, se dirigió al Congreso de la Nación, al Poder Ejecutivo Nacional, al Ministerio Público Fiscal y al de la Defensa, al Consejo de la Magistratura de la Nación y a la CFSS, a fin de que cada uno, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, adopten las medidas y mecanismos necesarios para concretar inmediatamente dicha orden y para el efectivo acatamiento institucional de las decisiones de la Corte. Sin perjuicio de ello, el propio tribunal advirtió que la medida adoptada no es más que un mero paliativo para la situación de atolladero institucional ampliamente conocida, sin importar una solución definitiva.

Por su parte, existe un más reciente fallo de la CSJN dictado en autos “Constantino, Eduardo Francisco c/ ANSeS s/ Reajustes varios”<sup>34</sup>, mediante el cual también interviene a fin de resolver una contienda negativa de competencia en el marco de un proceso de ejecución de sentencia, haciéndose eco de los fundamentos y doctrina aplicada en autos “Pedraza”.

---

<sup>34</sup> Fallo de fecha 07/06/2016.

Pero nuevamente fue más allá. Advirtió que a dos años del dictado de tal sentencia, aún se mantiene la situación de atolladero institucional que afecta al fuero de la seguridad social con el consecuente ineficiente servicio de justicia brindado, por no poder garantizar una tutela oportuna de derechos de orden superior en relación a adultos mayores. Asimismo, habiéndose mantenido la “política recursiva indiscriminada” de la ANSeS, con el claro efecto abarrotador de las tres salas de la CFSS, criticó severamente dicha inveterada actitud del organismo previsional que sólo tiene como fin el de postergar el pago de créditos legítimos y reconocidos en instancias anteriores.

En consecuencia, ordenó extenderse la regla de competencia sentada, disponiendo la inmediata remisión, sin excepciones, de todos los juicios previsionales que hubiesen tramitado ante los juzgados federales provinciales hacia las cámaras federales competentes en razón del territorio. En consecuencia, dejó sin efecto el recaudo de que la CFSS no haya realizado “actos típicamente jurisdiccionales”.

Con fecha 29/06/2016 se sancionó la Ley 27. 260<sup>35</sup>, que declaró la emergencia en materia de litigiosidad previsional (art. 2º). Sus normas relativas a la reparación histórica (Libro primero, arts. 1 a 35) son de orden público y su vigencia ha implicado una decisión política de importancia a los fines de recauzar el problema analizado, estableciéndose como autoridad de aplicación del programa a la ANSeS (confr. art. 11). La ley tiene por objeto implementar acuerdos que permitan reajustar los haberes y cancelar las deudas previsionales con respecto a aquellos beneficiarios que reúnan los requisitos allí establecidos, siendo aplicable a los casos en que hubiera o no juicio iniciado y, en éste caso, exista o no sentencia firme.

Con fecha 11 de octubre de 2016, los Sres. Ministros de la CSJN emitieron la Acordada N° 33/2016, mediante la cual procuraron

---

<sup>35</sup> La Ley 27.260 crea el Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados. Entró en vigencia al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial.



organizar la implementación de la ley 27.260 que exige la firma de acuerdos transaccionales entre los titulares de beneficios previsionales y la ANSeS, que deben homologarse judicialmente, previendo que la tramitación de tales acuerdos se realice por medios electrónicos, tanto en sede administrativa como judicial. En consecuencia, se aprobó la creación del expediente judicial electrónico para la tramitación de tales acuerdos transaccionales, aplicable a todo el país, encomendando a la CFSS la elaboración de las normas mínimas necesarias para ello, con especial énfasis en la notificación de la homologación de los acuerdos a las partes.

Por si faltaba algún nuevo condimento a la situación, a mediados del mes de febrero del corriente año, se dio a conocer que el Poder Ejecutivo Nacional dictó un decreto de necesidad y urgencia mediante el cual modificó las bases de cálculo para las jubilaciones, perjudicando a un altísimo porcentaje de nuestros adultos mayores, aunque -vale reconocer- por un monto mínimo. El fundamento brindado por el actual Director Ejecutivo de ANSeS fue que el sistema hasta entonces vigente contenía una “pequeña sobreestimación” en el cálculo y la medida tenía por único objeto que dicho cálculo sea más exacto. No obstante, por la rápida difusión que tomó dicha decisión en los medios masivos de comunicación y como consecuencia de la presión política de legisladores y demás sectores, fue el propio Presidente Nacional quien anunció en conferencia pública que había ordenado dejar sin efecto tal decisión de manera inmediata -volviendo “a foja cero”- a los fines de continuar con el cálculo de los haberes previsionales como se había realizado hasta entonces.

Por el momento, a partir de la doctrina sentada en el fallo Constantino, lo cierto es que sólo el transcurso del tiempo evidenciará la bondad o no de tal decisión (transferencia inmediata de causas) y se verificará si logran descongestionar la situación de atolladero institucional o no en la CFSS. Paralelamente, la otra herramienta que puede coadyuvar a tal descongestionamiento son los acuerdos transaccionales mencionados en el marco de la Ley 27.260. Pero sólo con el tiempo podremos valorar las consecuencias de tales medidas. Lo

cierto es que en el conflicto de referencia co-intervienen distintos actores sociales, distintos organismos, cada uno con su propio rol en relación al conflicto. Uno de los principales involucrados, tal como la propia Corte lo ha mencionado en sus fallos, es el propio organismo administrativo (ANSeS) quien, con su política recursiva indiscriminada, ha contribuido de manera notoria al colapso mencionado. Consecuentemente, todos ellos (no sólo la CSJN) deben adoptar medidas de acción positivas a fin de contribuir a solucionar la situación de crisis que tanto afecta a un sector de nuestra sociedad.

## **2.5. Conclusiones parciales. Posibles soluciones.**

Todo el raconto efectuado, tanto los fallos dictados por el más Alto Tribunal, así como las acordadas emitidas ponen en evidencia el gran compromiso de dicho organismo en dar una solución a la histórica situación de atolladero institucional, colapso de expedientes y el consecuente flagrante desconocimiento de derechos esenciales de un sector tan vulnerable y olvidado de la sociedad, como son las personas mayores. Resulta palmario que no muchas más medidas puede adoptar la Corte para resolver -por sí sola- un problema estructural como es la necesidad de reformular el procedimiento previsional y la cantidad y función de los organismos intervinientes, so pena de arrogarse facultades privativas de otros poderes y violando abiertamente el principio republicano de gobierno.

Desde el punto de vista estrictamente procesal, podría afirmarse que una opción es imponer sanciones -incluso astreintes- contra quienes incumplan en sus respectivos ámbitos con las medidas ordenadas en sus fallos, pero ello no evitaría la dilación de los procesos hasta que tales medidas se efectivicen.

Desde un punto de vista orgánico, parecería ser que la mejor solución es la ampliación orgánica del fuero: la creación de nuevos juzgados competentes, nuevas salas, nuevas fiscalías y defensorías

respetándose la especialidad del fuero previsional, elemento éste valioso en protección de los derechos de los interesados.

Existe otra opción más innovadora que requeriría de una reforma legislativa de índole procesal: tal sería crear un instituto que invierta el onus del tiempo en favor del litigante adulto mayor. Esto es, que reconocido el derecho del jubilado/pensionado mediante sentencia de primera instancia, se disponga la aplicabilidad inmediata de la sentencia, sin perjuicio de las facultades recursivas de las partes. De esta forma, es decir, concediendo las respectivas apelaciones pero sin efecto suspensivo, seguramente desalentarían la actitud recursiva irrazonable del organismo administrativo, más aún en aquellos casos en que existe una clara doctrina sentada por el más alto tribunal y mantenida a los largo de los años. Esta solución, que debe venir de la mano de una necesaria reforma legislativa del procedimiento previsional, crearía una norma procesal de tutela diferenciada del derecho de personas que, por su edad avanzada, se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Implicaría, por tanto, una verdadera medida de acción positiva en los términos de lo normado por el art. 75, inc. 23, primer párrafo, de la CN.

Aun pecando por reiterativos, es claro que de poco pueden servir el esfuerzo y las distintas medidas implementadas por la CSJN, si las mismas no van acompañadas de un cambio estructural proveniente de los distintos sectores y actores involucrados. Deben adoptarse políticas destinadas al reconocimiento de derechos y a evitar la litigiosidad, acompañadas de un cambio en el organismo administrativo en cuanto a su postura recursiva sin fundamento. Debe recordarse que las medidas de acción positivas previstas por el art. 75 inc. 23 de la CN, son verdaderos mandatos de “hacer” destinados no sólo al Congreso Nacional (pese a estar previsto entre sus atribuciones) sino a todos los poderes, con la finalidad de lograr la igualdad real en concreto de los derechos de los grupos vulnerables, entre los cuales se encuentran los de los ancianos.

### 3. Conclusión.

Los adultos mayores –o simplemente *personas mayores* en la terminología utilizada por la Convención Interamericana mencionada–, tienen reconocidos jurídicamente sus derechos humanos más básicos por el sólo hecho de ser personas y ciudadanos, en virtud de las normas constitucionales y convencionales vigentes. No obstante ello, y sin perjuicio de reconocer los avances que han existido en relación a la afirmación de derechos humanos de este grupo social, lo cierto es que en nuestro país aún nos encontramos “a mitad de camino” y resta mucho por hacer en tutela de sus derechos.

La República Argentina aún no ha ratificado la Convención Interamericana y tampoco cuenta con un marco regulatorio específico que tutele de manera integral los derechos de las personas mayores.<sup>36</sup> Un avance normativo en dicho sentido permitiría no sólo que se establezcan estándares mínimos de protección especial y diferenciada sino también que puedan hacer valer los derechos en ellos previstos. Pero más allá de ello, contar con dichos instrumentos legales y/o convencionales no sería suficiente si los potenciales derechos declarados no fueran efectivamente -de hecho- reconocidos.

Tal es lo que acontece con los derechos previsionales de nuestros jubilados, formalmente reconocidos pero no gozados. Además de la declaración de derechos a nivel legislativo y constitucional, también resulta necesario que las personas mayores encuentren una protección especial en el ejercicio de sus derechos ante el sistema de Justicia, reduciendo la brecha existente entre la declaración formal de un derecho y su efectivo goce y ejercicio.

---

<sup>36</sup>N. de la R. Con posterioridad a la entrega de este trabajo, el Congreso de la Nación aprobó la *Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* (Ley 27.360, B.O. 31-may-2017), que se publica en esta edición

Para lograrlo necesitamos mayor madurez como sociedad, una verdadera concientización respecto de la situación actual de nuestras abuelas y abuelos, y que adoptemos, consecuentemente, una constante actitud solidaria, de búsqueda de soluciones y adopción de medidas que redunden en una mejora en su calidad y condiciones de vida. Este cambio, este avance que pregonamos compromete, de manera general, a la sociedad toda, en búsqueda de mayor participación ciudadana y de lograr una concientización y visibilización de las personas mayores como sujetos de derechos con necesidades específicas.

Concretamente en el ámbito de sus derechos previsionales, a fin de lograr mejoras evidentes, este cambio compromete, específicamente, a los sectores políticos, funcionarios y distintos actores sociales que tengan en sus manos la adopción de soluciones ciertas y concretas para dicho sector etario, en un claro avance del reconocimiento efectivo de sus derechos en general, haciéndonos cargo de grave problemática -que ha ido en ascenso- en relación a los derechos previsionales de nuestros jubilados y pensionados.

Debemos ir paulatinamente avanzando en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas mayores, en la adopción de medidas de tutela procesal diferenciada y otras acciones concretas que les permitan ejercer y gozar por sí de sus derechos, en condiciones de igualdad y no discriminación. Madurez, solidaridad, compromiso y acciones concretas parecen ser las palabras claves.





# CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES (A-70)

*Adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015.*

*Aprobada por la República Argentina por Ley 27.360, publicada en el Boletín Oficial del 31 de mayo de 2017.*

*Entrada en vigor para la República Argentina: 22 de noviembre de 2017.*

## PREÁMBULO

Los Estados Parte en la presente Convención,

Reconociendo que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales;

Reiterando el propósito de consolidar, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona;

Teniendo en cuenta que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos;

Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la obligación de eliminar todas las formas de discriminación, en particular, la discriminación por motivos de edad;

Resaltando que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano;

Reconociendo que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades;

Reconociendo también la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos que reconoce las valiosas contribuciones actuales y potenciales de la persona mayor al bienestar común, a la identidad cultural, a la diversidad de sus comunidades, al desarrollo humano, social y económico y a la erradicación de la pobreza;

Recordando lo establecido en los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), así como los instrumentos regionales tales como la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Brasilia (2007), el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009), la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012);



Decididos a incorporar y dar prioridad al tema del envejecimiento en las políticas públicas, así como a destinar y gestionar los recursos humanos, materiales y financieros para lograr una adecuada implementación y evaluación de las medidas especiales puestas en práctica;

Reafirmando el valor de la solidaridad y complementariedad de la cooperación internacional y regional para promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona mayor;

Respaldando activamente la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas dirigidos a hacer efectivos los derechos de la persona mayor y destacando la necesidad de eliminar toda forma de discriminación;

Convencidos de la importancia de facilitar la formulación y el cumplimiento de leyes y programas de prevención de abuso, abandono, negligencia, maltrato y violencia contra la persona mayor, y la necesidad de contar con mecanismos nacionales que protejan sus derechos humanos y libertades fundamentales; y

Convencidos también de que la adopción de una convención amplia e integral contribuirá significativamente a promover, proteger y asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos de la persona mayor, y a fomentar un envejecimiento activo en todos los ámbitos,

Han convenido suscribir la presente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, la “Convención”):

## **CAPÍTULO I**

### **OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES**

#### **Artículo 1**

#### **Ámbito de aplicación y objeto**

El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Lo dispuesto en la presente Convención no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que reconozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte, a favor de la persona mayor.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en esta Convención no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

## Artículo 2

### Definiciones

A los efectos de la presente Convención se entiende por:

**“Abandono”**: La falta de acción deliberada o no para atender de manera integral las necesidades de una persona mayor que ponga en peligro su vida o su integridad física, psíquica o moral.

**“Cuidados paliativos”**: La atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan.

**“Discriminación”**: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

**“Discriminación múltiple”**: Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación.

**“Discriminación por edad en la vejez”**: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

**“Envejecimiento”**: Proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio.

**“Envejecimiento activo y saludable”**: Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población.

**“Maltrato”**: Acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza.

**“Negligencia”**: Error involuntario o falta no deliberada, incluido entre otros, el descuido, omisión, desamparo e indefensión que le causa un daño o sufrimiento a una persona mayor, tanto en el ámbito público como privado, cuando no se hayan tomado las precauciones normales necesarias de conformidad con las circunstancias.

**“Persona mayor”**: Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.

**“Persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo”**: Aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención

por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio.

**“Servicios socio-sanitarios integrados”:** Beneficios y prestaciones institucionales para responder a las necesidades de tipo sanitario y social de la persona mayor, con el objetivo de garantizar su dignidad y bienestar y promover su independencia y autonomía.

**“Unidad doméstica u hogar”:** El grupo de personas que viven en una misma vivienda, comparten las comidas principales y atienden en común las necesidades básicas, sin que sea necesario que existan lazos de parentesco entre ellos.

**“Vejez”:** Construcción social de la última etapa del curso de vida.

## CAPÍTULO II

### PRINCIPIOS GENERALES

#### Artículo 3

Son principios generales aplicables a la Convención:

- a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
- b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
- c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.
- d) La igualdad y no discriminación.
- e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.
- f) El bienestar y cuidado.

- g) La seguridad física, económica y social.
- h) La autorrealización.
- i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.
- j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.
- k) El buen trato y la atención preferencial.
- l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.
- m) El respeto y valorización de la diversidad cultural.
- n) La protección judicial efectiva.
- o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

### **CAPÍTULO III**

#### **DEBERES GENERALES DE LOS ESTADOS PARTE**

##### **Artículo 4**

Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin:

- a) Adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento,

expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor.

b) Adoptarán las medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención y se abstendrán de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas afirmativas y ajustes razonables que sean necesarios para acelerar o lograr la igualdad de hecho de la persona mayor, así como para asegurar su plena integración social, económica, educacional, política y cultural. Tales medidas afirmativas no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no deberán perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado dicho objetivo.

c) Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.

d) Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

e) Promoverán instituciones públicas especializadas en la protección y promoción de los derechos de la persona mayor y su desarrollo integral.

f) Promoverán la más amplia participación de la sociedad civil y de otros actores sociales, en particular de la persona mayor, en la

elaboración, aplicación y control de políticas públicas y legislación dirigida a la implementación de la presente Convención.

g) Promoverán la recopilación de información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que le permitan formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención.

## **CAPÍTULO IV**

### **DERECHOS PROTEGIDOS**

#### **Artículo 5**

#### **Igualdad y no discriminación por razones de edad**

Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez.

Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.



## **Artículo 6**

### **Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez**

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población.

Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado.

## **Artículo 7**

### **Derecho a la independencia y a la autonomía**

Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos.

Los Estados Parte adoptarán programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de estos derechos por la persona mayor, propiciando su autorealización, el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas. En especial, asegurarán:

a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos.

b) Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

c) Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de ésta.

## **Artículo 8**

### **Derecho a la participación e integración comunitaria**

La persona mayor tiene derecho a la participación activa, productiva, plena y efectiva dentro de la familia, la comunidad y la sociedad para su integración en todas ellas.

Los Estados Parte adoptarán medidas para que la persona mayor tenga la oportunidad de participar activa y productivamente en la comunidad, y pueda desarrollar sus capacidades y potencialidades. A tal fin:

a) Crearán y fortalecerán mecanismos de participación e inclusión social de la persona mayor en un ambiente de igualdad que permita erradicar los prejuicios y estereotipos que obstaculicen el pleno disfrute de estos derechos.

b) Promoverán la participación de la persona mayor en actividades intergeneracionales para fortalecer la solidaridad y el apoyo mutuo como elementos claves del desarrollo social.

c) Asegurarán que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de la persona mayor y tengan en cuenta sus necesidades.

## **Artículo 9**

### **Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia**

La persona mayor tiene derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, a recibir un trato digno y a ser respetada y valorada, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la cultura, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen social, nacional, étnico, indígena e identidad cultural, la posición socio-económica, discapacidad, la orientación sexual, el género, la identidad de género, su contribución económica o cualquier otra condición.

La persona mayor tiene derecho a vivir una vida sin ningún tipo de violencia y maltrato. Para los efectos de esta Convención, se entenderá por violencia contra la persona mayor cualquier acción o conducta que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la persona mayor, tanto en el ámbito público como en el privado.

Se entenderá que la definición de violencia contra la persona mayor comprende, entre otros, distintos tipos de abuso, incluso el financiero y patrimonial, y maltrato físico, sexual, psicológico, explotación laboral, la expulsión de su comunidad y toda forma de abandono o negligencia que tenga lugar dentro o fuera del ámbito familiar o unidad doméstica o que sea perpetrado o tolerado por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra.

Los Estados Parte se comprometen a:

a) Adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para prevenir, investigar, sancionar y erradicar los actos de

violencia contra la persona mayor, así como aquellas que propicien la reparación de los daños ocasionados por estos actos.

b) Producir y divulgar información con el objetivo de generar diagnósticos de riesgo de posibles situaciones de violencia a fin de desarrollar políticas de prevención.

c) Promover la creación y el fortalecimiento de servicios de apoyo para atender los casos de violencia, maltrato, abusos, explotación y abandono de la persona mayor. Fomentar el acceso de la persona mayor a dichos servicios y a la información sobre los mismos.

d) Establecer o fortalecer mecanismos de prevención de la violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, dentro de la familia, unidad doméstica, lugares donde recibe servicios de cuidado a largo plazo y en la sociedad para la efectiva protección de los derechos de la persona mayor.

e) Informar y sensibilizar a la sociedad en su conjunto sobre las diversas formas de violencia contra la persona mayor y la manera de identificarlas y prevenirlas.

f) Capacitar y sensibilizar a funcionarios públicos, a los encargados de los servicios sociales y de salud, al personal encargado de la atención y el cuidado de la persona mayor en los servicios de cuidado a largo plazo o servicios domiciliarios sobre las diversas formas de violencia, a fin de brindarles un trato digno y prevenir negligencia y acciones o prácticas de violencia y maltrato.

g) Desarrollar programas de capacitación dirigidos a los familiares y personas que ejerzan tareas de cuidado domiciliario a fin de prevenir escenarios de violencia en el hogar o unidad doméstica.

h) Promover mecanismos adecuados y eficaces de denuncia en casos de violencia contra la persona mayor, así como reforzar los mecanismos judiciales y administrativos para la atención de esos casos.

i) Promover activamente la eliminación de todas las prácticas que generan violencia y que afectan la dignidad e integridad de la mujer mayor.

### **Artículo 10**

#### **Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes**

La persona mayor tiene derecho a no ser sometida a tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para prevenir, investigar, sancionar y erradicar todo tipo de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hacia la persona mayor.

### **Artículo 11**

#### **Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud**

La persona mayor tiene el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.

Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación con cualquier decisión, tratamiento,

intervención o investigación, en el ámbito de la salud, los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios.

Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor.

Las instituciones públicas o privadas y los profesionales de la salud no podrán administrar ningún tratamiento, intervención o investigación de carácter médico o quirúrgico sin el consentimiento informado de la persona mayor.

En los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación nacional.

La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.

## **Artículo 12**

### **Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo**

La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía.

Los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión.

Los Estados Parte deberán adoptar medidas tendientes a desarrollar un sistema integral de cuidados que tenga especialmente en cuenta la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor.

Para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de sus derechos humanos en los servicios de cuidado a largo plazo, los Estados Parte se comprometen a:

a) Establecer mecanismos para asegurar que el inicio y término de servicios de cuidado de largo plazo estén sujetos a la manifestación de la voluntad libre y expresa de la persona mayor.

b) Promover que dichos servicios cuenten con personal especializado que pueda ofrecer una atención adecuada e integral y prevenir acciones o prácticas que puedan producir daño o agravar la condición existente.

c) Establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento de los servicios de cuidado a largo plazo que permita evaluar y supervisar la situación de la persona mayor, incluyendo la adopción de medidas para:

i. Garantizar el acceso de la persona mayor a la información, en particular a sus expedientes personales, ya sean físicos o digitales, y promover el acceso a los distintos medios de comunicación e información, incluidas las redes sociales, así como informar a la persona mayor sobre sus derechos y sobre el marco jurídico y protocolos que rigen los servicios de cuidado a largo plazo.

ii. Prevenir injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier otro ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación.

iii. Promover la interacción familiar y social de la persona mayor, teniendo en cuenta a todas las familias y sus relaciones afectivas.

iv. Proteger la seguridad personal y el ejercicio de la libertad y movilidad de la persona mayor.

v. Proteger la integridad de la persona mayor y su privacidad e intimidad en las actividades que desarrolle, particularmente en los actos de higiene personal.

d) Establecer la legislación necesaria, conforme a los mecanismos nacionales, para que los responsables y el personal de servicios de cuidado a largo plazo respondan administrativa, civil y/o penalmente por los actos que practiquen en detrimento de la persona mayor, según corresponda.

e) Adoptar medidas adecuadas, cuando corresponda, para que la persona mayor que se encuentre recibiendo servicios de cuidado a largo plazo cuente con servicios de cuidados paliativos que abarquen al paciente, su entorno y su familia.



### **Artículo 13**

#### **Derecho a la libertad personal**

La persona mayor tiene derecho a la libertad y seguridad personal, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva.

Los Estados Parte asegurarán que la persona mayor disfrute del derecho a la libertad y seguridad personal y que la edad en ningún caso justifique la privación o restricción arbitrarias de su libertad.

Los Estados Parte garantizarán que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que se vea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención.

Los Estados Parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos.

### **Artículo 14**

#### **Derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información**

La persona mayor tiene derecho a la libertad de expresión y opinión y al acceso a la información, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población y por los medios de su elección.

Los Estados Parte adoptarán medidas destinadas a garantizar a la persona mayor el ejercicio efectivo de dichos derechos.

### **Artículo 15**

#### **Derecho a la nacionalidad y a la libertad de circulación**

La persona mayor tiene derecho a la libertad de circulación, a la libertad para elegir su residencia y a poseer una nacionalidad en igualdad de condiciones con los demás sectores de la población, sin discriminación por razones de edad.

Los Estados Parte adoptarán medidas destinadas a garantizar a la persona mayor el ejercicio efectivo de dichos derechos.

### **Artículo 16**

#### **Derecho a la privacidad y a la intimidad**

La persona mayor tiene derecho a la privacidad y a la intimidad y a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación.

La persona mayor tiene derecho a no ser objeto de agresiones contra su dignidad, honor y reputación, y a la privacidad en los actos de higiene o en las actividades que desarrolle, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva.

Los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para garantizar estos derechos, particularmente a la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo.

## **Artículo 17**

### **Derecho a la seguridad social**

Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna.

Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social.

Los Estados Parte buscarán facilitar, mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos, el reconocimiento de prestaciones, aportes realizados a la seguridad social o derechos de pensión de la persona mayor migrante.

Todo lo dispuesto en este artículo será de conformidad con la legislación nacional.

## **Artículo 18**

### **Derecho al trabajo**

La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad.

Los Estados Parte adoptarán medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor. Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales.

El empleo o la ocupación debe contar con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el

mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades.

Los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para promover el empleo formal de la persona mayor y regular las distintas formas de autoempleo y el empleo doméstico, con miras a prevenir abusos y garantizar una adecuada cobertura social y el reconocimiento del trabajo no remunerado.

Los Estados Parte promoverán programas y medidas que faciliten una transición gradual a la jubilación, para lo cual podrán contar con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados.

Los Estados Parte promoverán políticas laborales dirigidas a propiciar que las condiciones, el ambiente de trabajo, horarios y la organización de las tareas sean adecuadas a las necesidades y características de la persona mayor.

Los Estados Parte alentarán el diseño de programas para la capacitación y certificación de conocimiento y saberes para promover el acceso de la persona mayor a mercados laborales más inclusivos.

## **Artículo 19**

### **Derecho a la salud**

La persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación.

Los Estados Parte deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social. Para hacer efectivo este

derecho, los Estados Parte se comprometen a tomar las siguientes medidas:

a) Asegurar la atención preferencial y el acceso universal, equitativo y oportuno en los servicios integrales de salud de calidad basados en la atención primaria, y aprovechar la medicina tradicional, alternativa y complementaria, de conformidad con la legislación nacional y con los usos y costumbres.

b) Formular, implementar, fortalecer y evaluar políticas públicas, planes y estrategias para fomentar un envejecimiento activo y saludable.

c) Fomentar políticas públicas sobre salud sexual y reproductiva de la persona mayor.

d) Fomentar, cuando corresponda, la cooperación internacional en cuanto al diseño de políticas públicas, planes, estrategias y legislación, y el intercambio de capacidades y recursos para ejecutar planes de salud para la persona mayor y su proceso de envejecimiento.

e) Fortalecer las acciones de prevención a través de las autoridades de salud y la prevención de enfermedades, incluyendo la realización de cursos de educación, el conocimiento de las patologías y opinión informada de la persona mayor en el tratamiento de enfermedades crónicas y otros problemas de salud.

f) Garantizar el acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad para la persona mayor con enfermedades no transmisibles y transmisibles, incluidas aquellas por transmisión sexual.

g) Fortalecer la implementación de políticas públicas orientadas a mejorar el estado nutricional de la persona mayor.

h) Promover el desarrollo de servicios socio-sanitarios integrados especializados para atender a la persona mayor con enfermedades que generan dependencia, incluidas las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer.

i) Fortalecer las capacidades de los trabajadores de los servicios de salud, sociales y socio-sanitarios integrados y de otros actores, en relación con la atención de la persona mayor, teniendo en consideración los principios contenidos en la presente Convención.

j) Promover y fortalecer la investigación y la formación académica profesional y técnica especializada en geriatría, gerontología y cuidados paliativos.

k) Formular, adecuar e implementar, según la legislación vigente en cada país, políticas referidas a la capacitación y aplicación de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, en relación con la atención integral de la persona mayor.

l) Promover las medidas necesarias para que los servicios de cuidados paliativos estén disponibles y accesibles para la persona mayor, así como para apoyar a sus familias.

m) Garantizar a la persona mayor la disponibilidad y el acceso a los medicamentos reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos.

n) Garantizar a la persona mayor el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, sean físicos o digitales.

o) Promover y garantizar progresivamente, y de acuerdo con sus capacidades, el acompañamiento y la capacitación a personas que ejerzan tareas de cuidado de la persona mayor, incluyendo familiares, con el fin de procurar su salud y bienestar.

## **Artículo 20**

### **Derecho a la educación**

La persona mayor tiene derecho a la educación en igualdad de condiciones con otros sectores de la población y sin discriminación, en las modalidades definidas por cada uno de los Estados Parte, y a

participar en los programas educativos existentes en todos los niveles, y a compartir sus conocimientos y experiencias con todas las generaciones.

Los Estados Parte garantizarán el ejercicio efectivo del derecho a la educación de la persona mayor y se comprometen a:

a) Facilitar a la persona mayor el acceso a programas educativos y de formación adecuados que permitan el acceso, entre otros, a los distintos niveles del ciclo educativo, a programas de alfabetización y postalfabetización, formación técnica y profesional, y a la educación permanente continua, en especial a los grupos en situación de vulnerabilidad.

b) Promover el desarrollo de programas, materiales y formatos educativos adecuados y accesibles para la persona mayor que atiendan sus necesidades, preferencias, aptitudes, motivaciones e identidad cultural.

c) Adoptar las medidas necesarias para reducir y, progresivamente, eliminar las barreras y las dificultades de acceso a los bienes y servicios educativos en el medio rural.

d) Promover la educación y formación de la persona mayor en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) para minimizar la brecha digital, generacional y geográfica e incrementar la integración social y comunitaria.

e) Diseñar e implementar políticas activas para erradicar el analfabetismo de la persona mayor y, en especial, de las mujeres y grupos en situación de vulnerabilidad.

f) Fomentar y facilitar la participación activa de la persona mayor en actividades educativas, tanto formales como no formales.

## **Artículo 21**

### **Derecho a la cultura**

La persona mayor tiene derecho a su identidad cultural, a participar en la vida cultural y artística de la comunidad, al disfrute de los beneficios del progreso científico y tecnológico y de otros producto de la diversidad cultural, así como a compartir sus conocimientos y experiencias con otras generaciones, en cualquiera de los contextos en los que se desarrolle.

Los Estados Parte reconocerán, garantizarán y protegerán el derecho a la propiedad intelectual de la persona mayor, en condiciones de igualdad con los demás sectores de la población y de acuerdo con la legislación interna y los instrumentos internacionales adoptados en este ámbito.

Los Estados Parte promoverán las medidas necesarias para asegurar el acceso preferencial de la persona mayor a los bienes y servicios culturales, en formatos y condiciones asequibles.

Los Estados Parte fomentarán programas culturales para que la persona mayor pueda desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual, para su beneficio y para el enriquecimiento de la sociedad como agente transmisor de valores, conocimientos y cultura.

Los Estados Parte impulsarán la participación de las organizaciones de personas mayores en la planificación, realización y divulgación de proyectos educativos y culturales.

Los Estados Parte incentivarán, mediante acciones de reconocimiento y estímulo, los aportes de la persona mayor a las diferentes expresiones artísticas y culturales.



## **Artículo 22**

### **Derecho a la recreación, al esparcimiento y al deporte**

La persona mayor tiene derecho a la recreación, la actividad física, el esparcimiento y el deporte.

Los Estados Parte promoverán el desarrollo de servicios y programas de recreación, incluido el turismo, así como actividades de esparcimiento y deportivas que tengan en cuenta los intereses y las necesidades de la persona mayor, en particular de aquella que recibe servicios de cuidado a largo plazo, con el objeto de mejorar su salud y calidad de vida en todas sus dimensiones y promover su autorrealización, independencia, autonomía e inclusión en la comunidad.

La persona mayor podrá participar en el establecimiento, gestión y evaluación de dichos servicios, programas o actividades.

## **Artículo 23**

### **Derecho a la propiedad**

Toda persona mayor tiene derecho al uso y goce de sus bienes y a no ser privada de estos por motivos de edad. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

Ninguna persona mayor puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizarle a la persona mayor el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes, y para prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad.

Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas para eliminar toda práctica administrativa o financiera que discrimine a la persona mayor, principalmente a las mujeres mayores y a los grupos en situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de su derecho a la propiedad.

## **Artículo 24**

### **Derecho a la vivienda**

La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades.

Los Estados Parte deberán adoptar las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho y facilitar que la persona mayor tenga acceso a servicios socio-sanitarios integrados y servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propio domicilio conforme a su voluntad.

Los Estados Parte deberán garantizar el derecho de la persona mayor a una vivienda digna y adecuada y adoptarán políticas de promoción del derecho a la vivienda y el acceso a la tierra reconociendo las necesidades de la persona mayor y la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulnerabilidad. Asimismo, los Estados Parte fomentarán progresivamente el acceso al crédito de vivienda u otras formas de financiamiento sin discriminación, promoviendo, entre otros, la colaboración con el sector privado, la sociedad civil y otros actores sociales. Las políticas deberán tener especialmente en cuenta:

a) La necesidad de construir o adaptar progresivamente soluciones habitacionales con el fin de que estas sean

arquitectónicamente adecuadas y accesibles a los adultos mayores con discapacidad y con impedimentos relacionados con su movilidad.

b) Las necesidades específicas de la persona mayor, particularmente aquellas que viven solas, a través de subsidios para el alquiler, apoyo a las renovaciones de la vivienda y otras medidas pertinentes, según la capacidad de los Estados Parte.

Los Estados Parte promoverán el establecimiento de procedimientos expeditos de reclamación y justicia en caso de desalojos de personas mayores y adoptarán las medidas necesarias para protegerlas contra los desalojos forzosos ilegales.

Los Estados Parte deberán promover programas para la prevención de accidentes en el entorno y el hogar de la persona mayor.

## **Artículo 25**

### **Derecho a un medio ambiente sano**

La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas:

a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza.

b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros.

## Artículo 26

### **Derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal**

La persona mayor tiene derecho a la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, y a su movilidad personal.

A fin de garantizar la accesibilidad y la movilidad personal de la persona mayor para que pueda vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Parte adoptarán de manera progresiva medidas pertinentes para asegurar el acceso de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como centros educativos, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo.

b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

Los Estados Parte también adoptarán las medidas pertinentes para:

a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público.

b) Asegurar que las entidades públicas y privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para la persona mayor.

c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad que enfrenta la persona mayor.

d) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a la persona mayor para asegurar su acceso a la información.

e) Promover el acceso de la persona mayor a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet y que estas sean accesibles al menor costo posible.

f) Propiciar el acceso a tarifas preferenciales o gratuitas de los servicios de transporte público o de uso público a la persona mayor.

g) Promover iniciativas en los servicios de transporte público o de uso público para que haya asientos reservados para la persona mayor, los cuales deberán ser identificados con la señalización correspondiente.

h) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en formatos de fácil lectura, comprensión y adecuados para la persona mayor.

## **Artículo 27**

### **Derechos políticos**

La persona mayor tiene derecho a la participación en la vida política y pública en igualdad de condiciones con los demás y a no ser discriminados por motivo de edad.

La persona mayor tiene derecho a votar libremente y ser elegido, debiendo el Estado facilitar las condiciones y los medios para ejercer esos derechos.

Los Estados Parte garantizarán a la persona mayor una participación plena y efectiva en su derecho a voto y adoptarán las siguientes medidas pertinentes para:

a) Garantizar que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar.

b) Proteger el derecho de la persona mayor a emitir su voto en secreto en elecciones y referendos públicos, sin intimidación.

c) Garantizar la libre expresión de la voluntad de la persona mayor como elector y a este fin, cuando sea necesario y con su consentimiento, permitir que una persona de su elección le preste asistencia para votar.

d) Crear y fortalecer mecanismos de participación ciudadana con el objeto de incorporar en los procesos de toma de decisión en todos los niveles de Gobierno las opiniones, aportes y demandas de la persona mayor y de sus agrupaciones y asociaciones.

## **Artículo 28**

### **Derecho de reunión y de asociación**

La persona mayor tiene derecho a reunirse pacíficamente y a formar libremente sus propias agrupaciones o asociaciones, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

A tal fin los Estados Parte se comprometen a:

a) Facilitar la creación y el reconocimiento legal de dichas agrupaciones o asociaciones, respetando su libertad de iniciativa y prestándoles apoyo para su formación y desempeño de acuerdo con la capacidad de los Estados Parte.

b) Fortalecer las asociaciones de personas mayores y el desarrollo de liderazgos positivos que faciliten el logro de sus objetivos y la difusión de los derechos enunciados en la presente Convención.

## **Artículo 29**

### **Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias**

Los Estados Parte tomarán todas las medidas específicas que sean necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres, de conformidad con las normas de derecho internacional, en particular del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Los Estados Parte adoptarán medidas de atención específicas a las necesidades de la persona mayor en la preparación, prevención, reconstrucción y recuperación en situaciones de emergencias, desastres o conflictos.

Los Estados Parte propiciarán que la persona mayor interesada participe en los protocolos de protección civil en caso de desastres naturales.

## **Artículo 30**

### **Igual reconocimiento como persona ante la ley**

Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria.

## **Artículo 31**

### **Acceso a la justicia**

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



Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas.

Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.

La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

Asimismo, los Estados Parte desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover:

- a) Mecanismos alternativos de solución de controversias.
- b) Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.

## **CAPÍTULO V**

### **TOMA DE CONCIENCIA**

#### **Artículo 32**

Los Estados Parte acuerdan:

- a) Adoptar medidas para lograr la divulgación y capacitación progresiva de toda la sociedad sobre la presente Convención.

b) Fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez.

c) Desarrollar programas para sensibilizar a la población sobre el proceso de envejecimiento y sobre la persona mayor, fomentando la participación de ésta y de sus organizaciones en el diseño y formulación de dichos programas.

d) Promover la inclusión de contenidos que propicien la comprensión y aceptación de la etapa del envejecimiento en los planes y programas de estudios de los diferentes niveles educativos, así como en las agendas académicas y de investigación.

e) Promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto.

## **CAPÍTULO VI**

### **MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCION Y MEDIOS DE PROTECCION**

#### **Artículo 33**

#### **Mecanismo de Seguimiento**

Con el fin de dar seguimiento a los compromisos adquiridos y promover la efectiva implementación de la presente Convención se establece un mecanismo de seguimiento integrado por una Conferencia de Estados Parte y un Comité de Expertos.

El Mecanismo de Seguimiento quedará constituido cuando se haya recibido el décimo instrumento de ratificación o adhesión.

Las funciones de la secretaría del Mecanismo de Seguimiento serán ejercidas por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

## **Artículo 34**

### **Conferencia de Estados Parte**

La Conferencia de Estados Parte es el órgano principal del Mecanismo de Seguimiento, está integrada por los Estados Parte en la Convención y tiene, entre otras, las siguientes funciones:

a) Dar seguimiento al avance de los Estados Parte en el cumplimiento de los compromisos emanados de la presente Convención.

b) Elaborar su reglamento y aprobarlo por mayoría absoluta.

c) Dar seguimiento a las actividades desarrolladas por el Comité de Expertos y formular recomendaciones con el objetivo de mejorar el funcionamiento, las reglas y procedimientos de dicho Comité.

d) Recibir, analizar y evaluar las recomendaciones del Comité de Expertos y formular las observaciones pertinentes.

e) Promover el intercambio de experiencias, buenas prácticas y la cooperación técnica entre los Estados Parte con miras a garantizar la efectiva implementación de la presente Convención.

f) Resolver cualquier asunto relacionado con el funcionamiento del Mecanismo de Seguimiento.

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos convocará la primera reunión de la Conferencia de Estados Parte dentro de los noventa días de haberse constituido el

Mecanismo de Seguimiento. La primera reunión de la Conferencia será celebrada en la sede de la Organización, a menos que un Estado Parte ofrezca la sede, para aprobar su reglamento y metodología de trabajo, así como para elegir a sus autoridades. Dicha reunión será presidida por un representante del Estado que deposite el primer instrumento de ratificación o adhesión de la presente Convención.

Las reuniones ulteriores serán convocadas por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos a solicitud de cualquier Estado Parte, con la aprobación de dos tercios de los mismos. En ellas podrán participar como observadores los demás Estados Miembros de la Organización

### **Artículo 35**

#### **Comité de Expertos**

El Comité estará integrado por expertos designados por cada uno de los Estados Parte en la Convención. El quórum para sesionar será establecido en su reglamento.

El Comité de Expertos tiene las siguientes funciones:

a) Colaborar en el seguimiento al avance de los Estados Parte en la implementación de la presente Convención, siendo responsable del análisis técnico de los informes periódicos presentados por los Estados Parte. A tales efectos, los Estados Parte se comprometen a presentar un informe al Comité de Expertos con relación al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente Convención, dentro del año siguiente de haberse realizado la primera reunión. De allí en adelante, los Estados Parte presentarán informes cada cuatro años.

b) Presentar recomendaciones para el cumplimiento progresivo de la Convención sobre la base de los informes presentados por los Estados Parte de conformidad con el tema objeto de análisis.

c) Elaborar y aprobar su propio reglamento en el marco de las funciones establecidas en el presente artículo.

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos convocará la primera reunión del Comité de Expertos dentro de los noventa días de haberse constituido el Mecanismo de Seguimiento. La primera reunión del Comité de Expertos será celebrada en la sede de la Organización, a menos que un Estado Parte ofrezca la sede, para aprobar su reglamento y metodología de trabajo, así como para elegir a sus autoridades. Dicha reunión será presidida por un representante del Estado que deposite el primer instrumento de ratificación o adhesión de la presente Convención.

El Comité de Expertos tendrá su sede en la Organización de los Estados Americanos.

## **Artículo 36**

### **Sistema de peticiones individuales**

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de alguno de los artículos de la presente Convención por un Estado Parte.

Para el desarrollo de lo previsto en el presente artículo se tendrá en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección por la presente Convención.

Asimismo, todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los Estados Parte podrán formular consultas a la Comisión en cuestiones relacionadas con la efectiva aplicación de la presente Convención. Asimismo, podrán solicitar a la Comisión asesoramiento y cooperación técnica para asegurar la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones de la presente Convención. La Comisión, dentro de sus posibilidades, les brindará asesoramiento y asistencia cuando le sean solicitados.

Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria y de pleno derecho y sin acuerdo especial la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## **CAPÍTULO VII**

### **DISPOSICIONES GENERALES**

#### **Artículo 37**

#### **Firma, ratificación, adhesión y entrada en vigor**

La presente Convención está abierta a la firma, ratificación y adhesión por parte de todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. Después de que entre en vigor, todos los

Estados Miembros de la Organización que no la hayan firmado estarán en posibilidad de adherirse a la Convención.

Esta Convención está sujeta a ratificación por parte de los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales. Los instrumentos de ratificación o adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Para cada Estado que ratifique o se adhiera a la presente Convención después de que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado el instrumento correspondiente.

### **Artículo 38**

#### **Reservas**

Los Estados Parte podrán formular reservas a la Convención en el momento de su firma, ratificación o adhesión, siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin de la Convención y versen sobre una o más de sus disposiciones específicas.

### **Artículo 39**

#### **Denuncia**

La Convención permanecerá en vigor indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla mediante

notificación escrita dirigida al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para dicho Estado, permaneciendo en vigor para los demás Estados Parte. La denuncia no eximirá al Estado Parte de las obligaciones impuestas por la presente Convención con respecto a toda acción u omisión ocurrida antes de la fecha en que la denuncia haya entrado en vigor.

#### **Artículo 40**

##### **Depósito**

El instrumento original de la Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

#### **Artículo 41**

##### **Enmiendas**

Cualquier Estado Parte puede someter a la Conferencia de Estados Parte propuestas de enmiendas a esta Convención.

Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados Parte hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados Parte, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.









Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2017  
en la Imprenta Nexo/Di Napoli de la ciudad de Santa Rosa.

Se imprimieron 250 ejemplares.









**PODER JUDICIAL**  
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

[www.juslapampa.gob.ar](http://www.juslapampa.gob.ar)

