

Nº 12- Vol.1  
Año 2022

REVISTA ACADÉMICA

I.E.S.P.Y.C.

*Instituto de Estudios  
Sociales, Política y  
Cultura*

ISSN: 2525 - 1600



**USP-T**

UNIVERSIDAD DE SAN PABLO - TUCUMÁN

**IESPYC.** Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura. Revista Académica.

N°12 – Año 2022-1

Tucumán, República Argentina.

ISSN 2525-1600

Revista de Investigación Académica

**Editorial:**

EDUSPT. 24 de Septiembre 476.

4000. San Miguel de Tucumán. Tucumán, Argentina.

Contacto: [Informes@uspt.edu.ar](mailto:Informes@uspt.edu.ar)

[www.uspt.edu.ar](http://www.uspt.edu.ar)

Quedan expresamente prohibidas, sin la autorización correspondiente, la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento. El contenido de los trabajos, como así también los permisos para reproducción de figuras y tablas, es responsabilidad de los autores.

© Universidad de San Pablo-Tucumán

Queda hecho el depósito que previene la ley  
Impreso en Argentina – Printed in Argentina

ISSN 2525-1600

Julio de 2022

## **AUTORIDADES DE LA REVISTA**

**DIRECTOR:** Prof. Dr. Gonzalo Casas (Universidad San Pablo-Tucumán - Universidad Nacional de Tucumán)

**SECRETARIO DE REDACCIÓN (Editor):** Prof. Mg. Nicolás Salvi (Universidad San Pablo-Tucumán - Universidad Nacional de Tucumán – Universidad de Buenos Aires)

## **CONSEJO CIENTÍFICO INTERNACIONAL**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht)  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Armin von Bogdandy (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht)  
Prof. Dr. Marc-Philippe Weller (Universität Heidelberg)  
Prof. Dr. Alessio Lo Giudice (Università degli Studi di Messina)  
Prof. Dr. Attilio Pisano' (Università del Salento)  
Prof. Dr. Daniele Velo Dalbrenta (Università di Verona)  
Prof. Dr. Ivan Mifsud (Università ta' Malta)  
Prof. Dra. Diana Ramírez (Universidad Católica de Oriente)  
Prof. Neil Andrews (University of Cambridge)  
Prof. Dr. Luis León Ganatios (Universidad Autónoma de Guanajuato)

## **CONSEJO ACADÉMICO**

Prof. Dr. Juan Carlos Veiga (Universidad Nacional de Tucumán)  
Prof. Dr. Diego J. Gantus (Univeresidad Nacional de Rosario - Universidad Nacional de Entre Ríos)  
Prof. Dra. Gabriela Ippolito-O'Donnell (Universidad de San Martin)

## **COMITÉ EDITORIAL**

Prof. Dr. Álvaro Pérez Ragone (Universidad de San Pablo Tucumán)  
Prof. Dr. Javier Habib (Universidad de San Pablo Tucumán)  
Prof. Dr. Luis Guilherme Marinoni (Universidade Federal do Paraná) (Curitiba)  
Prof. Dr. Pablo Neme (Universidad San Pablo)  
Prof. Dra. Magaly Saenz San Martin (Universidad Sorbona Nueva - París 3) (Francia); (Instituto Latinoamericano de Gobierno y Políticas públicas – ILAGOP) (Lima)  
Prof. Dra. Marina Acosta (CONICET-Universidad de Buenos Aires)  
Prof. (Cand. Doctor) Analía Orr (Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco)

## **PRESENTACIÓN**

La Revista IESPYC es una publicación semestral que recoge los resultados de los trabajos de investigación de profesores e investigadores nacionales y extranjeros, que sean de interés para la comunidad en las áreas de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales. La misión de IESPYC es abordar temas multidisciplinarios de investigación y/o análisis que posean un interés regional, nacional e internacional. Las publicaciones pueden realizarse en español, inglés o portugués. La Revista, está puesta al servicio de la comunidad científica y académica en general (docentes, investigadores y estudiantes), dirigida tanto a la teoría o la práctica, que buscan profundizar en el conocimiento en las respectivas áreas de interés.

## **Evaluadores del Número 12, Volumen 1**

Sofía Aguilar. CONICET - Universidad de Buenos Aires. Argentina.

Germán Arce. Universidad Nacional de Tucumán – Universidad Nacional de José C. Paz-  
Universidad de Buenos Aires. Argentina.

Pablo Barberis. Universidad Nacional de Rosario – Universidad Nacional de Entre Ríos.  
Argentina.

Laura Casas. Universidad Nacional de Tucumán. Argentina

Paola Victoria Colombero. CONICET - Universidad de Buenos Aires. Argentina.

Juan Grande. Universidad San Pablo-Tucumán. Argentina.

Joaquín Garrido Martín. Universidad de Sevilla. España

Walter Krieger. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Argentina.

Helga María Lell. CONICET. Universidad Nacional de La Pampa. Argentina.

Mara Mansilla. Universidad Nacional del Litoral. Argentina.

Juan José Martínez Mercadal. Universidad de La República. Uruguay.

Esteban Nader. Universidad Nacional de Tucumán. Argentina.

Bruno Ovejero Silva. Universidad San Pablo-Tucumán – Universidad Nacional de  
Tucumán. Argentina

José Vicente Vezzosi. CONICET - Universidad Nacional de Santiago del Estero.  
Argentina.

Martín Viola. Universidad San Pablo-Tucumán. Argentina.

## Índice

### Artículos de investigación inéditos

- El problema epistemológico de la naturaleza jurídica: un pseudo-problema entre juristas. Un análisis lógico-lingüístico sobre la polémica en torno al matrimonio*  
Hugo José Francisco Velázquez ..... 1-45
- Principios constitucionales en sentencias de derecho privado ¿Se trata a veces de una moda?*  
Javier Habib ..... 46-78
- Vulnerabilidad y acceso a la justicia: las circunstancias situacionales de las mujeres víctimas de violencia doméstica en argentina*  
Ingrid Y. Rosas Villarrubia ..... 79-101
- El colectivo LGBTTTI como consumidor hipervulnerable y la importancia del trato digno y no discriminatorio en el derecho consumeril*  
Blas Sánchez Ovadilla ..... 102-123
- Control de constitucionalidad: de última ratio a prima ratio*  
José Carlos Moslares ..... 124-134
- Liberalismo en Colombia: perspectivas del constitucionalismo de 1863 y la sociedad antioqueña polarizada*  
Juan Esteban Zapata Palacio..... 135-149
- Reconstrucción de la “Ciudad Sagrada de Quilmes”: disputas de sentidos*  
S. Inés Varela..... 150-167

**EL PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO DE LA NATURALEZA JURÍDICA: UN  
PSEUDO-PROBLEMA ENTRE JURISTAS. UN ANÁLISIS LÓGICO-  
LINGÜÍSTICO SOBRE LA POLÉMICA EN TORNO AL MATRIMONIO**

**THE EPISTEMOLOGICAL PROBLEM OF THE LEGAL NATURE: A PSEUDO-  
PROBLEM AMONG JURISTS. A LOGICAL-LINGUISTIC ANALYSIS OF THE  
CONTROVERSY AROUND MARRIAGE**

Hugo José Francisco Velázquez\*

Universidad Nacional de Tucumán- CONICET

**Resumen:** Constituye un lugar común dentro de la ciencia jurídica –especialmente en la dogmática jurídica– la práctica metodológica de intentar determinar la naturaleza de las instituciones jurídicas. Actualmente, los juristas de todas las ramas del derecho siguen empeñados en descubrir y discutir acerca de las naturalezas jurídicas de los contratos, las sociedades anónimas, los honorarios, etc. Sin embargo, ellos no han resuelto qué debe entenderse por “naturaleza jurídica”, ni han logrado ponerse de acuerdo sobre cuál ha de ser el método para determinarla. Menos aún, se han preguntado sobre si dichas pretensiones son alcanzables o útiles. El objetivo del presente escrito será revelar que tal pretensión metodológica y los debates suscitados en torno a ella constituyen, en realidad, pseudo-disputas entre juristas, es decir, discusiones inauténticas y aparentes que no merecen la pena plantearse y que se encuentran motivadas, principalmente, en enredos o malentendidos lógico-lingüísticos. Para mostrar nuestro punto de vista, se analizará el caso paradigmático de las disputas en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio, cuyas conclusiones podrán ser extendidas al resto de los institutos jurídicos. Por último, este trabajo adopta una metodología cualitativa, basada en la teorización y reflexión crítica a partir del análisis bibliográfico o documental.

**Palabras clave:** naturaleza jurídica, metodología, problemas, análisis lógico-lingüístico, matrimonio.

**Abstract:** In legal science, especially in legal dogmatics, the methodological practice of trying to determine the nature of legal institutions constitutes a commonplace. At the present day,

---

\* hugovelazq@hotmail.com

jurists from all branches of law are still committed to discover and discuss the legal nature of contracts, corporations, professional fees, etc. However, they have not resolved what should be understood by “legal nature”, neither they have been able to agree on the method to determine it. Even less, they have questioned whether such claims are achievable or useful. This paper aims to reveal that such a methodological claim and the debates raised around it constitute, truly, pseudo-disputes between jurists, that is, inauthentic and apparent discussions that are not worth considering and that are motivated, mainly, in logical-linguistic entanglements or misunderstandings. To show our point of view, we will analyze the paradigmatic case of the dispute over the legal nature of marriage, whose conclusions could be extended to the rest of the legal institutes. Finally, this paper adopts a qualitative methodology, based on critical theorizing and reflection from bibliographic or documentary analysis.

Keywords: legal nature, methodology, problems, logical-linguistic analysis, marriage.

### *1. Introducción*

Desde antaño los juristas<sup>1</sup> han discutido –y discuten– sobre el concepto y las implicancias significativas de casi todos los institutos jurídicos que integran el derecho. Uno de los métodos predilectos para abordar el estudio de una institución jurídica ha sido –y sigue siendo– la búsqueda de su particular naturaleza jurídica. Apelando a la letra de la ley, a la jurisprudencia, a la historia, a las costumbres del pueblo o al derecho comparado e, incluso, a los principios generales del derecho, los juristas de casi todas las ramas del derecho han pretendido determinar o, mejor dicho, “descubrir” la naturaleza de las fundaciones, las letras de cambio, los contratos y la filiación, entre muchas otras. Esta situación no sólo se torna patente cuando consultamos canónicos tratados de cualquier disciplina jurídica, sino también al revisar las publicaciones científicas más actuales. Sin ir más lejos, sólo en los últimos tres años podemos ver en distintos portales académicos cómo los juristas discuten y bosquejan sus propias posturas sobre la naturaleza jurídica de la cláusula de renegociación en la concesión de las obras de infraestructura vial (Blanco Albarado & Cabrera Pinzón, 2022), de

---

<sup>1</sup> Huelga advertir que con la expresión “juristas” no aludimos a todos los operadores jurídicos, sino solamente a aquellos que se ocupan de estudiar las normas jurídicas a fin de sistematizarlas con miras a que el resto de los operadores jurídicos, especialmente legisladores y jueces, puedan cumplir sus funciones de manera más adecuada y eficiente. También resultará oportuno incluir bajo la denominación de juristas a los filósofos del derecho y a los cultores del derecho político (Portela, 2002, 223).



los contratos sobre sucesión futura (Ballón Corrales, 2022), de los Smart Contracts (Viedma Carrasco, 2022), del consorcio (Cabrera Gaibor, 2020), de las etapas del concurso (Alarcón, 2020), de la figura del notario público (Chávez Muirragui, 2020), del requerimiento en el delito de apropiación ilícita (Zelada Sangay, 2020), de los arbitrajes en competiciones deportivas (Rijo Muñoz, 2020) e, incluso, de las criptomonedas (Sedeño López, 2020). Así cabe observar que, aún hoy, uno de los desiderátums presentes en la ciencia jurídica sigue siendo que los juristas al enfrentarse con un concepto particular perteneciente a la rama del derecho que cultivan deben adoptar y justificar un posicionamiento respecto del peliagudo problema de la naturaleza jurídica.

Con todo, cabría preguntar a qué se debe tal modo particular de proceder, es decir, en virtud de qué menester teórico o práctico se hace imprescindible, en las investigaciones de los juristas, la indagación sobre una tópica tan abstracta y espinosa como lo es la de la naturaleza jurídica. En una palabra: ¿por qué al abordar un problema jurídico los autores se empeñan tanto en averiguar la naturaleza de cuanta institución legal cae bajo su campo disciplinario? Pareciera ser que tal fenómeno responde exclusivamente a una tradición inveterada que logró producir en los juristas la internalización, a modo de *habitus* irreflexivo, de la práctica investigativa de arrojarse a la pesquisa de las naturalezas jurídicas. Solamente así cabe explicar que se hayan destinado –y se sigan destinando– constantes y titánicos esfuerzos al estudio de esta difusa y etérea cuestión.

Ahora bien, respecto a ella caben señalar dos problemas de fundamental importancia que suelen ser ignorados por los estudiosos del derecho, especialmente por aquellos que se dedican a la dogmática jurídica: 1. Si bien los juristas se abocan afanosamente a la determinación de la naturaleza jurídica de las instituciones pertenecientes al Derecho, no han resuelto previamente qué debe entenderse por *naturaleza jurídica* ni cuál ha de ser el modo en que ésta pueda ser adecuadamente determinada (Estévez, 1956, 159-160). En otros términos, no han establecido qué significa la expresión “naturaleza jurídica”, ni las formas en que tal significado pueda delimitarse. 2. Otro problema, quizás más grave que el anterior, consiste en determinar si tales esfuerzos no están condenados de antemano al fracaso, pues, lo que se pretende con ellos es fatalmente imposible e inútil “porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe” (Carrió, 1961, 7). En otras palabras, este segundo problema radica en averiguar si la cuestión de la naturaleza jurídica no es, más bien, un pseudo-problema que

lejos de hallar una resolución definitiva puede disolverse mediante el análisis lógico-lingüístico.

El objeto del presente trabajo será intentar mostrar que tal pretensión metodológica es, en realidad, un pseudo-problema jurídico y que los debates suscitados en torno a ella constituyen, por tanto, pseudo-disputas entre juristas, es decir, discusiones inauténticas y aparentes que no merecen la pena plantearse y que se encuentran motivadas, principalmente, en enredos o malentendidos lógico-lingüísticos.

A fin de lograr tal cometido, será menester, en primer lugar, examinar los diversos significados que los juristas han asignado a la expresión “naturaleza jurídica”, para luego tratar de ubicarlos dentro del cuadro más general de los tipos de investigación y enfoques metodológicos aplicados en la ciencia jurídica actual. La finalidad de tales indagaciones será mostrar que no hay claridad conceptual ni metodológica con respecto a esta práctica propia de la doctrina. En un segundo momento, se intentará demostrar que los debates relativos al problema de la naturaleza jurídica ignoran ciertas consideraciones básicas en torno al lenguaje que las convierten en pseudo-disputas entre juristas. Finalmente, tomando como marco teórico los aportes más generales de la filosofía del lenguaje, las propuestas lógico-analíticas de Ross (1976) y Bulygin (1961) junto con los modelos conceptuales de pseudo-disputas jurídicas esbozados por el iusfilósofo argentino Genaro Carrió (2006), se analizará, como ejemplo ilustrativo de nuestro planteo, el caso paradigmático de las disputas en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio, temática propia del derecho de familia que cobró vigencia en Argentina no sólo con la sanción de la ley 26.618 (Ley de Matrimonio Igualitario) sino, también, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial Argentino (ley 26.994) que recepta tales lineamientos normativos.

## *2. Sobre la expresión “naturaleza jurídica”*

El primer paso en nuestra tarea de esclarecimiento respecto a la pretensión sistemática de la doctrina por “descubrir” las misteriosas naturalezas de las instituciones pertenecientes al Derecho, será examinar los distintos sentidos que asumen conjuntamente los términos “naturaleza jurídica” a partir de las diferentes actitudes que adoptan los juristas respecto a este problema. En una palabra, se intentará responder al siguiente interrogante: “¿Qué suelen entender los autores bajo la designación común de ‘naturaleza jurídica’? (Estévez, 1956,

160). La importancia de dar una respuesta a esta cuestión estriba –como se dijo *ut supra*– en que, si bien los juristas están permanentemente abocados a intentar demostrar la naturaleza de una infinidad de instituciones jurídicas, la mayoría –por no decir todos– no han resuelto previamente y con claridad suficiente qué entienden por dicha expresión ni la forma adecuada para determinar su significado.

Siguiendo a Estévez (1956), creo que la expresión “naturaleza jurídica” puede asumir, al menos, cuatro significados teniendo en cuenta el uso habitual que de ella hacen los juristas:

1. Naturaleza jurídica como *esencia*: el sector mayoritario de la doctrina sostiene la identificación entre las expresiones “naturaleza” y “esencia”. Para tales autores entre ambos términos opera una relación de sinonimia, relación que fue exportada del campo de la filosofía al ámbito jurídico. Justamente, el origen de dicha identificación puede rastrearse en la tradición medieval Escolástica y en la moderna escuela del Derecho Natural. Aquí “esencia” significa aquello que hace que una cosa sea lo que es y no otra cosa. Es el ser real de algo haciendo abstracción de las condiciones de existencia concreta expresado en una definición real. En este sentido, la naturaleza en tanto que esencia debe entenderse como el constituyente primordial de una entidad que contiene todas sus posibles perfecciones y que permite diferenciar dicha entidad de todas las demás, siendo que tal característica primordial distintiva es expresable en la definición de la cosa.

2. Naturaleza jurídica como *estructura*: para otro sector de la doctrina el término “naturaleza” es sinónimo de “estructura”. Como bien señala Estévez (1956) “decir naturaleza jurídica o decir configuración jurídica es, poco más o menos, lo mismo” (p. 166). Si bien los autores no son del todo claros y distintos al precisar el significado de la voz “estructura”, podríamos decir que este término alude al perfil o modo de organización de una cierta institución jurídica determinado por las normas del sistema jurídico que regulan dicha institución apoyándose para ello en los elementos que la realidad suministra. Así, la naturaleza jurídica de una institución importa la reproducción de la forma en que el derecho configura la misma partiendo de una realidad dada de antemano.

3. Naturaleza como *categoría* o *tipo*: otro grupo de autores equipara el término “naturaleza” a las expresiones “categoría” y “tipo”, las cuales son, a su vez, asimiladas al concepto de género. Habitualmente, este último concepto puede entenderse como la clase que posee

mayor extensión, pero a la vez menor intensidad que otras clases denominadas especies. Como cabe observar, el concepto de género –desde un punto de vista lógico– siempre será relativo al concepto de especie. En un sentido más ontológico podría decirse que el género es una característica esencial imputable a una multiplicidad de objetos que presentan otras diferencias entre sí (Ferrater Mora, 1971, 750). Más concretamente, debemos señalar que cuando los juristas hablan de categorías o tipos jurídicos se están refiriendo al *género próximo*, o bien, al *género supremo* (Estévez, 1956, 166). El género próximo es la clase más inmediata, directa y cercana en la que está incluido el objeto o concepto al que se hace referencia y constituye aquel componente que junto con la diferencia específica conforman la definición de alguna cosa en sentido clásico (Ferrater Mora, 1971, 412). Por su parte, se denomina género supremo a las clases generalísimas que sirven para definir a otros géneros, no siendo ellos mismos especies de ningún género a su vez. Tales géneros equivalen a nociones primordiales e irreductibles (Ferrater Mora, 1971, 750). En suma, para esta parte de la doctrina la naturaleza jurídica de una institución implica una idea o principio rector general (género, categoría o tipo) de la que tal institución concreta es una aplicación y desenvolvimiento y cuya reglamentación legal consiste exclusivamente en los corolarios que se infieren de tal principio.

4. Naturaleza como *forma de valor*: para quienes identifican la naturaleza de una institución jurídica con una forma de valor, ésta no consiste en la esencia inherente a la regulación normativa, ni en el género próximo que formaría parte de tal esencia, sino en la razón trascendental, es decir, “en las formas puras de valor de donde proviene y a la que se reduce” (Estévez, 1956, 178) dicha institución. Para dar con la naturaleza jurídica de una institución hay que apelar a ciertos valores jurídicos primitivos asentados en la propia experiencia jurídica a la cual la misma institución refiere. Así, la naturaleza jurídica de una institución constituye “una implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitivo” (Estévez, 1956, 179). Para estos autores no todos los institutos jurídicos tienen una naturaleza propia, sino que muchos de ellos solamente son meros *nomen iuris*, es decir, son simples nombres jurídicos que únicamente remiten a ciertas normas agrupadas bajo tales signos lingüísticos. Las auténticas instituciones jurídicas son las que poseen una naturaleza asentada en cierta forma de valor básica del derecho, de ahí que tales instituciones sean irreductibles y necesarias en todo ordenamiento jurídico. A fin de identificar las instituciones irreductibles

del derecho estos autores plantean que, en primer lugar, es necesario suponer la inexistencia de los preceptos legales relativos a la institución bajo análisis. En segundo lugar, deberán examinarse las consecuencias de tal suposición en el derecho. Si analíticamente no se percibe ningún cambio en la experiencia jurídica quiere decir que dicha institución es un mero *nomen iuris* cuya existencia se explica a partir de otros institutos jurídicos más básicos.

### *3. Un intento de ubicación metodológica del problema*

Habiendo expuesto con cierto detalle algunos de los más importantes núcleos significativos de la expresión “naturaleza jurídica” deberemos ubicar cada uno de ellos dentro de una tipología más general de las investigaciones jurídicas. Básicamente intentaremos determinar con qué tipo de investigación o enfoque metodológico comúnmente se vincula la persistente práctica doctrinaria de buscar naturalezas jurídicas teniendo en cuenta cada uno de los significados analizados a fin de ver si resulta posible –de esta forma– es clarecer y precisar su significado o, al menos, decidimos por uno de ellos.

Para ello, tomaré como punto de partida la circunstancia de que el derecho constituye un fenómeno complejo, puesto que, no sólo se trata de un sistema medianamente coherente de normas coactivas producto de seres humanos insertos en un contexto histórico determinado, sino también de una práctica socio-institucional omnipresente en toda comunidad humana y que regulando casi todos sus aspectos busca la realización de ciertos valores morales (Atienza, 2000, 5-35; Díaz, 1998, 30-35). Siendo esto así, es posible distinguir al menos tres dimensiones bajo las cuales el derecho puede ser considerado<sup>2</sup>, a saber: 1. Dimensión normativa: aquí el derecho es visto desde un enfoque estructural, pues, se lo concibe como un conjunto consistente y completo de normas (enunciados prescriptivos) que regulan el uso de la fuerza. Lo que importa es la estructura del derecho, esto es, los componentes básicos (las normas), sus relaciones y su orden (sistema). Una cuestión de vital importancia en esta perspectiva será la de la validez. 2. Dimensión social: desde esta perspectiva el derecho es considerado como comportamiento humano o, mejor dicho, como realidad social. En efecto, las normas no sólo regulan, sino que expresan segmentos de relaciones humanas

---

<sup>2</sup> También podría considerarse al fenómeno jurídico desde los cinco planos que propone Vigo (2015), a saber: 1. El plano fáctico. 2. El plano lingüístico. 3. El plano lógico. 4. El plano regulatorio. 5. El plano axiológico. Pero consideramos que la propuesta de Vigo resulta más apropiada para el análisis de sentencias que para el examen del derecho en su conjunto o de la naturaleza de los institutos jurídicos en general.

pertenecientes a diversos planos de la sociedad. Aquí el derecho es visto como la expresión de prácticas, condiciones y problemáticas sociales. En este enfoque las preguntas fundamentales tienen que ver con los fines sociales que el derecho pretende alcanzar, los efectos concretos que produce, para qué sirve y cómo puede transformarse. Claramente, el aspecto prioritario ya no es la validez sino la eficacia (instrumental y simbólica) del derecho.

3. Dimensión valorativa: tal dimensión surge de considerar al derecho como un sistema de preceptos que realizan o, al menos, buscan realizar ciertos valores morales que representan un ideal de justicia. En una palabra, el derecho en su idea de *deber ser* supone un plexo valorativo que posibilita no sólo estimar axiológicamente las relaciones humanas que él regula, sino también el sistema normativo mismo, por ello, la pregunta fundamental aquí sería la de los requisitos del derecho justo. Esta perspectiva confronta al derecho que es con el derecho que debe ser. El aspecto prioritario no será ya la validez ni la eficacia sino la justicia (Atienza, 2012, 263-264; Villabella Armengol, 2015, 923). En un sentido semejante, para Bobbio (2007, 20-22) las normas jurídicas también presentan esta triple dimensión, lo cual, se pone de manifiesto en que ellas pueden ser consideradas tanto desde un enfoque estructural meramente normativo en donde se analiza la estructura interna de la norma y su validez, como desde un enfoque valorativo donde se evalúan las normas de acuerdo a un determinado sistema de valores considerado justo, o bien, desde un enfoque sociológico bajo el cual las normas son consideradas respecto a su obediencia y aplicación, esto es, a la luz de su eficacia. Por último, parece aconsejable –como sugieren otros autores (Witker, 1995, 2-4; Pérez Luño, 2002, 17; Tantaleán Odar, 2016, 2)– señalar que, a la par de los aspectos normativo, social y valorativo, el derecho también puede ser considerado como un hecho histórico, es decir, cabe analizarlo desde una perspectiva histórico-evolutiva, por ello, será preciso también hablar de una dimensión temporal o histórica del derecho.

Partiendo de estas consideraciones y haciendo *epojé* tanto de las polémicas sobre la posibilidad misma de una ciencia jurídica<sup>3</sup> como de las que versan sobre los distintos modos

---

<sup>3</sup> Como bien señala Portela, no todos los juristas sostienen una idéntica actitud respecto de la posibilidad que el derecho pueda ser considerado objeto de estudio de una ciencia específica e, incluso, aquellos que admiten tal posibilidad no se ponen de acuerdo sobre su objeto, carácter, método o finalidad. Así, hay quienes sostienen que no es factible una ciencia del derecho, puesto que no hay ciencia de lo particular, ni fuera de la aplicación del método experimental. Otros, si bien admiten que pueda hablarse válidamente de ciencia jurídica, disienten en el modo de concebirla (descriptiva, lógica, valorativa, normativa o interpretativa). Finalmente, existe un tercer grupo de autores que ostentan una posición intermedia planteando que el estudio del derecho es, en

de concebirla, podríamos definir –en un sentido laxo– a la ciencia jurídica como el estudio sistemático, riguroso y metódico del fenómeno jurídico en toda su complejidad. Si esto nos resulta admisible, entonces podremos distinguir al menos cuatro áreas de investigación en la ciencia jurídica (Tantaleán Odar, 2016, 3; Villabella Armengol, 2015, 924), a saber:

1. Investigación dogmático-jurídica: importa el estudio formal y exegetico de la estructura del derecho objetivo (las normas y el ordenamiento jurídico), haciendo hincapié en su validez. Este tipo de investigaciones se interesan por el análisis de las fuentes formales del derecho a fin de efectuar una reconstrucción de las instituciones jurídicas. Se trata, en suma, de un estudio teórico, formal y abstracto de las instituciones jurídicas consistente en describirlas, explicarlas e, incluso, criticarlas, pero sin verificar su facticidad concreta (Tantaleán Odar, 2016, 3-9).

2. Investigación sociológico-jurídica: debido a que concibe al derecho como un hecho social, este tipo de investigación se encarga no solamente del estudio de las problemáticas sociales con incidencia para el derecho, sino también de la funcionalidad del derecho positivo en la realidad social. En esta área se buscan realizar análisis empíricos sobre el efectivo cumplimiento y aplicación del derecho válido, esto es, realizar estudios referidos al derecho socialmente eficaz (Tantaleán Odar, 2016, 10-19).

3. Investigación iusfilosófica: mal llamada axiológica jurídica en referencia al enfoque valorativo del derecho que propone el tridimensionalismo, la investigación iusfilosófica resulta bastante más amplia que su reducción al estudio de las teorías de la justicia y del sistema axiológico que subyace al derecho vigente. Como es sabido, las investigaciones iusfilosóficas se orientan en múltiples direcciones, de las cuales cabe destacar las siguientes (Tantaleán Odar, 2016, 21-26):

a. Ética y deontología jurídica: se trata del estudio de las normas ético-legales que se aplican al ejercicio profesional de los operadores jurídicos (legisladores, abogados, jueces y juristas).

b. Epistemología jurídica: supone todas las investigaciones referidas a las problemáticas vinculadas con el conocimiento, la ciencia y la metodología del estudio del derecho.

---

realidad, una mera técnica social cuya finalidad consiste en ayudar a resolver conflictos sociales (Portela, 2002, 221-238).

c. Ontología jurídica: en esta sub-área de investigación pueden ubicarse todos los estudios relativos a determinar qué es el derecho (concepciones del derecho), cuáles son los conceptos jurídicos fundamentales, cuál es la esencia de las instituciones jurídicas y sus rasgos distintivos, entra otras.

d. Semiótica jurídica: aquí se estudia el lenguaje empleado por el derecho desde sus diferentes perspectivas: sintaxis, semántica y pragmática (Portela, 2002, 46).

e. Lógica jurídica: no sólo se trata del estudio de los razonamientos tanto formales como informales empleados en el derecho sino también de los problemas lógicos y meta-lógicos concernientes a los sistemas jurídicos (Velázquez, 2021, 464-467).

4. Investigación histórico-jurídica: con este tipo de investigaciones nos adentramos al campo de la Historia del derecho, es decir, el estudio de los ordenamientos e instituciones jurídicas en su desenvolvimiento temporal. Aquí se busca hacer una reconstrucción de la evolución histórica de ciertos institutos jurídicos (Tantaleán Odar, 2016, 27-29).

Ahora bien, llegado a este punto cabría preguntar con qué tipo de investigación o enfoque metodológico está vinculada la práctica de buscar naturalezas jurídicas. Será menester, entonces, intentar ubicar cada uno de los significados que puede asumir la expresión “naturaleza jurídica” dentro de la tipología de investigaciones expuesta. Con respecto al primer sentido, es decir, naturaleza jurídica entendida como esencia de una institución, resulta fácil advertir que debe ubicarse dentro de las investigaciones iusfilosóficas, más concretamente, en el subconjunto de las investigaciones específicamente orientadas en dirección hacia la ontología jurídica, pues, de lo que se trata es de averiguar cuál es el ser de una determinada institución, esto es, la naturaleza esencial que hace que tal institución sea la que es distinguiéndose de las demás. En referencia al segundo núcleo significativo de la expresión en cuestión, pensamos que podría incluirse principalmente dentro de las investigaciones de tipo dogmático, ya que, lo que se pretende es determinar la estructura o modo de organización de una determinada institución jurídica partiendo de las normas del ordenamiento jurídico positivo. También podrían hallarse, aunque de modo tangencial, ciertos nexos con las investigaciones en lógica jurídica y con las investigaciones sociológico-jurídicas. Con las primeras puesto que existe un evidente interés por la estructura de las instituciones, la cual, podría ser considerada desde un punto de vista lógico; y con las



segundas por su remisión a la realidad o experiencia jurídica, pues, en efecto, en la determinación de la estructura de las instituciones no sólo se tendrá en cuenta la normativa válida sino también la realidad empírica en la que se apoya tal normativa. Por su parte, el tercer sentido asumido por la expresión “naturaleza jurídica”, esto es, considerar el término “naturaleza” como categoría, tipo o género jurídico, debe ubicarse también dentro de las investigaciones iusfilosóficas, pues, las categorías, géneros o tipos jurídicos en que la naturaleza de una institución consiste, suponen una idea o principio rector previo de carácter general del que la institución legal con toda su normativa es una mera manifestación o aplicación concreta. Ahora bien, si lo que pretendemos es determinar su ubicación atendiendo las distintas ramas de la investigación iusfilosófica, cabe indicarse que este tercer sentido oscila entre las investigaciones pertenecientes a la ontología jurídica y las investigaciones vinculadas con la axiología jurídica. Así, podría ubicarse en el ámbito de la ontología jurídica, pues, las categorías, tipos o géneros jurídicos suponen un principio rector general que, precisamente, delimita en gran medida lo que una cierta institución es, en otras palabras, determina el ser de la institución jurídica, asunto que es propio de la ontología jurídica. Por otra parte, también podría vincularse al ámbito de la axiología jurídica, pues, como es sabido, los *principios* en sentido estricto constituyen exigencias morales que establecen ciertos derechos (Atienza, 2012, 84) y estando fundada la naturaleza jurídica de una institución en un cierto principio rector, resulta que se halla vinculada con el ámbito de la axiología. Finalmente, al considerar la naturaleza jurídica como forma de valor (cuarto núcleo de sentido) cabe afirmar que tal sentido también se vincula con las investigaciones iusfilosóficas, especialmente, con la axiología jurídica. La razón de ello estriba en que la naturaleza de una institución descansa en ciertos valores jurídicos primitivos extraídos de la experiencia jurídica.

#### *4. Algunas precisiones en torno al lenguaje*

Luego de este copioso análisis sobre los diversos significados de la expresión “naturaleza jurídica” y su vinculación con diferentes enfoques investigativos presentes en la ciencia del derecho, pensamos que la cuestión, lejos de aclararse, se ha complicado fútilmente. La indagación sobre los diferentes sentidos asumidos por la expresión en cuestión únicamente

nos ha mostrado que los juristas lejos de precisar y aclarar el significado de lo que entienden por naturaleza jurídica, sustituyen esta expresión por otras igualmente vagas y ambiguas que sólo llevan a enturbiar aún más el problema. En efecto, plantear que “naturaleza jurídica” remite a obscuras nociones de carácter metafísico como las de esencia, ser real, característica primordial, género supremo, categoría jurídica, forma de valor, valor jurídico primitivo o razón trascendental, no supone la descripción precisa del significado de un término, sino simplemente el reemplazo de una borrosa y polisémica metáfora por otra. Si bien cada uno es dueño de establecer todas las equivalencias que quiera, no debemos olvidar que se tratan de meros símbolos lingüísticos, los cuales no se esclarecen con otras simbolizaciones análogas sino, por el contrario, remitiéndolos a conceptos claros y precisos con cierto contenido empírico y con los que ya estemos familiarizados. Ante esta situación, alguien podría objetar que si bien los conceptos de esencia, categoría o forma de valor tienen un claro sesgo metafísico que los hace pasibles tanto de ambigüedad como de vaguedad, esto no sucedería con la noción de estructura jurídica, pues, la misma –argüiría– alude a la configuración que la propia ley positiva otorga a una determinada institución. Sin embargo, caben destacar dos problemas con esta objeción. En primer lugar, los autores que emplean la expresión “naturaleza jurídica” para referirse a la estructura normativa de una institución, en realidad, admiten –además– que dicha estructura se basa en elementos de una realidad previa y necesaria, aludiendo al aspecto ontológico de la institución más allá de su mera configuración legal. En otros términos, la configuración legal positiva en que consiste la naturaleza jurídica de una institución es tal siempre que sea una manifestación de una realidad jurídica previa ontológicamente superior y permanente. En segundo lugar, decir que la naturaleza jurídica equivale a la estructura legal positiva y, por tanto, contingente de una institución determinada perteneciente a un sistema jurídico particular, no sólo estaría modificando el significado en que tales autores usan la expresión “naturaleza jurídica” sino que, también, la convertiría en una mera trivialidad lingüística sin sentido alguno, inclusive para dichos autores, pues, como bien remarca Estévez (1956) “repetir estas normas, a título de exteriorizar su esencia, no tendría objeto” (p. 166). En efecto, identificar a la naturaleza jurídica con la mera reiteración de las normas que regulan una institución carece de todo interés.

Tampoco la ubicuidad o vinculación con los diversos tipos de investigación ha ayudado a esclarecer y precisar la cuestión. Antes bien, sólo ha permitido corroborar algo que todo operador jurídico con cierta cultura disciplinar puede intuir, a saber: que la persistencia metodológica de intentar *descubrir* naturalezas jurídicas está principalmente vinculada a las investigaciones iusfilosóficas y, en segundo término, a las investigaciones de tipo dogmático en las que tal pretensión importa una extensión de una actitud filosófica tradicional sobre el terreno del análisis sistemático del fenómeno jurídico. Más aún, la vinculación no ha sido inequívoca, pues, dependiendo del significado que asuma la expresión “naturaleza jurídica”, la pretensión de su búsqueda será asociada con la dogmática jurídica, o bien, con los estudios iusfilosóficos los cuales oscilan, a su vez, entre la ontología jurídica y la axiología jurídica. Incluso un mismo sentido puede ser vinculado con varios tipos de investigación, por ejemplo, al interpretar “naturaleza jurídica” en un sentido estructural vimos que puede relacionarse tanto con la dogmática jurídica como también con la lógica jurídica y con la sociología jurídica. La misma alusión que tal sentido hace a la realidad jurídica (o a la experiencia jurídica), dependiendo de cómo se interprete ésta, podría remitirnos tanto a la ontología jurídica como a la sociología jurídica o, por qué no, a la historia del derecho, si entendemos por realidad jurídica su realidad temporal-evolutiva. En suma, la vinculación de los significados de la expresión con una tipología de investigaciones jurídicas lejos de ayudar a esclarecer el problema, lo ha tornado más confuso.

En realidad, el verdadero problema consiste en que lo que se pretende buscar no existe. Las discusiones doctrinarias en torno a la naturaleza jurídica de las instituciones que conforman el derecho solamente son disputas aparentes o inauténticas que no versan sobre un objeto real, sino que se originan en descuidos y malentendidos lingüísticos. El desconocimiento respecto al real funcionamiento del lenguaje es lo que ha originado, en primer lugar, tales malentendidos y descuidos. En este sentido, Carrió (2006) afirma enfáticamente que:

La relación que existe entre aquellos desacuerdos y los problemas del lenguaje es muy grande; mucho más de lo que de ordinario advertimos. Hasta se podría decir, sin pecar de exageración, que la mayor parte de las agudas controversias que, sin mayor beneficio, agitan el campo de la teoría jurídica, deben su origen a ciertas peculiaridades del lenguaje y a nuestra general falta de sensibilidad hacia ellas. (p. 91)

Ahora bien, podríamos decir que estos malentendidos y descuidos lingüísticos –que dan lugar a una discusión aparente e indisoluble sobre la naturaleza de las instituciones jurídicas– giran en torno a la falta de comprensión o desconocimiento acerca de las propiedades y funciones del lenguaje, del significado de las expresiones lingüísticas y de las características de las definiciones. Siguiendo a Carrió (2006, 91-95) pensamos que, al entablar una discusión en torno a la naturaleza jurídica de una institución, los juristas, puntualmente pasan por alto las siguientes consideraciones:

a. Que todo lenguaje, incluso el lenguaje natural, importa un sistema de signos o símbolos de carácter convencional; de modo que la relación entre las expresiones lingüísticas y la referencia (objetos, circunstancias, hechos, sucesos o procesos) respecto de la cual aquellas realizan una determinada función (describir, prescribir, declarar, expresar, comprometer, etc.) no es necesaria, sino que descansa en una convención social que establece sus reglas de uso.

b. Que el significado de toda expresión lingüística consiste meramente en el uso que se le da según el contexto. Como cabe observar, esta consideración es un corolario del carácter convencional del lenguaje. Las reglas de uso de un término o de una expresión lingüística, es decir, aquellas que señalan las condiciones para una correcta aplicación de la misma descansan en una convención o estipulación que puede ser explícita y al efecto (*ad hoc*), como sucede en los lenguajes formales, o bien, implícita y general, como sucede con el lenguaje corriente. Por tanto, resulta vana la pretensión de intentar descubrir significados “verdaderos”, “intrínsecos” o “reales”, pues, los significados no existen al margen de las estipulaciones del usuario o de las convenciones de la comunidad lingüística, las cuales, dependen a su vez del contexto<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Que el significado de una expresión lingüística sea su uso, el cual, se encuentra sujeto a reglas y depende del contexto de enunciación, fue puesto de relieve por el 2º Wittgenstein a través de la noción de *juegos del lenguaje*. Recuérdese la metáfora de la caja de herramientas o la de la cabina de la locomotora en donde el autor austríaco muestra que las palabras, aunque parecidas, cumplen múltiples funciones y, justamente, su significado se define por su uso. Por otra parte, Wittgenstein plantea que no existe una propiedad común, una esencia detrás de las expresiones lingüísticas, de ahí que vincule el concepto de juegos del lenguaje con el de *aires de familia*. De este modo, la pregunta filosófica “¿en qué consiste el significado de una expresión lingüística?” debe reemplazarse por otra más adecuada, a saber: “¿cómo se usan las expresiones lingüísticas?” (Wittgenstein, 2014, 27,57,77 y 79; Acero et al., 1985, 197-200; González Lagier, 2013, 83-84).

c. Que el lenguaje tiene múltiples funciones o usos, más allá de aquella consistente en dar cuenta de la realidad. En efecto, las proposiciones lingüísticas no solamente se emplean para describir o representar el mundo, éste es sólo un uso del lenguaje entre muchos otros. Este hecho ya fue señalado por el Wittgenstein (2014) de las *Investigaciones filosóficas* al introducir la noción de *juegos del lenguaje*. Así, nos decía que con el lenguaje no solamente se puede aseverar –como se pensó tradicionalmente– sino que es posible traducir, insultar, dar órdenes, bromear, suplicar, agradecer, saludar, rezar, entre otras innumerables posibilidades (Acero et al., 1985, 201; González Lagier, 2013, 83). Pensar que el lenguaje se emplea exclusiva o principalmente para representar o constatar ciertos hechos del mundo importa lo que Austin (2008) llamó *falacia descriptiva*.

d. Que no todas las definiciones que se intentan son definiciones reales. En efecto, cabe destacar que existen, al menos, tres tipos de definiciones, a saber: 1. *Definiciones léxicas*: aquellas que pretenden explicitar y describir las reglas de uso vigentes de un término o expresión en una comunidad lingüística en particular. 2. *Definiciones estipulativas*: aquellas en las que, con miras a un particular fin, se conviene fijar el significado de una expresión a través de una decisión lingüística, ya sea precisando el campo de aplicación de un término vago, o escogiendo uno de los posibles significados de una expresión ambigua, o bien, proponiendo un neologismo en reemplazo de una descripción. 3. *Definiciones reales*: aquellas que pretenden señalar las características definitorias de una entidad determinada. Como cabe observar, los dos primeros tipos son definiciones verbales o de palabra, pues, pretenden indicar respecto a una determinada expresión lingüística sus reglas de uso, vigentes o propuestas; mientras que en el último tipo no se pretende definir una palabra sino la cosa misma (Carrió, 2006, 92-93; Guibourg et al, 1984, 73-84).

e. Que no es legítimo hablar de definiciones reales a riesgo de incurrir en graves confusiones y equívocos. En efecto, la mayoría de los juristas que recurren al concepto de naturaleza jurídica apelan a definiciones de tipo real pretendiendo descubrir el significado intrínseco de una expresión, o bien, describir la característica esencial o la auténtica naturaleza de la entidad que el término lingüístico designa. Así, las denominadas definiciones reales importan una concepción esencialista en la medida que rechazan la idea de que las características definitorias suponen meras decisiones lingüísticas según ciertos fines de clasificación, mientras que admiten la idea de que las cosas poseen una esencia real y cognoscible que las

caracteriza. Ahora bien, si, por un lado, la esencia se comprende como la realidad intrínseca de una entidad independiente del lenguaje, pero cognoscible por intuición, entonces, la toda definición real devine en una cuestión metafísica incomprobable. Por el contrario, si la esencia se comprende únicamente como el cúmulo de rasgos definitorios de un concepto, entonces, definir una entidad implicaría lo mismo que definir el nombre de la entidad y, por tanto, la distinción será trivial. Así, las definiciones reales aparecen como un callejón sin salida que hay que evitar por todos los medios posibles. En este sentido, concordamos con Guibourg, Ghigliani y Guarinoni cuando afirman que no son las características definitorias las que hacen que una cosa sea lo que es, sino que se trata de simples aspectos que, de encontrarse presentes en un objeto, hacen que los agrupemos bajo un mismo rótulo lingüístico de acuerdo con una clasificación convenida previamente en base a nuestros intereses o necesidades concretas. Por su parte, los denominados accidentes –o características concomitantes– son meramente aquellos aspectos que no consideramos relevantes en nuestra particular clasificación de un cierto grupo de objetos (Guibourg et al., 1984, 72-74). En suma, debemos rechazar los intentos de brindar definiciones reales, pues, las cosas pueden observarse, describirse, pero no definirse, lo que definimos son términos o expresiones lingüísticas. Incluso aun tratándose de definiciones de palabras (lexicales o estipulativas) empleando el lenguaje natural es posible que surjan ciertas dudas sobre los objetos que caen bajo los rótulos o clasificaciones establecidas, por lo que no puede darse una definición que los incluya a todos, mucho menos definirlos en base a un elemento común. Esto ya fue mostrado por Wittgenstein (2014, 79) al indagar sobre el concepto de juego y aplicarlo al lenguaje. En consecuencia, ese elemento común que llamamos esencia no existe respecto al lenguaje, es decir, no hay una única y primordial función que lo distinga y lo abarque, a lo sumo podremos encontrar *aires de familia*, es decir, una compleja red de semejanzas que se superponen y entrecruzan, algunas son particulares, otras generales y que en unos casos aparecen pero en otros desaparecen<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Del mismo modo que los miembros de una familia no se identifican por tener una característica común sino por su pertenencia a una compleja red de parentescos, los diversos juegos del lenguaje tampoco pueden definirse en base a una característica primordial o función esencial, sino en virtud de una compleja red de relaciones que puede entablarse entre ellos. Como bien aclara Hierro Pescador, esto no quiere decir que todos estén relacionados con todos, sino que se relacionan entre sí de múltiples maneras diferentes (Hierro, 1982, 111-115).

f. Finalmente, que el lenguaje natural se encuentra afectado por una serie de particularidades que, tradicionalmente, son concebidas como defectos del lenguaje, tales son: la ambigüedad, la vaguedad, la eventual carga emotiva y su inexorable textura abierta. En efecto, cuando intentamos definir ciertas expresiones lingüísticas empleando el lenguaje natural –sean éstas definiciones lexicales o estipulativas excluyendo, claro está, las definiciones puramente formales– nos topamos con esta serie de escollos que complican nuestras pretensiones de claridad y distinción. A veces las expresiones del lenguaje que intentamos precisar suelen tener una pluralidad de significados (usos) diferentes siendo susceptibles de múltiples interpretaciones, incluso, en ciertas ocasiones contradictorias. Cuando tal es el caso, nos hallamos frente al problema de la ambigüedad del lenguaje. Otro posible escollo tiene lugar cuando la expresión lingüística en cuestión es vaga, pues, ostenta contornos significativos borrosos, es decir, sus reglas de uso no son del todo claras haciendo que existan zonas de penumbra donde surgen dudas acerca de su aplicación a casos concretos. A su vez, cabe decir que toda palabra del lenguaje natural es potencialmente vaga, pues, siempre cabe la posibilidad de imaginar casos concretos –reales o hipotéticos– que harían surgir dudas en torno a su aplicación, de ahí que se diga que toda expresión lingüística perteneciente al lenguaje corriente posee una textura abierta. Finalmente, otra de las dificultades mencionadas estriba en el hecho de que en varias oportunidades nos topamos con términos lingüísticos que, además de su significado descriptivo o cognoscitivo, poseen un significado emotivo consistente en “una disposición permanente para provocar ciertas reacciones anímicas en quienes las oyen o leen” (Carrió, 2006, 93), lo cual, muchas veces es empleado de manera encubierta con la finalidad de persuadir a un auditorio, esto es, se hace un uso persuasivo del lenguaje (Guibourg et al., 1984, 63-68; Portela, 2002, 29-32).

##### *5. Una tipología de pseudo-disputas jurídicas*

A partir de estas consideraciones en torno al lenguaje, Carrió sostiene que gran parte de las discusiones que tienen lugar entre los juristas son, en realidad, debates aparentes o inauténticos que no versan sobre un problema real, sino que se originan por enredos y malentendidos lingüísticos que los tornan insolubles y, por tanto, estériles. Así, elabora una tipología de pseudo-disputas jurídicas que repasaremos brevemente:

a. Pseudo-disputas originadas en equívocos verbales: se trata de todas aquellas disputas en las que se presupone que a cada término o expresión lingüística le corresponde un significado intrínseco que le es propio, esto es, un único significado legítimo. Sin embargo, la mayoría de las palabras claves sobre las que versan tales discusiones poseen, según los usos lingüísticos habituales, más de un significado, es decir, son expresiones ambiguas o polisémicas. De este modo, quien sostiene dicha pretensión asume de suyo una postura esencialista o realista respecto a la relación del lenguaje con la realidad, pues, al concebir que tal vínculo es natural y necesario, presupone consecuentemente la existencia de esencias que posibilitan identificar los rasgos sustanciales del fenómeno en cuestión a fin de atribuirle el rótulo lingüístico correcto. Así, resulta previsible la formulación de preguntas tales como: ¿Qué es X? ¿Cuál es la naturaleza de X? O bien ¿Cuál es la esencia de X? Estos interrogantes inducen un único tipo de respuestas consistentes en la enunciación de las propiedades consideradas definitorias del fenómeno denotado por el término o expresión lingüística en cuestión. Más aún, la misma pregunta “¿Qué es X?” también resulta ambigua, ya que, puede interpretarse como un requerimiento del o los significados de la expresión “X”, o bien, como un requerimiento de los rasgos distintivos del fenómeno u objeto designados por la expresión “X”. Con todo, es posible evitar estos escollos. Para ello, será necesario que quienes polemizan acuerden de modo claro y preciso el significado de la expresión lingüística objeto de debate con carácter previo al abordaje de las características presuntamente poseídas por el fenómeno designado por dicha expresión. De no hacerlo, no se tendrá certeza sobre el sentido en que se está usando la multívoca expresión en cuestión, tornándose estéril la disputa en virtud de un mero equívoco verbal, pues, quienes polemizan podrían –como frecuentemente sucede– asignar distintos significados a la misma. Justamente, esto es lo que sucede cuando los juristas debaten sobre la naturaleza jurídica de una institución perteneciente al derecho, puesto que, al preguntarse qué es X o, de modo más explícito, cuál es la naturaleza jurídica de X –siendo “X” una institución jurídica cualesquiera– presuponen tácitamente que el término “X” posee un sólo significado legítimo que se corresponde con las características esenciales del objeto denotado por tal rótulo verbal, tornándose tales disputas un diálogo de sordos debido a que cada autor entiende una cosa distinta por la expresión considerada (Carrió, 2006, 95-96; Portela, 2002, 40-43; Gómez & Bruera, 1991, 111-112).



b. Pseudo-disputas de hecho en torno a proposiciones analíticas: este tipo aparente de discusiones tienen lugar cuando se intenta refutar (o apoyar) una proposición analítica a partir de argumentaciones de hecho (proposiciones sintéticas), ignorando efectivamente su carácter de tal. La confusión estriba en tomar como juicio de hecho una proposición analítica que no es posible refutar (o apoyar) empíricamente, puesto que es verdadera por definición. En efecto, las proposiciones analíticas son verdaderas por razones sintácticas y, en este sentido, no pueden ser refutadas alegando hechos en contrario, pues, sencillamente aquéllas no constituyen aserciones fácticas que suministren información alguna sobre los objetos o fenómenos de la realidad. Solamente son indicios de la forma en que se emplea una expresión lingüística determinada, es decir, constituyen meras explicitaciones de la definición estipulativa de un término lingüístico (o de una parte de ella). El ejemplo clásico que se ofrece es el de un iusnaturalista que emplea el término “Derecho” en el sentido de “ordenamiento normativo coactivo y justo”, por lo que todo régimen normativo concebido por él deberá entenderse justo, so pena, de no ser considerado Derecho. Así, si con ánimos de refutarlo le mostrásemos algún ejemplo real de ordenamiento jurídico injusto, él nos replicaría que tal régimen normativo no es derecho (no es un ordenamiento jurídico), simplemente porque es injusto. Sin entrar en consideraciones sobre qué deba entenderse por “justo”, huelga señalar que la afirmación de que todo derecho es justo se asemeja internamente a enunciados tautológicos como, por ejemplo, “todos los cisnes blancos son blancos”, semejanza que si bien no se exhibe de manera explícita se hace patente cuando se advierte que nuestro interlocutor iusnaturalista emplea el término “derecho” en el sentido de “ordenamiento normativo coactivo y justo”. Nótese que la confusión se genera porque la afirmación “todo derecho es justo” se asemeja externamente a enunciados fácticos como, por ejemplo, “todo derecho castiga penalmente el robo”. Sin embargo, para refutar este último enunciado basta con indicar algún caso real de ordenamiento jurídico en el que no se castigue el robo, mientras no hay posibilidad de refutar o corroborar fácticamente la oración “todo derecho es justo” porque llanamente no se trata de una afirmación de hecho, sino un mero enunciado producto de haber estipulado que la expresión lingüística “derecho” ha de entenderse (definirse) como ordenamiento normativo coactivo y justo (Carrió, 2006, 97-98; Portela, 2002, 44; Gómez & Bruera, 1991, 113-116). Este tipo de falsas disputas también tienen lugar cuando lo que se debate es la naturaleza de una institución jurídica, porque ésta siempre presupone una

definición estipulativa que pretende hacerse encajar con la realidad. Así, por ejemplo, cuando Ihering plantea que la naturaleza jurídica de la posesión consiste en un derecho, toma como punto de partida su definición de derecho subjetivo (todo interés jurídicamente protegido) y, luego, al ver que la posesión supone la posibilidad de usucapir, la percepción de los frutos y las acciones posesorias para defenderla, considera que importa un interés jurídicamente protegido concluyendo que se trata esencialmente de un derecho y no de un hecho como pretende, por ejemplo, Savigny (Mariani de Vidal, 2004, 132). En suma, para evitar caer en este tipo de polémicas estériles, no hay que intentar refutar o apoyar proposiciones analíticas producto de definiciones estipulativas mediante argumentaciones fácticas sino, más bien, cuestionar la utilidad o conveniencia teórica de dichas definiciones que, en rigor de verdad, dan lugar a enunciados analíticos susceptibles de ser confundidos con enunciados de hecho.

c. Pseudo-disputas sobre clasificaciones: se trata de aquellas discusiones ficticias que surgen como consecuencia de considerar los problemas de clasificación como si fuesen cuestiones de hecho. Así, se piensa que existen clasificaciones verdaderas o falsas según reflejen o no la forma efectiva en que los fenómenos se articulan en el mundo, cuando en realidad solamente constituyen meros instrumentos que contribuyen a organizar mejor la comprensión de nuestro entorno. En consecuencia, cuando se debate en torno a ellas sin comprender su auténtica función instrumental, no se advierte que carece de sentido plantear la existencia de *clasificaciones falsas* que deben ser sustituidas por *clasificaciones verdaderas* que retraten fielmente la naturaleza de las cosas debiendo ser descubiertas por el investigador. Incluso, este modo de pensar esencialista, además de favorecer tales disputas aparentes y estériles, muchas veces lleva a la errónea pretensión de buscar que la realidad se ajuste a las clasificaciones propuestas y no al revés. En suma, de las clasificaciones no resulta posible predicar verdad ni falsedad, antes bien, pueden considerarse más o menos útiles, eficaces o ventajosas según razones de conveniencia científica, didáctica o práctica (Carrió, 2006, 99; Portela, 2002, 44; Gómez & Bruera, 1991, 116-119).

d. Pseudo-disputas sobre la “naturaleza jurídica” de una institución: si bien este tipo de disputa se encuentra íntimamente vinculada con las anteriores, puede decirse que –en sentido estricto– tiene lugar cuando los que polemizan intentan descubrir, por detrás de las normas positivas del sistema, un *elemento esencial* (propiedad central, intrínseca e inmutable) que permita comprender todos los aspectos relevantes acerca de una institución jurídica

determinada. Se pretende que dicho elemento clave, expresado en una fórmula breve y concisa, actúe como un *criterio de justificación último* que permita no sólo explicar y dar solución a los casos típicos que caen bajo un determinado conjunto de normas (casos fáciles), sino también, a aquellos casos que constituyen supuestos marginales no contemplados expresamente por el sistema normativo (casos difíciles). El error fundamental en este tipo de polémicas consiste en creer que cada vez que aparece un cúmulo de normas con una cierta unidad, necesariamente hay por detrás un nombre que designa una clase de entidades *sui generis*, poseedoras de una característica central, intrínseca e inmutable (naturaleza jurídica) de la que es posible deducir todos los principios y cánones tanto explícitos como implícitos relativos al área correspondiente en cuestión. Así, este tipo de disputas presuponen e, incluso, llegan a exaltar los errores contenidos en las anteriores, pues, constituyen un exceso fundado en la pretensión de brindar definiciones reales, o de hallar el verdadero y único significado de ciertos rótulos verbales concebidos como correctos, o bien, de señalar clases naturales de objetos, hechos o relaciones normativamente regulados por el ordenamiento jurídico de tal modo que la institución en cuestión pueda ser subsumida *per se* en ellas en virtud de una propiedad esencial definitoria considerada relevante, esto es, se indica una pertenencia natural de una institución jurídica a una clase o categoría normativamente prevista por el ordenamiento en razón de una propiedad esencial (Carrió, 2006, 100-103; Portela, 2002, 43; Gómez & Bruera, 1991, 119-124).

e. Pseudo-disputas originadas por un desacuerdo valorativo encubierto: se trata de aquellas disputas que se plantean como discusiones en torno a hechos o en torno a definiciones reales, pero, en verdad, subyacen a las mismas un desacuerdo valorativo, esto es, un desacuerdo de actitudes y no de creencias acerca de cómo es la realidad. Así, la disputa se configura a través de definiciones persuasivas o enunciados pseudo-descriptivos, es decir, definiciones o enunciados que tienen la apariencia de ser descriptivos o explicativos, pero en realidad tienen una fuerte carga emotiva que se emplea para suscitar en el interlocutor una cierta adhesión. Recuérdese que las definiciones persuasivas tienen lugar cuando se toma una expresión lingüística que no posee un significado cognitivo preciso, pero sí una fuerte carga emotiva (aprobatoria o desaprobatoria), para luego brindar una definición precisa del significado cognitivo de tal expresión orientando su carga emotiva en la dirección que desee el agente. Básicamente, se modifica (mediante una definición) el significado descriptivo de una

expresión sin cambiar su sentido emotivo a fin de recomendar (o desaprobar) un ideal determinado, o bien, para destacar la relevancia de ciertos aspectos que se consideran indebidamente desatendidos. En el caso de los enunciados pseudo-descriptivos, sucede que el agente otorga una apariencia puramente descriptiva a un enunciado eminentemente valorativo al cual adhiere. En ambos casos parece estarse frente a un desacuerdo sobre hechos (discrepancias en torno a creencias acerca de cómo es el mundo) cuando, en realidad, nos encontramos frente a un desacuerdo valorativo sobre actitudes (discrepancias en torno propósitos, necesidades, intereses, aspiraciones o deseos, es decir, en torno a cómo deberían ser preferidas y buscadas ciertas cosas). Prueba de que se trata de una disputa valorativa es que, aunque haya un íntegro acuerdo sobre los hechos y sobre el sentido descriptivo de las expresiones empleadas, la polémica subsiste. Por ejemplo, en la polémica analizada por Carrió acerca de si los jueces crean o no derecho, puede verse claramente cómo tal disputa no tiene que ver con la descripción de lo que los jueces efectivamente hacen sino, más bien, con promover ciertas actitudes en torno a la importancia y al cometido de la labor judicial en los estados constitucionales de derecho valiéndose de la carga emotiva de los términos “crear” y “derecho”, pues ambos términos importan una actitud de aprobación o reconocimiento. Como bien señala Carrió (2006), “el agregado ‘crear derecho’ tiene el significado emotivo de ‘hacer algo muy importante y digno’, significado emotivo que obviamente no posee ‘dictar sentencias’” (p. 113).

A primera vista y teniendo en cuenta la tipología propuesta por Carrió, parecería ser que el examen de nuestro problema, el de la naturaleza jurídica, queda circunscripto específicamente a las pseudo-disputas sobre la “naturaleza jurídica” de una institución. Sin embargo, pienso que tal problemática resulta bastante más amplia, pudiendo subsumirse también en algunos de los demás tipos de pseudo-disputas analizados, pues, los debates sobre la naturaleza jurídica en general también importan equívocos verbales, confusiones fácticas en torno a proposiciones analíticas o desacuerdos valorativos debido a que, básicamente, emplean definiciones reales, enunciados pseudo-descriptivos, términos con fuerte carga emotiva, presuponen clasificaciones verdaderas y asumen una posición esencialista respecto a la relación entre lenguaje y mundo. A continuación, procederé a mostrar este aspecto a través del análisis de un caso paradigmático, me refiero a la discusión sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

### *6. Un caso paradigmático: la polémica sobre la naturaleza jurídica del matrimonio*

Como es sabido, en el año 2010 en Argentina se discutió y, posteriormente, se sancionó la llamada ley de Matrimonio Igualitario, ley 26.618, que –como su nombre ya lo indica– extendió el derecho a contraer nupcias a todas las personas independientemente del sexo de los contrayentes al estipular en su Art. 2 que basta para la celebración del matrimonio el consentimiento puro y simple de los futuros cónyuges expresado ante autoridad competente, agregando que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Dicha ley modificó, entre otras normas, los Arts. 172 y 188 del por entonces vigente Código Civil Argentino, los cuales fijaban como requisito fundamental para la existencia del matrimonio la diversidad de sexo de los contrayentes, además del consentimiento de los mismos y la intervención del oficial público (Bimbi, 2010; Culaciati, 2015). Esta modificación fue receptada por el nuevo Código Civil y Comercial Argentino (ley 26.994 de 2015), puesto que en su Art. 402 establece que “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

Sin embargo, aun hoy existe un fuerte sector de la doctrina –y de la sociedad en general– que se opone al matrimonio igualitario, proponiendo una vuelta al sistema del viejo Código Civil que hace de la heterosexualidad un rasgo fundamental de este instituto. Algo semejante ocurre en otros países de la región como, por ejemplo, Uruguay, Brasil, Colombia o, recientemente, Ecuador, puesto que, si bien por distintas vías<sup>6</sup> han incorporado la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo, todavía existe una férrea oposición doctrinaria frente a la misma. Más aún, muchos derechos latinoamericanos no reconocen

---

<sup>6</sup> En 2013 Uruguay ha incorporado el matrimonio igualitario en virtud de una reforma legal que modifica el art. 83 de su código civil, el cual estipula que “el matrimonio es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo”. Por otro lado, Brasil ha reconocido el derecho al matrimonio igualitario de la mano de una resolución, dictada por el Consejo Nacional de Justicia en 2011, que obliga a los registros civiles de todo el territorio a casar a personas del mismo sexo que así lo desearan. Por su parte, Colombia ha receptado este instituto en virtud de una resolución judicial de la Corte Constitucional en 2016. Recientemente en 2019, Ecuador, a través de una decisión plenaria vinculante y obligatoria de la Corte Constitucional respecto de los casos 10-18-CN y 11-18-CN ha declarado que las personas del mismo sexo pueden contraer nupcias en igualdad de condiciones respecto de las de distinto sexo, decretando, a su vez, la inconstitucionalidad del Art. 67 inc. 2 de la Constitución Nacional y el Art. 87 del Cód. Civil que reservaban tal facultad a las uniones intersexuales.

(prohíben) el matrimonio entre personas del mismo sexo estableciendo una definición de matrimonio basada en la heterosexualidad (Perú, Cuba, Guatemala), o bien, considerando la unión homosexual como un impedimento para contraer nupcias (Paraguay, Venezuela y Panamá) o como una causa de nulidad (Bolivia). Otros, si bien reservan el instituto del matrimonio para la unión entre mujer y varón, han introducido la figura del *Acuerdo de Unión Civil* para brindar protección a los vínculos homoparentales, tal es el caso de Chile que incorporó dicho instituto en 2015 a través de la ley 20.830. Todo esto demuestra, a mi entender, que la disputa por la naturaleza del matrimonio sigue aún vigente.

Ahora bien, sin ánimos de incurrir en la falacia del hombre de paja, creo que la disputa jurídica bosquejada *ut supra* gira en torno al siguiente enunciado: “los matrimonios están constituidos por la unión permanente entre varón y mujer”. Respecto de tal enunciado un bando afirma su verdad mientras que el otro declara su falsedad, cada uno con sus respectivos argumentos.

Para los primeros, la negación de ese enunciado no sólo implica desconocer lo que piensa la mayor parte de la población latinoamericana que, como se sabe, profesa el cristianismo, sino también negar una característica esencial de dicha institución jurídica, la cual, resulta patente a la luz de la historia y la naturaleza (Arias de Ronchietto, 2010, 10-12). Asimismo, rechazar dicho enunciado supone una afectación directa a la familia basada en el tradicional matrimonio heterosexual. Admitir otro matrimonio que no sea el conformado entre varón y mujer importa atacar el fin natural del instituto que no es otro que la procreación (Lafferriere, 2011, 263). Finalmente, sostienen que permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo abrirá las puertas a otras aberraciones como la bigamia o las uniones con animales (Belluscio, 2010, 2). Por su parte, el segundo bando sostiene que reservar el matrimonio únicamente para la unión intersexual importa aceptar un trato discriminatorio al desconocer la igualdad ante la ley de las personas, principio fundamental propio de todo ordenamiento jurídico moderno y civilizado. Asimismo, plantean que lo que realmente regula el matrimonio es la vida afectiva de las personas ( *affectio maritalis*), por tanto, lo relevante radica en que la unión libremente elegida tenga al afecto como soporte del vínculo independientemente de la orientación sexual de los contrayentes (Mosquera, 2013, 39).

*7. La naturaleza del matrimonio como un pseudo-desacuerdo entre juristas*

Llegado a este punto, cabría preguntarse si tal disputa puede concebirse como una cuestión de hecho, puesto que, si echamos un rápido vistazo a nuestro enunciado polémico, pareciera tratarse de una oración que busca retratar aquello que es el matrimonio, esto sería, la realidad de un fenómeno jurídico-social. De este modo, la sentencia “los matrimonios están constituidos por la unión permanente entre varón y mujer” sería, aparentemente, semejante al enunciado “el sol está compuesto mayormente de hidrógeno y helio”, con lo cual, si nuestra oración describe correctamente tal realidad jurídico-social será verdadera, mientras que si la descripción resulta errónea será falsa. Pero entonces, ¿por qué los juristas llevan debatiendo y polemizando tanto tiempo cuando lo único que debe hacerse es efectuar una simple verificación empírica? Quizás esta cuestión, como sugiere Carrió (2006, 105-107), no sea realmente un asunto fáctico sino meramente lingüístico, definicional o, incluso, valorativo.

Siguiendo a Carrió, pensamos que tal disputa, al menos en los términos planteados, resulta en gran medida producto de las inadvertencias en las que los juristas incurren respecto del análisis lingüístico o, para decirlo en términos wittgensteinianos, dicho tipo de controversia se origina en virtud de que los juristas han sucumbido –una vez más– a las trampas del lenguaje.

En parte, esta disputa presupone que cada palabra tiene un único significado propio o intrínseco, pero, si observamos con atención veremos que el enunciado en torno al cual gira la misma está plagado de términos y expresiones ambiguas (pluralidad de significados), lo cual podría indicar que en realidad se trata de lo que Carrió denomina *pseudo-desacuerdo originado en equívocos verbales*. En efecto, cuando los contendientes emplean la expresión “los matrimonios” podrían estar refiriéndose a (1) “todos los matrimonios de la sociedad occidental actual” o (2) “algunos matrimonios en la sociedad occidental actual”. La misma palabra “matrimonio” podría, simultáneamente, poseer cuatro diversos sentidos, a saber: (3) matrimonio por raptor, (4) matrimonio por compra, (5) matrimonio por acuerdo entre los padres de los contrayentes y (6) matrimonio por consentimiento de los contrayentes. Por su parte, la expresión “unión permanente” también resulta ambigua, pues, podría entenderse como (7) unión indisoluble para toda la vida, (8) unión estable a plazo cierto y predeterminado, o bien, (9) unión estable con duración indeterminada. Finalmente, la expresión “entre varón y mujer” es susceptible de, al menos, dos interpretaciones: (10) entre

solo un varón y una sola mujer (monogamia), o bien, (11) entre un número mayor (poligamia).

Una vez expuestos cada uno de los posibles sentidos para las expresiones y términos ambiguos que conforman nuestro enunciado polémico podemos percatarnos, efectuando las sustituciones correspondientes, que respecto de ciertos significados hay acuerdo entre ambas posturas. Teniendo en cuenta el contexto, los dos bandos coincidirán en la verdad de los siguientes enunciados resultantes de la sustitución:

I. Es falso que todos los matrimonios, ya sean por raptó, compra o acuerdo de los padres están constituidos por la unión monógama o polígama, indisoluble o estable a plazo cierto y predeterminado, entre varón y mujer en la sociedad occidental actual [(1) + (3,4,5) + (7,8) + (10,11)]

II. Es falso que algunos matrimonios, ya sean por raptó, compra o acuerdo de los padres están constituidos por la unión monógama o polígama, indisoluble o estable a plazo cierto y predeterminado, entre varón y mujer en la sociedad occidental actual [(2) + (3,4,5) + (7,8) + (10,11)]

III. Es cierto que algunos matrimonios basados en el consentimiento de los contrayentes están constituidos por la unión monógama estable con duración indeterminada entre un varón y una mujer en la sociedad occidental actual [(2) + (6) + (9) + (10)]

Esto es así, ya que efectivamente en la sociedad occidental actual no se admiten las modalidades de raptó, compra o acuerdo entre padres. Tampoco se acepta que el vínculo marital sea indisoluble o que esté sujeto a plazo cierto, mucho menos la poligamia. Si esto es así respecto de todos los matrimonios de la sociedad occidental actual (I), lo será también respecto de algunos (II). Por su parte, la verdad del tercero de estos enunciados (III) es patente puesto que nadie cuestionaría que en la sociedad occidental actual algunos matrimonios consensuales son institutos jurídicos constituidos por la unión monógama estable de duración indeterminada entre varón y mujer.

Sin embargo, el problema se presenta respecto de la siguiente proposición resultante (IV) “todos los matrimonios consensuales están constituidos por la unión monógama estable con duración indeterminada entre un varón y una mujer en la sociedad occidental actual” [(1) + (6) + (9) + (10)], pues, la controversia subsiste dado que el primer bando afirma su verdad,



mientras que el segundo declara su falsedad. En tal sentido, puede decirse que nuestro análisis lingüístico, si bien no ha logrado mostrar que la cuestión es puramente verbal (pues la discrepancia inicial subsistente no fue enteramente causada como consecuencia de no haber precisado el significado de las expresiones empleadas<sup>7</sup>), ha posibilitado clarificar algunas ambigüedades terminológicas permitiendo descartar interpretaciones no relevantes, es decir, sobre las que no hay desacuerdo.

Ahora bien, la disputa subsistente relativa a este último sentido (IV) aún podría tratarse de lo que Carrió denomina **seudo-desacuerdo de hecho en torno a proposiciones analíticas**, ya que, quienes asumen la veracidad del mismo afirmarían, a su vez, que todo matrimonio se caracteriza por la heterosexualidad del vínculo (V). De este modo, si un adversario tratase de refutar dicha afirmación apelando a diversos ejemplos de países occidentales donde existen matrimonios homosexuales efectivamente reconocidos por ley, el interlocutor aparentemente refutado podría aun señalar que tales uniones homosexuales no son en realidad matrimonios. Y si, luego, su adversario lo interpelase preguntando por qué no lo son, aquel podría responderle simplemente “porque no son heterosexuales”. De tal modo, su enunciado resultaría, a la postre, irrefutable ante los hechos. La razón de ello estriba en que tales enunciados (IV y V) no son aserciones fácticas que describan o informen sobre algún fenómeno de la realidad sino una especie de tautología resultante de la estipulación previa de un significado determinado para el término “matrimonio”. En efecto, tales enunciados (IV y V) son indicios de cómo alguien en particular usa la palabra “matrimonio”, tratándose, entonces, de una mera definición estipulativa independiente del hecho de que en un país determinado se reconozca legalmente o no la heterosexualidad del vínculo marital como requisito de fondo para su validez.

Sin embargo, ambos bandos, especialmente aquellos que afirman que el matrimonio consiste en la unión heterosexual, no creen que su manera de concebir el mismo sea una mera estipulación arbitraria, sino que, por el contrario, pretenden estar retratando una realidad objetiva, es decir, pretenden estar señalando los rasgos esenciales de dicho instituto con un

---

<sup>7</sup> Si la controversia inicial hubiese sido causada enteramente por no haber precisado el sentido de los términos en uso, la misma se tornaría virtual y no subsistiría respecto del significado (IV), puesto que sus participantes concordarían en cuanto a la verdad o falsedad de cada una de las proposiciones resultantes de la desambiguación lingüística de la fórmula originaria (Carrió, 2006, 107).

significado único y verdadero. Los primeros incluirán entre tales rasgos la heterosexualidad mientras que los segundos no<sup>8</sup>. De esta forma, siguiendo la tipología de Carrió podríamos – además– ver tal discusión como un **pseudo-desacuerdo sobre la naturaleza jurídica de una institución**, puesto que tratan de descubrir por debajo de las normas positivas de los sistemas jurídicos particulares una naturaleza o esencia que defina objetivamente el significado verdadero de una institución, en nuestro caso, el matrimonio. Esta búsqueda por alcanzar una definición real resulta imposible, pues, tal criterio último de identificación y justificación no existe. Toda pretensión de definir realmente qué sea un instituto jurídico presupone, como ya vimos, una decisión estipulativa<sup>9</sup>.

Finalmente, creo que, en el fondo, a la controversia objeto de nuestro análisis también subyace un **desacuerdo valorativo encubierto** o, en términos de Stevenson (1971, 17), un desacuerdo de actitudes. En efecto, como hemos podido ver, la discusión en torno al matrimonio no es un desacuerdo respecto a los hechos, sino que los enunciados afirmados o negados por los contendientes constituyen estipulaciones independientes de los mismos, más bien, basados en preferencias, aspiraciones o deseos. Así, el desacuerdo valorativo encubierto bajo el ropaje de una descripción (“los matrimonios están constituidos por la unión permanente entre varón y mujer”) o de una definición *real* (“matrimonio es la unión heterosexual permanente”) semejando una disputa fáctica, en realidad, versa sobre ciertas preferencias respecto a: 1) lo que los legisladores *deberían* legislar bajo el rótulo “matrimonio”; 2) lo que los juristas *deberían* considerar y teorizar acerca de la institución del matrimonio. A su vez, si tenemos en cuenta la carga emotiva de, por ejemplo, la palabra “matrimonio”, que transmite de por sí una actitud de aprobación o reconocimiento a las uniones a las que se aplique, podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que los enunciados en torno a los cuales gira la mentada pseudo-controversia son, por tanto, *pseudo-descripciones* (enunciados que asumen una aparente forma descriptiva con la finalidad de dirigir la carga emotiva de una palabra en una dirección determinada), o bien, *definiciones*

---

<sup>8</sup> Para el segundo bando la naturaleza del matrimonio no estaría dada por la heterosexualidad, sino que sus rasgos definitorios serían el consentimiento, la estabilidad y la *affectio maritalis*.

<sup>9</sup> Recuérdese que las definiciones reales como tales no existen, el significado de una palabra o expresión lingüística depende de una convención, o bien, de una estipulación (Carrió, 2006, 92-93).

*persuasivas* (definiciones que con el afán de recomendar un ideal determinado seleccionan o estipulan el significado descriptivo de una palabra aprovechando su carga emotiva).

#### 8. *Profundización lógica del análisis precedente*

Hasta aquí sólo se abordó la discusión en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio comprendiendo por tal principalmente a la pareja formada por los cónyuges. Sin embargo, éste es sólo uno de los aspectos de la polémica sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. En efecto, como bien destaca Belluscio (2004, 161), el término “matrimonio” asume otras dos significaciones específicamente jurídicas en la mentada discusión, a saber: 1. El matrimonio en tanto que acto de celebración, llamado por la doctrina “matrimonio-acto” o “matrimonio-fuente”. 2. El matrimonio en tanto que situación jurídica (*status* jurídico) de los cónyuges derivada del acto de celebración, denominado por la doctrina “matrimonio-estado”.

Ahora bien, es precisamente sobre estas dos últimas significaciones que continúa el debate sobre la naturaleza jurídica del matrimonio<sup>10</sup>. En efecto, una parte de la doctrina sostiene que el matrimonio es un contrato en virtud de reunir todos los elementos esenciales de los contratos en general, a saber: sujetos, objeto y consentimiento. Así, para lo partidarios de la teoría contractual del matrimonio, el consentimiento constituye el elemento central, el cual, no será manifestado únicamente de forma inicial, sino permanente, pudiendo las partes disolverlo si así lo desearan como ocurre con cualquier otro contrato. Por su parte, otro sector de la doctrina postula que el matrimonio, en realidad, es una institución social fundada en el consentimiento de las partes a cuyo régimen legal quedan sometidas sin poder apartarse. En efecto, quienes suscriben a la concepción institucional del matrimonio arguyen que la declaración de los cónyuges no importa el compromiso de ciertos actos determinados ni la sumisión a una ejecución jurídica en caso de incumplimiento como sucede en los contratos, sino que lo central radica en la inmodificabilidad convencional del complejo de deberes y

---

<sup>10</sup> Si bien para Belluscio (2004) el debate sobre la naturaleza jurídica del matrimonio tiene lugar exclusivamente en torno a estos dos últimos sentidos –dado que concibe que tales son las únicas significaciones propiamente jurídicas–, nosotros entendemos que el primero de los sentidos señalados (el matrimonio referido a la pareja formada por los cónyuges) también importa una significación jurídica, pues, los juristas han debatido –y debaten– acaloradamente sobre cuál ha de ser la configuración jurídica propia o cuáles han de ser requisitos jurídicos esenciales del matrimonio (que no es otra cosa que la discusión sobre su naturaleza jurídica) y, específicamente, si la heterosexualidad, el número o alguna otra condición de los cónyuges hace a esta configuración natural. Claramente, cuando los juristas así discuten entienden al matrimonio en el primer sentido indicado.

derechos matrimoniales que se encuentran regidos exclusivamente por la ley. Justamente, aquí la ley actúa como fuente del *status* matrimonial consistente en un conjunto de derechos y obligaciones que recaen sobre los cónyuges. En tercer lugar, cabe señalar que la doctrina mayoritaria propone que los matrimonios deben entenderse como actos jurídicos familiares, es decir, actos voluntarios lícitos que establecen relaciones jurídicas familiares creando, modificando, transfiriendo o eliminando derechos subjetivos admitidos por la ley. Los partidarios de la teoría del acto jurídico familiar sostienen que el matrimonio no puede ser visto como un contrato, pues, este concepto implica una naturaleza patrimonial extraña a las relaciones jurídicas familiares. A su vez, en el seno de esta concepción se debate si el acto jurídico familiar que importa el matrimonio se trata de un acto bilateral, o bien, de un acto complejo según se considere o no la intervención del oficial público como una genuina declaración de voluntad constitutiva del mismo. Por último, huelga mencionar a quienes adscriben a una concepción mixta o ecléctica acerca de la naturaleza del matrimonio. Tales autores sostienen que el matrimonio tiene una doble naturaleza contractual-institucional, pues, es a la vez un contrato por el que las partes (cónyuges) se adhieren a una institución regulada por ley (Belluscio, 2004, 164-172).

Como cabe observar, todas estas teorías acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio oscilan entre el matrimonio-acto y el matrimonio-estado. Sin embargo, siguen cometiendo el mismo error de creer descubrir un elemento clave subyacente que, cual si fuera una realidad objetiva y obrando como criterio último de identificación y justificación, permite deducir, explicar y comprender todos los principios y rasgos esenciales del instituto jurídico en cuestión. Así, estos autores piensan que el término “matrimonio” importa el rótulo natural cuyo significado único y verdadero refiere a una clase de entidades únicas en su género que pueden entenderse a partir de una estructura o rasgo común, esto es, su naturaleza jurídica, la cual, como vimos, será comprendida según el caso como un contrato, una institución, un acto jurídico familiar, etc. Por tanto, también estos debates caerían bajo la tipología planteada por Carrió; específicamente se trataría de una pseudo-disputa sobre la naturaleza jurídica de una institución.

Con todo, podríamos incluso ir más allá de la tipología esbozada por Carrió y afirmar que la palabra “matrimonio” constituye meramente un término intermedio vacío que, por sí mismo, carece de referencia semántica y no se entiende independientemente de su relación con los

hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas que las normas de un sistema jurídico particular enlazan. Siendo esto así, dicha expresión únicamente cumpliría la función de presentar de un modo más conciso y abreviado un conjunto más o menos numeroso de reglas contingentes pertenecientes a un sistema jurídico particular. De modo que, no tendría ningún sentido preguntarse por su auténtico significado y, mucho menos, atribuir algún tipo de realidad, esencia o naturaleza a expresiones de esta especie.

A fin de mostrar que esto es así, seguiremos los análisis efectuados por Ross (1976) y Bulygin (1961) en ocasión de considerar las expresiones “propiedad” y “obligación cambiaria” respectivamente, tomando a título ilustrativo y como base de nuestro examen la legislación civil argentina en materia de matrimonio. Como es sabido, en Argentina de acuerdo a los arts. 406, 408 y 409 del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCCA) para contraer matrimonio bajo la modalidad ordinaria los futuros cónyuges deben expresar de manera personal, conjunta y ante autoridad competente su consentimiento puro y simple sin vicios ni modalidades. Asimismo, según el art. 403 del CCCA, se requiere que los futuros contrayentes no tengan impedimentos de parentesco, ligamen, crimen, falta de edad nupcial ni falta de salud mental<sup>11</sup>. Una vez celebrado el matrimonio, el CCCA establece que los cónyuges se comprometen a brindarse asistencia mutua (art. 431), a prestarse alimentos durante la vida en común y la separación de hecho (art. 432), a contribuir al propio sostenimiento, al del hogar y al de los hijos comunes en proporción a sus recursos (art. 455), a elegir el régimen patrimonial aplicable (art. 446 inc. d) quedando sometidos al régimen de comunidad de bienes a falta de convención previa (art. 463), etc. De este cúmulo de normas expuestas, que conforman –en parte– el régimen matrimonial argentino, podríamos decir que los elementos que la doctrina cataloga como requisitos esenciales para contraer matrimonio constituyen hechos que traen aparejados ciertos efectos jurídicos, puntualmente, un conjunto de derechos y deberes que recaen sobre los cónyuges. Así, cabría llamar a los requisitos para contraer matrimonio *hechos condicionantes*, mientras que a los derechos y deberes que se

---

<sup>11</sup> El viejo código civil argentino exigía –además de la ausencia de impedimentos y del consentimiento–, la diversidad sexual de los contrayentes como otro de los requisitos *intrínsecos* para contraer matrimonio, requisito que todavía siguen exigiendo muchos países de la región como, por ejemplo, Cuba (art. 2 del código de familia), Bolivia (art. 55 del código de familia), Perú (art. 234 del código civil), Venezuela (art. 44 del código civil), Paraguay (art. 140 del código civil) y México (arts. 147 y 148 del código civil federal). En igual sentido, Honduras, Jamaica, República Dominicana, Guatemala, Haití y Panamá prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo cual, la diversidad sexual de los contrayentes continúa siendo una exigencia legal para contraer matrimonio.

desprenden de ellos *consecuencias condicionadas*. Naturalmente, los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas se encuentran enlazados por diferentes normas del sistema jurídico y cuya estructura lógica más simple es  $H \Rightarrow C$ . Teniendo presente estos miramientos básicos podríamos aseverar que dentro de este esquema la palabra “matrimonio”, considerada aisladamente, carece de toda referencia semántica, pues, en realidad, no hay ningún estado de cosas o situación objetiva que esta expresión lingüística (o concepto) designe. Prueba de ello, es que las normas del sistema argentino podrían, al vincular los hechos condicionantes (ausencia de impedimentos y consentimiento sin vicios ni modalidades) y las consecuencias condicionadas (asistencia, alimentos, contribución) mentadas, prescindir totalmente de la expresión “matrimonio”. Consideremos las siguientes proposiciones:

(1) Si dos personas con ausencia de impedimentos (parentesco, ligamen, crimen, falta de edad nupcial y falta permanente o transitoria de salud mental) manifiestan su consentimiento sin vicios ni modalidades ante autoridad competente (oficial público del registro civil) de someter su vida común a un cierto régimen legal (*hechos condicionantes*), se origina (conforman) un matrimonio (quedan unidos en matrimonio).

(2) Si existe un matrimonio, los cónyuges tienen que asistirse mutuamente, prestarse alimentos, contribuir al sostenimiento del hogar y de los hijos comunes, elegir el régimen patrimonial aplicable o someterse al régimen de comunidad de bienes a falta de convención previa (*consecuencias condicionadas*).

Si tomamos conjuntamente ambas proposiciones, como si fuesen las premisas de un razonamiento, podemos observar que expresan un único enunciado prescriptivo con sentido acabado (norma/conclusión), independientemente de lo que el término “matrimonio” represente, aun cuando éste no designe nada en absoluto como es el caso, a saber:

(3) Si dos personas con ausencia de impedimentos manifiestan su consentimiento sin vicios ni modalidades ante autoridad competente de someter su vida común a cierto régimen legal, entonces, deben asistirse mutuamente, prestarse alimentos, contribuir al sostenimiento del hogar y de los hijos comunes, elegir el régimen patrimonial aplicable o someterse al régimen de comunidad de bienes a falta de convención previa.

En efecto, todas las normas del sistema argentino relativas al matrimonio podrían expresarse de este modo (vinculando directamente los hechos condicionantes con las consecuencias

condicionadas) sin necesidad de mencionar siquiera la palabra “matrimonio”. Para mostrar esto, solamente hemos empleado el siguiente esquema lógico:  $[(p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow r)] \rightarrow (p \rightarrow r)$ . Tal fórmula lógica constituye un esquema lógicamente válido independientemente de lo que “q” represente, aun cuando no represente nada en absoluto. Dicha fórmula lógica también podría esquematizarse como una forma de razonamiento: (1)  $p \rightarrow q$ ; (2)  $q \rightarrow r \therefore$  (C)  $p \rightarrow r$ . Nótese que, dentro ambos esquemas lógicos, el término “matrimonio” o, mejor dicho, la proposición que afirma su existencia ocupa el mismo lugar que “q”.

No obstante, huelga señalar que, aunque el término “matrimonio” no tenga referencia semántica alguna, las proposiciones en las que se inserta sí tienen y son, por tanto, significativas. Considérese, por ejemplo, la proposición asertiva “los sujetos  $x$  e  $y$  están en matrimonio”<sup>12</sup>. Como cabe observar, dicha proposición posee significado acabado –a pesar de que “matrimonio” no posea referencia semántica– porque presenta una conexión semántica directa con una situación fáctica compleja pero bien definida en la que cabe distinguir dos partes, a saber:

(a) El estado de cosas consistente en que los sujetos  $x$  e  $y$  no presentando ningún impedimento legal manifiestan su consentimiento sin vicios ni modalidades ante autoridad competente de someter su vida común a cierto régimen legal. Tal estado complejo de cosas que, en nuestro esquema, importa los hechos condicionantes, puede denominarse *Hechos 1*.

(b) El estado de cosas consistente en que un conjunto de normas válidas prescribe que los sujetos  $x$  e  $y$  deben asistirse mutuamente, prestarse alimentos, contribuir al sostenimiento del hogar y de los hijos, etc. Tal estado complejo de cosas que, en nuestro análisis, supone las consecuencias condicionadas, habrá de denominarse *Hechos 2*.

De este modo, nuestra proposición inicial (“los sujetos  $x$  e  $y$  están en matrimonio”) es verdadera, siempre que se constate la existencia conjunta de (a) *Hechos 1* y (b) *Hechos 2*.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> También podría decirse “el sujeto  $x$  está en matrimonio”, o “los sujetos  $x$  e  $y$  conforman un matrimonio”, o bien, “los sujetos  $x$  e  $y$  se encuentran unidos en matrimonio”, entre otras.

<sup>13</sup> En realidad, la proposición asertiva “los sujetos  $x$  e  $y$  están en matrimonio” podría ser suficientemente verificada probando la existencia de al menos uno de los dos estados de cosas mentados (*Hechos 1* o *Hechos 2*) siempre y cuando el ordenamiento jurídico vigente vincule ambos estados de cosas entre sí. Así, es posible esbozar con sentido y corrección enunciados tales como: (I) “Los sujetos  $x$  e  $y$  conforman un matrimonio porque han manifestado su consentimiento ante autoridad competente de someter su vida común a cierto régimen legal (y a causa de ello le serán aplicables las normas que prescriben los deberes de asistencia, alimentos, contribución, etc.)”; (II) “Los sujetos  $x$  e  $y$  conforman un matrimonio porque le son aplicables las normas que

Por ende, su referencia semántica está dada por la combinación de los estados de cosas (a) y (b), que representados en el lenguaje constituyen proposiciones que aluden a los hechos condicionantes y a las consecuencias condicionadas antes referidas. Sin embargo, el término “matrimonio”, fuera e independientemente de las proposiciones en las que pudiere aparecer, esto es, considerado en sí mismo, carece de referencia semántica. De modo que, si alguien pretendiese atribuirle referencia semántica de manera independiente de nuestra proposición inicial “los sujetos  $x$  e  $y$  están en matrimonio”, habría únicamente tres vías posibles de hacerlo, aunque todas infructuosas, a saber:

1. Primera vía: la forma más natural de hacerlo sería sustituyendo en las proposiciones (1) y (2) arriba mencionadas el término “matrimonio” por *Hechos 2* y por *Hechos 1*, respectivamente. Así, la proposición (1) significaría “Si dos personas con ausencia de impedimentos manifiestan su consentimiento sin vicios ni modalidades ante autoridad competente de someter su vida común a un cierto régimen legal, deberán asistirse mutuamente, prestarse alimentos, contribuir al sostenimiento del hogar y de los hijos, elegir el régimen patrimonial aplicable o someterse al régimen de comunidad de bienes a falta de convención previa (*Hechos 2*)”, mientras que la proposición (2) significaría “Si dos personas cualesquiera con ausencia de impedimentos manifiestan su consentimiento sin vicios ni modalidades ante autoridad competente de someter su vida común a cierto régimen legal (*Hechos 1*), tales personas tienen que asistirse mutuamente, prestarse alimentos, contribuir al sostenimiento del hogar y de los hijos comunes, elegir el régimen patrimonial aplicable o someterse al régimen de comunidad de bienes a falta de convención previa. A pesar de que cada proposición posee un significado preciso y acabado, dicha solución resulta insatisfactoria, dado que el término “matrimonio” tendría un significado distinto en ambas

---

prescriben los deberes de asistencia, alimentos, contribución, etc. (en razón de que han manifestado su consentimiento...); (III) “Las normas que prescriben los deberes de asistencia, alimentos, contribución, etc. son aplicables a los sujetos  $x$  e  $y$  porque conforman un matrimonio (ya que han manifestado su consentimiento...)”. Como bien destaca Ross (1974, 14-16) –a quien seguimos para realizar este análisis– no cabe pensar que entre dichas proposiciones hay un círculo vicioso puesto que el término “matrimonio”, en realidad, no representa nada y, por ende, no hay ningún tipo de relación lógica ni causal entre el supuesto fenómeno matrimonial y la aplicación de las reglas que establecen los deberes de asistencia, alimentos, contribución, etc. En verdad, estos tres enunciados solo expresan el vínculo normativo entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas, en nuestro caso, que los sujetos que han manifestado su voluntad de someter su vida común a un cierto régimen legal bajo las condiciones que determina la ley (hechos condicionantes) deberán asistirse mutuamente, prestarse alimentos, contribuir al sostenimiento del hogar y de los hijos, etcétera (consecuencias condicionadas).



proposiciones, siendo éstas –como vimos– premisas de un razonamiento (silogismo hipotético) que tiene por conclusión el enunciado normativo (3), el cual prescribe que si dos personas con ausencia de impedimentos manifiestan su consentimiento sin vicios ni modalidades ante autoridad competente de someter su vida común a cierto régimen legal, deberán asistirse mutuamente, prestarse alimentos, contribuir al sostenimiento del hogar y de los hijos comunes, elegir el régimen patrimonial aplicable o someterse al régimen de comunidad de bienes a falta de convención previa. Así, tal razonamiento no sería lógicamente válido porque se cometería la falacia de *quattuor terminorum*, que ocurren cuando en un silogismo no hay tres términos (mayor, menor y medio) sino cuatro.

2. Segunda vía: consiste sustituir el término “matrimonio” por *Hechos 1* tanto en la proposición (1) como en la proposición (2). Esto es, entender que, en ambas proposiciones, la expresión “matrimonio” refiere exclusivamente a *Hechos 1*. No obstante, tal vía tampoco funciona, puesto que la proposición (1) deviene analíticamente vacía careciendo de toda referencia semántica. Obsérvese el sentido de la misma luego de haberse operado la sustitución o interpretación señalada: “Si dos personas con ausencia de impedimentos manifiestan su consentimiento sin vicios ni modalidades ante autoridad competente de someter su vida común a un cierto régimen legal, el estado de cosas que tiene lugar es que dos personas con ausencia de impedimentos manifiestan su consentimiento sin vicios ni modalidades ante autoridad competente de someter su vida común a cierto régimen legal” (*Hechos 1*).

3. Tercera vía: esta forma, al igual que la anterior, resulta insatisfactoria, pues, consiste en sustituir el término “matrimonio” en ambas proposiciones por *Hechos 2*, es decir, debemos interpretar “matrimonio” como haciendo alusión únicamente al estado de cosas representado por *Hechos 2*, lo cual, a la postre, torna analíticamente vacía y sin referencia semántica alguna la proposición (2). Una vez operada la sustitución indicada, dicha proposición queda como sigue: “Si tiene lugar el estado de cosas consistente en que un conjunto de normas válidas prescribe que dos personas deben asistirse mutuamente, prestarse alimentos, contribuir al sostenimiento del hogar y de los hijos comunes, elegir el régimen patrimonial aplicable o someterse al régimen de comunidad de bienes a falta de convención previa (*Hechos 2*), entonces, tales personas tienen que asistirse mutuamente, prestarse alimentos, contribuir al

sostenimiento del hogar y de los hijos comunes, elegir el régimen patrimonial aplicable o someterse al régimen de comunidad de bienes a falta de convención previa”.

Por consiguiente, al aplicar el esquema de análisis propuesto por Ross y por Bulygin, podemos arribar a la conclusión de que la expresión “matrimonio” carece, en sí misma, de referencia semántica, aunque las oraciones (descriptivas o prescriptivas) en las que aparece tengan efectivamente un significado. De este modo, podríamos prescindir absolutamente de tal expresión vacía enlazando directa e inmediatamente, a través de un enunciado normativo, los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas que se establecen en un ordenamiento jurídico particular. Esto mismo podría concluirse respecto a expresiones similares como, por ejemplo, “posesión”, “propiedad”, “obligación cambiaria”, “territorio”, “crédito”, “nacionalidad”, “empleado público”, “persona jurídica”, “derecho subjetivo”, entre muchas otras (Ross, 1976, 22-36; Bulygin, 1961, 20-29).

Ahora bien, ¿quiere esto decir que debemos desterrar del derecho, de una vez y para siempre, esta clase de expresiones intermedias desprovistas de referencia semántica? Ross y Bulygin responden negativamente, pues, desde un punto de vista técnico, tales expresiones todavía pueden cumplir la útil función de presentar de modo más claro y simplificado la formulación de reglas jurídicas, especialmente cuando existe una enorme cantidad de hechos condicionantes o de consecuencias condicionadas. En el caso del matrimonio, habremos de considerar que, al menos en el Derecho argentino, se admiten tres modalidades por las que cabe contraer matrimonio (ordinaria, en artículo de muerte y a distancia)<sup>14</sup>, cada una de las cuales remite a conjunto de circunstancias más o menos diversas que deben entenderse, respecto de cada modalidad, como una pluralidad conjuntiva de hechos condicionantes que importan las condiciones necesarias y suficientes para la celebración del matrimonio. A su vez, debe tenerse en cuenta que los efectos jurídicos de la constitución del matrimonio también son numerosos, pues, debemos incluir todos los derechos y deberes que el Derecho imputa sobre las cabezas de los cónyuges, los cuales, también deben entenderse –esta vez, para todas las modalidades– como una pluralidad conjuntiva de consecuencias condicionadas. No obstante, si prescindiésemos del término “matrimonio” y de los

---

<sup>14</sup> En el derecho boliviano, por ejemplo, se admite, además de la modalidad ordinaria, el matrimonio religioso con efectos civiles (art. 43 del Código de Familia), el matrimonio por poder (art. 61 del Código de Familia) y el matrimonio en peligro de muerte (art. 60 del Código de Familia).

respectivos rótulos lingüísticos que indican sus modalidades (“matrimonio ordinario”, “matrimonio *in extremis*” y “matrimonio a distancia”), nos veríamos en la necesidad de formular un gran número de normas –más de las que actualmente disponemos– que vinculen directamente cada consecuencia jurídica individual ( $C_1, C_2, C_3 \dots C_n$ ) con cada hecho condicionante individual ( $H_1, H_2, H_3 \dots H_n$ ), lo cual, en principio<sup>15</sup>, resultaría más engorroso y enrevesado. Esto que plantemos podría expresarse esquemáticamente, siguiendo a Ross y a Bulygin, del siguiente modo:

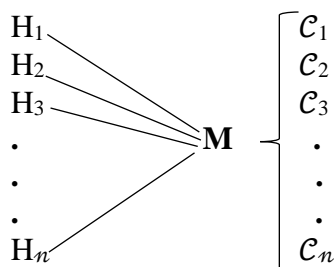
$$\begin{aligned} H_1 \rightarrow C_1; H_2 \rightarrow C_1; H_3 \rightarrow C_1 \dots H_n \rightarrow C_1 \\ H_1 \rightarrow C_2; H_2 \rightarrow C_2; H_3 \rightarrow C_2 \dots H_n \rightarrow C_2 \\ H_1 \rightarrow C_3; H_2 \rightarrow C_3; H_3 \rightarrow C_3 \dots H_n \rightarrow C_3 \\ \cdot \\ \cdot \\ \cdot \\ H_1 \rightarrow C_n; H_2 \rightarrow C_n; H_3 \rightarrow C_n \dots H_n \rightarrow C_n \end{aligned}$$

En lugar de efectuar toda esta serie de normas o reglas jurídicas individuales, el empleo de términos intermedios como, por ejemplo, “matrimonio” nos permite evitar esta ardua tarea de enumerar y vincular cada hecho condicionante con cada consecuencia condicionada y sintetizar, como lo muestra Bulygin<sup>16</sup>, toda esta serie de reglas a través de dos simples proposiciones, a saber:

$$(H_1 \wedge H_2 \wedge H_3 \wedge \dots H_n) \rightarrow M$$

$$M \rightarrow (C_1 \wedge C_2 \wedge C_3 \wedge \dots C_n)$$

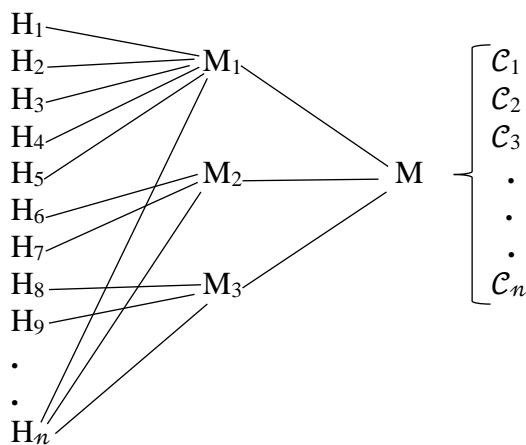
Estas proposiciones podríamos esquematizarlas de modo análogo a como lo hace Ross (1976, 28):



<sup>15</sup> Digo “en principio” porque podría aplicarse sistemas de informática jurídica o, incluso, programas de inteligencia artificial que fácilmente llevarían a cabo la tarea de agrupar, ordenar y aplicar soluciones jurídicas ante ciertos supuestos de hecho.

<sup>16</sup> Cf. BULYGIN, E.: *Naturaleza jurídica, op. cit.*, p. 27.

Como cabe apreciar, el símbolo “M” –que en nuestros esquemas representa el término “matrimonio”– se refiere únicamente al mero enlace sistemático entre la serie conjuntiva de hechos condicionantes ( $H_1 \wedge H_2 \wedge H_3 \wedge \dots H_n$ ) que traen aparejadas en virtud de las normas de un sistema jurídico particular –en nuestro ejemplo el argentino– una serie de consecuencias condicionadas ( $C_1 \wedge C_2 \wedge C_3 \wedge \dots C_n$ ). En efecto, este esquema general podría aplicarse al sistema matrimonial argentino (o a cualesquiera otro), incluso teniendo en cuenta las diferentes modalidades para contraer matrimonio. Para ello sólo bastaría introducir en el esquema anterior ciertos símbolos intermedios para representar las tres modalidades vigentes para la adquisición del matrimonio ( $M_1, M_2, M_3$ ) y, a su vez, vincular específicamente con cada una de ellas ciertas series conjuntivas de hechos condicionantes según los enlaces normativos de las reglas del sistema. Una manera de esquematizarlo podría ser la siguiente:



De este modo,  $M_1$  representaría la modalidad ordinaria y los hechos condicionantes específicamente vinculados a ella, habrían de ser la ausencia de impedimentos ( $H_1$ ), el consentimiento de los futuros cónyuges ( $H_2$ ), la intervención del oficial del registro civil ( $H_3$ ), la ausencia de modalidades ( $H_4$ ), la ausencia de vicios de la voluntad ( $H_5$ ), entre otros ( $H_n$ ). Por su parte,  $M_2$  representaría la modalidad *in extremis* o *in articulo mortis* (art. 421 CCCA) donde puede prescindirse de todas las formalidades exigidas en la modalidad ordinaria siempre y cuando acaezca la circunstancia de peligro de muerte de alguno de los contrayentes ( $H_6$ ) y su correspondiente justificación a través de un certificado médico o declaración de dos testigos en su defecto ( $H_7$ ). Finalmente, la tercera modalidad es el matrimonio a distancia (art. 422 CCCA) que requiere que cada contrayente exprese su consentimiento ante autoridad competente del lugar en el que cada uno se encuentra ( $H_8$ ) y que no pasen más de noventa

días entre el consentimiento de ambos ( $H_9$ ). Todas las demás circunstancias condicionantes no mencionadas expresamente para cada modalidad serán representadas mediante el símbolo  $H_n$ . Los símbolos  $C_1, C_2, C_3 \dots C_n$  representan las consecuencias jurídicas condicionadas que son las mismas para cada una de las tres modalidades admitidas<sup>17</sup>.

Lo que estos diversos esquemas muestran es que fuera de la conexión sistemática entre los muchos hechos condicionantes y las múltiples consecuencias condicionadas, no hay nada más a lo que el término “matrimonio” (“M”) pueda aludir, de hecho, únicamente funciona como un instrumento que ayuda a presentar de manera más patente esta vinculación convencional y, por tanto, contingente. Sin embargo, el problema aparece cuando los juristas creen ver en los hechos condicionantes, hechos jurídicos creadores de una institución jurídica necesaria con naturaleza propia denominada “matrimonio” (el supuesto fenómeno jurídico del matrimonio) que, a su vez, constituye la causa real de otra serie de consecuencias jurídicas que necesariamente supone dicho instituto. En otros términos, los juristas suelen hablar como si el matrimonio constituyese un efecto real ocasionado por cada hecho condicionante (o, en nuestro caso, por la conjunción de todos los hechos condicionantes relativos a una determinada modalidad de adquisición del matrimonio) y, simultáneamente, como la causa real o lógica de la totalidad de las consecuencias jurídicas condicionadas, las cuales, son vistas como efectos esenciales del mismo. Lo cierto es que no hay nada por detrás de la expresión intermedia “matrimonio”, pues, no tiene ninguna referencia semántica, ni constituye tipo alguno de nexo causal entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas, tan sólo sirve como una mera herramienta técnica que nos permite presentar las reglas jurídicas del sistema de una forma más clara y ordenada. Por tanto, sostener que un cierto conjunto de normas jurídicas particulares pertenecientes a determinado sistema posee en sí mismo el carácter de “matrimonio” carece de todo sentido, pues, como hemos podido ver, sólo tiene sentido cuando tal caracterización está referida a los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas enlazadas contingentemente por las normas del sistema. En apoyo de estas ideas Bulygin (1961) afirma: “una vez que se ha logrado esclarecer su naturaleza y eliminar las representaciones míticas que tradicionalmente

---

<sup>17</sup> Una excepción a esto último podría ser la referida a la modalidad *in articulo mortis* para la cual las normas argentinas prevén la pérdida de derechos hereditarios del cónyuge supérstite en caso de que la muerte del otro cónyuge ocurriese dentro de los 30 días de celebrado el matrimonio, salvo que tal matrimonio fuese precedido por la unión convivencial.

acompañan estos términos, su empleo resulta de gran utilidad práctica, pues permite simplificar notablemente la formulación de las normas” (p. 26). Por consiguiente, no tiene ningún interés preguntarse por el verdadero significado, o por los rasgos esenciales, o bien, por la naturaleza jurídica propia de expresiones tales como “matrimonio”, “propiedad”, “posesión”, “crédito”, etc., dado que, *per se* carecen de referencia semántica y sólo sirven como técnica de presentación de reglas jurídicas independientemente de que los juristas sean conscientes o no de ello.

### 9. Consideraciones finales

De todo lo expuesto creo que pueden extraerse las siguientes conclusiones, a saber:

1. Del examen acerca de los diferentes núcleos de significado adquiridos por la expresión “naturaleza jurídica” cabe vislumbrar que los juristas no se han puesto de acuerdo acerca de qué entienden por dicha expresión. Más aún, además de estar muy lejos de precisar y aclarar el sentido de lo que comprenden por naturaleza jurídica, incurrir en la práctica de sustituir dicha expresión problemática por otras igualmente vagas, ambiguas y con fuerte carga emotiva como, por ejemplo, “esencia”, “ser real”, “género supremo”, “valor jurídico primitivo”, “forma de valor”, “categoría jurídica primordial”, “razón trascendental”, entre otras. Estas sustituciones solo agudizan el problema.
2. El intento de conectar la práctica metodológica de los juristas de determinar la naturaleza jurídica de los institutos pertenecientes al derecho –a través de los diversos significados que asume la expresión en cuestión– con los diferentes tipos de investigación jurídica a fin esclarecer y precisar sus sentidos, alcances y criterios tampoco ha resultado provechoso para resolver la cuestión. Esto ha sido así, básicamente por dos razones: A. Dicho examen solo posibilitó verificar algo que todo jurista piensa: que la práctica metodológica de averiguar naturalezas jurídicas está vinculada con las investigaciones de tipo iusfilosóficos o con las de tipo dogmático. B. Haciendo un análisis más profundo –como el realizado *ut supra*– la vinculación no resulta inequívoca y precisa, pues, dependiendo de la interpretación que se le dé a la expresión “naturaleza jurídica” el tipo de investigación jurídica variará, oscilando no solo entre las investigaciones dogmáticas y la iusfilosófica sino, también, entre los

demás tipos de investigación (sociológica, histórica, etc.) y las diversas ramas de investigación iusfilosóficas (lógica jurídica, axiología jurídica, etc.).

3. La pretensión de *descubrir* la auténtica naturaleza jurídica los institutos pertenecientes al Derecho y sus discusiones (cualquiera sea el núcleo significativo que se escoja) derivan de la incomprensión de las propiedades del lenguaje (su carácter convencional, que el significado está dado por el uso en un contexto, etc.) y sus problemas (vaguedad, ambigüedad, carga emotiva, etc.), de la confusión entre sus diferentes funciones o usos (falacia descriptiva, límites del lenguaje normativo, etc.) y del desconocimiento de que las definiciones responden a decisiones lingüísticas basadas en fines clasificatorios (las definiciones reales importan un concepción esencialista del significado de las palabras).
4. Teniendo presente los modelos de pseudo-disputas entre juristas propuestos por Carrió (2006), resulta un tanto obvio que la práctica metodológica de delimitar la naturaleza jurídica de los institutos legales y sus polémicas deben subsumirse dentro de las pseudo-disputas sobre la “naturaleza jurídica” de una institución. No obstante, huelga señalar que tales disputas pueden –y generalmente lo hacen– presuponer e, incluso, exaltar los demás tipos. Recuérdese que –usualmente– en las disputas sobre la naturaleza jurídica también se incurren en equívocos verbales, confusiones fácticas en relación a juicios analíticos y en desacuerdos valorativos producto de que se pretende dar definiciones reales que capten el significado correcto de ciertas expresiones lingüísticas ideando, muchas veces, clasificaciones presupuestas como verdaderas. En suma, es posible subsumir las disputas por la naturaleza jurídica no solo en las pseudo-disputas referidas específicamente a tal cuestión sino también en las demás.
5. El análisis lingüístico del caso paradigmático de discusión en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio permitió poner de manifiesto lo concluido en el punto anterior y tomar conciencia que tal examen y sus consecuencias pueden extrapolarse, *mutatis mutandi*, a todos los institutos legales de los que se pretenda determinar su auténtica naturaleza jurídica.
6. El análisis lógico del caso paradigmático de discusión en torno la naturaleza jurídica del matrimonio posibilita mostrar que el término “matrimonio”, en rigor de verdad,

constituye una expresión intermedia que carece, por sí misma, de referencia semántica más allá de la conexión contingente que efectúan los ordenamientos jurídicos particulares entre hechos condicionantes y consecuencias condicionadas, sean éstos o éstas las que sean. Esta conclusión puede hacerse extensiva a otros términos similares, a saber: “posesión”, “propiedad”, “obligación cambiaria”, “territorio”, “crédito”, “nacionalidad”, “empleado público”, “persona jurídica”, “derecho subjetivo”, etc. Por tanto, no tiene ningún sentido debatir a fin de hallar o descubrir un auténtico significado, esencia o naturaleza jurídica respecto de tales expresiones. No obstante, debe señalarse que los términos intermedios –aunque vacíos de contenido referencial semántico– pueden cumplir la función, muy útil, por cierto, de presentar de manera más simple la contingente formulación de normas jurídicas, *a fortiori*, cuando los enlaces jurídicos supongan una gran cantidad de hechos condicionantes y consecuencias condicionadas.

Por todas estas razones pensamos que el desiderátum metodológico de los juristas de buscar o descubrir naturalezas jurídicas aún hoy presente en la ciencia del derecho, especialmente en lo que a dogmática se refiere, debe ser abandonada porque constituye –como se mostró– un pseudo-problema sin solución que solo cabe disolver mediante el análisis lógico-lingüístico.

### *Bibliografía*

- ACERO, J. J., BUSTOS, E., QUESADA, D. (1985). *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Madrid: Cátedra.
- ALARCÓN, M. A. (2020). La naturaleza jurídica de periodo de buena conducta en el concurso de la persona física, *Anuario de derecho concursal*, 50, pp. 181-230.
- ARIAS DE RONCHIETTO, C. E. (2010). La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer, en *El matrimonio. Un bien jurídicamente indisponible*, UCA, Buenos Aires, pp. 9-18.
- ATIENZA, M. (2012). *El sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M. (2000). *Tres lecciones de Teoría del Derecho*, Alicante: Club Universitario.
- AUSTIN, J. L. (2008). *Cómo hacer cosas con palabras*, Buenos Aires: Paidós.



- BALLÓN CORRALES, A. (2022). Naturaleza jurídica de los contratos sobre sucesión futura prevista en el artículo 1004 del código civil boliviano y sus excepciones. Bolivia: Universidad Mayor de San Simón.
- BELLUSCIO, A. C. (2004). *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, Buenos Aires: Astrea.
- BELLUSCIO, A. C. (2010). La Ley de Matrimonio 26618, *Lexis*, N° 0003/015235, pp. 1-14.
- BIMBI, B.: Matrimonio Igualitario, Planeta, Buenos Aires, 2010.
- BLANCO ALVARADO, C., & CABRERA PINZÓN, M. J. (2022). Naturaleza jurídica de la cláusula de renegociación en el contrato de concesión de las obras de infraestructura vial. *Novum Jus*, 16(1), 229–251.
- BOBBIO, N. (2007). *Teoría general del Derecho*, Bogotá: Temis.
- BULYGIN, E. (1961). *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CABRERA GAIBOR, M. J. (2020). *Naturaleza jurídica de la figura del consorcio en el sistema jurídico ecuatoriano*, Cuenca: Universidad del Azuay.
- CARRIÓ, G. R. (2006). *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- CARRIÓ, G. R. (1961). Presentación, en E. Bulygin, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 7- 11.
- CHÁVEZ MUIRRAGUI, K. A. (2020). *La naturaleza jurídica del notario como servidor público y su relación como empleador a la luz del derecho laboral*, Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- CULACIATI, M. (2015). El matrimonio, en A. M. Chechile, *Derecho de Familia*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 21-54.
- DÍAZ, E. (1998). *Curso de filosofía del derecho*, Barcelona: Marcial Pons.
- ESTÉVEZ, J. L. (1956). Sobre el concepto de ‘Naturaleza jurídica’, *Anuario de filosofía del derecho*, 4, pp. 159-182.
- FERRATER MORA, J. (1971). *Diccionario de Filosofía*, Tomo 1, Buenos Aires: Sudamericana.
- GÓMEZ, A., BRUERA, O. M. (1991). *Análisis del lenguaje jurídico*, Buenos Aires: Belgrano.

- GUIBOURG, R. A., GHIGLIANI, A. M, GUARINONI, R. V. (1984). *Introducción al conocimiento jurídico*, Buenos Aires: Astrea.
- HIERRO S. PESCADOR, J. (1982). *Principios de Filosofía del Lenguaje. Teoría del significado*, Madrid: Alianza.
- LAFFERRIERE, J. N. (2011). ¿Qué regula la ley cuando regula el matrimonio?, *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, 54, pp. 261-275.
- MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos reales*, Tomo I, Buenos Aires: Zavalía.
- MOSQUERA, S. (2013). Elementos esenciales del concepto jurídico de matrimonio, *Pázmány Law Review*, 1, pp. 35-44.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2002). *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid: Tecnos.
- PORTELA, M. A. (2002). *Ensayos sobre Teoría General del Derecho*, Mar del Plata: Suárez.
- RIJO MUÑOZ, J. (2020). Sobre la naturaleza jurídica de la actividad de los árbitros en competiciones deportivas profesionales, Tenerife: Universidad de La Laguna.
- ROSS, A. (1976). *Tû-Tû*, trad. Genaro, R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- SEDEÑO LÓPEZ, J F. (2020). Naturaleza jurídica de las criptomonedas (Análisis de la STS de 20 de junio de 2019, rec. núm. 998/2018), *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, N° 442.
- STEVENSON, C. L. (1971). *Ética y lenguaje*. Buenos aires: Paidós.
- TANTALEÁN ODAR, R. M. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas, *Derecho y Cambio Social*, 13 (43), pp. 1-37.
- VELÁZQUEZ, H. J. F. (2021). Esclareciendo el concepto de lógica deóntica. *Andamios*, 18 (45), 457-485.
- VIDEVA CARRASCO, J. R. (2022). Naturaleza Jurídica y Efectos de los Smart Contracts. USFQ, Law Working Papers. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4040166>
- VIGO, R. (2015). *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

VILLABELLA ARMENGOL, C. M. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones, *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas*, 731, pp. 921-953.

WITKER, J. (1995). *La investigación jurídica*, México: McGraw-Hill.

WITTGENSTEIN, L. (2014). *Investigaciones filosóficas*, Madrid: Gredos.

ZELADA SANGAY, J. C. (2020). *Naturaleza jurídico-penal del requerimiento en el delito de apropiación ilícita regulado en el código penal peruano*, Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.

**PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN SENTENCIAS DE DERECHO  
PRIVADO ¿SE TRATA A VECES DE UNA MODA?**

**CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN PRIVATE LAW JUDGMENTS - IS IT  
SOMETIMES A FASHION?**

Javier Habib<sup>1</sup>  
Universidad San Pablo-Tucumán

Resumen: La relación entre el razonamiento desde reglas y el desde principios suele ser entendida como una de conflicto o una de complementariedad. En la relación de complementariedad, el pensamiento es que, a falta de una regla clara para el caso, el juez tiene principios para decidir. Esto sucede en casos de vacío legal, vaguedad y aplicabilidad de más de una regla para el caso en cuestión. En la relación de conflictividad, por otro lado, el pensamiento es que los principios sirven para invalidar reglas que indudablemente tienen vocación de regular el caso pero no gustan. Se considera que la regla es injusta y se utiliza un principio para, desde ahí, declararla improcedente y pensar una decisión ad hoc. Este trabajo examina tres decisiones de altos tribunales del sistema jurídico argentino para mostrar que los jueces pueden utilizar los principios no para complementar la falta de normas claramente aplicables ni para declarar la invalidez de las normas, sino para reafirmar lo que las normas ya dicen. En otras palabras, identifiqué que en ciertas decisiones, los jueces, después de haber decidido de acuerdo con lo que dice una norma, se ven en la necesidad de reafirmar su decisión con un razonamiento a través de principios. En sí mismo, el hallazgo ya es interesante. Aun así, creo que hay un valor añadido en la lectura de los tres casos seleccionados, ya que, como sostengo, muestran tres aspectos importantes del fenómeno que los estudiosos han denominado "constitucionalización del derecho privado".

---

<sup>1</sup> jhabib@uspt.edu.ar

**Palabras clave:** constitucionalización del derecho privado, ponderación, proporcionalidad, teoría del derecho privado, razonamiento judicial.

**Abstract:** The relationship between reasoning through rules and reasoning through principles is generally thought of as one of either complementarity or conflict. When thought of as a complementarity relation, the idea is that principles are there for when judges have no clear-cut solution to their cases. This occurs in cases where there is no rule for the case, the rule is vague or there are at least two rules that seem to be applicable to the same case. When thought of as a conflict relation, on the other hand, the thought is that principles serve to declare rules invalid. This occurs when judges believe that the rule that unequivocally governs the case is unfair. They utilize a principle for both explaining in which sense it is that the rule is unfair and also for developing an appropriate solution. This work examines three high court decisions of the Argentinian legal system to show that judges may use principles neither to complement the lack of clearly applicable rules nor to declare rules invalid but to restate what rules already say. In other words, I identify that in certain decisions, judges, after having decided in accordance with what a rule says, they find themselves in the need to reaffirm their decision with reasoning through principles. In itself, the finding is already interesting. Still, I believe that there is a value added in the reading of the three selected cases, for, as I argue, they exhibit three important aspects of the phenomenon scholars have dubbed “constitutionalization of private law”.

**Keywords:** Private law theory, proportionality analysis, legal reasoning, constitutionalization of private law.

*Introducción*

En las discusiones doctrinarias acerca del derecho privado de hoy, existe incremental interés por los modos en que los jueces pueden justificar sus decisiones.<sup>1</sup> Son dos los grandes modos conocidos.<sup>2</sup> El primero, y más convencional, es el llamado “razonamiento deductivo”. Éste se basa en las llamadas “reglas de derecho”, que son proposiciones que describen situaciones de la vida en sociedad (el incumplimiento de un acuerdo, un insulto, una disputa sobre lo que es mío o tuyo) y una consecuencia de tipo prescriptivo. Éste método de decisión judicial está comúnmente asociado a los cuerpos legislativos del siglo XIX (el Código Civil, el Código de Comercio, etc.) y a la tradición jurídica llamada “formalismo” (se piense en Fernando López de Zavalía).

El otro tipo de argumentación sobre el que hoy se habla mucho es la justificación desde principios. Los principios, a diferencia de las reglas, no estipulan respuestas precisas para casos concretos, sino que estipulan aspiraciones o ideales que el derecho debe realizar (no dicen que el que no entrega la cosa prometida en el contrato de compraventa debe pagar su equivalente según el precio de mercado, sino que “las promesas deben ser cumplidas”, o que “la confianza no debe ser dañada”). Si bien los principios del derecho civil son piezas que parecen haber existido desde siempre,<sup>3</sup> hoy vivimos la impresión de que el razonamiento desde principios es algo novedoso. Y es que no hay duda ninguna de que los recientes desarrollos en el campo de la teoría de la proporcionalidad<sup>4</sup> y los derechos humanos, incorporados a nuestro medio por el movimiento conocido como la

---

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, el reciente libro de GUZMÁN, Néstor L., *Discrecionalidad y justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, Astrea, 2019, Buenos Aires,.

<sup>2</sup> Ver “Sobre reglas y principios, entrevista a Robert Alexy” en *La Ley. Actualidad*, Buenos Aires, 30/10/08, p 1.

<sup>3</sup> Sin mencionar nuestro milenar tesoro de brocados o máximas jurídicas, digamos algunos de los principios consagrados en el Código Civil de Vélez Sarsfield: “Art. 1071.- El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.” “Art. 499. No hay obligación sin causa...” “Art. 1.197. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.” “Art.21.- Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.” “Art. 3.876. ... El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores.” “Art. 2261.- Es prohibido prestar cualquier cosa para un uso contrario a las leyes o buenas costumbres...” (O 1503) En fin... “Art. 16.- Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas...”. Ver también la nota al artículo 495, donde Vélez nos ofrece un pensamiento sobre “principios jurídicos”.

<sup>4</sup> Ver, por todos, Alexy, R. (2008), “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *La Ley*, TR LA LEY, AR/DOC/2715/2008, 1-6.

“constitucionalización del derecho privado”,<sup>5</sup> han generado gran progreso en el entendimiento de cómo articular los principios en las decisiones judiciales.

A poco que se piense en cómo entienden nuestros juristas la relación entre el razonamiento desde reglas y desde principios, no se duda en concluir que la relación o es una de conflicto o es una de complemento. En la relación de complementariedad, el pensamiento es que, a falta de una regla clara para el caso, el juez tiene principios para decidir. Esto sucede en casos de vacío legal, vaguedad y aplicabilidad de más de una regla para el caso en cuestión. En la relación de conflictividad, por otro lado, el pensamiento es que los principios sirven para invalidar reglas que indudablemente tienen vocación de regular el caso pero no gustan. Se cree que la regla es injusta (inadecuada o lo que fuere) y se utiliza un principio (siempre aquel desde el que se piensa que es injusta o inadecuada) para, desde ahí, declararla inaplicable y pensar una decisión ad hoc.

El propósito de este trabajo es exponer una curiosidad que observo en la jurisprudencia argentina. Mi observación es que en altas decisiones judiciales el razonamiento de principios no es usado ni para suplir la falta de reglas ni para poner en crisis a las mismas, sino para reafirmar lo que las reglas dicen. Puesto de otra manera, en ciertas sentencias judiciales, vemos casos que luego de haber sido decididos por el método tradicional (de subsumir hechos en reglas), los jueces (no conformes) apelan al método de decidir desde principios para reafirmar sus decisiones. Mostraré esto con un análisis pormenorizado de tres sentencias.

La primera es Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ Daños y Perjuicios, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aquí la Corte decidió que las declaraciones críticas que un funcionario había vertido en medios de comunicación

---

<sup>5</sup> La literatura es vasta. Ver, en particular, Ranieri de Cechini, D. (2013). “El Neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com.: El protagonismo del juez en el Estado de Derecho y el problema del método de ponderación”, en *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.ucaedu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf>. En general, RUEDA, Tomás Guillermo, “Acerca de la constitucionalización del Derecho Privado”, en *Revista Derecho Constitucional. Universidad Blas Pascal*, (1), 2019, pp. 38-50. Para una visión crítica ver Chaumet, M., Merói, A. “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces?” p. 6. Disponible en [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-decapacitacionjudicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-decapacitacionjudicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf).

respecto a la actuación de otro funcionario no generaban responsabilidad civil. La mayoría se forma con dos votos. El primero, de Rosenkrantz y Highton, arriba a la conclusión tras aplicar (a la manera tradicional) una doctrina judicial. El segundo voto, elaborado por el juez Rosatti, llega a la misma conclusión que los jueces pre-votantes, pero desde la “ponderación” entre la libertad de expresión y el derecho al honor de las personas.

La segunda sentencia es Scocco, Gabriel vs. Embotelladora del Atlántico S.A. y otros s/ Medidas Preparatorias, de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Una empresa de comercialización de residuos industriales demanda a una embotelladora de la red Coca-Cola por incumplimiento contractual. Para mejor elaborar su demanda, la empresa pide se realicen medidas preparatorias, consistentes en que un oficial de justicia fotocopie documentos de propiedad de la demandada. Aquí el voto único de la Corte Suprema sostiene que la sentencia que daba lugar a tales medidas no había sido suficientemente fundada. Para así decidir, el juez votante argumenta que no se verifican los requisitos prescriptos en la ley de rito local, además de que se violaba el derecho de confidencialidad, reconocido por el art. 1 de la ley 24.766. Siendo éste su argumento, y como si fuera necesario, el juez prosigue a reafirmar su argumentación con un “análisis de proporcionalidad”.

El tercer y último caso es Jaime Sale y Cia. s/Disolución y Liquidación de Sociedad – Incidente de Tercería de Dominio, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Tucumán. María C. Scro era poseedora con boleto del inmueble donde vivía. Un acreedor del vendedor (todavía titular registral del inmueble) traba embargo sobre el mismo. La cuestión a decidir es si la poseedora con boleto tiene mejor derecho respecto al inmueble que el acreedor del titular dominial. Tanto la Corte (en voto único) como el Ministerio Público Fiscal (en su dictamen sobre el caso) concuerdan en que el derecho favorece a la poseedora. No obstante, existe una diferencia notable en ambas decisiones. El Ministro Público Fiscal utiliza la lógica tradicional del derecho civil: habla de los efectos de transferencia de la posesión, y de la preeminencia de los derechos reales por sobre los derechos personales. La corte, en cambio, no utiliza terminología civilista. La corte habla de la vivienda personal, que estaba protegida por derechos constitucionales y tratados



internacionales.

En todos estos casos se ve cómo dos teorías del derecho son usadas (a veces por un mismo juez, otras veces por dos opinantes) para arribar a una misma conclusión. El fenómeno de por sí es interesante, y aún más cuando se lo observa desde los siguientes interrogantes: Si se trata de reforzar argumentos (primero decido con el método tradicional; luego reafirmo con una ponderación) ¿es jurídicamente necesario reforzar los argumentos judiciales? ¿No es suficiente con que se apliquen las reglas de derecho? Más aún, ¿que sucedería si en el intento de reforzar, nos damos con que el segundo método nos indica una solución contraria? ¿Le hacemos caso a las reglas, o a la ponderación? En todo caso, ¿son autónomos los métodos jurídicos, (quiero decir, se trata de reglas de pensamiento que aplicadas correctamente dan lugar a una solución única e involuntaria), o son acaso recursos de persuasión, que los jueces emplean para expresar, de manera técnica, y con palabras venerables, sus preferencias políticas\morales?

Y si no se trata de reforzar argumentos ¿ante qué fenómeno estamos? Si se piensa, la historia del derecho muestra que las concepciones del derecho (y sus metodologías de formación y aplicación) fueron con los tiempos siendo paulatinamente reemplazadas: Al método de los glosadores le siguió el de los comentaristas; luego apreció el de los humanistas, que fue eclipsado por el de los aristotélico-tomistas; éste, a su turno, cayó en desuso con el auge de las filosofías racionalistas.<sup>6</sup> La historia ciertamente es más compleja. Pero sirva la exageración para clarificar mi punto. ¿El método de la ponderación, se infiltra en el derecho privado para paulatinamente desplazar al método de la subsunción, o es “solo una moda”?<sup>7</sup>

El artículo analizará los tres fallos recién introducidos en partes separadas. Cada parte

---

<sup>6</sup> Para este tipo de narrativa ver el trabajo James Gordley. Por ejemplo, Gordley, J. (2013) *The Jurists: A Critical History*, Oxford: Oxford University Press.

<sup>7</sup> Podría decirse que el método de la subsunción es obsoleto. En otras palabras, es incapaz de resolver cuestiones de una sociedad dinámica, puesto que era propio de sociedades más estables, susceptibles de ser gobernadas por reglas que perduran en el tiempo. Pero los fallos que comento en este artículo demuestran lo contrario. El método de la subsunción todavía es vigoroso. Los jueces usan el argumento de la ponderación *luego* de haber decidido según reglas. Por ello mi pregunta: ¿se trata de una moda? Esta pregunta no es liviana, puesto que se trata de decisiones judiciales, el producto de la ingeniería social a través de la cual resolvemos conflictos en los que, en sede civil, está en juego nada menos que el trabajo (dinero) de los individuos.

está dividida en tres secciones. Las sesiones A muestran a los jueces argumentando a la manera tradicional. Las secciones B muestran a jueces que, no conformes, proceden a reafirmar la decisión desde razonamientos de principios. Las secciones C están dedicadas a describir tres aspectos relevantes del fenómeno de la constitucionalización del derecho privado que, curiosamente, aparecen notablemente expuestos en cada uno de los fallos que se tratan.

*1. Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios*

José Carlos Martínez, un funcionario de la Provincia de Tierra del Fuego, había emitido declaraciones en distintos medios de comunicación, en las que decía que otro funcionario, el Fiscal de Estado Martínez de Sucre, era “cómplice” de “intereses económicos” que habían “vaciado la provincia” y “estafado a los trabajadores” y que en consecuencia pediría que se lleve a cabo un juicio político para destituir al fiscal de su cargo; pidió que el funcionario eventualmente realizó, pero que la legislatura rechazara. En respuesta a tales acusaciones, Martínez de Sucre interpone una demanda por indemnización del daño generado a causa de las declaraciones mencionadas, y del pedido de juicio político.

Tanto el magistrado de primera instancia, como la Cámara de Apelación y el Superior Tribunal de Provincia hacen lugar parcialmente a la demanda. Se condena al demandado a abonar una suma a título de compensación por el daño generado a causa de las acusaciones periodísticas, pero se rechaza la demanda en lo que tocaba al pedido de juicio político, ya que ese pedido no era “una conducta reprochable jurídicamente”, en tanto que se trataba “del uso pleno de un derecho político o de ciudadano.”<sup>8</sup>

Los herederos del demandado (que había fallecido mientras tramitaba el proceso) deducen recurso extraordinario, que es aceptado por la corte. La Corte revoca la decisión del más alto tribunal fueguino, por considerar que los dichos sobre Martínez de Sucre se

---

<sup>8</sup> Para así decidir, la más alta corte provincial dijo que si bien la atribución de un deficiente desempeño en el ejercicio de la función pública no lesionaba el honor del demandante, la situación cambiaba si tal imputación iba acompañada de expresiones menoscabantes. “[E]l funcionario público es ante todo un ser humano que, como tal, disponía de un ámbito personal íntimamente enraizado en su condición moral e imagen ante la sociedad y los seres cercanos.” El demandado había utilizado expresiones como “cómplice”, “pacto de impunidad” y “estafa a los trabajadores”, que son ajenas a la órbita de la libertad de expresión, pues no se habían dirigido al desempeño del funcionario sino que lo habían afectado en su órbita personalísima. Ver el considerando 1 del voto de Rosenkrantz y Highton.

enmarcaban dentro de la libertad de expresión del demandado, en tanto eran juicios de valor no ofensivos, respecto a la actividad pública a la que Martínez de Sucre se había expuesto, al asumir su rol como Fiscal de Estado. La mayoría es constituida por votos de Rosenkrantz y Highton de Nolasco, por un lado, y Rosatti, en voto separado. Como veremos, Rosenkrantz y Highton de Nolasco elaboran un razonamiento doctrinal tradicional. Rosatti, en cambio, elabora un juicio de ponderación.

A. *Un razonamiento tradicional: el voto de Rosenkrantz y Highton*

Rosenkrantz y Highton de Nolasco comienzan su razonamiento entendiendo que el análisis a efectuar es uno que observa las expresiones vertidas por el demandado, desde la perspectiva de las doctrinas de la constitución.<sup>9</sup> Desde esa perspectiva, advierten, la libertad de expresión “goza de un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales”.<sup>10</sup> Su preeminencia se explica en “su importancia para el funcionamiento de una república democrática”<sup>11</sup>. Con todo, la libertad de expresión no es “un derecho absoluto”, ilimitado. “Sus límites deben atender a la existencia de otros derechos constitucionales que pueden resultar afectados por su ejercicio”.<sup>12</sup> Uno de esos derechos es el derecho al honor.

A seguido, los jueces distinguen daño material de daño jurídico.<sup>13</sup> Dicen que es obvio “que ciertas expresiones pueden afectar no solo la sensibilidad del actor sino también su autoestima y la consideración y el respeto que toda persona de bien aspira a conseguir de sus semejantes. Sin embargo, estas consecuencias disvaliosas no pueden determinar *per se* la solución que debe darse al recurso planteado, pues lo determinante no es si dichas expresiones causan daño, sino si ellas resultan antijurídicas.”<sup>14</sup> En otras palabras, “no

---

<sup>9</sup> Dicen: “Que corresponde analizar ahora si las expresiones vertidas por José Carlos Martínez gozan de tutela constitucional o si, por el contrario, ellas se encuentran más allá del ámbito de protección que ha delineado la jurisprudencia de esta Corte y pueden, en consecuencia, dar base a la responsabilidad fijada por los tribunales fueguinos.” Considerando 7 del voto de Rosenkrantz y Highton

<sup>10</sup> Considerando 7.

<sup>11</sup> Considerando 7, citando (Fallos: 320:1272). Y dice “En virtud de la íntima relación que existe entre la libertad de expresión y la democracia republicana, la protección que esta Corte ha reconocido a ese derecho es especialmente intensa en materias de interés público, como sin duda lo son aquellas vinculadas con el desempeño de altas funciones públicas en el orden provincial.” Considerando 7.

<sup>12</sup> Considerando 7.

<sup>13</sup> Considerando 9.

<sup>14</sup> Considerando 9.

todo daño es antijurídico”.<sup>15</sup> Para determinar si un dicho que daña genera responsabilidad cabe analizar “si exceden o no el marco constitucional que, a los efectos de promover un debate público robusto, protege la expresión de opiniones en materias de interés público.”<sup>16</sup> ¿Cómo determinamos esto?

Rosenkrantz y Highton reseñan una doctrina jurisprudencial de la Corte, que entiende que los dichos de una persona respecto a otra pueden ser clasificados en aserciones de hecho y en juicios de valor.<sup>17</sup> Las expresiones de hecho (o información) pueden ser falsas y dañar el honor de las personas. En estos casos emerge responsabilidad civil siempre que no se cumplen dos excepciones. Una es “el supuesto de Campillay”, según la cual queda eximido quien propale información que atribuye directamente a una fuente, utiliza un tiempo de verbo potencial, o deje en reserva la identidad del implicado. Otra excepción es el “caso de la real malicia”, según el cual “quien emite la información falsa no haya conocido su falsedad ni se haya comportado con una notoria despreocupación respecto de su veracidad o falsedad.”<sup>18</sup>

En cuanto a los juicios de valor, prosiguen los jueces, son aquellas que no pueden ser verificados por consistir en opiniones morales de las personas. Para explicar que un juicio de valor puede dañar pero no causar responsabilidad civil, los jueces citan el caso “Amarilla”. No hay responsabilidad cuando las expresiones no resultan “estricta e indudablemente injuriantes” o un “insulto o vejación gratuita”, “ya que solo corresponde tomar como objeto de posible reproche jurídico la utilización de palabras inadecuadas, esto es, la forma de la expresión y no su contenido pues este, considerado en sí, en cuanto de opinión se trate, es absolutamente libre.”<sup>19</sup>

Hecha esta clasificación—que, como se verá, es el marco conceptual desde donde se

---

<sup>15</sup> En otras palabras, si un dicho mío como “¡River Plate es lo peor que hay!” por una extrema susceptibilidad tuya, te causa un gran perjuicio (supongamos que entraste en ira, tomaste un cuchillo que estaba al alcance de tu mano, y te rayaste todo el cuerpo), yo no debo responder. Quizás haya culpa, conexión causal, y daño, pero falta antijuridicidad, puesto que no puede ser ilícita una expresión tal. La tradición dice que lo que se repara no es el *damnum* (daño) sino la injuria (injusticia). Ver la aguda explicación de Weinrib, E. (1995) *The idea of private law*, Cambridge: Harvard University Press.

Considerando 9.

<sup>17</sup> Considerando 9.

<sup>18</sup> Considerando 9.

<sup>19</sup> Considerando 9.

decide—los jueces proceden a justificarla.<sup>20</sup> “[L]a distinción entre hechos y juicios de valor ... se asienta sobre la base de que la veracidad o falsedad de las afirmaciones de hecho es susceptible de verificación empírica, mientras que la de las opiniones o juicios de valor no lo es.”<sup>21</sup> Más aún, “La distinción es jurisprudencialmente aceptada y resulta útil para la articulación de la protección constitucional de la libertad de expresión con la de otros derechos en situaciones donde lo que está en cuestión son las expresiones vertidas en el ámbito de un debate público que involucra a funcionarios o figuras públicas. Así, se ha dicho que no hay afectación del honor cuando se publican meras opiniones o juicios de valor.”<sup>22</sup>

Hasta acá<sup>23</sup> los jueces efectuaron una clasificación doctrinal, enunciaron las reglas de cada uno de los elementos clasificados, y validaron la clasificación—epistemológica y jurídicamente. En el considerando 11, el razonamiento comienza a cerrarse.

Dice Rosenkrantz y Highton:

las expresiones por las que el tribunal *a quo* condenó a José Carlos Martínez constituyen opiniones o juicios de valor y, por ello, deben ser evaluadas a la luz de la doctrina antes reseñada.<sup>24</sup>

Nuestros jueces aquí caracterizan el fenómeno bajo análisis en términos de un extremo de la clasificación recién presentada, reseñada y validada, y enfatizan que (una vez así calificado el fenómeno) como tal debe ser juzgado. Y enjuician:

Cabe anticipar que dichas expresiones no son “estricta e indudablemente injuriantes”<sup>25</sup>

Así concluido, agregan “Debe tenerse presente, asimismo, que la posibilidad de que los funcionarios públicos estén especialmente expuestos a la crítica, incluso ríspida, respecto del ejercicio de sus funciones, habilita un debate público robusto que resulta

---

<sup>20</sup> Esto sucede en el considerando 10.

<sup>21</sup> Considerando 10.

<sup>22</sup> Considerando 10.

<sup>23</sup> Desde el considerando 7 al 10.

<sup>24</sup> Considerando 11.

<sup>25</sup> Considerando 11.

indispensable para el desarrollo de la vida republicana y democrática. Es por ello que la Constitución Nacional protege no solamente la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas, sino también aquellas formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, dureza o causticidad, o que apelan a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, indudablemente molestas para los funcionarios”.<sup>26</sup>

Éste es, esquematizado, el razonamiento de Rosenkrantz y Highton de Nolasco.<sup>27</sup> El voto de los jueces soluciona la controversia apelando a un método tradicional. En otras palabras, la corte expone el derecho (la libertad de expresión no es absoluta; pero para que haya responsabilidad se debe violar un derecho; existen dos tipos de dichos que pueden ser antijurídicos; existen ciertas condiciones para que los dichos generen responsabilidad) y luego observa los hechos (Martínez emitió un juicio de valor) para inferir, según el derecho expuesto, las consecuencias del caso (la opinión de valor de Martínez no genera responsabilidad). En otras palabras, en su voto, Rosenkrantz y Highton, efectúan un razonamiento claramente subsuntivo.

*B. El razonamiento constitucional: La ponderación de Rosatti*

El juez Rosatti adhiere a la mayoría pero con voto propio. Su razonamiento es extenso y complejo. Luego de una serie de consideraciones introductorias, Rosatti argumenta que para resolver la tensión que existe entre dos derechos de igual peso se requiere de una “ponderación”. Lo llamativo es que luego de proponer esa metodología, nuestro juez (es mi impresión) termina subsumiendo. Analicemos:

Nuestro magistrado comienza su argumentación situando “el contexto conceptual y normativo a la luz del cual se examinará el asunto”.<sup>28</sup> Aquí menciona dos puntos. Primero, que los dichos del demandado califican como “juicios de valor” respecto al desempeño de un funcionario público. Y segundo, que para determinar si tales dichos

---

<sup>26</sup> Considerando 11.

<sup>27</sup> En el considerando 12), los jueces despejan la duda respecto a la solución que se le debería dar al caso en la hipótesis de que se tratara a los dichos como aserciones de hecho. Dicen “que de las constancias de la causa no surge que ellas sean falsas ni tampoco, en la hipótesis de que lo fueran, que el demandado las haya vertido con conocimiento de su falsedad o con total despreocupación a su respecto (Fallos: 310:508; 331:1530; entre otras).”

<sup>28</sup> Considerando 6 del voto del doctor Rosatti.

gozan del amparo constitucional, “deviene necesario ponderar” por un lado, “la protección constitucional de los derechos en tensión”, y por el otro “la naturaleza de las expresiones cuestionadas.”

En cuanto a la primera cuestión, dice que “el conflicto se evidencia en la medida en que” tanto “el derecho al honor y a la reputación profesional del actor” cuanto “el derecho a libre expresión de la demandada” se fundan en normas constitucionales.<sup>29</sup> Cita artículos constitucionales que reconocen al honor<sup>30</sup> y artículos constitucionales que reconocen a la libertad individual<sup>31</sup> y, luego de repetir consideraciones respecto al trato diferenciado que requieren los juicios de valor<sup>32</sup>, sustenta cada uno de los derechos en conflicto con opiniones de autores y fallos.<sup>33</sup> En defensa de la libertad de expresión cita a Joaquín V Gonzalez<sup>34</sup> y Fallos: 331:1530, y en cuanto a la importancia del honor, cita al italiano De Cupis.<sup>35</sup>

A seguido de estas consideraciones iniciales, nuestro juez, en su considerando 8, introduce el marco conceptual de una ponderación. Queda evidenciado, dice nuestro juez, que existe un “reconocimiento constitucional explícito de ambos derechos” (libertad de expresión y honor) y que estos están insertos “en un sistema constitucional que no reconoce derechos absolutos y propicia un equilibrio armónico en su ejercicio”.

Corresponde entonces que “la dilucidación de un conflicto o tensión entre ambos requerirá la ponderación de:

---

<sup>29</sup> Considerando 6.

<sup>30</sup> Menciona al art. 33 de la Constitución Nacional y, a través del 75 inc. 22, a los arts. 11 y 13.2.a del Pacto de San José de Costa Rica, arts. 17 y 19.3.a. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y al art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Considerando 6.

<sup>31</sup> Menciona al art. 14 y 32 de la Constitución Nacional y, a través del 75, inc. 22, al art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Considerando 6.

<sup>32</sup> Considerando 6.

<sup>33</sup> Considerando 7.

<sup>34</sup> “[L]a “principal importancia constitucional de la libertad de prensa 'está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres...” (Conf. González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", pág. 167, citado en Fallos: 331:1530; 333:1331).” Considerando 7.

<sup>35</sup> “[L]a dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona” De Cupis, A. (1982) *I diritti della personalità*, Ed. Milano: Milán..Considerando 7.

i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de uno justifica la restricción del otro.

Y dice:

Un juicio de ponderación en ese lineamiento conducirá a que en algunos casos la balanza se incline hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho al honor.<sup>36</sup>

Estando a mi juicio planteado el método de búsqueda de la verdad jurídica, nuestro juez se embarca en un movimiento inesperado. No procede a balancear el grado de afectación del honor del demandado, la importancia de la satisfacción de la libertad de opinión, y si el cuidado del honor del demandante en el caso concreto implica la restricción de la libertad de opinión del demandado. No. Por el contrario, nuestro juez se embarca en un razonamiento más complejo. El proceso dura, a mi juicio, cinco pasos.

Primero, el juez agrega a lo ya dicho un conjunto de criterios de interpretación, que “se presentan como parámetros razonables para arribar a una solución justa y equilibrada”.<sup>37</sup>

Dice:

En la concreción de esa tarea, se presentan como parámetros razonables para arribar a una solución justa y equilibrada: i) las circunstancias concretas en las que las expresiones debatidas se exponen, ii) la mayor o menor virulencia de las locuciones y/o frases utilizadas y el contexto en el que fueron expuestas, iii) su tono humorístico o mordaz, iv) el hecho de afectar al agraviado solo en relación con su comportamiento y desempeño como titular de un cargo público y no en su faceta íntima y privada en la medida en que estos aspectos -donde la tutela constitucional alcanza su máxima intensidad- no resulten relevantes para el debate político, v) la finalidad de crítica política perseguida, vi) la relevancia pública del asunto, y vii) la contribución (o la ausencia de contribución) a la formación de la

---

<sup>36</sup> Cita extraída de la causa “Kimel, E. c/ República Argentina”, sentencia de 12 de mayo de 2008, párrafo 88, doctrina receptada en Fallos: 335:2150; 336:1148; 337:921. Considerando 8 primer párrafo.

<sup>37</sup> Considerando 8 segundo párrafo.



opinión pública libre.<sup>38</sup>

Luego de esto, nuestro magistrado introduce un principio general, que dice “que ante la tensión o conflicto” entre la libertad de opinión y “el derecho al honor y a la reputación del funcionario, ellos se resuelvan en sentido de otorgar mayor protección al primero y de asignar un mayor sacrificio a los que tienen en sus manos el manejo de la cosa pública.”<sup>39</sup>

En tercer lugar, Rosatti procede a enunciar una excepción al principio planteado anteriormente—“no hay un derecho al insulto”<sup>40</sup>—y vuelve a elevar la libertad de expresión por sobre el honor. Dice “resulta prioritario adoptar un criterio estricto en la ponderación de los presupuestos exigidos para el nacimiento del deber de reparar.”<sup>41</sup>

En un quinto momento<sup>42</sup> Rosatti hace surgir una “consecuencia del análisis precedente”, que a mi modo de ver consiste en una doctrina jurisprudencial acerca de la responsabilidad civil por dichos acerca del desempeño de funcionarios públicos. Dice:

la libertad de expresión manifestada como juicio crítico o de valor o como opinión goza de la más amplia protección constitucional frente al derecho al honor y a la reputación personal' en la medida que:

- a) se inserte en una cuestión de relevancia o interés público;
- b) se refiera al desempeño o conducta de un funcionario o figura pública en el marco de su actividad pública;
- c) se utilicen frases, términos, voces o locuciones que guarden relación con la cuestión principal sobre la que se emite la expresión; y no excedan el nivel de

---

<sup>38</sup> Considerando 8.

<sup>39</sup> Que justifica diciendo “El hecho de que se hayan expuesto voluntariamente a una actividad pública -y a las consecuencias que de su ejercicio se derivan-, así como el mayor acceso a los medios periodísticos para repeler las expresiones y/o opiniones críticas, constituyen elementos que justifican la prevalencia de la protección del derecho a la libertad de expresión, el que cabe considerar comprensivo no solo de “...la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población” (confr. doctrina de Fallos: 310:508; 316:2416; 321:2558; 326:4136; 331:1530; 335:2150; 336:1148; 337:921, entre otros). Considerando 9 (las cursivas son del voto).

<sup>40</sup> Considerando 10.

<sup>41</sup> Considerando 10.

<sup>42</sup> Considerando 11.

tolerancia que es dable exigir a quienes voluntariamente se someten a un escrutinio riguroso sobre su comportamiento y actuación pública por parte de toda la sociedad;

b) cuente, en su caso, con una base fáctica suficiente que dé sustento a la opinión o juicio crítico o de valor al que se halle estrechamente vinculada; y

e) contribuya a la formación de una opinión pública necesaria para la existencia de un pluralismo político en una sociedad democrática.<sup>43</sup>

Es luego de dicha regla jurisprudencial que nuestro juez, finalmente, resuelve el caso (considerando 12):

En tanto enmarcadas en una severa crítica sobre el rol que desempeñaba un funcionario público en temas que comprometían la defensa del erario público provincial - lo cual debe ser entendido como acto derivado del legítimo ejercicio de control de los actos de gobierno- dichas expresiones no son aptas,' en principio, para generar responsabilidad civil. La circunstancia de que pudieran ser consideradas desacertadas, irrazonables y aun en el límite de la medida que sería deseable en el marco de este tipo de debates, no basta por sí solas para calificarlas como denigrantes o vejatorias, teniendo en consideración que guardan relación directa con el objeto del discurso. Tampoco refieren a aspectos vinculados al ámbito familiar o íntimo del funcionario (reducto que goza de la máxima protección constitucional aun para quienes voluntariamente se dedican o involucran en la función pública) que resulten innecesarios para la formación de la opinión pública y/o carentes de vinculación directa con el asunto público concernido, pues en tal caso es probable que la solución sería distinta a la que se propone en el *sub examen*.

[...]

En definitiva, la decisión apelada que atribuyó responsabilidad a José Carlos Martínez con motivo de sus expresiones constituye una restricción indebida al

---

<sup>43</sup> Considerando 11.

ejercicio de la libertad que desalienta el debate público en temas de interés general, siendo susceptible de propiciar "*futuros actos de indeseada autocensura*" (conf. doctrina Fallos: 321:2558). Corresponde que sea revocada.<sup>44</sup>

Éste es el razonamiento del doctor Rosatti. En contraste con el de Rosenkrantz y Highton, no se propone resolver la cuestión desde un punto de vista doctrinal, clásico. Rosatti por el contrario expresa su intención de efectuar un razonamiento de ponderación. Esto sucede en el considerando 8), en el que nuestro juez menciona dos premisas (que existen dos derechos en juego, y que ninguno de ellos goza de prevalencia) de las que deriva la conclusión de que para resolver el caso hay que recurrir a una ponderación de (a) el grado de afectación del honor del demandante, (b) la importancia de satisfacer la libertad de opinión del demandando, (c) y si el cuidado del honor del demandante en el caso concreto implica la restricción de la libertad de opinión del demandado.<sup>45</sup> Lo curioso es que, en contra de lo que uno hubiera esperado (que Rosatti proceda a elaborar los puntos a), b) y c)), nuestro juez procede a desarrollar una larga serie de puntos ("parámetros razonables para una solución justa y equilibrada"; una regla de prevalencia de la libertad de opinión respecto al honor; una excepción a la regla recién enunciada; un criterio de interpretación en sede de responsabilidad civil; y una robusta doctrina jurisprudencial, de 5 premisas), para recién concluir el caso.

C. *Nota de relieve: Se anuncia una cosa y se hace otra*

Es de notar que la lectura de la conclusión (arribada en el considerando 12) en compañía con la doctrina jurisprudencial elaborada en el considerando 11, genera la sensación de que la conclusión es una verificación de (o subsunción del caso en) las premisas que componen la doctrina. En efecto, cuando en la conclusión, nuestro juez dice que las

---

<sup>44</sup> Considerando 12.

<sup>45</sup> Premisas que ciertamente concuerdan con los pasos en que los teóricos de la ponderación clasifican el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Ver, por ejemplo, Alexy, R. (2008) "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en *La Ley*, p. 2. De allí el siguiente fragmento: "saber qué es la ponderación presupone conocer su estructura. La ley de la ponderación indica que la ponderación puede ser fragmentada en tres etapas. La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio."

expresiones del demandado se encuentran “enmarcadas en una severa crítica sobre el rol que desempeñaba un funcionario publico”, parece hablarnos del inciso (b) de la regla del considerando 11, que dice que la declaración de una persona goza de protección constitucional cuando “se refiera al desempeño o conducta de un funcionario o figura pública en el marco de su actividad pública”. Más aún, cuando nuestro juez dice “en temas que comprometían la defensa del erario público provincial” parece referirse al inciso (a) de la regla, que tiene por lícita a una declaración cuando “se inserte en una cuestión de relevancia o interés público”. Y así, cuando dice “La circunstancia de que pudieran ser consideradas desacertadas, irrazonables y aun en el límite de la mesura que sería deseable en el marco de este tipo de debates, no basta por sí solas para calificarlas como denigrantes o vejatorias, teniendo en consideración que guardan relación directa con el objeto del discurso” parece referirse al inciso c) primera parte, que hace prevalecer la libertad por sobre el honor cuando “se utilicen frases, términos, voces o locuciones que guarden relación con la cuestión principal sobre la que se emite la expresión”. Finalmente, cuando dice “Tampoco refieren a aspectos vinculados al ámbito familiar o íntimo del funcionario” parece nos habla del inciso c) segunda parte, que protege a las declaraciones que “no excedan el nivel de tolerancia que es dable exigir a quienes voluntariamente se someten a un escrutinio riguroso sobre su comportamiento y actuación pública por parte de toda la sociedad”.

## 2. *Scocco, Gabriel vs. Embotelladora del Atlántico S.A. y otros s/ Medidas preparatorias*

Nuestro siguiente caso es *Scocco, Gabriel vs. Embotelladora del Atlántico S.A. y otros s/ Medidas Preparatorias*, resuelto en 2006, por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.<sup>46</sup> Scocco prestaba servicios de limpieza a una embotelladora de la red Coca-Cola. Como contraprestación, la embotelladora le permitía retirar y comercializar por su cuenta una determinada cantidad del material que se obtiene a partir de la molienda de botellas y cajones en desuso. La molienda se realizaba con máquinas de la embotelladora y en sus propias instalaciones. Un cierto día la embotelladora prohíbe a Scocco continuar con la actividad dentro de su planta. Ante dicha decisión, Scocco adquiere un terreno y

---

<sup>46</sup> La descripción que procede es resumen de la descripción de los hechos efectuada por la Corte en su considerando 1.

maquinarias propias para continuar con la actividad. En este nuevo contexto, Scocco reclama un aumento de la cantidad de kilos de material que podía retirar a cambio de la limpieza, puesto que, según argumentó, se había producido “un quiebre de la ecuación económico-financiera del contrato”, al tener que moler con máquinas y en instalaciones propias. Luego de sendas negativas a revisar el contrato, la embotelladora notifica a Scocco el cese del vínculo. Aquí se presenta un hecho que agrava la situación de este último. Las botellas y cajones que había acumulado en sus instalaciones, y que no podía procesar por faltas de fondos, llevó a que la municipalidad local lo sancionara, por incumplimiento de la normativa sobre tratamiento de residuos.

Scocco interpone acciones contractuales y extracontractuales. Pero a fin de fundar “concreta y suficientemente” sus demandas, requiere se dispongan medidas preparatorias de juicio ordinario, en el sentido del art. 396 del Código Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.<sup>47</sup> Las medidas consistían en que un oficial de justicia fotocopiara una documental de la embotelladora que, según Scocco, resultaba necesaria para la dilucidación de las dos cuestiones de fondo. En lo que respecta a las pretensiones contractuales, Scocco pedía que se inquiriera acerca de la ecuación que rige el contrato entre la demandada y la empresa que lo había remplazado. En cuanto a la demanda extracontractual, Scocco pedía que se verificara, por ejemplo, “si existen disposiciones o normas, circulares, recomendaciones, memorándums, etc. sobre el tratamiento de los desechos industriales que hubiesen sido emitidos por la empresa The Coca-Cola Company”.<sup>48</sup>

La jueza de primer grado ordena se libre mandamiento al oficial de justicia a que, “con todas las facultades de ley”, proceda a extraer “fotocopias de la documental requerida”. La demandada interpone un recurso de revocatoria, a la que otro juez de grado hace lugar. El argumento del juez revocante era que se permitía al funcionario actuante “abrir cajones, armarios y archivos para encontrar documentación en principio indeterminada” “sin tener en cuenta que por esa vía, quedarán enterados los actuantes obligados a la

---

<sup>47</sup> El art. 396 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe establece, en lo pertinente, que “La orden de exhibición de documentos ... que haya de ser objeto de pleito se llevara a efecto compulsivamente. Si no fuera posible, por haber el requerido ocultado, destruido o dejado de poseer los [documentos], será responsable de los daños y perjuicios”.

<sup>48</sup> Todo según la descripción de los hechos efectuada por la Corte en considerando 1.

lectura, de diversas alternativas del giro comercial de los afectados”. Por otro lado, decía el revocante que la medida no armonizaba “con la letra ni con el espíritu de la ley procesal en su art. 390 inc. 4º”,<sup>49</sup> ya que esta norma no ampara una situación “en la que con toda evidencia se está produciendo de antemano una prueba que ha de utilizarse para confirmar la pretensión de la demanda, sin noticia ni audiencia de quien haya de ser demandado, habiéndose omitido cumplir el art. 397 CPCC”.<sup>50</sup>

La Cámara deja sin efecto la decisión del revocante,<sup>51</sup> lo que motiva un recurso de inconstitucionalidad, que es admitido y favorablemente acogido por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.<sup>52</sup> El juez votante es el doctor Spuler. Según mi lectura del fallo, Spuler efectúa dos movimientos argumentativos. En el primero, nuestro juez propone una solución al caso, desde mi punto de vista, tradicional: por un lado analiza el caso de acuerdo a la doctrina procesal elaborada en torno a los artículos del código de rito que regulan el instituto de las medidas preparatorias para juicio ordinario, y por el otro, entiende que la demandada queda protegida por el art. 1 de la ley 24.766 de confidencialidad sobre información. En el segundo momento, nuestro juez contesta un posible ataque a su solución. Este ataque es la acusación de no satisfacer la demanda por aplicar la ley escrita. Es en esta defensa donde nuestro juez aplica un razonamiento de proporcionalidad. Analicemos.

#### A. *El razonamiento tradicional*

---

<sup>49</sup> El art. 390 inc. 4º dice: “El juicio ordinario podrá prepararse pidiendo el que pretenda demandar: ... 4to. Que se exhiba algún testamento u otro documento cualquiera que sea menester para entablar la demanda.” <sup>50</sup> El art. 397 CPCC dice: “Las medidas preparatorias se realizarán con citación de parte si la urgencia del caso lo permite o con intervención del Ministerio Fiscal en caso contrario.”

<sup>51</sup> Argumenta, entre otros puntos, que la violación al derecho a la confidencialidad que resultaría en la “inspección general y pormenorizada de toda la documentación” en realidad quedaría obviada si el trámite contara con la colaboración de personal idóneo de las empresas demandadas, que seleccione la documental objeto de las medidas preparatorias. También argumentó la cámara, “con relación a la tesis de que las medidas configurarían en realidad la producción de prueba anticipada”, que “el ejercicio de eventuales pretensiones de “orden contractual” y de “índole extracontractual” y el “fundamento de la medida” ... satisfacen cabalmente la mención del “motivo por el cual se solicitan”...”. En considerando 1 del voto de la Corte.

<sup>52</sup> “[A]graviándose en su presentación de que en el caso la Alzada ha efectuado una interpretación irrazonable de la ley, forzando su letra a fin de acoger figuras ajenas al instituto regulado, con ignorancia de los límites propios impuestos por las normas procesales a las medidas preparatorias, arribando a una solución sustentada en meras afirmaciones dogmáticas que viola el derecho a la jurisdicción garantizado por el orden constitucional.” Considerando 2.

Spuler comienza su argumentación<sup>53</sup> diciendo que el a quo yerra en su razonamiento porque debía “hacerse cargo” de dos “concretas defensas planteadas por su contraparte”. La primera tiene que ver con la relación que debe existir entre las medidas preparatorias y la demanda que se pretende preparar. Spuler destaca que el a quo “postula sin más que la actora había satisfecho la exigencia establecida por el artículo 394 del código de rito respecto a que las medidas sean pedidas ‘expresando claramente el motivo por el cual se solicitan y las acciones que se proponen deducir o el litigio cuya iniciación se tema’”<sup>54</sup>. “[S]in ingresar en una suerte de ‘ante-juicio’ que importe prejuzgar sobre la viabilidad de eventuales demandas, resulta irrazonable y ajeno a las finalidades del instituto en juego el despacho de las mismas sin efectuar el previo examen de verosimilitud que permitirá desechar aquellas que fuesen ‘notoriamente improcedentes’” Y cita al artículo 394, 2° párr., C.P.C.C. y a Carlo Carli, “La demanda civil”, Lex, Bs. As., 1973, p. 55.

El segundo defecto de la sentencia en crisis tiene que ver, al decir de Spuler, con “la tutela debida a concretos derechos o intereses (Jhering) reconocidos explícitamente por la legislación vigente ... vinculados con la protección de la confidencialidad de ciertos documentos requeridos por la actora”. En su argumentación, Spuler vincula este punto con el anterior. La necesidad de argumentar la pertinencia de las medidas “resultaba especialmente necesaria en este caso a poco que se repare en la naturaleza y características de las medidas articuladas, referidas a la exhibición de documentos ora vinculados en su mayoría con aspectos de la actividad empresarial amparados por la ley de confidencialidad (n° 24.766)”.

Ése es, básicamente, el primer movimiento argumentativo de nuestro juez. Como se ve, el argumento reviste el carácter de un típico argumento jurisdiccional. En un primer

---

<sup>53</sup> El argumento comienza en el considerando 3.

<sup>54</sup> Artículo 394. (Texto cfr. Ley 13.151) Las medidas preparatorias se pedirán expresando claramente el motivo por el cual se solicitan y las acciones que se proponen deducir o el litigio cuya iniciación se tema. El Juez accederá siempre y sin sustanciación alguna, a no ser que las considere notoriamente improcedentes. Las diligencias pedidas por el que pretende demandar no tendrán valor si no se entabla demanda o si no se inicia el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, en su caso, dentro del término de quince (15) días de practicadas, sin necesidad de petición de parte o declaración judicial. De igual modo, también caducarán automáticamente si no se entabla la demanda dentro de los quince (15) días de firmada el acta de finalización del mismo. En caso de reconocimiento ficto, los quince (15) días correrán una vez ejecutoriado el auto que lo declare. El auto en que se despachen las diligencias preparatorias no es apelable, pero sí el que las deniegue. El que las disponga contra un tercero que no haya de ser parte en el juicio será apelable en efecto devolutivo.

momento plantea que el tribunal anterior dio lugar a un efecto de la ley procesal (ordenar medidas anticipadas) sin exponer acabadamente que se verifican los supuestos de hecho que habilitan tales efectos (estipulados en el art. 394 del código de rito). Se trata de un razonamiento de subsunción (la ley dice que Y sigue de X; no se verifica X; luego no sigue Y), acompañado de discusiones doctrinales.<sup>55</sup> El mismo carácter ostenta el segundo argumento, que versa sobre la ley de confidencialidad (la ley 24.766) que, según Spuler, aparece violentada con las medidas a las que el a quo da lugar sin previo análisis.

*B. El razonamiento constitucional: La proporcionalidad*

Pudiendo haber estado ya definida su posición, Spuler procede a desarrollar el siguiente razonamiento.

En particular considero que merece severos reparos la ausencia de ponderación de las consecuencias que, sobre el derecho de E.D.A.S.A. a "impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros" (artículo 1, ley 24.766), tenían las medidas genéricamente despachadas a fs. 66, pues si bien es cierto que el derecho a la confidencialidad -que en última instancia encuentra su fundamento en la inviolabilidad del derecho de propiedad y en las exigencias del bien común vinculadas a su protección- no es absoluto, debiendo retroceder cuando razones de justicia suficientes así lo exijan, no es menos cierto que dicho retroceso sólo es constitucionalmente admisible si se cumplen las exigencias de proporcionalidad vinculadas con la menor restricción posible y, lo que es lo mismo, el empleo de los medios menos gravosos para obtener el fin buscado (vide Alexy, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 111 y ss.).

Me gustaría comentar dos puntos. Primero, es de notar que el juez opinante efectúa su razonamiento de ponderación para disipar un posible argumento en contra de su decisión. Nuestro juez había ya fundado su decisión con una argumentación típicamente legalista. Lo que hace con el argumento de la ponderación es decirnos que es verdad que él podría

---

<sup>55</sup> Esto sucede cuando nuestro juez subraya que "el previo examen de verosimilitud" que requieren las medidas preparatorias no contradicen el principio de que no corresponde "ingresar en una suerte de 'antejuicio' que importe prejuzgar sobre la viabilidad de eventuales demandas." Y cita al artículo 394, 2° párr., C.P.C.C. y su doctrina: Carli, C. (1973) *La demanda civil*, Lex: Buenos Aires, p. 55.



revisar el derecho positivo (relativizar el derecho consagrado en el art. 1 de la ley 24.766), pero que no lo hace, debido a que no se cumplen las exigencias de la proporcionalidad. Segundo, y relacionado a esto, es que, según nuestro juez, el medio adecuado para revisar el derecho vigente es el análisis de proporcionalidad. Dice "... si bien es cierto que el derecho a la confidencialidad ... no es absoluto, debiendo retroceder cuando razones de justicia suficientes así lo exijan, no es menos cierto que dicho retroceso *sólo es constitucionalmente admisible* si se cumplen las exigencias de proporcionalidad vinculadas con la menor restricción..." (las cursivas son mías). Es también relevante, en tercer lugar, el hecho de que cite la obra de Robert Alexy. En otras palabras, su tesis de que la proporcionalidad es el medio adecuado para revisar el derecho vigente no es apoyada con cita a artículos de la constitución, ni fallos de la corte, ni doctrina constitucional de fuste. Cita a un libro de un jurista alemán, que habla de filosofía del derecho.

En los párrafos que sigue a la cita recién comentada, Spuler no argumenta explícitamente cuál sería un medio menos gravoso para obtener el fin buscado, pero sí enfatiza que el medio elegido por el a quo es del todo desproporcionado. Dice:

se advierte que precisamente en el caso, al proveer favorablemente -y de manera irrestricta- a las exhibiciones de documentales solicitadas por Scocco, la Sala dio indeliberadamente curso a una medida que por sus alcances (baste reparar en los genéricos términos empleados por la actora) podría afectar aspectos esenciales del referido "derecho a la confidencialidad" de E.D.A.S.A. (e incluso de quienes aparecen vinculados jurídicamente a la marca "Coca Cola"), el cual resulta sacrificado incluso en aspectos - como las "normativas o standards de producción que The Coca-Cola Company fija para las embotelladoras que operan con ella", o la "papelería que posibilita establecer qué capacitación y actualización sobremétodos de garantía de calidad ha recibido EDASA" de Coca Cola, o el "programa Wastesmart", o el "sistema de gestión ambiental de Coca-Cola", entre otra documentación

En este punto no está de más insistir en que... resultaba imprescindible formular las correspondientes distinciones en orden a la procedencia o no de su exhibición

por vía judicial, para no cohonestar -reitero- afectaciones innecesarias al secreto industrial/comercial/empresario o habilitar planteos ajenos al ámbito propio de las medidas preparatorias, distinciones que no corresponde que esta Corte formule, debiendo por ello ser realizadas por el Tribunal a quien le incumba juzgar nuevamente la causa.

En suma. El argumento, aunque gramaticalmente complejo, es inteligible. En este segundo momento nuestro juez nos dice que si está autorizado a revisar la ley escrita (el art. 1 de la ley 24.766). Pero para ello, deben darse las condiciones de la proporcionalidad. Es decir, debe encontrar un medio menos gravoso (del derecho de confidencialidad) para lograr el fin requerido (obtener información de fuste para la sustanciación de la demanda).<sup>56</sup> Se vislumbra que el medio menos gravoso podría haber sido una determinación más precisa, enumerada, de los documentos a exhibir. No fue así; pues se procedió a pedir exhibiciones genéricas.

C. *Nota de relieve: Los jueces se sienten llamados a modificar la ley*

Me interesa llamar la atención sobre un punto. Como dijimos, el caso podría haber quedado resuelto sólo con el primer argumento; el que se elabora con doctrina procesal y la ley nacional 24.766. El análisis de proporcionalidad aparece para reforzar la decisión tomada. Aquí viene mi punto: ¿Por qué se refuerza el argumento? La respuesta que me gustaría ensayar es esta: Una lectura atenta del argumento sugiere que en la conciencia de nuestro juez existe una suerte de obligación moral de cambiar el derecho positivo para dar respuestas satisfactorias a las demandas de los individuos. Más explícitamente, es como si el juez dijera “si bien es cierto que el derecho positivo puede ser cambiado por los jueces, y aún más cuando en el caso una parte aparezca como vulnerable frente a la

---

<sup>56</sup> En la teoría de la proporcionalidad, el análisis procede en tres pasos: el llamado “análisis de idoneidad”, el llamado “análisis de necesidad” y el llamado “análisis de proporcionalidad en sentido estricto”. Ver Clericó, L. (2018) “Derechos y proporcionalidad: Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, p. 160-185.

Spuler no elabora un examen exhaustivo. El primer paso, “examen de idoneidad”, está supuesto como satisfactorio. Lo que las pretensiones de Scocco no logran superar es el “examen de necesidad”. La tesis es que existen medios alternativos que podrían permitir realizar el interés de Scocco (obtener información para fundar su demanda) sin afectar (de tal manera) el interés de E.D.A.S.A. Uno de los “medios menos gravosos para obtener el fin buscado” es si acaso se especificaran particularmente los documentos que se necesitan, y para qué fines procesales.

otra (Scocco frente a una embotelladora de la red Coca-Cola), en este caso no corresponde hacerlo, puesto que sería desproporcionado.” Este sentir judicial de un deber de cambiar el derecho legislado no es algo intuitivo. Se piense, no sería exagerado decir que una de las características más definitorias del derecho de los estados (en nuestro caso, el derecho argentino, desde 1853 hasta finales de siglo xx) es la premisa según la cuál al derecho lo formulan los legisladores con sus leyes, y los jueces deben limitarse a aplicar el derecho legislado. Hablo del llamado “legalismo” o ideal positivista. En esta consciencia que noto en el supremo juez Spuler, lo que habría que justificar con un párrafo argumentativo no es la desviación de la ley, sino que el juez *no se está desviando* de la misma.<sup>57</sup>

### *3. Jaime Sale y Cia. s/Disolución y Liquidación de Sociedad – Incidente de Tercería deDominio*

El tercer caso que analizaré es Jaime Sale y Cia s/Disolución y Liquidación de Sociedad– Incidente de Tercería de Dominio, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Tucumán, en 2018. La Sra. María Cristina Scro de Herrera era poseedora de un inmueble que su fallecido marido había adquirido por boleto de compraventa. La adquisición no había sido inscripta en el registro de la propiedad, pero la Sra. habitaba el inmueble como su vivienda. Un acreedor del vendedor/transfiriendo interpone un embargo sobre el inmueble (puesto que el mismo—valga la redundancia—figuraba en el registro inmobiliario como un bien de su deudor). La sentencia de primer grado y la Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Tucumán consideró “que resulta dirimentela cuestión de la publicidad de la transferencia”; “el boleto de compraventa que invoca ensu favor la Sra. Scro de Herreara no ha sido inscripto en el Registro Inmobiliario, y en tales condiciones no puede ser opuesto al acreedor embargante; más aún cuando no se encuentra demostrado que ésta tuviera conocimiento efectivo de la posesión alegada por

---

<sup>57</sup> Esta actitud ha sido harto tratada por la doctrina. Se trata del activismo judicial. Ver el agudo trabajo critico de Bayón, J. (1996) “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional” *Jueces para la democracia*, no 27, pp. 41-49. También al caso las recomendaciones de Vigo, R. (2009) “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones” en *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Nueva Época*, 1(7), p. 255-288.

la tercerista.”<sup>58</sup>

Recurrida la sentencia, el caso es resuelto a favor de la tercerista por voto único de la Suprema Corte. Lo interesante del caso es el contraste del razonamiento de la corte con el razonamiento que elabora el Ministerio Público Fiscal en su dictamen de admisión. Como veremos, ambos argumentan que debe hacerse lugar a lo planteado por la tercerista. No obstante, mientras el ministerio público fiscal argumenta desde un punto de vista clásico—echando mano a categorías del derecho privado de toda la vida—la Corte apela a una argumentación desde los derechos humanos. Analicemos primero el dictamen del Ministerio Público Fiscal.

A. *Un razonamiento tradicional*

El Ministro Público Fiscal comienza su argumentación descartando que al caso se le deba aplicar el Código Civil y Comercial,<sup>59</sup> puesto que los hechos que daban origen a la pretensión de la tercerista acontecieron en fecha anterior a la entrada en vigencia del mencionado cuerpo normativo. Con todo, el Ministro considera que la agraviada tiene razón en su reclamo. Su argumento comienza con una descripción del caso:

En el caso de autos tenemos a un poseedor de un inmueble (la tercerista, señora Scro de Herrera) al que le fue embargado el bien a raíz de un crédito (del martillero Illanes Faciano) en contra del titular dominial de inmueble (señor José César Díaz) que, obviamente, no coincide con el poseedor.<sup>60</sup>

Descripto los hechos relevantes, el Ministro Fiscal procede a efectuar una calificación jurídica:

---

<sup>58</sup> Todo según considerando III del dictamen del Ministro Público Fiscal.

<sup>59</sup> La recurrente había postulado que la sentencia de cámara violaba el art 1170 y 1171 del Código Civil y Comercial. Y es verdad que el artículo 1170 la protege, puesto que dice “El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.”

<sup>60</sup> Considerando V del dictamen del Ministro Público Fiscal.

De esto surge [que] la poseedora tercerista por boleto es titular de un derecho real provisional y también de un jus ad rem. Su derecho emana del titular mismo del derecho real definitivo, es decir de José César Díaz.<sup>61</sup>

Así calificado el caso, nuestro Fiscal desarrolla una explicación de su conclusión:

El vendedor por boleto que hace entrega voluntaria de la posesión no solamente se desprende del factum posesorio, del jus possessionis y de las acciones posesorias que lo tutelan, sino también de la mismísima acción que tutela su jus possidendi, es decir de la partícula más importante que integra el contenido de su derecho de dominio.<sup>62</sup>

En otras palabras, el vendedor por boleto que hace entrega de la cosa, transfiere la acción que tutela su jus possidendi. Esta es “la partícula más importante que integra el contenido de su derecho de dominio”. De allí que el comprador, con la transferencia, adquiere un derecho real.

Siendo esta la situación jurídica del comprador, concluye:

Su situación no puede ser asimilable a la de un acreedor común embargante, portador de un jus in personam

En otras palabras, la situación de la adquirente, en tanto que es titular de un derecho real sobre el bien en disputa, es mejor que la del acreedor, en tanto que es un mero acreedor personal del transmitente, y por lo tanto debe prevalecer. Luego de citar en apoyo de su conclusión a Fernando López de Zavalía<sup>63</sup>, nuestro Fiscal anota una doctrina de la

---

<sup>61</sup> Considerando V.

<sup>62</sup> Considerando V.

<sup>63</sup> López de Zavalía, F. (1989) *Derechos Reales. Tomos I y III*. Zavalía: Buenos Aires. p 139 y T III p.436.

Suprema Corte tucumana, <sup>64</sup> que dice “en nuestro sistema la tradición no solamente cumple la función de modo de adquisición del derecho real, sino también la de medio de publicidad, que en ciertos especiales supuestos ha de vencer a la publicidad tabular; y tal es ... la hipótesis... del párrafo agregado al art. 2355 del C. Civil, a cuyo tenor ‘se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe mediando boleto de compraventa...’”.<sup>65</sup>

Y termina su razonamiento con este refuerzo:

Si el acreedor “a la cosa” considerada en sí misma, aún cuando fuera de fecha anterior y compareciese con escritura pública inscripta no puede prevalecerse del déficit de registración frente al poseedor con boleto y buena fe, menos aún podrá hacerlo un acreedor común embargante que no esgrime un derecho específico a una cosa...<sup>66</sup>

De nuevo, si una persona que adquirió un inmueble por escritura pública registrada no tiene preferencia en su pretensión por la cosa ante el poseedor que la adquirió con boleto y buena fe, menos aún podrá hacerlo alguien que tiene una acreencia en abstracto (no a la cosa en cuestión) ante la persona que figura como titular en el registro.

*B. El razonamiento constitucional: Los derechos humanos*

El voto de la Corte tucumana es desarrollado por el magistrado Posse. Posse comienza adhiriendo a lo dicho por el ministerio público fiscal.<sup>67</sup> Lo interesante de su voto es el argumento que agrega. Recuerda nuestro magistrado su adhesión a una decisión pasada del supremo tribunal tucumano en la que se determinó que el nervio del asunto radica en determinar si el “supuesto en el que el inmueble embargado constituye la vivienda personal del tercerista” califica como una excepción a la doctrina tradicional, que

---

<sup>64</sup> Sentencia n 722 de fecha 12/08/14.

<sup>65</sup> Considerando V del dictamen del Ministro Público Fiscal.

<sup>66</sup> Considerando V.

<sup>67</sup> Considerando VI de la decisión de la Corte.

sostiene que lo que otorga oponibilidad a terceros es la publicidad de la adquisición. Y dice:

La respuesta afirmativa al interrogante planteado se impone, toda vez que ... la publicidad registral ... protege la apariencia jurídica ... salvo una norma constitucional de valor superior que permita otra interpretación (como es el supuesto del valor superior que se asienta en la protección de la vivienda personal).<sup>68</sup>

En otras palabras, todo lo que discuten los civilistas respecto a la publicidad registral tiene validez. No obstante, cuando está en juego una norma constitucional, que tiene “valor superior”, los jueces deben de efectuar “otra interpretación”. Posse continua argumentando que la excepción recién mencionada “tiene base constitucional”, puesto que “el art. 14 bis” proclama “la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Y agrega:

En relación a las normas que conforman el denominado “prisma constitucional” con que tiene que ser enfocada la particular situación que nos ocupa, debe señalarse que además del art. 14 bis de Constitución Nacional, existen también numerosos convenios internacionales suscriptos por nuestro país, que a partir de la reforma de 1994 integran el orden jurídico interno con jerarquía constitucional (art. 75 inc 22 Const. Nacional), y que contienen disposiciones en donde surge nítida la protección de la que ha sido objeto la vivienda familiar.<sup>69</sup>

Luego de citar una serie de acuerdos internacionales,<sup>70</sup> termina diciendo:

---

<sup>68</sup> Considerando VI.

<sup>69</sup> Considerando VI.

<sup>70</sup> El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, firmado en Nueva York el 19/12/66 y ratificado por ley 23.313, la Convención Internacional sobre todas las formas de discriminación racial, suscripta en Nueva York el 13/7/67 y ratificada por ley 17.722, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, formulada en París el 10/12/48, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948).

Sobre esta base normativa, puede concluirse que la protección de la vivienda familiar prevista en la Constitución Nacional y en los convenios internacionales suscriptos por nuestro país, constituye un principio cardinal que debe ser acatado al momento de interpretar el sistema jurídico, y que por lo tanto justifica la excepción al principio de prevalencia de la publicidad registral ...<sup>71</sup>

C. *Nota de relieve: Dos tradiciones en cuestión*

Como se ve, el razonamiento de la Corte tucumana es notablemente diferente al del Ministerio Público Fiscal, aunque ambos llegan a la misma conclusión. El Ministro Público Fiscal argumenta a la manera tradicional: Comienza con una descripción del caso; luego lo califica como una especie de relación jurídica (derecho real); justifica esa calificación y concluye con la premisa de que una de las implicancias de la relación jurídica del caso concuerda con la pretensión de la tercerista. Nuestro Ministro, es de notar, termina apoyando su tesis con un argumento típico de derecho privado. Si el poseedor adquirente por boleto de buena fe tiene preferencia por la cosa ante el vendedor que aparece en los registros como titular, cuanto más tendría preferencia aquel ante un acreedor de titular. Este argumento no es otra cosa que aplicación del conocido principio “quien puede lo más puede lo menos”.

El razonamiento del juez Posse es notablemente diferente. Para Posse la discusión civilista acerca de los medios de hacer públicas las adquisiciones de derechos es irrelevante. Lo que es relevante para nuestro juez, y por donde empieza, es en observar que el inmueble constituye la vivienda de una persona. Esto es relevante porque, como lo nota con citas a la constitución y a sendos tratados internacionales, argumentara desde el punto de vista del derecho humano a la vivienda. Nótese además la diferencia en el lenguaje que se usa. Nuestro fiscal habla de una “poseedora tercerista por boleto”, de un “embargante” y de un “titular dominial de inmueble”. Habla de una “entrega voluntaria de la posesión”, de un “factum posesorio”, “jus possessionis” y “acciones posesorias”, cosas estas que se sitúan como distintas a un “jus possidendi”, que es “la partícula” más

---

<sup>71</sup> Considerando VI de la decisión de la Corte.



importante “que integra el contenido de su derecho de dominio”. Estos son los términos de la tradición del derecho privado. Términos que aparecen en libros como “el Código Civil” o los “Derechos Reales” de López de Zavalía. Estos términos difieren notablemente de los que usa Posse. Éste habla del “ordenamiento fundamental del estado” y de la “vivienda personal”. Impera una “protección integral de la familia”. Existe un “prisma constitucional” desde el cual “tiene que ser enfocada la” situación que nos ocupa. Hay un “art. 14 bis de Constitución Nacional” y también sendos tratados, que decretan el “acceso a una vivienda digna”. Un “Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, que fue “firmado en Nueva York”, que vincula a “estados partes”.

Estas grandes diferencias me provocan la siguiente reflexión. Solemos pensar que el razonamiento desde reglas y el razonamiento desde principios forman parte de un solo sistema jurídico del estado. Ambos están ahí, para ser articulados por el juez, cuando sea necesario (las relaciones de complementariedad y conflicto que mencionamos en la introducción). Pero también podría elaborarse otro pensamiento. Decir que el razonamiento de principios forma parte de un discurso jurídico que nada tiene que ver con el discurso jurídico al que el razonamiento desde reglas pertenece. Se trata de dos propuestas de derecho, cada una con sus conceptos, métodos, y ambiciones de abarcarlo todo. Digamos, ensayando esta sugerencia, que el razonamiento de principios pertenece a una teoría del derecho que llamaremos “neoconstitucionalismo”. Ciertamente, el neoconstitucionalismo hace uso de reglas. Pero estas no son centrales para aquel. Puesto que siempre pueden ser revisadas. Digamos, por otro lado, que el razonamiento desde reglas pertenece a lo que llamaremos “la tradición del derecho privado”. Aquí las reglas consolidadas como “la posesión vale título”, “no hay otro derecho real que los enumerados taxativamente”, etc. son inquebrantables. Esto no significa que la tradición del derecho privado sea abnegada al cambio. Se podría decir que el derecho privado sí reacciona al cambio; tanto al cambio de valores cuanto al cambio de fenómenos. Pero, siguiendo con mi sugerencia, el método de adaptación al cambio que es propio a la tradición del derecho privado no es el análisis de proporcionalidad, ni siquiera el método que usan los jueces de corte cuando efectúan el clásico control de constitucionalidad.

Podríamos decir que a los cambios el derecho civil los acomoda con otras herramientas. Se piense en instrumentos como el concepto del contrato atípico. O en la analogía. También se piense en las instituciones innovadoras, desde institutos parecidos a los tradicionales, como “la promesa unilateral”, a institutos más controvertidos, como “la responsabilidad objetiva”, a instrumentos que parecen escaparse de los parámetros que definen a la tradición, como la teoría del abuso del derecho. Por último, ahí están los conceptos indeterminados como el “orden público”, “las buenas costumbres” y “la buena fe”.<sup>72</sup>

No hay duda que lo que antecede no es más que una reflexión. El caso Jaime que hemos analizado la sugiere. Y vale como un punto interesante para seguir investigando.

### *Conclusión*

En este artículo analicé tres casos de tres altas cortes de la República Argentina: Jaime Sale y Cia s/Disolución y Liquidación de Sociedad – Incidente de Tercería de Dominio, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Tucumán; Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ Daños y Perjuicios, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina; y Scocco, Gabriel vs. Embotelladora del Atlántico S.A. y otros s/ Medidas Preparatorias, de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Lo que me llevó a analizar estos tres fallos en un único artículo es que en los tres fallos se observa que una misma decisión puede ser fundamentada desde dos modos de razonamiento judicial—el típico razonamiento subsuntivo que se usa en casos de derecho privado, y el novedoso razonamiento desde los derechos constitucionales. El fenómeno en sí es ya interesante. Y es más interesante aún, si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones se piensa que “la constitucionalización del derecho privado” es un movimiento

---

<sup>72</sup> Quizás estos conceptos indeterminados sean lo más parecido que haya en la tradición del derecho civil a los principios del neoconstitucionalismo. Cabría investigar cómo los jueces de corte civil tradicional elaboraron soluciones desde los conceptos indeterminados del derecho privado, y entender si acaso el método de éstos difiere en algo relevante al método de los neoconstitucionalistas, aunque lo más probable sea que los desarrollos de los neoconstitucionalistas (como la teoría de la proporcionalidad) hayan sido intentos de generar progreso por sobre la vaguedad y simpleza de decir que aquí o allá hay “buena fe”, u “orden público” o “buenas costumbres”.

progresista, que se utiliza para lograr decisiones que el método tradicional es incapaz de procurar.

La lectura de los tres casos en conjunto tiene un valor agregado—cada uno de estos fallos pone en evidencia aspectos diferentes del fenómeno al que asistimos. Como vimos en la parte 3 de este artículo, Jaime Sala sugiere de manera persuasiva que el razonamiento desde reglas y el razonamiento desde los principios parecen no ser tanto algo como herramientas de un mismo derecho, cuanto pertenencias exclusivas de diferentes discursos jurídicos. Esto se enfatiza en el lenguaje y las citas de cada una de las decisiones. Mientras que el Ministro Público Fiscal habla de “poseedora tercerista por boleto”, “entrega voluntaria de la posesión”, “jus possessionis”, “partícula ... que integra el contenido de su derecho de dominio”, y cita a Fernando López de Zavalía, el vocal de Corte Posse habla desde el “ordenamiento fundamental del estado”, de un “prisma constitucional”, de la “protección integral de la familia”, y cita al “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Con el análisis de Martínez de Sucre, en la parte 1, observamos un segundo punto interesante. Éste es que si bien los jueces parecen empezar a “animarse” a efectuar razonamientos desde los principios constitucionales, (hallando tensiones entre derechos y efectuando juicios de ponderación), los mismos parecen no estar del todo habituados a ese tipo de razonamiento. Tal es así que, como se observa en el voto que analizamos, un juez puede anunciar que decidirá según una ponderación de principios, pero terminar decidiendo el caso con una subsunción del caso en una regla de derecho.

Por último, el caso Scocco, que analicé en la parte 2 de este artículo, muestra una actitud cada vez más preeminente en la judicatura. Una lectura atenta del fallo enseña que en la consciencia del juez votante existe una suerte de obligación moral de tener que cambiar el derecho positivo para dar una respuesta satisfactoria al demandante. Quizás se deba a que Scocco es parte débil frente a la embotelladora de la red Coca-Cola. Como sea, la actitud no deja de ser curiosa, sobre todo si se tiene en cuenta que uno de los sentires más comunes en la reflexión acerca del funcionamiento de nuestro derecho es la idea según la

cuál al derecho lo formulan los legisladores con sus leyes y que los jueces deben limitarse a aplicar el derecho legislado.

### *Bibliografía*

Alexy, R. (2008), “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *La Ley*, TR LA LEY, AR/DOC/2715/2008, 1-6.

Carli, C. (1973) *La demanda civil*, Lex: Buenos Aires.

Chaumet, M., Meroi, A. (2015) “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces?” p. 6. Disponible en [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-decapacitacionjudicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-decapacitacionjudicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf)

De Cupis, A. (1982) *I diritti della personalità*, Ed. Milano: Milán.

Gordley, J. (2013) *The Jurists: A Critical History*, Oxford: Oxford University Press.

Guzmán, N. (2019) *Discrecionalidad y justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, Astrea: Buenos Aires.

López de Zavalía, F. (1989) *Derechos Reales. Tomos I y III*. Zavalía: Buenos Aires.

Ranieri de Cechini, D. (2013). “El Neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com. El protagonismo del juez en el Estado de Derecho y el problema del método de ponderación”, *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.ucaedu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf>

Rueda, T. (2019) “Acerca de la constitucionalización del Derecho Privado”, en *Revista Derecho Constitucional. Universidad Blas Pascal*, (1), p. 38-50.

Weinrib, E. (1995) *The idea of private law*, Cambridge: Harvard University Press.

**VULNERABILIDAD Y ACCESO A LA JUSTICIA: LAS CIRCUNSTANCIAS  
SITUACIONALES DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA  
DOMÉSTICA EN ARGENTINA**

**VULNERABILITY AND ACCESS TO JUSTICE: THE SITUATIONAL  
CIRCUMSTANCES OF WOMEN VICTIMS OF DOMESTIC VIOLENCE IN  
ARGENTINA**

Ingrid Y. Rosas Villarrubia<sup>1\*</sup>  
CONICET-UNNE (Universidad Nacional del Nordeste)  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas

Resumen: El artículo busca profundizar en el estudio de las circunstancias situacionales y su relación con el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia doméstica. El objetivo del desarrollo del trabajo es analizar las normativas nacionales e internacionales vigentes en materia de Derechos Humanos para la protección de las mujeres víctimas de violencia doméstica y el impacto de las circunstancias situacionales de pobreza, género y violencia en el derecho de acceso a la justicia en las mujeres. La metodología que se empleará será cualitativa, se trabajará con el análisis hermenéutico empírico e interpretativo y el análisis-síntesis de las circunstancias situacionales presentes en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia. Las desigualdades en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia doméstica debido a la presencia de circunstancias situacionales condicionan su empoderamiento jurídico y dificultan el ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de paridad al hombre.

Palabras clave: discriminación, género, derechos humanos, acceso a la justicia, violencia de género

Abstract: The article seeks to deepen the study of situational circumstances and their relationship with access to justice for women victims of domestic violence. The objective of the development of the work is to analyze the current national and international regulations on Human Rights for the protection of women victims of domestic violence and the impact of the situational circumstances of poverty, gender and violence on the right of access to justice. in the women. The methodology that will be used will be qualitative, it will work with the empirical and interpretive hermeneutical analysis and the analysis-synthesis of the situational circumstances present in the access to justice of women victims of violence. Inequalities in the exercise of the right of access to justice by women victims of domestic violence due to the presence of situational circumstances condition their legal empowerment and hinder the exercise of fundamental rights in conditions of parity with men.

Keywords: discrimination, gender, human rights, access to Justice, gender violence

---

<sup>1\*</sup> [ingridrv@conicet.gov.ar](mailto:ingridrv@conicet.gov.ar) El presente artículo de investigación se desarrolla en el marco del PI: 20G001 "El desarrollo social inclusivo en Argentina. Políticas existentes y desigualdades persistentes (UNNE-Corrientes). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4782-0906>

## *I. Introducción*

El sistema normativo argentino organiza una estructura lógica en la búsqueda de la protección de los derechos humanos, entre ellos, los derechos de las mujeres. A tal fin, armoniza disposiciones de carácter nacional, regional e internacional.

En Argentina con la reforma constitucional del año 1994 se incorporan instrumentos internacionales de Derechos Humanos que adquieren al ser ratificados jerarquía supra legal, es decir, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75 inc. 22). Los once instrumentos internacionales detallados en el texto constitucional contienen los derechos humanos consagrados y reconocidos internacionalmente como derechos fundamentales.

Los tratados establecen DDHH en pro de la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de las personas. Para asegurar la vigencia efectiva de los derechos en todos los sectores y reforzar el compromiso de los Estados de garantizar la protección y vigencia de los derechos humanos fundamentales. Entre ellos, los relacionados con el acceso a la justicia y la igualdad en el acceso a los derechos con especial interés en los sectores vulnerables, en los que se encuentran las mujeres víctimas de violencia doméstica.

Además, de la adhesión a los instrumentos internacionales, nuestro sistema argentino reconoce jurisdicción y competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por ello, se someten a una jurisdicción regional internacional en caso de conflictos vinculados a los derechos reconocidos en los instrumentos.

En este trabajo analizamos el grupo vulnerable de mujeres víctimas de violencia doméstica. Las mujeres víctimas de violencia doméstica encuentran barreras en el acceso a la justicia que limitan la posibilidad de solicitar debida protección.

La importancia del estudio de las barreras en el acceso a la justicia por parte de este colectivo vulnerable responde a la persistencia y reproducción de las desigualdades reforzada por la presencia de circunstancias situacionales que condicionan su empoderamiento jurídico y lesiona la vigencia y goce pleno de sus derechos.

En este trabajo tomamos la categoría de circunstancias situacionales desarrollada por la ONU-Mujeres (2018) conceptualizadas como las barreras existentes en el acceso a la justicia por parte de las mujeres y que condicionan el ejercicio pleno de este derecho.

En este sentido, podemos afirmar que la presencia de las diversas circunstancias situacionales en el grupo de mujeres que vivencian violencia doméstica genera discriminaciones interseccionales en razón de la pobreza, los roles tradicionales que se reproducen en el vínculo matrimonial y la violencia (AWID, 2004).

Por lo cual, se produce una barrera para poder independizarse y romper el ciclo de violencia al que están sometidas. Además, el desconocimiento que tienen las mujeres de los medios o herramientas que disponen destinados a su protección conflictúa su situación de igualdad.

Abordar el trabajo desde el análisis interseccional permite comprender las múltiples discriminaciones que sufren las mujeres en el ejercicio de uno de los derechos fundamentales, como es el derecho de acceso a la justicia. Además, que nos permite profundizar en el estudio de las estructuras sociales y las relaciones de poder que influyen en la posibilidad de ejercicio de los derechos en las mujeres (ONU, 2015).

Estas múltiples formas de discriminación que experimentan las mujeres se producen por la presencia de características personales y circunstancias situacionales

(ONU-Mujeres, 2018). Esto se debe a la interrelación que existe entre ellas, que profundizan consecuentemente su exclusión y desigualdad.

La presencia de desigualdades genera múltiples discriminaciones en su relación con la superposición de sus diversas identidades (AWID, 2004). Estas identidades se encuentran formadas por capas que derivan de diferentes situaciones producto de las condiciones históricas, sociales y las estructuras de poder.

Las mujeres enfrentan dentro de su vida diversas clases de dominaciones en las relaciones sociales. Esta clase de dominaciones conforman capas múltiples (sexo, edad, clase social, situación laboral, etc.) por lo cual enfrentan discriminaciones interseccionales que actúan como barreras que dificultan superar las situaciones de violencia (Crenshaw, 2012). Estas capas que se interrelacionan condicionan en especial a los grupos vulnerables de mujeres a superar las desigualdades.

El problema de violencia doméstica contra las mujeres es consecuencia directa de la desigualdad entre géneros y la presencia de patrones culturales hegemónicos patriarcales que impiden ejercer los derechos humanos en condiciones de paridad.

Desde la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing (1995) que propone una plataforma de acción para lograr el empoderamiento de la mujer y la igualdad entre los géneros, aún subsisten violaciones de los derechos humanos fundamentales fortalecidos por los factores estructurales y el avance de las tecnologías (ONU 2020). Esto evidencia la necesidad de brindar las herramientas adecuadas para lograr la igualdad de género en el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres y garantizar el acceso a la justicia.

La existencia de una estructura normativa destinada a la protección de los derechos humanos requiere la adopción de políticas públicas adecuadas destinadas a garantizar la vigencia plena de los derechos fundamentales sobre todo en relación con a los grupos vulnerables.

El sistema de tratados toma como base a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Este sistema normativo internacional integrado por los tratados reconoce la universalidad de los derechos y la necesidad de protección global al superar las soberanías estatales hacia una mirada de protección internacional.

En este sentido, cobra fundamental importancia la realización de acciones positivas que acompañen las políticas públicas integrales para asegurar el acceso a los derechos de todos los sectores. En relación con las mujeres víctimas doméstica la adopción de medidas positivas debe enfocarse a reducir la naturalización de las prácticas reproductoras de desigualdad.

Asimismo, el contexto de globalización y la internacionalización de las relaciones humanas acrecientan los problemas de las sociedades actuales, entre ellos, las vinculadas con el acceso a la justicia.

Uno de los problemas que emergen en la limitación de la posibilidad de acceso a la justicia se relacionan con la ausencia de protección adecuada a las personas y de resolución de los conflictos que atraviesan, sobre todo en los grupos vulnerables.

Por ello, la existencia de las desigualdades en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia por parte de las mujeres debido a la presencia de circunstancias situacionales condiciona su empoderamiento jurídico y el ejercicio de todos los derechos en condiciones de igualdad reproduciendo las prácticas discriminatorias.

## *II. Metodología*

La metodología que se emplea es cualitativa, se trabaja con el análisis hermenéutico empírico e interpretativo (Palmer, 1969) y el análisis-síntesis de las circunstancias

situacionales presentes en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia doméstica.

En el análisis hermenéutico se recurre a una hermenéutica de primer grado por la interpretación normativa (Cárdenas Gracia, 2016). Los procedimientos y técnicas aplicadas son, el analítico-sintético, la interpretación doctrinal; la interpretación auténtica de los textos jurídicos y la lógica formal (Hernández Manríquez, 2019).

Comprenderá, también, el análisis conceptual de la normativa existente según los procedimientos habituales en las ciencias jurídicas, por lo cual se procede a identificar las diferentes problemáticas y su impacto en la protección del derecho de acceso a la justicia.

En el análisis- síntesis se trabaja en la observación de los fenómenos, descripción e identificación de los elementos de la presente investigación con la finalidad de describir e identificar el fenómeno del acceso a la justicia desde su vinculación con la dificultad de acceder a la posible solución de una necesidad jurídica emergente (UBA, 2019) por parte de las mujeres que experimentan circunstancias situacionales de pobreza y de violencia.

### III. Resultados y discusión

#### **Acceso a la justicia y circunstancias situacionales de pobreza, género y violencia en las mujeres**

La pobreza condiciona el ejercicio del derecho de acceso a la justicia y maximiza la vulnerabilidad en los grupos afectados por desigualdades. Esta constituye un problema presente en muchos países (Ucrania, Grecia, Bielorrusia, etc.), entre ellos, los países Latinoamericanos (Venezuela, Cuba, Bolivia, Paraguay, etc.). Esta se ve reforzada por la creciente brecha de la pobreza<sup>2</sup> y la desocupación<sup>3</sup>.

Su presencia afecta en mayor número a las mujeres debido al conflicto y los condicionamientos que experimentan en razón de los roles tradicionales, “Las mujeres de entre 25 y 34 años tienen un 25% más de probabilidad que los hombres de vivir en la pobreza extrema (con menos de 1,90 dólares de los Estados Unidos por día)” (ONU, 2018, pág. 4). En este sentido, la adquisición de ingresos por parte de las mujeres sufre un

---

<sup>2</sup> Uno de los parámetros para efectuar medición de la pobreza se integra por la brecha de la pobreza, Feres et al. (2001) sostienen:

Una medida... es la “brecha de pobreza” (“poverty gap”, PG). Esta mide la “profundidad” de la pobreza e indica la distancia promedio de las personas pobres a la línea de pobreza ponderando por la incidencia de pobreza...

Claramente, la “brecha de pobreza” cumple con el axioma focal y el axioma de monotonicidad, si el ingreso de una persona pobre disminuye, el promedio de ingresos también caerá y el índice de PG aumentará... (pág. 68).

En las poblaciones afectadas por pobreza el incremento de la “brecha de pobreza” con relación a otros sectores, afecta profundamente la situación de igualdad y la posibilidad de mitigar el impacto de las vulnerabilidades. La caída en los ingresos aumenta la situación de pobreza y en las mujeres el solapamiento de la situación de pobreza a otras desigualdades las posiciones en una situación de mayor marginalidad social.

<sup>3</sup> Según el documento *Measuring the Justice Gap: A People-Centered Assessment of Unmet Justice Needs Around the World* (2019): En el contexto más amplio del desarrollo, las protecciones jurídicas relativas a la propiedad y el trabajo de las personas son particularmente cruciales para proteger los medios de vida de los pobres. La falta de estas protecciones legales limita la capacidad de las personas para acceder a mecanismos de justicia y hacer valer sus derechos sociales, económicos y políticos. Las personas cuyas vidas y medios de vida quedan fuera del ámbito de los marcos jurídicos y las protecciones son particularmente vulnerables al abuso y la explotación y se enfrentan a obstáculos para acceder a servicios clave, como la salud, la educación, los servicios financieros y los beneficios públicos. Esta dinámica en última instancia afianza la pobreza, la desigualdad y otras formas de injusticia, haciendo de las herramientas legales una necesidad de justicia vital.



impacto negativo debido a la existencia de desigualdades laborales y económicas en razón de los sesgos de género.

Asimismo, la violencia de género que vivencian las mujeres absorbidas por situaciones de pobreza las posiciona en un mayor grado de vulnerabilidad para el ejercicio de sus derechos.

Aproximadamente un 18% de las mujeres entre 15 a 49 años han sufrido violencia por parte de su pareja (ONU mujeres, 2020). Por ello, es fundamental la protección de las mujeres frente a un contexto de violencia a fin de garantizar su dignidad humana y plena autonomía.

Argentina en el año 2017 registró 101.115 casos de violencia de género (INDEC, 2019), estos casos abarcan a mujeres que tienen una franja etaria de 14 años en adelante.

En el 2018 se registró un total de 143.112 casos de mujeres víctimas de violencia de género, de los casos registrados el 97,6% se integran por casos de violencia doméstica (INDEC, 2019). Para el año 2021 se registró un 93% de casos de violencia doméstica (Dirección Técnica de Registros y Bases de Datos 2021) estos porcentajes evidencian un incremento de violencia hacia las mujeres, las cifras reflejan que la violencia que sufren las mujeres se produce en mayor medida en el ámbito familiar.

La violencia en los vínculos familiares en cualquiera de sus formas (sexual, económica, psicológica, verbal, etc.) que impacta negativamente en la estructura base de las relaciones sociales. Muchas veces invisibilizada por la no publicidad y normalización de las prácticas violentas que se reproduce en el ámbito familiar.

La CIDH afirma que la “aplicación de [nociones estereotipadas del papel de las mujeres y los hombres] no constituye un criterio apropiado para asegurar la igualdad y el adecuado equilibrio de los derechos y responsabilidades entre los hombres y las mujeres en la esfera familiar” (OEA, 2007, Doc. 68)

El Convenio de Estambul (2011) sostiene que:

La violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación;

[...] la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres. (pág. 3)

Este convenio rige para Europa y se proyecta en pro de la protección de las mujeres víctimas de violencia doméstica fue sancionado en el año 2011 y establece una línea de cooperación en el ámbito de Europa. El documento remarca la necesidad de imponer una sanción más severa en los casos de violencia doméstica debido a la “la gravedad y los efectos particularmente traumáticos de los delitos cometidos en el seno de la familia” (Council of Europa, pág. 4)

En la recomendación N.º 19, la CEDAW (1992) sostiene que:

La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de violencia contra las mujeres. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, como lesiones, violación, otras formas de violencia sexual, violencia mental y violencia de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser

una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de las mujeres y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad. (párr. 23)

La violencia doméstica contra la mujer constituye una grave forma de violación a los Tratados Internacionales y lesiona gravemente su integridad y libre desarrollo. Además de lesionar la familia como estructura esencial en la conformación de las sociedades, por lo cual, es el Estado quien debe garantizar su debida protección y pleno desarrollo. La violencia doméstica no es un problema de carácter privado y corresponde a los Estados la adopción de medidas destinadas a la sensibilización de la problemática de violencia y la formación de sus operadores estatales.

La noción de violencia doméstica estuvo vinculada por mucho tiempo al ámbito privado reservado a las prácticas dentro de la vida familiar. Esta concepción responde a patrones culturales e históricos que reproducían premisas para constituir la violencia como mecanismo de control y subordinación de la mujer.

Estas premisas se conformaron como barreras para establecer cambios dentro de las estructuras normativas, en específico, áreas vinculadas al derecho de familia.

Schneider (2010) sostiene:

El concepto de privacidad ha alentado, reforzado y apoyado la violencia contra las mujeres. La idea de privacidad señala que la violencia contra la mujer es impune, que resulta aceptable y es parte del tejido básico de la vida familiar [...] no debería someterse a la intervención del Estado ni de la comunidad. La privacidad afirma que el maltrato es un problema individual no del sistema. (pág.48)

La responsabilidad estatal y la pugna efectuada por los movimientos feministas para los cambios genera la tensión entre lo público y privado que se evidencia en los procesos judiciales y las medidas para la adecuada protección en atención a los compromisos asumidos por los Estados. Los efectos y el impacto de la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico y en la familiar visibiliza la violencia como un problema social que excede la esfera privada.

### **El acceso a la justicia en las víctimas de violencia doméstica: organismos internacionales**

El problema de acceso a la justicia integra los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenible, es una de las líneas prioritarias a resolver en las sociedades actuales que genera desigualdad y retraso en el desarrollo de los países.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la agenda 2030 fueron aprobados en el año 2015 por los Estados Miembros de las Naciones Unidas, en total se proyecta 17 objetivos con la finalidad de trabajar en la construcción de sociedades más igualitarias, ecuánimes, justas y prósperas.

Dentro de estos objetivos tenemos el objetivo número 16 “paz, justicia e instituciones sólidas” que establece la finalidad de asegurar el acceso a la justicia de todas las personas y la existencia de instituciones inclusivas (ODS,2015, obj. 16) en búsqueda de la transformación institucional con el objeto de mejorar los niveles de acceso a la justicia.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) sostiene que: “los conflictos, la inseguridad, las instituciones débiles y el acceso limitado a la justicia continúan suponiendo una grave amenaza para el desarrollo sostenible” (Naciones Unidas, s,f). Por

ello, requiere una adecuada intervención a fin de superar las barreras que presentan los países con bajas necesidades jurídicas satisfechas.

En específico, se relaciona con la meta 16.3 que compone el objetivo de: “promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos” (Naciones Unidas, s,f) para postular como finalidad la de facilitar el acceso a la justicia en forma igualitaria e inclusiva a todos los ciudadanos, especialmente a los sectores afectados por desigualdades.

El acceso a la justicia es esencial en los sistemas democráticos y constituye un respaldo para evidenciar la existencia de un Estado de derecho. Es un derecho humano fundamental inalienable consagrado en regulaciones nacionales e internacionales, entendido como “la posibilidad concreta que tienen todos los ciudadanos de plantear su caso ante los tribunales, contar con el auxilio de las instituciones judiciales y aspirar a una decisión imparcial y oportuna.” (Zaffaroni, 2016). Además, de asegurar el acceso a los medios, herramientas e instituciones que garantice su ejercicio en forma plena.

Todas las personas disponen de la posibilidad de acceder a su ejercicio “sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas” (PNDU 2005). Esta noción integra el principio de universalidad que constituye la piedra angular de los derechos humanos y reposa en la idea de igualdad de acceso al ejercicio de los derechos por parte de todos los ciudadanos.

Otro objetivo de la ODS que se vincula al desarrollo del presente trabajo es el objetivo 5 “igualdad de género”, en lo que se refiere a la protección de las mujeres. Particularmente se relaciona con la meta 5.2 “eliminar toda forma de violencia contra las mujeres en el sector público y privado...” que focaliza en la protección de las mujeres víctimas de violencia.

El informe de Equal measures (2019) afirma que: “las altas tasas de violencia contra las mujeres están directamente relacionadas con otros temas críticos capturados por el ODS 16: Paz e Instituciones relacionadas con un sistema judicial incluyente, un gobierno responsable y con instituciones sólidas” (Equal Measures 2030, 2019). La presencia de conflictos legales y necesidades jurídicas insatisfechas persistentes en el tiempo evidencian la desigualdad en el acceso.

Constituye un deber indelegable por parte del Estado el proveer los instrumentos y recursos necesarios a fin de garantizar la posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales, entre los cuales, se encuentra el acceso a la justicia.

Asimismo, los Estados, en su carácter de garantes y en pro de los compromisos asumidos en los Tratados Internacionales, son responsables de adoptar las normativas y políticas necesarias para mitigar los efectos de la desigualdad con el objeto de lograr la paridad de género.

Para ello, requiere la realización de acciones positivas que acompañen las políticas públicas integrales a fin de que las víctimas tengan acceso al efectivo resarcimiento o reparación del daño y el cese en los actos lesivos. A fin de reducir la naturalización de las prácticas reproductoras de desigualdad.

El problema de la violencia contra las mujeres responde a la presencia de estereotipos de feminidad y masculinidad, la falta de vigencia efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por los Tratados Internacionales en pro de los compromisos asumidos por los Estados y las relaciones sociales de subordinación que sufren las mujeres (Cuevas et al., 2006).

Por ello, es necesario trabajar con tres aspectos esenciales para garantizar el acceso a la justicia en las mujeres: el entorno propicio para el acceso; instituciones judiciales eficaces y empoderamiento jurídico de las mujeres (ONU, 2018, pág. 45). La existencia de un entorno propicio para el acceso a la justicia es esencial para que las mujeres puedan asistir en casos de violencia y hacer uso de las herramientas que aseguren su efectiva protección.

Además, requiere la presencia de perspectiva de género en las instituciones judiciales (instituciones eficaces) vinculadas al trato que deben recibir las mujeres víctimas de violencia doméstica. Su ausencia contribuye a aumentar la estigmatización y marginalización que enfrentan. Las “mujeres marginadas social, económica, cultural y políticamente tienen menos probabilidades de denunciar tales violaciones ante las autoridades por temor a ser humilladas, estigmatizadas, arrestadas, deportadas, torturadas o de sufrir otras formas de violencia” (ONU-Mujeres, 2018, pág. 22). Estas experiencias nutren y fortalecen la desconfianza que tienen las mujeres para recurrir ante las autoridades judiciales.

La ausencia de denuncia o reclamo es efectuada con fin de evitar la doble victimización o victimización secundaria, entendida como el trato inadecuado que sufre la víctima de algún delito en su relación con el sistema judicial que presta un servicio de forma deficiente o existe una prestación nula.

El porcentaje de mujeres que acude en la búsqueda de alguna solución frente a un problema jurídico se integra solamente por un 40% (ONU mujeres 2020). Generalmente, esto responde a la falta de sensibilización de los operadores y a la ausencia de recursos eficaces para brindar la protección adecuada a las víctimas de violencia intrafamiliar.

La presencia de características y factores situacionales, tales como la pobreza, violencia, etc., influyen en su condición de vulnerabilidad y dificultad para ejercer el derecho de acceso a la justicia (CEDAW, 2010) debido al solapamiento de estas circunstancias. Esto genera consecuentemente múltiples desigualdades que disminuyen la posibilidad del ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las que son titulares las mujeres.

En este trabajo tomamos la clasificación que realiza la ONU-Mujeres (2018) de circunstancias situacionales que se relacionan con las situaciones que limitan el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Estas circunstancias se integran por el nivel socioeconómico, roles tradicionales, ubicación urbana/rural y analfabetismo

Las mujeres en su vida enfrentan diversas discriminaciones interseccionales que son favorecidas por la presencia de estas circunstancias situacionales. Estas discriminaciones pueden ser conceptualizadas como las existentes bajo múltiples causales dadas por la relación entre las bases de la discriminación, por la presencia de factores como género, raza, edad, etc. y la relación con el entorno social, económico, político y legal (AWID, 2004)

Es esencial abordar como eje fundamental a las causales de discriminación entre géneros en el acceso a la justicia de las mujeres que afectan el acceso igualitario. Estas se evidencian en el “prejuicio oficial, la corrupción, la impunidad, los estigmas, la indiferencia y los incumplimientos sistemáticos” (ONU-Mujeres, 2018, pág. 14), la unión indivisible entre estos factores afecta profundamente la igualdad entre géneros.

La Asamblea General de las Naciones Unidas (2012) sostiene la importancia de considerar a los grupos vulnerables para lograr un acceso equitativo: “en particular las

mujeres y las personas que pertenecen a grupos vulnerables deben disfrutar de un acceso pleno y equitativo a esos mecanismos de justicia” (RES/67/1, par. 15). Protección necesaria en consideración de la marginalización que experimentan los sectores más afectados por las desigualdades.

Es fundamental analizar el acceso a la justicia desde la mirada de inserción de una política pública antidiscriminatoria que forma parte del compromiso del Estado y de los órganos integrantes de este y no como una problemática exclusiva del poder judicial (Ruiz, 2011). El acceso a la justicia, los medios o estrategias para su facilitación son temas que generan una gran preocupación entre los organismos internacionales.

La pobreza impacta negativamente en el acceso a la justicia, en este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el informe sobre la situación de los Derechos humanos en Paraguay sostiene que:

La pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. [...] La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos. (CIDH, 2001, cap., párr. 4).

En este sentido, Dulitzk (2008) sostiene que “en tres derechos particulares el sistema ha avanzado en esta conexión entre pobreza y violación de derechos en particular: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva y derecho a la vida.” (pág. 113)

Asimismo, de la situación de pobreza emergen otras condiciones circundantes y consecuentes a esta, por ej., el analfabetismo, que posiciona a las personas en una situación de desventaja. Entre ellas, la posibilidad de contar con el conocimiento o información de cómo proceder en situaciones donde se vea vulnerado sus derechos, de los medios alternativos o, de los servicios jurídicos disponibles para la resolución de problemáticas jurídicas.

Otro problema presente en gran parte de los sistemas judiciales Latinoamericanos son: las escasas asignaciones presupuestarias destinadas a las estructuras judiciales; las instituciones o herramientas para posibilitar el acceso y, las políticas destinadas a tal fin. Situación que, también, se traduce en una precariedad para poder atender el problema de acceso a los sectores afectados por la pobreza, entre ellos, las mujeres víctimas de violencia doméstica limitadas en disponibilidad de recursos.

La pobreza sumada a cuestiones laborales, sociales, culturales, regionales, etc. genera marginación y exclusión social. El informe de la Subcomisión de prevención de discriminación y protección de las minorías de la Comisión de derechos humanos de la ONU, señala como condicionantes que limitan el acceso a la justicia: a la pobreza; la indigencia; el analfabetismo o la falta de instrucción e información; y la existencia de procedimientos complejos. (Despouy, 2008).

En razón de lo expuesto, concordamos con la tesis sostenida por Birgin y Gherardi (2012) cuando afirman que el sustento teórico de la vigencia efectiva de la ley y de aplicación igualitaria para garantizar el acceso confronta con el aspecto fáctico de la realidad histórica en la que se desarrolla para evidenciar el quiebre entre la realidad jurídica y la realidad social.

Las autoras sostienen que “las dificultades que se desprenden de las condiciones reales de acceso a los tribunales y de la supuesta defensa de sus derechos, genera una impostergable preocupación por el acceso a la justicia respecto de grandes colectivos de personas...” (Birgin y Gherardi, 2012, pág. XI). Que comprenden los afectados por fuertes desigualdades que los posiciona a situaciones de mayor vulnerabilidad.

El Comité de la CEDAW sostiene: “que esas mujeres corren el riesgo de verse privadas de vías de recurso efectivas contra la violación de sus derechos” (ONU-Mujeres, 2018, pág. 22). Esta privación responde a la ausencia de las mismas condiciones de oportunidad para el acceso a los derechos y las debidas garantías a fin de petitionar ante las autoridades la resolución de una necesidad jurídica.

Las dificultades de ejercicio del derecho de acceso a la justicia son una evidente manifestación de “desigualdad, injusticia y desprecio por la dignidad de los seres humanos” (Zaffaroni, 2016, pág. 82). La situación de Latinoamérica y Argentina pone en manifiesto las desigualdades que presentan los sectores más desprotegidos en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, limitando la posibilidad de acceso y goce en forma plena lo que conflictúa la vigencia de un Estado de derecho.

La ausencia en la praxis de la vigencia del principio de igualdad pone en quiebra la legitimidad de ese estado de derecho como garante del sistema democrático (Zaffaroni, 2016). Esto se debe al incumplimiento de las obligaciones asumidas en la adhesión a los tratados internacionales que implica el garantizar el acceso a todos los derechos en condiciones de igualdad y oportunidad.

Asimismo, otra variable que abordamos en este trabajo es el análisis de la violencia doméstica que se conforma como otro elemento reproductor de desigualdades (CEDAW, 2010). Su existencia afecta a las mujeres a ejercer plenamente sus derechos para limitar la posibilidad de acceso y su libertad.

Se identifica como violencia contra la mujer al ejercicio de violencia que se funda en el género para generar consecuentemente “un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada (Resolución de la Asamblea General, 1994). La violencia que se ejerce contra la mujer es una herramienta de opresión difícil de erradicar.

Tal como sostiene la Asamblea General:

La violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre. (pág. 1)

En este sentido, la CEDAW (1992) afirma que:

Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a las mujeres como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzosos, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra las mujeres como una forma de protección o

dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a las mujeres subordinadas, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo. (párr.11)

La violencia contra las mujeres (ley 26.485) se distingue por su forma y modalidad. En la violencia por la forma podemos encontrar: la física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y simbólica. En su modalidad se distinguen por violencia: doméstica, laboral, institucional, contra la libertad reproductiva, obstétrica, y mediática.

Nuestro trabajo desarrolla la violencia doméstica que puede adoptar cualquiera de las formas mencionadas anteriormente. La violencia doméstica es conceptualizada, como los patrones de conductas que ejercen las personas que tienen o tuvieron un vínculo familiar para cometer “abuso físico, abuso emocional, abuso sexual y/o abuso financiero” (Connecticut Coalition Against Domestic Violence [CCVA], 2013).

Esta situación afecta a muchas mujeres con prescindencia de “edad, estatus económico, raza, estatus migratorio u orientación sexual. Las víctimas suelen sentir miedo, sentimientos de dependencia y/o inseguridad” (CCVA, 2013), por lo cual la violencia no es un factor de clase o condición (social, económica o cultural) responde a relaciones de poder históricas.

Son por ello las circunstancias situacionales de pobreza, género y violencia factores que limitan el acceso a la justicia de las mujeres que sufren violencia. Por ello, se encuentra sometidas a múltiples desigualdades que limitan la posibilidad de ejercer plenamente los derechos humanos de las que son titulares.

### **Marco jurídico argentino: normativa nacional, regional e internacional**

La ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (26.485) fue sancionada y promulgada en el año 2009. Esta ley tiene su ámbito de aplicación en el ámbito nacional.

Entre sus objetivos primordiales tenemos el de erradicar las múltiples discriminaciones que experimentan las mujeres reforzadas por las prácticas violentas. Se enfoca en otorgar la protección, el acceso a la justicia y la asistencia integral de las mujeres víctimas de violencia.

Se establece con un enfoque lineal y armónico con los derechos reconocidos en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de los Niños

En Argentina la ley de protección integral a las mujeres (26.485) define la violencia doméstica como la que ejerce un miembro de la familia en contra de la mujer.

Identifica la violencia doméstica como aquella que daña “[...] la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres” (Ley 26.485, art. 6 inc. a., 2009), esta situación afecta su posibilidad de autorrealización

como persona humana en pleno uso de sus capacidades. La violencia doméstica se ejerce contra las mujeres independientemente del espacio físico donde se produzca y tiene como sujeto activo a un miembro del grupo familiar.

La relación con el grupo familiar comprende “el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia” (Ley 26.485, art. 6 inc. a., 2009). La dificultad de desprenderse de relaciones sujetas a abuso responde a la ausencia de herramientas o debida protección que afectan su independencia.

La estructura de los tratados normativa se organiza en pro de la protección de todos los sectores, en especial los sectores vulnerables. La igualdad reviste un eje fundamental en el goce del ejercicio de los derechos reconocidos en ella. Para ello, se postula esencial la vigencia del principio de no discriminación y el límite a la violencia como práctica social y cultural.

En este sentido, el ejercicio de un derecho se puede ver dificultado por las condiciones que rodean la vida de cada persona. Por ende, no se limita únicamente la respuesta para la efectiva vigencia de un derecho a la consagración o existencia de normas jurídicas nacionales e internacionales que lo reconozcan como un derecho humano fundamental. Además, es necesaria la posibilidad de disponer de herramientas que el Estado les provea para acudir frente a situaciones de desigualdad que limiten la posibilidad de su ejercicio efectivo.

En este sentido, Rojas (2004) sostiene que:

El hecho que una persona no pueda acceder a la justicia responde a una multiplicidad de factores, ya que se trata de un fenómeno complejo en que los motivos económicos, sociales y culturales confluyen y se refuerzan mutuamente. Aunque se ha intentado diferentes clasificaciones de los obstáculos al acceso a la justicia, consideramos adecuada la identificación de las siguientes barreras 1) desconocimiento del derecho; 2) falta de acceso a los servicios jurídicos; 3) alto costo judicial; 4) excesiva duración del proceso; 5) dificultad de desarrollar acciones colectivas; 6) utilización de normas informales; 7) grandes distancias geográficas. (pág. 522)

En la misma línea sostiene el autor que las dificultades mencionadas se agravan en los sectores con menos recursos. En su artículo sobre “acceso a la justicia y pobreza” expone los principales problemas que los sectores con menos recursos enfrentan. Estas dificultades están integradas por la ausencia de identificación de un problema jurídico como tal, la desconfianza a las instituciones jurídicas y estatales y, la dificultad en el acceso a los servicios jurídicos.

En este orden podemos afirmar que la pobreza tiene fundamental importancia en el acceso a la justicia debido a que limita el ejercicio del derecho. Asimismo, la ausencia de posibilidad de ejercicio del derecho de acceso a la justicia favorece a la pobreza, la marginalidad y la desigualdad en el ejercicio de los restantes derechos.

Esto se hace visible en el nexo intrínseco existente entre pobreza y el acceso a la justicia, el hecho que gran parte de las personas “que padece una situación de pobreza viva al margen del funcionamiento de las instituciones y de las regulaciones estatales es un indicador evidente de la conexión existente entre pobreza y acceso a la justicia” (PNUD, 2005, pág. 13). La violencia confluye como otro obstáculo existente para



condicionar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia y reforzar la situación de marginalidad y desprotección de las mujeres.

A nivel regional tenemos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer y las 100 reglas de Brasilia.

La Convención de Belém do Para reafirma la importancia de que los Estados adopten las medidas para proteger a las mujeres en situaciones de violencia que impide el goce efectivo de los derechos reconocidos en ella.

La CIDH sostiene que:

El sistema interamericano de derechos humanos se basa en la premisa de que el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los derechos básicos. En este sentido, los instrumentos de protección de derechos humanos vinculantes [...] afirman el derecho de las mujeres de acceder a una protección judicial que cuente con adecuadas garantías frente a actos de violencia. (OEA, 2007, Doc. 68, párr. 4)

La violencia es un elemento reproductor de desigualdades y lesiona la dignidad humana, afecta a todas las mujeres, independiente de la presencia o ausencia de factores o circunstancias situacionales.

Asimismo, sostiene la convención que erradicar la violencia es condición esencial para lograr el libre y pleno desarrollo de las mujeres en condiciones de igualdad en el ámbito personal y social.

Entre sus artículos, remarca el deber de los Estados de adoptar medidas necesarias para asegurar una vida libre de violencia, el respeto a sus derechos humanos, contrarrestar por medios de programas educativos formales y no formales las costumbres y prejuicios que refuerzan roles asignados basados en situación de desigualdad, y la capacitación del personal policial y de administración de justicia.

Toda la estructura normativa de la convención tiene objetivo incorporar el enfoque de género y garantizar su transversalización en todas las áreas en búsqueda de un impacto positivo e integral en la protección y atención a las mujeres víctimas de violencia. (Convención de Belém do Para, 1994, arts.7-8)

También, establece que los Estados deben poner a disposición servicios especializados en la atención de mujeres víctimas de violencia doméstica, refugios para albergar y proteger a las mujeres, servicios de asesoramiento y programas destinados a la rehabilitación y capacitación de las mujeres víctimas de violencia doméstica para colaborar en garantizar su desarrollo y participación en todas las esferas. (Convención de Belém do Para, 1994, arts.7-8)

Los Estados parte deben adoptar todas las medidas necesarias, en especial, con los sectores de mujeres atravesadas por diversas realidades producto de la interseccionalidad de sus desigualdades.

Las medidas pueden integrarse por características personales (ONU, 2018) relacionadas con cuestiones “de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada” (Convención de Belém do Para, 1994, art.9). O circunstancias situacionales (ONU, 2018) vinculadas a que “está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”. (Convención de Belém do Para, 1994, art.9)

El informe de la OEA sostiene que desde la vigencia y sanción de la Convención de Belém do Para:

[...] a pesar del reconocimiento formal y jurídico de los Estados de que la violencia contra las mujeres [...], existe una gran brecha entre la gravedad y la prevalencia

del problema y la calidad de la respuesta judicial ofrecida. La CIDH ha podido constatar que en muchos países de la región existe un patrón de impunidad sistemática en el procesamiento judicial y en las actuaciones relacionadas con casos de violencia contra las mujeres. La mayoría de estos casos no son formalmente investigados, juzgados y sancionados por los sistemas de administración de la justicia en el hemisferio. (OEA, 2007, Doc. 68, párr. 14)

Estas situaciones evidencian una falta de vigencia práctica de los derechos y las herramientas destinadas a su protección. Además, de un deficiente o ausente proceso de investigación de los casos de violencia cometidos contra las mujeres.

Todo ello, acompañado de una inadecuada perspectiva de los operadores jurídicos y policiales que tienden a revictimizar a las mujeres. Debido a que parten de un enfoque erróneo centralizado en la vida privada de las víctimas y no en los actos de violencia y sanciones que deben recibir las personas que realizan dichos actos de violencia. (OEA, 2007, Doc. 68)

En este sentido, sostiene el informe de la OEA que se presentan irregularidades en las investigaciones y ausencia en la protección efectiva por herramientas o medios deficientes. Además, de problemas estructurales dentro del sistema de justicia que retrasan el procesamiento de casos de violencia. (OEA, 2007, Doc. 68, párr. 21)

Las 100 reglas de Brasilia (2008) sostienen que se deben adoptar medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer y fortalecer el acceso a la justicia a fin de otorgar protección adecuada a sus derechos, en especial el grupo de mujeres afectadas por situación de violencia. Estas reglas sobre el acceso a la justicia buscan que se garantice debida protección a los grupos vulnerables. Consideran que las especiales dificultades afectan el acceso a la justicia, entre ellas, las provenientes de desigualdades vinculadas al género y la pobreza.

Las problemáticas provenientes de sectores afectados por fuertes desigualdades y dificultades en el acceso a la justicia, requiere de medios adecuados destinados a la protección, entre ellos, los que otorguen seguridad a las víctimas frente a situaciones de exposición a actos de violencia reiteradas. En este sentido, sostienen las Reglas de Brasilia (2008) que:

Se prestará especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja. (párr. 76)

Las situaciones de violencia doméstica y las limitaciones en el acceso a la justicia afectan la igualdad de las mujeres. Esta situación se visibiliza por las irregularidades producidas en la investigación de las situaciones de violencia, la deficiencia de los mecanismos destinados a la protección de las mujeres y en el juzgamiento y sanción de los actos de violencia y la ausencia de mecanismos preventivos efectivos destinados a asegurar su protección. (OEA, 2007, Doc. 68)

En este sentido, la CIDH sostiene que:

[...] En muchos casos las mujeres son víctimas de agresiones mortales luego de haber acudido a reclamar la protección cautelar del Estado, e incluso habiendo sido beneficiadas con medidas de protección que no son adecuadamente implementadas ni supervisadas. En materia de prevención y protección, la CIDH ha verificado que las autoridades estatales, y en particular la policía, no cumplen con su deber de proteger a las mujeres víctimas de violencia contra actos inminentes. La Comisión ha constatado problemas graves en el cumplimiento y seguimiento de las órdenes

de protección o medidas cautelares emitidas, situación que se vuelve particularmente crítica en la esfera de la violencia intrafamiliar. Entre las razones que explican la inacción de autoridades estatales se encuentran su desconfianza en lo alegado por las víctimas de violencia y su percepción del tema como un asunto privado y de baja prioridad. (OEA, 2007, Doc. 68, párr. 9)

Esto afecta la obligación de los Estados de actuar con debida diligencia. El deber de diligencia de los Estados involucra, sostiene la CIDH:

[...] prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. (Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988, párr. 166)

La Convención Belén do Para en su art. 7 establece el deber de diligencia de los Estados “para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres”. (inc. b)

Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar el pleno acceso al ejercicio de los derechos. Entre ellos, el deber de poner a disposición los recursos judiciales efectivos y herramientas en pro de su protección integral.

Esto se enfoca en elaborar la legislación adecuada y específica en pro de la protección de las mujeres víctimas de violencia doméstica. Asimismo, sostiene que:

[...] El deber de debida diligencia para prevenir situaciones de violencia, sobre todo en el contexto de prácticas extendidas o estructurales impone a los Estados el correlativo deber de vigilar la situación social mediante la producción de información estadística adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil. En tal sentido, la obligación [...] debe ser interpretada en conjunción con la obligación establecida [...] de garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra las mujeres, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mujeres y de formular e introducir los cambios necesarios. (OEA, 2007, Doc. 68, párr. 42)

El deber de debida diligencia se encuentra establecido, también, en el art. 4 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Además, la CIDH sostiene que la debida diligencia implica la capacitación de los operadores jurídicos y policiales para promover la sensibilización en materia de género y trato adecuado a las mujeres víctimas de violencia doméstica. También, la capacitación de las mujeres en aspectos vinculados a la alfabetización jurídica a fin de lograr su empoderamiento jurídico.

En este sentido, la CIDH afirma que para cumplir con el deber de debida diligencia en contextos de mujeres que sufren de violencia doméstica:

[...] capacitará a los funcionarios del poder judicial y de la policía y aumentara su sensibilización para que no toleraran la violencia doméstica; simplificara los procedimientos de la justicia penal para reducir los retrasos sin comprometer las debidas garantías procesales; estableciera mecanismos alternativos a los judiciales para resolver conflictos domésticos de manera rápida y eficaz y para crear sensibilización sobre su gravedad y las consecuencias penales conexas; aumentará la capacidad y los recursos policiales y fiscales para garantizar que las denuncias se investigarán y tramitarán efectivamente, e incluyera en los programas de estudios materias que destacaran la importancia de respetar a la mujer y sus derechos así

como la manera apropiada de tratar los conflictos domésticos. (Comisión de Derechos Humanos, 2006, párr. 33)

Todo ello, en pro de las obligaciones asumidas vinculadas a garantizar la vigencia de la igualdad de las mujeres en su relación con el acceso a la justicia y de las herramientas que disponen para solicitar su debida protección frente a situaciones de violencia.

La observación final del quinto informe periódico de Argentina del Comité de Derechos Humanos en el 117° período de sesiones (2016), afirma que en el Estado argentino la presencia de la violencia contra la mujer es continua. Esto es consecuente con las deficiencias en la aplicación de la ley, el escaso presupuesto destinado a su implementación y la ausencia de políticas públicas destinadas a garantizar la debida protección de las mujeres.

Asimismo, sostiene que:

El Estado debe incrementar sus esfuerzos para prevenir y combatir todas las formas de violencia de género, asegurando la aplicación efectiva del marco legislativo en vigor en todos los niveles del Estado y dotándolo de los recursos necesarios para su cumplimiento. El Estado debe investigar de manera pronta y efectiva los hechos de violencia contra la mujer, enjuiciando e imponiendo sanciones apropiadas. El Estado debe además hacer efectivo el derecho de las víctimas a una reparación que incluya una adecuada y justa compensación, así como capacitación y sensibilización para enfrentar la violencia de género en todos los ámbitos. (Comité de Derechos Humanos, 2016, párr. 10)

En el ámbito de las normativas internacionales, como mencionamos *ut supra*, los tratados reconocen DDHH en pro de la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de las personas. Para asegurar la vigencia efectiva de los derechos por parte de todos los sectores y reforzar el compromiso de los Estados a garantizar su plena vigencia. Dentro de sus estructuras, encontramos derechos enfocados a la protección de las mujeres y la familia.

La Declaración Universal de DDHH establece en su art. 16 (inc.1 y el inc. 3) la igualdad en el ejercicio de los derechos contenidos en ella. Que se traduce en asegurar el ejercicio de los derechos en situación de paridad, inclusive los que se vinculan con el matrimonio (desde su inicio hasta su finalización).

Además, que identifica a la familia como la estructura esencial en la conformación de las sociedades, por lo cual, es el Estado quien debe garantizar su debida protección y pleno desarrollo.

La Convención Americana sobre DDHH (pacto de San José De Costa Rica) establece en su Art.5 el derecho a la integridad personal, por lo que se debe garantizar el libre desarrollo físico, psíquico y emocional y evitar las prácticas o tratos inhumanos y degradantes.

Además, la Convención regula la protección de la familia y la responsabilidad de los Estados de asegurar la igualdad entre los cónyuges (art. 17, inc.4). En igual sentido, lo establece el Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus arts. 10 y 23.

Específicamente como instrumentos internacionales destinados a la protección de la mujer tenemos: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer; y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

Estos tratados establecen principios y normas a fin de garantizar la igualdad de la mujer en todos los ámbitos en que se relaciona. Para ello, los tratados enfatizan que es necesario modificar el papel tradicional de la mujer en su relación con el hombre y su

posición en la familia. Reconocen la importancia de superar las brechas de la desigualdad de género para contribuir al desarrollo social y económico de un país.

En este orden es el Estado quien es responsable en la adopción de las medidas y políticas adecuadas para erradicar toda forma de discriminación que tienda a minimizar el rol de la mujer en las sociedades. Por ello, el estado no puede excusarse de las responsabilidades asumidas justificando la existencia de razones culturales. (E/CN.4/2002/83)

La recomendación N° 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sostiene:

[...] la violencia por razón de género contra la mujer se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes.

[...] que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. En toda su labor, el Comité ha dejado claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales, consagrados en la Convención (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Pág. 4)

Además, la recomendación recalca la necesidad de asegurar la igualdad de las mujeres que se ven afectadas por violencia para conformar un problema social que se une con otras esferas inescindiblemente económicas, culturales y políticas que fortalecen la reproducción de estereotipos para reforzar la relación de subordinación de la mujer.

Por ello, requiere la adopción de protecciones jurídicas y normativas efectivas y adecuadas a las necesidades de cada grupo de mujeres en consideración de sus restantes desigualdades.

Es importante la protección de las mujeres que sufren violencia debido a que son patrones que se reproducen durante todo el ciclo de su vida “la violencia por razón de género contra la mujer puede constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante en determinadas circunstancias, en particular en los casos de violación, violencia doméstica o prácticas tradicionales nocivas” (Recomendación N°35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, pág. 7).

Además, como abordaremos más adelante, los estados tienen el deber de diligencia y de poner a disponibilidad de las personas recursos efectivos judiciales y no judiciales, para otorgar debida protección a las mujeres sujetas a contextos de violencia.

En el documento de la ONU (2014) sostienen que la discriminación hacia las mujeres puede asumir diferentes modalidades. Estas pueden identificarse de iure y de facto.

Las de iure se relacionan con el área de regulaciones y políticas discriminatorias. Las de facto se identifican con los efectos negativos que se producen por el impacto de las políticas neutrales. La necesidad de alcanzar la igualdad sustantiva es considerar la existencia de desigualdades históricas, culturales y sociales y adoptar medidas en referencias a ella:

El Estado puede verse obligado a adoptar medidas positivas para paliar las desventajas y las necesidades específicas de las mujeres. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer abarca la igualdad sustantiva, al reconocer las posibles consecuencias discriminatorias de las leyes neutras

en cuanto al género y el hecho de que la igualdad oficial no basta para evitarlas. (ONU,2014, pág.32)

En este sentido, también sostiene el comité que las mujeres deben disponer de iguales oportunidades y considerar las desigualdades existentes para garantizar la igualdad de resultados que es consecuente de la igualdad sustantiva. Y es el Estado quien debe adoptar las medidas necesarias para lograr el empoderamiento de las mujeres.

Para ello, se deben adoptar medidas especiales para reducir las desigualdades históricas:

Las medidas especiales de carácter temporal son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien la aplicación de medidas especiales de carácter temporal a menudo repara las consecuencias de la discriminación sufrida por la mujer en el pasado, los Estados Partes tienen la obligación, en virtud de la Convención, de mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad sustantiva o de facto con el hombre. (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general N.º 25, 2004)

Se reconoce que las mujeres experimentan producto de estas desigualdades diversas barreras que agravan su situación:

Han existido formas de discriminación entrecruzadas y de múltiples niveles, aunque solo han empezado a ser reconocidas en últimas décadas. La edad, la condición socioeconómica, el origen racial o étnico, la religión, el origen nacional, la ciudadanía, otra condición social, el estado de salud, en particular el VIH/SIDA y la discapacidad, así como la pobreza y la orientación sexual son factores que pueden agravar o influir de otro modo en el tipo de discriminación que afrontan las mujeres. (ONU,2014, págs.39-40)

Estas múltiples formas de discriminación que enfrentan las mujeres dadas por la interseccionalidad de las desigualdades deben analizarse en los contextos particulares de las mujeres afectadas por violencia de género. Para ello, se requiere la adopción de un enfoque integral y holístico que colaboren a superar las múltiples discriminaciones producto de la interseccionalidad:

La investigación demuestra la utilidad de un enfoque que tenga en cuenta aspectos adicionales de personalidad, tales como nacionalidad, discapacidad, pertenencia indígena, orientación sexual y clase socioeconómica, para predeterminar la probabilidad y el grado en que las mujeres experimentan múltiples formas y varios niveles de violencia. Al adoptar un enfoque integral de las diferentes formas que de la interseccionalidad emergen múltiples formas de discriminación que operan en el contexto de la violencia contra las mujeres. (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2011)

Para evidenciar las dificultades emergentes de los contextos de desigualdad que enfrentan las mujeres en razón de la interseccionalidad por las múltiples discriminaciones y el acceso a sus derechos. El acceso a la justicia es fundamental dentro del sistema de derechos, se conforma como la única herramienta para reclamar la igualdad de la que son titulares las mujeres.

En grupos vulnerables su ejercicio se ve dificultado debido a la presencia de múltiples desigualdades, por lo que es esencial incorporar la perspectiva de género dentro del análisis de las medidas estatales en general, a fin de otorgar debida protección de las mujeres víctimas de violencia doméstica.

El contexto experimentado por las mujeres víctimas de violencia doméstica requiere la adopción de medidas destinadas a la prevención y protección. Además, es necesario la sensibilización en materia de género de los sectores públicos y privados para coadyuvar a las mujeres que se encuentran en contextos de violencia.

También es fundamental, la alfabetización jurídica de las mujeres víctimas de violencia doméstica en el ejercicio de sus derechos para lograr su empoderamiento jurídico. Además, de acompañar toda política pública con la adopción de acciones positivas estatales destinadas a asegurar la igualdad en el acceso a la justicia y el pleno desarrollo de las mujeres víctimas de violencia doméstica.

Estas políticas públicas se deben destinar a la protección, prevención y la educación con el fin de erradicar los patrones basados en roles de género y subordinación de las mujeres que refuerzan las prácticas violentas

### *Conclusión*

La presencia de diversas circunstancias situacionales en el grupo de mujeres que vivencian violencia doméstica genera discriminaciones interseccionales en razón de la pobreza, los roles tradicionales que se reproducen en el vínculo matrimonial y la violencia. Por lo cual se produce una barrera para poder independizarse y romper este ciclo de violencia al que están sometidas.

Además, el desconocimiento que tienen las mujeres de los medios o herramientas que disponen destinados a su protección conflictúa su situación de igualdad. La existencia de estas circunstancias contribuye a que persistan las problemáticas de las relaciones sociales originadas por las situaciones de desigualdad. Estas circunstancias situacionales condicionan el ejercicio del derecho de acceso a la justicia en las mujeres víctimas de violencia doméstica y favorecen su marginalidad.

El contexto social, económico y su relación con el ámbito jurídico (conocimiento de las mujeres de sus derechos y formas de ejercerlo y el respeto que tienen los demás hacia sus derechos) se ven afectados por las múltiples discriminaciones y la ausencia de herramientas efectivas protectoras. Por todo ello, las mujeres víctimas de violencia doméstica se ven marginalizadas y la presencia de diferentes factores perpetúa los roles tradicionales debido a la ausencia de protección frente a contextos de violencia.

La ausencia de una adecuada protección a los sectores más vulnerables y las desigualdades persistentes evidencian la falta de vigencia efectiva de los derechos y las barreras en el acceso a la justicia de las mujeres afectadas por pobreza y violencia doméstica.

El resultado del presente trabajo visibiliza las barreras en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia doméstica afectadas por pobreza agravadas por situaciones de desigualdad y marginalidad.

Por lo cual, evidencia la necesidad de adoptar políticas públicas que desarrollen herramientas, medios e instituciones orientadas a focalizar en su protección e integración por medio de su abordaje a través de la perspectiva de género y lograr su empoderamiento jurídico.

La realidad social genera una disrupción entre lo regulado por el sistema normativo y la práctica social que reproduce situaciones discriminatorias para evidenciar la necesidad de reforzar la protección a los sectores más vulnerables. Por ello, es fundamental abordar el estudio de la problemática de acceso a la justicia en este grupo de mujeres, debido al grado de vulnerabilidad al que están sometidas y las desigualdades históricas, sociales, culturales y económicas que condicionan su plena realización y el ejercicio de los derechos fundamentales.

*Bibliografía*

- Asociación para los Derechos de las Mujeres y el Desarrollo AWID (2004). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. Disponible en: <https://www.awid.org/es/publicaciones/interseccionalidad-una-herramienta-para-la-justicia-de-genero-y-la-justicia-economica>
- Birgin H. y Gherardi (2012). La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales. *México: Colección. Género, Derecho y Justicia*. No. 6. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf>
- Cárdenas Gracia, J. (2016). *La argumentación como derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM.
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43 (6), pp. 1.241-1.299. Traducido por: Raquel (Lucas) Platero y Javier Sáez
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001) Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, Capítulo V, párr. 4. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Paraguay01sp/indice.htm>
- Comisión de derechos humanos, Consejo económico social (2006). Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer la norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4169.pdf?view=1>
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2011). Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/130/22/PDF/G1113022.pdf?OpenElement>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [CEDAW] (1992). Recomendación General 19, La violencia contra la mujer, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1. Disponible en: [https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres3/html/cedaw/Cedaw/3\\_Recom\\_grales/19.pdf](https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres3/html/cedaw/Cedaw/3_Recom_grales/19.pdf)
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [CEDAW]. Recomendación general N° 25 (2004) sobre medidas especiales de carácter temporal. Disponible en: [http://hchr.org.mx/puntal/wp/wp-content/uploads/2020/06/HR-PUB-14-2\\_SP.pdf](http://hchr.org.mx/puntal/wp/wp-content/uploads/2020/06/HR-PUB-14-2_SP.pdf)
- Comité de Derechos Humanos (2016). Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina. Disponible en: [https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2021/03/1-Informe-COMITE-DDHH-CCPR\\_C\\_ARG\\_CO\\_5\\_24580\\_S-2.pdf](https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2021/03/1-Informe-COMITE-DDHH-CCPR_C_ARG_CO_5_24580_S-2.pdf)
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women CEDAW (2010). Recomendación N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Disponible en: <https://www.right-to-education.org/es/resource/cedaw-recomendaci-n-general-28>



- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women CEDAW (2010). Recomendación N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>
- Connecticut Coalition Against Domestic Violence (2013) ¿Qué es la Violencia Doméstica? Disponible en: <http://www.ctcadv.org/en-espanol/que-es-la-violencia-domestica/>
- Constitución de la Nación Argentina (1994). Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Consejo de Europa (2011). Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "convencion de belem do para" 14 de agosto de 1995.
- Corte interamericana de Derechos Humanos (1988). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)
- Council of Europa (2015). Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul). Disponible en: [www.coe.int/conventionviolence](http://www.coe.int/conventionviolence)
- Cuevas, S., Blanco, J., Juárez, C., Palma, O., & Valdez-Santiago, R. (2006). Violencia y embarazo en usuarias del sector salud en estados de alta marginación en México. Salud Pública de México, 48(Supl. 2). Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0036-36342006000800004&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342006000800004&lng=es&tlng=es).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104. 20 de diciembre de 1993
- Despouy L. (2008). Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos. Corte Interamericana de Derechos humanos. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf>
- Dirección Técnica de Registros y Bases de Datos, Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (2021). Datos públicos de la Línea 144 - Año 2021. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/generos/linea-144/datos-publicos-de-la-linea-144-ano-2021>
- Dulitzky; A. (2008). Pobreza y derechos humanos en el sistema interamericano: algunas aproximaciones preliminares. Revista IIDH No. 48 (jul-dic. 2008). Disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23707.pdf>
- Equal Measures (2019) Informe Global 2019. Disponible en: <https://www.equalmeasures2030.org/products/global-report-2019/>

- Hernández Manríquez, J. (2019). Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano. México D.F: Instituto De Investigaciones jurídicas UNAM
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) (2019). Registro único de casos de violencia contra las mujeres-RUCVM: resultados 2013-2018. Disponible en: [https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm\\_03\\_19.pdf](https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm_03_19.pdf)
- Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales 24.685 (2009). Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155>
- Organización de los estados americanos OEA (2007). Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II Doc. 68. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (2014). Los derechos de la mujer son derechos Humanos. Disponible en: [http://hchr.org.mx/puntal/wp/wp-content/uploads/2020/06/HR-PUB-14-2\\_SP.pdf](http://hchr.org.mx/puntal/wp/wp-content/uploads/2020/06/HR-PUB-14-2_SP.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas ONU (2015). Agenda 2030 Objetivos de Desarrollo Sostenible. Disponible en: <https://www.onu.org.ar/agenda-post-2015/>
- Organización de las Naciones Unidas para Promover la igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres ONU-Mujeres/UN Women (2018) Herramientas para el diseño de programas de acceso a la justicia para las mujeres. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2018/5/a-practitioners-toolkit-on-womens-access-to-justice-programming>
- Organización de las Naciones Unidas para Promover la igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres ONU-Mujeres/ Un Women (2020). From insights to action: Gender equality in the wake of COVID-19. Disponible en: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/09/gender-equality-in-the-wake-of-covid-19#view>
- Organización de las Naciones Unidas Mujeres para Promover la igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres ONU-Mujeres/UN Women (2020). Igualdad de género: A 25 años de Beijing, los derechos de las mujeres bajo la lupa. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2020/03/womens-rights-in-review>
- Palmer, R. (1969). *Hermeneutics: Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*. Evanston, IL: Northwestern University Press.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (2005) Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. Buenos Aires: Instituto Talcahuano.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (2008). XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Reunión de alto nivel de la Asamblea General (2012). Las contribuciones de los derechos humanos y el estado de derecho al programa de desarrollo para después de 2015. Disponible en: <https://www.un.org/es/ga/president/68/settingthestage/5hrrol.shtml>

- Rojas, S. (2004). Acceso a la justicia y pobreza. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Argentina. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/acceso-a-la-justicia-y-pobreza.pdf>
- Ruiz, A. (2011). Violencia y vulnerabilidad. *Revista institucional de la defensa pública de la ciudad autónoma de Buenos Aires* (1) pp 11-21. Buenos Aires: Argentina
- Schneider, E. (2010). La violencia de lo privado en J. Di Corleto (Ed.), *Justicia, género y violencia* (pp 43-56). Praxis Jurídica: CABA
- Subsecretaría De Acceso A La Justicia (2019). Segundo estudio de Necesidades jurídicas insatisfechas. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Facultad de Derecho UBA. Buenos Aires.
- Zaffaroni, R. (2016) *Derechos humanos y poder: conversaciones con Zaffaroni*. Ed. Crisafulli. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba

**EL COLECTIVO LGBTTTI COMO CONSUMIDOR  
HIPERVULNERABLE Y LA IMPORTANCIA DEL TRATO DIGNO Y NO  
DISCRIMINATORIO EN EL DERECHO CONSUMERIL**

**THE LGBTTTI COLLECTIVE AS A HYPERVULNERABLE CONSUMER  
AND THE IMPORTANCE OF DIGNIFIED AND NON-DISCRIMINATORY  
TREATMENT IN CONSUMER RIGHTS**

Blas Sánchez Ovadilla<sup>1</sup>  
Universidad Nacional de Tucumán

Resumen: Partiendo de la compleja situación socio-económica-jurídica que atraviesa la comunidad LGBTTTI en Latinoamérica, encuadrándose aquella como consumidor hipervulnerable (en particular, las personas trans), el presente trabajo tiene como objeto repasar el mandato legal-constitucional-convencional que ordena al Estado argentino, en clave de derechos humanos, a garantizar un trato digno y no discriminatorio a la comunidad LGBTTTI en el ámbito de las relaciones de consumo. Se destacará la normativa protectoria específica y se mencionarán casos (ámbitos de la salud, los alquileres, el turismo y la publicidad sexista). Se pretende arrimar un modesto aporte al derecho de los consumidores, resaltando que el enfoque de género debe impregnar transversalmente a esta rama del derecho.

Palabras Clave: derechos humanos, consumidores hipervulnerables, LGBTTTI.

Abstract: Starting from the complex socio-economic-legal situation that the LGBTTTI community is going through in Latin America, framing it as a hypervulnerable consumer (particularly trans people), this paper aims to review the legal-constitutional-conventional mandate that orders the State Argentine, in terms of human rights, to guarantee decent and non-discriminatory treatment to the LGBTTTI community in the field of consumer relations. The specific protective regulations will be highlighted and cases will be mentioned (in the areas of health, rentals, tourism and sexist advertising). It is intended to make a modest contribution to the right of consumers, emphasizing that the gender perspective must transversally permeate this branch of law.

Key Words: human rights, hypervulnerable consumers, LGBTTTI.

---

<sup>1</sup> blasovadilla@gmail.com

## 1. INTRODUCCIÓN

En la sociedad argentina se pusieron en tela de juicio valores -mejor dicho, disvalores-, mandatos<sup>2</sup> y estereotipos<sup>3</sup> propiciados por la cultura patriarcal. Este cuestionamiento, originado por el impulso de núcleos feministas décadas atrás-, acrecentó su legitimación social a partir del reciente grito masivo “Ni Una Menos” en 2015 (Sanchez Ovadilla, 2019).

La narrativa de sesgo antipatriarcal fue también motorizada por la comunidad LGBTTTI<sup>4</sup> de nuestro país, donde estos “colectivos ostentan una tradición organizativa mucho más reciente” (Barrancos, 2017, p.29), logrando conquistas jurídicas-políticas de gran trascendencia (matrimonio igualitario, ley de identidad de género y cupo laboral trans).

Vinculado al planteo central de este trabajo, el reclamo ciudadano descripto, germinado desde abajo, fue muestra de una etapa histórico social que evidenció (aun lo hace) un profundo rechazo al crecimiento exponencial de la tasa de femicidios y transfemicidios en Argentina, así como el repudio a toda discriminación y avasallamiento sobre la integridad de mujeres y personas LGBTTTI, petición que implicó, asimismo, un fuerte llamado de atención al conjunto de la institucionalidad, respecto de su débil intervención o desenvolvimiento ante la problemática comentada.

Respecto de esto último, debe subrayarse que el derecho, como parte integrante de la institucionalidad, fue también cuestionado por reflejar un desarrollo no paritario, desigual e incluso discriminatorio sobre las personas, existiendo normas que otorgaban preponderancia a los privilegios masculinos, e infravaloraban las necesidades de mujeres y personas LGBTTTI, configurándose estas/os últimas/os como ciudadanas/os de segunda categoría, consecuencia de la heteronormatividad<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Advierte Rita Segato: “El mandato de masculinidad que es el mandato de potencia, es también un mandato de crueldad, un mandato de dominación: nos afecta a todos, a las mujeres y a los hombres. Los hombres son las primeras víctimas del mandato de masculinidad”.

<sup>3</sup> María Luisa Piqué y Romina Pzellinsky explican que: “Los estereotipos de género son construcciones sociales y culturales, o un grupo estructurado de creencias, sobre los atributos de varones y mujeres, que se fundan en sus diferentes funciones físicas, biológicas sexuales y sociales. Por ejemplo, entre los estereotipos de las mujeres pueden mencionarse que son madres –y por tanto principales responsables del cuidado de los/as hijos/as—, castas y obedientes, y en cuanto a rasgos de personalidad, son nerviosas o desequilibradas. Los estereotipos implican reducciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales. Y en tanto establecen jerarquías de género y asignan categorizaciones peyorativas o desvalorizaciones hacia las mujeres, son discriminatorios” (2015, p.5).

<sup>4</sup> LGBTTTI: sigla que se refiere a Lesbiana, Gay, Bisexual, Transexual, Transgénero, Travesti e Intersex.

<sup>5</sup> Respecto de este concepto, Maffia consideró: “En nuestra sociedad, aún con ley de identidad de género, con matrimonio igualitario, con militancias, marchas, demandas muy específicas de colectivos, la norma es una norma cis. De cuerpos que portan una genitalidad que define no sólo su sexo sino también su género. Este es el modo en que habitualmente se interpreta la relación entre cuerpos y géneros. También es una norma de deseo heterosexual. Es decir que la orientación sexual es heterosexista” (2018, p.1).

Opino que ello se encuentra en un renovado y, de cierto modo, acelerado proceso de cambio, toda vez que la combinación de ciertas exigencias institucionales y no institucionales vienen aunando esfuerzos para transformar la realidad que nos aqueja.

Lo señalado es resultado de, por un lado, compromisos internacionales, reformas legislativas, sentencias judiciales, y, por el otro, planteos de ONGs, estrategias profesionales y participación ciudadana en pos de garantizar derechos de mujeres y personas LGBTTTI (Sanchez Ovadilla, 2021).

La investigadora feminista Barrancos, ha comentado que “el propio orden legal tuvo que plegarse al reclamo de derechos y de dignidad de quienes refutan la heterosexualidad normativa” (2017, p.29). La Ley Micaela es un ejemplo.

En tanto, la sanción de la ley de Defensa del Consumidor, su reforma y la constitucionalización del derecho privado, impactaron en el ámbito en donde el derecho consumeril es aplicado y puesto a disposición para gestionar y resolver situaciones jurídicas, constituyéndose desde luego, en una formidable herramienta jurídica para sancionar acciones discriminatorias en las relaciones de consumo, entre otras.

Recordemos que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación postula un diálogo de fuentes anclado en el paradigma de los derechos humanos, ordenando tal hermenéutica jurídica a través de sus artículos 1 y 2<sup>6</sup>.

En ese contexto, dado que deben erradicarse prácticas comerciales basadas en el machismo, que impiden el ejercicio pleno de los derechos de las personas LGBTTTI como consumidores/as, entiendo que el derecho consumeril puede fortalecerse y apostar a su evolución con la incorporación del enfoque de género, el cual, como se verá, es un mandando constitucional- convencional.

## *2. CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES, PERSONAS LGBTTTI Y TRATO DIGNO*

En los párrafos subsiguientes, se repasarán las elaboraciones surgidas alrededor de la categoría de consumidores hipervulnerables, deteniéndome a analizar de qué modo la perspectiva de género, además, se vincula con este concepto en aras de visibilizar la

---

<sup>6</sup> Código Civil y Comercial de la Nación: Artículo 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. / Artículo 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

especial protección consumeril que tienen las personas LGBTTTTI en las relaciones de consumo.

Posteriormente, se examinará la vigencia del trato digno y del principio de no discriminación en su faz legal-constitucional-convencional, analizando su relevancia para intervenir en las relaciones de consumo, en pos de garantizar derechos del colectivo estudiado. Se tendrá en cuenta lo aportado por los órganos competentes para interpretar y aplicar lo mandado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Luego, se abordará quienes conforman el grupo humano LGBTTTTI, para señalar los fundamentos del porqué considero se encuadra como consumidor hipervulnerable y se postulará la conjugación de una específica normativa para tutelar los derechos de este colectivo en las relaciones de consumo.

Por último, se hará alusión a situaciones vivenciadas por personas LGBTTTTI en el ámbito de las relaciones de consumo, haciendo énfasis en las dificultades experimentadas por personas trans en la esfera de la salud, circunstancia que merece especial atención, a los fines de advertir la importancia de la categoría de consumidores hipervulnerables en el derecho positivo para visibilizar cómo se encuentran los derechos de este grupo humano vulnerabilizado. También se comentará sobre la publicidad estereotipada de la comunidad LGBTTTTI.

Por lo hasta aquí expresado, subdivido el desarrollo del presente trabajo en cuatro subtítulos:

- 2.1 Consumidores hipervulnerables y perspectiva de género;
- 2.2. Trato digno y no discriminatorio. Importancia de la CADH;
- 2.3. Personas LGBTTTTI y derecho consumeril argentino; y,
- 2.4. Casos.

## **2.1 CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES Y PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Ante todo, debe notarse que la misión del derecho de los consumidores surge, primordialmente, de un mandato estipulado en la normativa constitucional, mediante el artículo 42 de la Carta Magna<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> “Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos

En tal sentido, el derecho de usuarios/as y consumidores/as a condiciones de trato equitativo y digno en las relaciones de consumo, emerge como una obligación que el Estado argentino debe cumplimentar y garantizar, más aún si se comprende que dicha protección resulta de la necesidad de auxiliar a la parte desaventajada de las relaciones de consumo<sup>8</sup>.

El derecho de los consumidores entonces, tutela situaciones donde usuarios/as y consumidores/as concurren de modo desaventajado en la economía capitalista, en un marco de vulnerabilidad.

Al respecto, autores consumeristas como Barocelli han advertido que:

*Dicha desigualdad o desequilibrio obedece a la vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores en los contextos referidos, que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, en “subordinación”, “debilidad o vulnerabilidad estructural”, “debilidad negocial” o “inferioridad manifiesta” y sean, por consiguiente, merecedores de tutela legal. (Barocelli, 2018)*

Por otra parte, teniendo en cuenta los aportes de la jurista Lima Marques (“Contratos no Código de Defesa do Consumidor”), aquel autor agrega: “la vulnerabilidad como un estado de la persona, un estado inherente de riesgo; una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza y debilita a uno de los sujetos de derecho, desequilibrando a la relación” (Barocelli, 2018, p.1; Barocelli, 2020, p.18). Existe prolífica bibliografía sobre el concepto de personas en situación de vulnerabilidad.<sup>9</sup>

En tanto, si bien el derecho de los consumidores viene a atender la vulnerabilidad estructural en que se encuentran usuarios/as y consumidores/as en el contexto de la sociedad de mercado, ocurre que hay situaciones complejizadas, donde sobre aquellas/os recaen, además, nuevos y distintos marcos de opresión, que, con una mirada amplia e integral, se podrá observar que estos generan vulnerabilidad estructural, hecho que debe ser contemplado por el derecho.

Es aquí donde se adopta la categoría de “consumidores hipervulnerables”, sobre la cual se ha manifestado que:

---

regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

<sup>8</sup> Respecto del Derecho del Consumidor, se ha manifestado que: “En nuestra opinión, estamos frente a un conjunto normativo tendiente a concretar, en mayor o menor medida, o al menos acercarse lo más posible o conveniente, a un “empoderamiento” del consumidor en el mercado”. (Sahían, 2017, p.33).

<sup>9</sup> Estudiando las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, se ha dicho que: “La respuesta al interrogante inicial, relativo a qué se entiende por personas en situación de vulnerabilidad, viene dada por la Regla 3 de Brasilia, que determina que “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”; en Medina, G. AR/DOC/2970/2017.



*(...) algunos consumidores son más vulnerables que otros y sufren con mayor agudeza los embates de la “sociedad de consumo”. Son aquellos consumidores a los que a su vulnerabilidad estructural de ser condición de tales se suma otra, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias. (Barocelli; 2018)*

Asimismo, junto a los aportes de otros/as autores/as<sup>10</sup>, investigadoras como Frustagli, formulando que hay una evolución en el derecho del consumidor a través de principios y reglas que ya no se circunscriben a proteger exclusivamente derechos patrimoniales sino también aspectos vinculados a derechos extrapatrimoniales del consumidor, ha señalado que:

*La compleja realidad social al hilo de la cual se desenvuelve el Derecho del consumo ha puesto en evidencia la existencia de grupos de consumidores que exhiben niveles de vulnerabilidad agravados por condiciones peculiares inherentes a la persona concreta o bien la especial situación en la cual se encuentran. Los operadores jurídicos se han referido a esos colectivos sociales empleando diferente terminología, así se habla de “subconsumidor”, “consumidor particularmente frágil”, “consumidores vulnerables” o “hipervulnerables”. (2020, p.3).*

Ahora bien, retomando lo abordado en este subtítulo, si se atiende un poco a la crítica feminista del derecho<sup>11</sup>, comprendo que el concepto de “consumidores hipervulnerables” puede constituirse como una categoría que implica un giro protectorio notable, ya que a través de la tutela especial surgida del derecho de los consumidores, el derecho se resignifica y emerge como instrumento institucional de cambio, protegiendo al conjunto de las/los consumidores, evitando trato discriminatorio sobre los colectivos tutelados.

Si bien el enfoque de género viene permeando el derecho hace tiempo, no puede soslayarse que, en el derecho de consumidores, puede tener mayor desenvolvimiento en la categoría de consumidores hipervulnerables, a la hora de visibilizar situaciones merecedoras de especial protección jurídica.

Barocelli ha expresado también que “pueden existir supuestos en los que las personas del colectivo LGBTI (...) pueden configurar en el caso concreto consumidores hipervulnerables” (2018).

---

<sup>10</sup> “Cabe señalar que una persona puede pertenecer a más de un grupo vulnerable, con lo cual se suma su vulnerabilidad y se aumenta también la discriminación que sufre por ellas. Me refiero a las condiciones agravantes de discriminación, de desigualdad y de vulnerabilidad, y que incluyen la sumatoria de distintas situaciones de vulnerabilidad antes descriptas. En síntesis, la vulnerabilidad expresa una desigualdad, con lo que mientras más profunda sea, mayor será la desigualdad sufrida. Y mayores, también, en consecuencia, las restricciones y limitaciones para acceder a la administración de justicia en igualdad de condiciones”, en Medina, G. AR/DOC/2970/2017.

<sup>11</sup> “El derecho es un instrumento de articulación del sistema patriarcal” postuló la jurista feminista Alda Facio (2005, p.32), integrándolo junto al trabajo sexuado y a la educación androcéntrica, entre otros, como parte de la institucionalidad patriarcal.

Teniendo jerarquía constitucional el derecho de consumidores, y, siendo la perspectiva de género un mandato constitucional- convencional, estamos ante una tutela jurídica reforzada para usuarios/as y consumidores/as hipervulnerables, frente a una opresión estructural híbrida y compleja que suelen experimentar.

## **2.2. TRATO DIGNO Y NO DISCRIMINATORIO. IMPORTANCIA DE LA CADH**

Previamente, respecto del sistema interamericano de derechos humanos, de modo general, y salvo una escueta mención en la Carta de la OEA (artículo 39.b.i), autores como Sahián (2017, p.112) resaltan que:

*No obra mención alguna a la defensa de los consumidores en la CADH<sup>12</sup>, ni tampoco en el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de San Salvador.*

Este señalamiento nos permite advertir el tenue desenvolvimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en materia protectoria consumeril, anclado en el paradigma de los derechos humanos.

No obstante, siguiendo la línea de pensamiento del jurista citado, si se contempla el principio *pro homine* y el carácter complementario que nuestra Carta Magna da a la CADH (con jerarquía constitucional, cfr. art. 75 inc. 22 CN), surge que “*la obligación de no regresividad<sup>13</sup> no sólo alcanzaría a los derechos previstos en tales tratados, sino que podría extenderse a todo otro derecho económico, social y cultural de rango constitucional*” (Sahián, 2017, p.13), lectura que recae en el derechos de los consumidores y las protecciones que este regula (cfr. art. 42 CN).

Asimismo, en este subpárrafo se considerarán los recientes aportes de la Corte IDH y de la CIDH en materia de la obligación de trato digno y principio de no discriminación respecto de los colectivos LGBTTTI, hecho que tuvo considerable efecto positivo sobre la vigencia de los derechos de usuarias/os y consumidoras/es hipervulnerables LGBTTTI en América Latina.

Debe subrayarse que la Corte IDH y la CIDH, conforme el artículo 33 de la CADH, son los órganos competentes “*para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta*

---

<sup>12</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>13</sup> En líneas generales, implica “una garantía de carácter sustantivo que tiende a proteger el contenido de los derechos y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora, que en ciertos regímenes puede detentar raigambre constitucional” (Sahián, 2017, p.81).

*Convención*”<sup>14</sup>, es decir, son la palabra autorizada para comprender las transformaciones de los derechos contemplados en la CADH.

### **2.2.1. CORTE IDH**

La Corte IDH se ha caracterizado en estos últimos años, por desenvolver un rol activo y de vanguardia en materia de promoción de los derechos humanos de las personas LGBTTTI en la región latinoamericana.

Aunque ello se ha dado a través de sentencias trascendentales<sup>15</sup>, resoluciones, publicaciones<sup>16</sup>, comunicados y distintas iniciativas como cursos y seminarios, fue fundamentalmente a partir de la Opinión Consultiva N° 24/17<sup>17</sup>, que dicho tribunal interamericano estableció lineamientos basales a los Estados partes a los fines de que los derechos humanos de las personas LGBTTTI sean garantizados por estos.

La mencionada Opinión Consultiva -sobre Identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo-, estableció que la orientación sexual<sup>18</sup>, la identidad de género<sup>19</sup>, así como la expresión de género<sup>20</sup> de las personas, son categorías

---

<sup>14</sup> Para un estudio más detallado, remito a la obra de Sahián (2017), citada en este trabajo.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°. 19: Derechos de las personas LGTBI. San José, C.R.: Corte IDH, 2018. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19.pdf>

<sup>17</sup> OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por Costa Rica. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)

<sup>18</sup> “l) Orientación sexual: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona” (OC-24/17).

<sup>19</sup> “f) Identidad de Género: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos” (OC-24/17).

<sup>20</sup> “g) Expresión de género: Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida” (OC-24/17).

protegidas por la Convención, y que ninguna norma, decisión o práctica de derecho por parte de autoridades estatales, pueden disminuir o restringir de modo alguno, los derechos de una persona en razón de su orientación sexual, su identidad de género y su expresión de género<sup>21</sup>.

Debe indicarse que terceros, es decir, personas que no necesariamente sean funcionarios/as estatales, también deben cumplimentar con lo ordenado por la CADH, más allá de que la eventual responsabilidad internacional por no garantizar derechos humanos recaiga en sanción del Estado parte.

Mientras, en la mencionada Opinión Consultiva, también la Corte IDH consideró a quienes integraban la comunidad LGBTTTI, explicando el significado de la sigla y a quienes se refería: personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros y travestis. (Para una lectura y análisis en profundidad, remito al “Glosario” desarrollado por la Opinión Consultiva).

En tanto, siendo que el derecho de los consumidores protege a usuarias/os y consumidoras/es y estipula que merecen un trato digno frente a situaciones de discriminación, a los fines de ampliar esta observancia, resulta atinado traer presente lo que el tribunal de derechos humanos, ponderando valiosamente lo establecido por los tratados internacionales de derechos humanos, ha definido como discriminación:

*“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (Corte IDH, 2017).*

Teniendo en cuenta tal definición, cabe destacar que, en la actual sociedad de consumo, usuarias/os y consumidoras/es se encuentran vulnerabilizadas/os, precarizadas/os al momento de ejercer sus derechos fundamentales, y por ello, pasibles de vivenciar situaciones de discriminación por motivos de género.

Es acá donde el derecho de los consumidores debe prestar prioritaria atención, para prevenir el menoscabo de los derechos de personas LGBTTTI, encuadradas como consumidoras hipervulnerables.

También la Corte IDH ha cuestionado la cultura patriarcal, a través de la incorporación de la perspectiva de género en sus sentencias históricas, como lo fue en el Caso Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú (2020). En este fallo, dicho tribunal consideró que:

---

<sup>21</sup> Entre otras, en un trabajo publicado recientemente, menciono la medida positiva que significó la Acordada 74/20, mediante la cual la Corte Suprema de Justicia de Tucumán aprobó “un sistema de ingreso democrático diferenciado, destinado a la inserción laboral en el Poder Judicial para personas travestis, transexuales y transgénero”. En Sanchez Ovadilla, B. “Movimiento LGBTTTI de Tucumán y situación actual del cupo laboral trans” (2021).

*“La violencia [contras las personas LGBTTTI] ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría.” (Corte IDH, 2020). [el resaltado me corresponde].*

Lo comentado es de suma importancia, ya que demuestra que el derecho, interpretado y aplicado por tribunales de derechos humanos como la Corte IDH, constituye un potente instrumento de cambio y de reaseguramiento de los derechos humanos de los colectivos en situación de vulnerabilidad, teniendo consecuencias positivas en las transformaciones jurídicas e institucionales<sup>22</sup>, así como de carácter socio-económico a favor de la comunidad LGBTTTI en Latinoamérica.

En efecto, en nuestro país se encuentra en curso el debate por la adhesión a la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia<sup>23, 24</sup>, ya firmada por el Estado argentino, y que establece como novedoso que “La discriminación puede estar basada en motivos de (...) orientación sexual, identidad y expresión de género” (cfr. art. 1 inc. 1), abordando además la discriminación agravada o múltiple (cfr. arts. 1 inc. 3 y 11). La Corte IDH tiene competencia sobre esta convención (cfr. art. 15 apartado iii).

Asimismo, lo advertido por la Corte IDH en la sentencia de Azul Rojas Marín, trae consigo reconocer que existe violencia contra personas LGBTTTI cuando se las discrimina, situación que aparece como factor impeditivo del ejercicio de sus derechos cuando se trata de relaciones de consumo.

### **2.2.2. CIDH**

Es conveniente hacer, aunque sea brevemente, una somera mención de lo actuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), toda vez que su constante labor en pos de promover y garantizar la vigencia plena de los derechos humanos de la comunidad LGBTTTI, aporta a la consagración de una valiosa hermenéutica jurídica en clave de derechos humanos a nivel regional, nacional y provincial.

---

<sup>22</sup> “La Corte Interamericana sí examina si una decisión judicial violó la Convención Americana, por ejemplo, al negar el debido proceso, o limitar arbitrariamente un derecho de la Convención, como la libertad de expresión, la libertad sindical, la nacionalidad o la defensa en juicio. Si concluye que lo hizo, su poder remedial no se limita a fijar reparaciones patrimoniales, sino que puede obligar al Estado condenado a dejar sin efecto, revisar o anular la decisión o sus efectos jurídicos.”, en Abramovich V.

<sup>23</sup> <https://www.parlamentario.com/2021/10/27/media-sancion-en-diputados-para-ratificar-dos-convenciones-contrala-discriminacion-y-el-racismo/>

<sup>24</sup> [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_a-69\\_discriminacion\\_intolerancia.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-69_discriminacion_intolerancia.asp)

Analizando las vulnerabilidades estructurales que recaen sobre las personas LGBTTTI, la CIDH, en un crítico informe<sup>25</sup>, alertó que:

*“La discriminación estructural contra personas LGBTI también puede contribuir de manera significativa a su vulnerabilidad ante las situaciones de pobreza, lo que a su vez las somete a una mayor discriminación. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre extrema pobreza y derechos humanos ha indicado que los patrones de discriminación mantienen a las personas en la pobreza, lo que a su vez sirve para perpetuar actitudes y prácticas discriminatorias contra éstas, es decir, la discriminación causa pobreza, pero la pobreza también causa discriminación” (CIDH, 2015).*

Esta cita refleja, desde una mirada situada, la gravedad en la que se encuentran el conjunto de las personas LGBTTTI en las sociedades de mercado latinoamericanas, donde no garantizarles trato digno en las relaciones de consumo, implica una postergación por razones de género del ejercicio pleno de la ciudadanía de aquellas, obstaculizando sus derechos como consumidoras/es, poniendo en riesgo su bienestar socio-económico.

Es destacable que, de modo reciente, y en el marco de la emergencia de salud pública (pandemia Covid-19), la CIDH, en conjunto con la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y el Comité de los Derechos de las/los Niñas/os, promovieron la Declaración de Expertos en Derechos Humanos en el Día Internacional Contra la Homofobia, Transfobia y Bifobia (2020).

Es atinado señalar que, en dicha oportunidad, luego de enunciar las dificultades que personas LGBTTTI experimentaban ante el avance del COVID-19 (acceso a vivienda, salud, trabajo, entre otros), el documento elaborado advirtió que:

*“Estas experiencias de desigualdad y discriminación se ven agravadas por la discapacidad, la edad, el origen étnico/racial, sexo, la pertenencia a un pueblo indígena o una minoría, la situación socioeconómica y/o la casta, estatus migratorio, situación de desplazamiento interno, el idioma, la religión o creencias, la opinión política, el origen nacional, la situación matrimonial y/o materna, la ubicación urbana/rural, el estado de salud y la propiedad de bienes. En ese orden, para que los Estados y otros actores involucrados, incluyendo las empresas y organizaciones religiosas, puedan abordar de manera significativa el impacto de la pandemia, deben reconocer, sin reservas, que las personas LGBT representan una muestra representativa de todas estas identidades, y deben actuar de manera consecuente”.*

En la cita se percibe una mirada amplia y de carácter interseccional, a los efectos de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos de las personas LGBTTTI, hecho que permite visualizar un imbricado conjunto de opresiones que se entrecruzan sobre estos grupos humanos vulnerabilizados.

---

<sup>25</sup> Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América (CIDH, 2015). <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

Los organismos internacionales firmantes de tal Declaración, reiteraron que sobre las personas LGBTTTTI la discriminación se endurece ante una situación económica desaventajada, debiendo los Estados y las comunidades -como también las empresas-, desarrollar un rol activo para tratar de que estos casos sean gestionados y resueltos.

### **2.3. PERSONAS LGBTTTTI Y DERECHO CONSUMERIL ARGENTINO**

Si se emprende una lectura integral de la plataforma constitucional convencional descripta, y de un conjunto de normas relevantes del derecho positivo argentino, surge una hermenéutica jurídica de la cual resulta una tutela especial y reforzada respecto de consumidoras/es personas LGBTTTTI.

Para lograr este acometido, en clave de derechos humanos, considero que deben contemplarse mínimamente, las siguientes leyes:

**I) LEY NACIONAL N° 23.592** (Actos Discriminatorios - 1988): Su artículo 1 es determinante: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”*. [lo resaltado me pertenece]. El INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo) ha expresado que esta norma debe ser actualizada.

**II) LEY NACIONAL N° 24.240** (Defensa Del Consumidor - L.D.C. - 1993, modificada por la Ley Nacional N° 26.361 - 2008): deben subrayarse sus artículos 1°, 2°, 3°, y, el artículo 8° bis. Este último, sobre Trato digno y Prácticas abusivas, dice: *“Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. (...)”*. [lo resaltado me pertenece].

**III) LEY NACIONAL N° 26.473** (Identidad de Género - 2012): Su artículo 12 respecto de Trato digno, reza: *“Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados (...). En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de*

*elección que respete la identidad de género adoptada*". [lo resaltado me pertenece]. Los colectivos LGBTTTI, en aras de nutrir esta ley con los últimos avances legislativos, jurisprudenciales e institucionales, han remarcado que debe ser actualizada.

**IV) LEY NACIONAL N° 26.485** (Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales - 2009): Son fundamentales, entre otros, sus artículos 1° y 2°, los cuales establecen que es una norma de orden público, y que tiene por objeto promover y garantizar: "*a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (...)*". Hay que tener en cuenta que pueden ocurrir situaciones de violencia contra las mujeres de tipo económica y patrimonial, y también simbólica (cfr. art. 5°) en la sociedad de consumo. Por ello también reviste gran importancia su reciente modificación a través de la Ley Nacional N° 27.501 sobre Acoso Callejero (2019): "*g) Violencia contra las mujeres en el espacio público: aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas, en lugares públicos o de acceso público, como medios de transporte o centros comerciales, a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo*". La gestión gubernamental en curso, a través de su ministra de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, Elizabeth Gómez Alcorta, a los fines de incorporar la perspectiva de diversidad sexual entre otras cuestiones, ha anunciado el inicio del proceso de reforma integral de esta norma<sup>26</sup>.

**V) CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN** (Ley Nacional N° 26.994 - 2015): Junto a los artículos 1°, 2°, 1092 y concordantes, debe destacarse particularmente el artículo 1101 de esta norma de fondo, para el cual: "*Está prohibida toda publicidad que: c. sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad*".

Por último, no puede soslayarse la vigencia de la **RESOLUCIÓN N° 139/2020**, dictada por la Secretaría de Comercio Interior de la Nación en contexto de pandemia, norma que hace alusión a la categoría de consumidoras/es hipervulnerables tematizado en el presente trabajo.

La misma estipula:

---

<sup>26</sup> <https://www.argentina.gob.ar/noticias/comienza-el-proceso-de-reforma-de-la-ley-26485-de-proteccion-integral>



*“ARTÍCULO 1°. - Establécese que a los fines de lo previsto en el Artículo 1° de la Ley N° 24.240 se consideran **consumidores hipervulnerables**, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. // Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo.*

*ARTÍCULO 2°. - A los efectos de la presente medida podrán constituir **causas de hipervulnerabilidad**, entre otras, las siguientes condiciones: (...) b) ser **personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero)**;*

*ARTÍCULO 3°. - Encomiéndase a la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, a fin que arbitre las medidas que crea necesarias para la implementación de la presente resolución. // La mencionada Subsecretaría, deberá tener en consideración los siguientes objetivos y funciones: (...) c) **Orientar, asesorar, brindar asistencia y acompañar a las y los consumidores hipervulnerables en la interposición de reclamos en el marco de las relaciones de consumo**; g) **Realizar gestiones oficiosas ante los proveedores identificados en los reclamos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables**; l) **Promover en los proveedores de bienes y servicios buenas prácticas comerciales en materia de atención, trato y protección de derechos de las y los consumidores hipervulnerables (...)**”; [lo resaltado me pertenece].*

El común denominador de este escudo protectorio, es prevenir situaciones de discriminación y violencia contra mujeres y personas LGBTTTI, a los efectos de que puedan ejercer libremente sus derechos en las relaciones de consumo.

Una mirada y aplicación conjunta de esta normativa, nos habilita abordar la situación de hipervulnerabilidad vivenciada por la comunidad LGBTTTI en las relaciones de consumo, visibilizando dispositivos jurídicos que protejan y garanticen el ejercicio de sus derechos como consumidoras/as, sabiendo que la categoría de hipervulnerabilidad los engloba.

## **2.4. CASOS**

En el presente subparágrafo, haré referencia a situaciones en las cuales se puede ver que la discriminación a personas LGBTTTI, dificulta el ejercicio de sus derechos como usuarias/os y consumidores/as.

El primer caso, está referido específicamente a hechos de discriminación a personas trans en el acceso a la salud; el segundo, se encuentra vinculado a publicidades

discriminatorias que obstaculizan el derecho de las/los/les integrantes del colectivo LGBTTTTI; y el último, a actos discriminatorios propiciados contra personas LGBTTTTI en el ámbito de los alquileres y el turismo.

Adelanto que estos casos reflejan actos cotidianos y todavía no erradicados, claramente contrarios a la letra y el espíritu de la normativa protectoria de consumidores hipervulnerables postulada aquí (remito al punto 2.3 de este trabajo).

En tanto, si bien existe jurisprudencia, la misma tiene carácter incipiente, circunstancia que debe ser atendida por las/los/les operadores del derecho, en aras de aportar a la renovación y humanización del derecho del consumidor, así como también, a la deconstrucción del conjunto del derecho positivo.

### **I) Acceso a Salud de Personas Trans:**

Dentro de la población LGBTTTTI, cabe advertir que las personas trans son las que resultan más severamente excluidas en el plano social (González, 2017, p.2). Por ejemplo, las estadísticas indican que su esperanza de vida es de 35 años<sup>27</sup>.

En Tucumán, se ha denunciado que las personas trans tienen dificultades en el acceso al sistema de salud, habida cuenta los prejuicios y falta de capacitación/sensibilización que tienen las/los/les profesionales de la salud.

De todos modos, si consideramos la plataforma protectoria de consumidoras/es hipervulnerables postulada (puntos 2.2. y 2.3. de este trabajo), veremos además que, normas como la Ley Nacional N° 26.682 de Medicina Prepaga, deben regir sin discriminación para las personas trans, pacientes en carácter de consumidores de servicios de salud, siendo garantizada la atención de la salud como bien del mercado<sup>28</sup>.

Por otra parte, entra en juego el artículo 11 de la Ley Nacional N° 26.743, el cual establece que las/los efectoras/es de todo el sistema de salud, sean estatales, privados o de obras sociales, tienen que garantizar en forma permanente las prestaciones que esta Ley reconoce y que se incluyen en el Programa Médico Obligatorio (PMO)<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> <https://www.losandes.com.ar/article/view?slug=excluida-la-esperanza-de-vida-de-la-poblacion-trans-es-de-35-anos>

<sup>28</sup> Organizaciones LGBTTTTI denuncian que entre el 70% y el 80% de las personas trans, no cuenta con obra social o prepaga, y se atiende mayoritariamente en hospitales o centros de salud públicos.

<sup>29</sup> “Ley 26.743 - Artículo 11.- Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. (...) Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar

En ese marco, recientemente, la Cámara Federal de Paraná, por mayoría, resolvió que se brinde a una persona trans la cobertura de un tratamiento de hormonización, depilación facial definitiva y honorarios médicos, medicamentos, estudios y análisis necesarios (“C., A.E. contra Obra Social de la Universidad Nacional de Entre Ríos sobre Amparo Ley 16.986”, Expte. N° FPA 5833/2021/CA1, provenientes del Juzgado Federal N° 2 de Paraná)<sup>30, 31</sup>.

Tal como informó Diario Judicial (2021), fue “un amparo impulsado por una persona trans contra la Obra Social de la Universidad Nacional de Entre Ríos (OSUNER), requiriendo la cobertura integral del tratamiento médico necesario para “transitar la vida conforme a su identidad autopercibida”.

Casos como el mencionado también se han dado en las empresas de medicina prepagas, debiendo destacarse que la sentencia citada refuerza una hermenéutica jurídica en clave de derechos humanos y con perspectiva de género, a la hora de proteger derechos de consumidoras/es hipervulnerables como las personas trans.

## **II) Publicidad estereotipada de la comunidad LGBTTTI:**

Otro caso que merece atención especial es lo que ocurre en las publicidades comerciales, objetadas reiteradamente por sus sesgos sexistas y, por ende, discriminatorios, violatorias del artículo 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Basta con prender cualquier televisor, hojear un periódico impreso o digital, o incluso, salir a recorrer las calles de la ciudad, para ser testigos de cómo las empresas, en su mayoría, con el objeto de llegar masivamente a la clientela y a provocar el consumo de esta, apuestan a una oferta desde una mirada binaria, intentando convocar a quienes se identifican con costumbres conservadoras y machistas perimidas.

Entonces, para las empresas en la sociedad de consumo actual, pareciera ser que solo existen hombres y mujeres, no otra identidad de género. Específicamente, quienes pertenecen al género femenino, son incluidas en las publicidades como personas-objetos, destinadas a satisfacer las necesidades del género masculino, como ser la limpieza del hogar.

En una publicidad de RAID<sup>32</sup>, se dice “Cada parte de tu cocina, es parte de tu familia”, y aparece en la misma una joven mujer madre, que debe hacer los esfuerzos para proteger

---

en forma permanente los derechos que esta ley reconoce. Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación”.

<sup>30</sup> [https://www.diariojudicial.com/nota\\_amp/90467](https://www.diariojudicial.com/nota_amp/90467)

<sup>31</sup> <https://www.errei.us/Jurisprudencia/documento/20211025091302064/accion-de-amparo-transexuales-obras-sociales-tratamiento-medico-ley-26-743-identidad-de-genero-depilacion>

<sup>32</sup> [https://www.youtube.com/watch?v=q0HQsFbIiQA&ab\\_channel=ELARCHIVISTA](https://www.youtube.com/watch?v=q0HQsFbIiQA&ab_channel=ELARCHIVISTA)

a su familia de la presencia de insectos. Desde luego, no aparece un individuo masculino o algún integrante de la comunidad LGBTTTI.

Este enfoque de los proveedores en la sociedad de consumo, se encuentra cuestionada, no solo por las leyes progresivas adoptadas en Argentina y los debates habidos alrededor de la sanción de estas, sino también, por las denuncias que asociaciones de consumidores y de los derechos de las mujeres y LGBTTTI han llevado a cabo.

En ese marco, aunque de modo aislado, han empezado a visualizarse publicidades comerciales que, con perspectiva humanista de las relaciones entre las personas, evidencian una crítica al patriarcado y al enfoque binario del mercado, promoviendo así el ejercicio pleno de los derechos de personas LGBTTTI en las relaciones de consumo.

Por ejemplo, en una publicidad de Sprite<sup>33</sup>, van apareciendo las personas que integran el colectivo LGBTTTI, preparándose para asistir a una jornada del orgullo, y, al final se ve la frase: “ORGULO: lo que sentís cuando alguien que querés elige ser feliz” y la leyenda “No Estás Solx”. Lo novedoso aquí fue que no apareció el producto o alguien consumiéndolo, sino el mensaje contra la discriminación.

No obstante, cabe mencionar que, según un estudio del proyecto "Adds for Equality" (Suma para la Igualdad, en español) de la red social Facebook<sup>34</sup>, se advierte que la “diversidad sexual está presente solamente en el 0,33% de las campañas publicitarias de Latinoamérica” (Alvado, 2020), y que, por ende, aún falta una representación real de las personas del colectivo LGBTTTI en las publicidades que convocan al consumo.

Alvado -periodista de Télam-, relató que:

*“Este estudio de tipo cualitativo encontró que el hombre blanco gay suele ser el sujeto que encarna a todo el colectivo LGBT+, que la identidad de género de un personaje –si es "cis" o "trans"- solo se expresa en campañas que hacen foco en la diversidad y que los personajes transgénero son casi siempre interpretados por actores o modelos cisgénero”.*

El reporte informa que las formas habituales de representar a los integrantes del colectivo LGBTTTI en la publicidad son estereotipadas:

*“Las mujeres lesbianas aparecen "hipersexualizadas" y caracterizadas como "masculinas" y "curiosas", y a las parejas de mujeres se las muestra siempre con una integrante "femenina" y otra "masculina". (Alvado, 2020),*

### **III) Turismo y alquileres para personas LGBTTTI:**

<sup>33</sup> [https://www.youtube.com/watch?v=pYfBMgAvxoo&ab\\_channel=Infokioscos](https://www.youtube.com/watch?v=pYfBMgAvxoo&ab_channel=Infokioscos)

<sup>34</sup> <https://www.telam.com.ar/notas/202011/532875-la-diversidad-sexual-en-la-publicidad-entre-la-sub-representacion-y-los-estereotipos.html>

Autores del derecho consumeril como Sahián (2019, p.6), han dado cuenta de casos como los de un hotel alojamiento que resultó condenado por “negar el ingreso al establecimiento a una persona acompañado por una pareja del mismo sexo”, de acuerdo al fallo “P. D. N. c. General Paz Hotel SA s/ daños y perjuicios” (CNCiv., sala H, 16/12/2016).

De modo reciente, y con la asistencia del INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo), se conoció en los medios de comunicación, el hecho de un joven que fue objeto de discriminación en la temporada turística de Mar del Plata. Luego de tratativas previas, el proveedor de alojamiento cerró la negociación con un “No le alquilo a gays, chau”<sup>35</sup>.

Lo señalado revista especial gravedad para las personas trans, las cuales se ven excluidas permanentemente de acceder a una vivienda digna, arriesgando sus vidas.

Actos discriminatorios como los mencionados, pueden ser sancionados por la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), leída integralmente con las normas propuestas en este trabajo. Son de aplicación los artículos como el 45 y concordantes de la LDC<sup>36</sup>.

### **3. A MODO DE CIERRE**

En este ensayo se ha constatado que existe en Argentina, un robusto plexo normativo que mandata a la institucionalidad, a caminar hacia una sociedad igualitaria e inclusiva, libre de violencias sobre las mujeres y las personas LGBTTTI.

Se ha hecho énfasis en que una lectura en clave de derechos humanos y de género sobre convenciones, constituciones, leyes y resoluciones, configura una propuesta necesaria a los fines de que operadoras/es del derecho, adviertan y denuncien hechos discriminatorios en las relaciones de consumo y lleven a cabo sus aportes en pos de erradicarlos. Lo desarrollado por la Corte IDH y la CIDH, fortalecen este anclaje.

El derecho de los consumidores debe reforzar su rol tutelar cuando a usuarias/os y consumidoras/es LGBTTTI no se les garantiza un trato digno en las relaciones de consumo. Dado que su devenir está comprometido con la contención y el fortalecimiento de quienes asisten desaventajados al encuentro negocial, es allí donde esta rama del derecho puede y debe desplegar su potencial protectorio frente a la vulnerabilidad estructural que recae sobre personas LGBTTTI.

---

<sup>35</sup> <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/discriminacion-no-alquilo-a-gays-le-dijo-un-propietario-marplatense-a-un-turista.phtml>

<sup>36</sup> En España, por ejemplo, se difundió un anteproyecto de ley donde existen sanciones para aquellos propietarios de inmuebles que se nieguen a alquilar a personas o parejas LGBTTTI, habiendo multas que van desde los 10.000 hasta los 150.000 euros. Ver: <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2021/06/30/791190-el-propietario-que-se-niegue-a-alquilar-su-piso-a-un-inquilino-lgtbi-sera-multado>

Esto se ha comprobado en los casos comentados, como el acceso a la salud de personas trans, la publicidad sexista y el alquiler para las personas LGBTTTI.

Concluyendo, considero que la categoría de consumidores hipervulnerables resulta prioritaria a la hora de garantizar la vigencia de los derechos de la comunidad LGBTTTI: mediante ella no solo se visibilizan las vulnerabilidades de estos colectivos en la sociedad de consumo, sino que, en particular, contribuye a que las regulaciones jurídicas tiendan a reparar los desequilibrios causados contra las/los/les integrantes de la diversidad sexual.

### BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. (2017). Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. *Revista Pensar en Derecho N° 10*. Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires). <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/comentarios-sobre-fontevicchia-la-autoridad-de-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-y-los-principios-de-derecho-publico-argentino.pdf>
- Alvado, M. A. (2020, noviembre 6). Estereotipos de la diversidad sexual en la publicidad. *Télam*. <https://www.telam.com.ar/notas/202011/532875-la-diversidad-sexual-en-la-publicidad-entre-la-sub-representacion-y-los-estereotipos.html>
- Barocelli, S. S. (2018, marzo 23). Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio. *Revista La Ley*. Buenos Aires, Argentina. AR/DOC/523/2018
- Barocelli, S. S. (2020). La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino. *Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación. Departamento de Publicaciones*. 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/consumidores-hipervulnerables.pdf>
- Barrancos, D. (2017) 1. Feminismos y agencias de las sexualidades disidentes. En FAUR, E. (comp.) *Mujeres y Varones en la Argentina de Hoy. Géneros en Movimiento*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.
- Comienza el proceso de reforma de la Ley 26.485 de Protección Integral (2021, noviembre 25). *Argentina.gob.ar*. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/comienza-el-proceso-de-reforma-de-la-ley-26485-de-proteccion-integral>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015, noviembre 12). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*.

- OAS/Ser.L/V/II.rev.2* *Doc.* 36.  
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020, mayo 17). Declaración de expertos en Derechos Humanos en el Día Internacional contra la Homofobia, Transfobia y Bifobia. *Organización de los Estados Americanos (OEA)*.  
<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/110A.pdf>
- Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013). *OEA - Organización de Estados Americanos*.  
[https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-69\\_discriminacion\\_intolerancia.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017, noviembre 24). Opinión Consulta 24/17 solicitada por Costa Rica.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020, marzo 12). Caso Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)
- Discriminación: "No alquilo a gays", le dijo un propietario marplatense a un turista (2020, diciembre 4). *Perfil*. <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/discriminacion-no-alquilo-a-gays-le-dijo-un-propietario-marplatense-a-un-turista.phtml>
- El Archivista (2019, diciembre 25). *Publicidad RAID - Tan Exigente como vos (Mata Cucarachas) (SC Johnson) (Argentina - Noviembre 2019)*.  
[https://www.youtube.com/watch?v=q0HQsFbIiQA&ab\\_channel=ELARCHIVISTA](https://www.youtube.com/watch?v=q0HQsFbIiQA&ab_channel=ELARCHIVISTA)
- El propietario que se niegue a alquilar su piso a un inquilino LGTBI será multado con hasta 150.000 euros (2021, junio 30). *Idealista/News*.  
<https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2021/06/30/791190-el-propietario-que-se-niegue-a-alquilar-su-piso-a-un-inquilino-lgtbi-sera-multado>
- Facio, A. y Fries, L. (2005). Feminismo, género y patriarcado. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*. Año 3, Número 6. Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires).  
[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf)
- Frustagli, S. A. (2016, noviembre 30). La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino. *Revista de Derecho del Consumidor*.  
<https://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/14486/La%20tutela%20del%20consumidor%20hipervulnerable%20en%20el%20Derecho%20argentino%20%28FRUSTAGLI-%20Revista%20de%20Derecho%20del%20Consumidor%29.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

- González, A. D. (2017). La Ley de Cupo Laboral Trans como Medida Positiva contra la Desigualdad Estructural: Logros y Desafíos. *Lecciones y Ensayos* (N° 98). <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/98/la-ley-de-cupo-laboral.pdf>
- Jurisprudencia (2021, octubre 18). *Erreius*. Cita digital: IUSJU007791F. <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20211025091302064/accion-de-amparo-transexuales-obras-sociales-tratamiento-medico-ley-26-743-identidad-de-genero-depilacion>
- La esperanza de vida de la población trans es de 35 años (2019, septiembre 23). *Los Andes*. <https://www.losandes.com.ar/article/view?slug=excluida-la-esperanza-de-vida-de-la-poblacion-trans-es-de-35-anos>
- Maffía, D. (2018, abril 1). Diana Maffía: la diversidad sexual, la heteronorma y las trampas del lenguaje. Facultad de Psicología (Universidad de Buenos Aires). [http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios\\_catedras/electivas/816\\_rol\\_psicologo/material/unidad4/obligatoria/diversidad\\_sexual.pdf](http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad4/obligatoria/diversidad_sexual.pdf)
- Masculinidades Al Sur (2020, julio 30). *Rita Segato - Masculinidades*. <https://youtu.be/wzCycVRj7As>
- Media sanción en Diputados para ratificar dos convenciones contra la discriminación y el racismo (2021, octubre 27). *Parlamentario.com*. <https://www.parlamentario.com/2021/10/27/media-sancion-en-diputados-para-ratificar-dos-convenciones-contra-la-discriminacion-y-el-racismo/>
- Medina, G. (2017, noviembre 14). Acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia. En género, discapacidad y pobreza. *LA LEY*. AR/DOC/2970/2017. [https://redmujeresjusticia.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/19-6-11-11\\_15-AM.pdf](https://redmujeresjusticia.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/19-6-11-11_15-AM.pdf)
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994. *InfoLeg - Información legislativa y Documental*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Constitución de la Nación Argentina. *InfoLeg - Información legislativa y Documental*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Convención Americana sobre Derechos Humanos. *InfoLeg - Información legislativa y Documental*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>
- Piqué, M.L. y Pzellinsky, R. (2015, noviembre). Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género. *Revista Jurídica - Universidad de Palermo*. Año 14, Número 2.



[https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-14/Revista\\_Juridica\\_Ano14-N2\\_10.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_10.pdf)

- Sahián, J. H. (2017). Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Progresividad y control de regresividad de los derechos de los consumidores. Tesis Doctoral. *Repositorio Institucional - Universidad Complutense de Madrid*. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/43562/>
- Sahián, J. H. (2019, septiembre 18). El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo. *Suplemento Jurisprudencia Argentina, La Ley*. Thomson Reuters. Buenos Aires, Argentina. Cita Online: AR/DOC/2635/2019
- Salud para personas transgénero (2021, octubre 21). *Diario Judicial*. [https://www.diariojudicial.com/nota\\_amp/90467](https://www.diariojudicial.com/nota_amp/90467)
- Sanchez Ovadilla, B. (2019). La praxis participativa feminista y su impronta democratizante en Argentina. 1) *Caderno de Resumos, Tema: 09. Humanidades – Gênero. ID do Trabalho: 2202. XXVII Jornadas De Jovens Pesquisadores Da Associação De Universidades Grupo Montevideo - AUGM*. <https://fa11uploads.s3.amazonaws.com/1/others/1858dd721c63af160a80abc1064f0b99b8758d89.pdf>
- Sanchez Ovadilla, B. (2021). La emergencia de la institucionalidad de género en Argentina. *Interfolio. Revista del Interescuelas de Filosofía del Derecho*. Maestría en Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). <https://interescuelas.files.wordpress.com/2021/09/sanchez-ovadilla-blas.pdf>
- Sanchez Ovadilla, B. (2021). Movimiento LGBTTTTI de Tucumán y situación actual del cupo laboral trans. En Denmon, D. E. [et al.], *Hacia un discurso jurídico integral de los Derechos Humanos: algunas versiones de investigación. F.A.D.E.S. Ediciones*. 1a edición compendiada. Corrientes.

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: DE ÚLTIMA RATIO A PRIMA RATIO CONSTITUTIONAL REVIEW: FROM ULTIMA RATIO TO PRIMA RATIO

José Carlos Moslares<sup>1</sup>

Universidad Nacional de La Pampa

Resumen: El presente artículo versará sobre el análisis del control de constitucionalidad que se desarrolla en nuestro país, analizando en qué instancias entiende nuestra Corte Suprema que el mismo es procedente. Lo que busca es reflexionar sobre si es adecuado o no mantener la idea que el ejercicio del control de constitucionalidad constituye la “*ultima ratio*” o si en realidad es la primera función (jurisdiccional) que debe desarrollar la Corte. Se busca repensar la relevancia del ejercicio de esta función que tiene como principal misión resguardar la supremacía de la Constitución Nacional. El trabajo realiza un relevamiento de la doctrina y la jurisprudencia más relevante de nuestra Corte Suprema sobre el control de constitucionalidad que de algún modo respalda la tesis aquí sostenida.

Palabras claves: control de constitucionalidad, instancia, ejercicio

Abstract: This article will deal with the analysis of the control of constitutionality that takes place in our country, analyzing in which instances our Supreme Court understands that it is appropriate. What it seeks is to reflect on whether or not it is appropriate to maintain the idea that the exercise of constitutionality control constitutes the "ultima ratio" or if it is actually the first (jurisdictional) function that the Court must develop. It seeks to rethink the relevance of the exercise of this function whose main mission is to safeguard the supremacy of the National Constitution. The work carries out a survey of the most relevant doctrine and jurisprudence of our Supreme Court on the control of constitutionality that somehow supports the thesis here sustained.

Key words: Constitutional review, instance, exercise

### *El control de constitucionalidad*

El control de constitucionalidad constituye una de las atribuciones más trascendentes del Poder Judicial atento a que en la misma radica la preservación de la supremacía y soberanía constitucional.

---

<sup>1</sup> tatamosla@gmail.com

En el control de constitucionalidad el poder judicial verifica que los actos y normas que dictan los poderes ejecutivo y legislativo se adecúen y respeten lo dispuesto por la Constitución y en caso de constatar alguna contradicción declarar la inconstitucionalidad del acto cuya validez se cuestiona.

La Corte<sup>2</sup> cuando describe esta actividad lo hace señalando

“es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se llevan a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella”.

El Dr. Bidart Campos (1985) señala que

"La doctrina de la supremacía constitucional exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad. En efecto, el principio de la supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos contrarios a la constitución no valen: son inconstitucionales o anticonstitucionales. Sin embargo, nos quedaríamos a mitad de camino si después de arribar a esa conclusión, no estableciéramos un remedio para defender y restaurar la supremacía constitucional violada. Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales."  
(pág. 205)

Por ello el modo y alcance de su ejercicio adquiere una importancia extraordinaria para el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas. El control de constitucionalidad en nuestro país es de creación netamente jurisprudencial ya que no fue previsto taxativamente por el constituyente.

En este sentido señala Enrique Petracchi :

“El sistema de control judicial federal de la Argentina fue tomado de la Constitución de los Estados Unidos y sus leyes de organización también provienen del ordenamiento norteamericano, la eficacia del control de constitucional que deben ejercer los tribunales federales tanto para la tutela de los derechos básicos como para resguardar el orden de competencias nacionales y locales, se resintió por el escaso desarrollo de los medios jurisdiccionales aptos como vehículo de control

---

<sup>2</sup> Banco Comercial de Finanzas S.A. Fallos 327:3117.

constitucional. Sólo en los últimos tiempos y, especialmente en las decisiones de la Corte durante el actual período constitucional se ha llegado a una situación de mayor desarrollo en el campo señalado”. (Petracchi Enrique, 2001, fuente: TR LALEY AR/DOC/12038/2001)

El rol de la Corte como cabeza del Poder Judicial se hace en el marco de la división de poderes, característica distintiva de la forma republicana de gobierno, en el marco de potestades equilibradas y de control recíproco con los restantes poderes.

El Dr. Joaquin V. Gonzalez (2001) enseñaba que: “Reconoce la Constitución en el Poder Judicial una parte de su organismo, sin la cual no existiría como un objeto fundamental del Estado y un medio de hacer efectivos los derechos, declaraciones y garantías que enumera...” (pág. 546).

En el sistema de controles denominado *checks and balances*, el Poder Judicial, con la Corte a la cabeza, realiza un control del regular y razonable ejercicio de las facultades constitucionalmente asignadas por parte de los poderes ejecutivo y legislativo.

La Corte así lo establece claramente en el caso Patti<sup>3</sup> cuando señaló:

“la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. Ningún departamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas”

El control de constitucionalidad en la vida institucional de nuestro país ha permitido no sólo obrar como un resguardo efectivo de la supremacía de la constitución nacional sino también como un efectivo freno o control respecto de los otros dos poderes del estado.

Así lo deja claramente resuelto la Corte<sup>4</sup> cuando, analizando si un decreto dictado por el gobernador de Salta podía declarar la inconstitucionalidad de una ley, señaló

“...es claro que, cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe -sin embargo- admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de éstas. Ello así, porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de

---

<sup>3</sup> Fallos 316:2940

<sup>4</sup> Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/ Provincia de Salta s/ Recurso de Hecho, 8 de Noviembre de 1967. Id SAIJ: FA67009992

las normas dictadas por el órgano legislativo, y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede”.

En la medida en que este control se ejerce efectiva y permanentemente por parte de la Corte se garantiza plenamente no solo el equilibrio entre los poderes sino la forma republicana de gobierno misma.

Se ha definido la tarea de la Corte como un “poder constituyente en sesión permanente” afirmación que se deriva del rol de interprete final de la Constitución que a través de una interpretación dinámica de la misma que surge de sus fallos propugna la plena vigencia de ella y de los derechos y garantías individuales allí contenidas.

Este rol de control o contrapeso asignado al Poder Judicial, mediante el cual puede analizar la legalidad, razonabilidad y constitucionalidad de las normas y actos (u omisiones) de los demás poderes se ejerce de manera permanente a través de la función de la judicatura y específicamente a través del control de constitucionalidad.

Este control a mi entender, no es el ejercicio de un “poder jurídico” sino el ejercicio de un “poder político” de naturaleza jurídica que deja de lado o inaplica una norma dictada por un órgano político.

La Corte ya fija una pauta interpretativa clara acerca de los alcances de los derechos y garantías individuales, lo que opera *per se* como un límite a los poderes del estado, en el caso Siri<sup>5</sup> cuando determinó: “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias,...”.

Las funciones de la Corte las podemos clasificar en dos, una función institucional de clara naturaleza jurisdiccional como cabeza del poder judicial y por otro lado lo que parte de la doctrina clasifica como función política caracterizada por el control de constitucionalidad.

Este tipo de control es el que ha generado a mi entender, injustificados cuestionamientos sobre todo desde los dos poderes restantes, ya que implica en su ejercicio invalidar, dejar sin efecto decisiones tomadas por los poderes en ejercicio de sus competencias.

Este cuestionamiento tiene que ver con la supuesta falta de legitimación de este poder con respecto a los demás poderes atento que tanto la cabeza del poder ejecutivo como los integrantes del poder legislativo son elegidas directamente por el pueblo.

Este argumento, falaz a mi entender, no tiene sustento.

---

<sup>5</sup> Fallos: 239:459

Esto ha llevado a que se caracterice al rol del poder judicial como el ejercicio de un poder “contra mayoritario” que avanza sobre los demás poderes y pareciera desconocer la legitimidad representativa que poseen ellos.

Nada más errado, a mi entender, que pretender deslegitimar el ejercicio de la función jurisdiccional realizado por el poder judicial con el argumento que sus integrantes no han sido elegidos por el voto popular, como lo son los miembros de los restantes poderes.

La Corte Suprema de Justicia<sup>6</sup> da respuesta a este cuestionamiento al momento de tratar la reforma judicial, donde se planteaba la legitimidad del Tribunal para declarar la constitucionalidad o no de una norma señalaba:

“La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras (Fallos:328: 175), Y no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional.”.

Jorge Berchloc señala

“Esa función naturalmente política, en tanto ejercicio de poder en confrontación con otro poder del mismo rango institucional, implica nada menos que controlar, contradecir, y bregar con los poderes políticos investidos de legitimidad – consenso, autoridad- por el sistema político democrático, y aquí si coincide en general la doctrina que ésta resulta ser la función más importante y fundamental, en términos institucionales, que ejerce o debería ejercer la Corte Suprema” (Berchloc Jorge, 2010:308)

En estos últimos años hemos podido observar lo que denomino un proceso de consolidación del rol institucional de la Corte que tiene que ver con la plausible decisión de tomar un papel activo y hasta de iniciativa en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente asignadas que

---

<sup>6</sup> Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) si acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/13) . R. 369. XLIX

a su vez se vieron reforzadas por el abandono de la Corte de posturas enquistadas en ella que no han hecho más que obrar en desmedro de sus funciones.

Ejemplo de mis afirmaciones lo constituye el apartamiento paulatino de doctrinas como la de la existencia de cuestiones políticas no justiciables, que de algún modo inhibían la competencia de la Corte permitiendo que las potestades asignadas a los demás poderes del estado se ejercieran prácticamente sin control alguno.

Se debe incluir en esta política de iniciativa en materia de su jurisdicción el reconocimiento del control de constitucionalidad de oficio que la Corte<sup>7</sup> ha elaborado de una manera tal de ejercer su función de guardián de la supremacía constitucional aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor jerarquía, en este caso la Constitución, dejando de lado la de rango inferior.

La Corte en el fallo citado señala que el control de constitucionalidad de oficio no implica un desequilibrio de poderes ya que no es razonable entender que cuando las partes piden la inconstitucionalidad de una norma no hay un avance sobre los demás poderes y cuando esa declaración es de oficio si se produce un exceso o avance sobre los demás poderes.

También ha coadyuvado a este proceso la reforma constitucional del año 1994 donde aparecen nuevos actores con legitimación procesal para la salvaguarda y tutela de derechos como el defensor del pueblo y las asociaciones reconocidas por el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional.

La Corte ha utilizado argumentos similares cuando en ejercicio de su “jurisdicción negativa” decidía abstraerse del conocimiento de determinadas causas, alegando la existencia de “cuestiones políticas no justiciables” o como en el caso Polino<sup>8</sup> atacando la falta de legitimación de los actores atento su carácter de legisladores nacionales y que para habilitar el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales “requieren que este requisito de un “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes”.

La “confusión” ¿dónde radicaba? En la interpretación equivocada de los arts. 100 y 101 (actuales 116 y 117) de la Constitución Nacional donde hace referencia la competencia de la Corte sobre el conocimiento de causas, o casos, dejando de lado las acciones declarativas ya que se entendía que las mismas por no tratarse de causas como si la función jurisdiccional

---

<sup>7</sup> Fallos 306:303

<sup>8</sup> Fallos 317-341

sólo se debiera ejercer en relación a las pretensiones que persiguen acciones de condena o reparatorias.

No puede de ningún modo limitarse el ejercicio de la función jurisdiccional cuando pese a no haberse producido perjuicio alguno sea necesario desentrañar el significado y alcances de una norma y así determinar sus alcances y dar certeza acerca de la existencia o no de un derecho. Esto no solo disminuye la litigiosidad sino también permite hacer efectivo el ejercicio de garantías constitucionales como la de seguridad jurídica.

La ampliación de derechos, afirma Victor Bazan, que deriva de la reforma constitucional necesariamente implica

“...la extensión formal y material del parámetro de control de constitucionalidad, en función de lo cual la normativa infraconstitucional debe ser examinada a la luz de la norma básica y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con cotización homóloga a ésta, para verificar si supera satisfactoriamente el test de constitucionalidad” (Bazan Victor, 2009:6)

El constituyente en la última reforma de la Constitución Nacional al regular la figura del amparo se admite el mismo contra todo acto que en forma actual o inminente afecte derechos o garantías constitucionales y faculta a que el juez en el marco del amparo pueda declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo.

A partir de la reforma con el reconocimiento amplio del amparo y las facultades jurisdiccionales en el marco del mismo operan como un elemento que potencia de algún modo el rol activo asignado a los jueces para la tutela efectiva de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

Dicho rol activo encuentra su fundamento en el avance del neoconstitucionalismo que pone a la Constitución como centro y donde pivotea todo el ordenamiento jurídico y donde la interpretación y aplicación de principios por sobre el modelo anterior que limitaba la labor de los jueces a aplicar taxativamente las normas.

Así, al destacar las características del neoconstitucionalismo, Arballo señala:

“...y la argumentación es función y territorio de los jueces. El neoconstitucionalismo es una teoría del derecho que ve al Poder Judicial en un rol central y preponderante. Contrapone al juez “boca muda de las palabras de la ley”, meramente adjudicador, con un juez activista y constructivista.”.(Arballo Gustavo, 2020:13)

La “expansión normativa” de derechos fundamentales y el rol protagónico que asumen los



jueces necesariamente implican un ejercicio más amplio y permanente tanto del control de constitucionalidad como el de convencionalidad.

*Control de constitucionalidad como última ratio*

La Corte Suprema se ha reconocido siempre como intérprete final de la constitución, plasmado en “la Constitución dice lo que la Corte dice que dice la Constitución”.

Sin embargo esta frase, que pareciera tan categórica, pierde su contundencia cuando la Corte a la hora de determinar que la declaración de (in) constitucionalidad de una norma solo procede como *ultima ratio*.

En este sentido traemos a colación lo señalado por Ferreyra (2004):

“La doctrina judicial de la CSJN en materia de declaración de inconstitucionalidad se orienta sobre criterios rectores en virtud de los cuales el material normativo producido por los órganos del Estado se presume constitucional; el pronunciamiento de inconstitucionalidad es la *ultima ratio* del ordenamiento en vigor de manera que, en caso de duda, debe optarse por la constitucionalidad de una norma y no por su invalidez”. (pág. 21)

Destaca el autor citado que la Corte ha sido muy restrictiva para ejercer el control de constitucionalidad sobre las normas dictadas por los demás poderes

“Llamo la atención, por ahora, que si el más alto Tribunal de Justicia de la Argentina, como sucede actualmente, concentra su actividad jurisdiccional en el control intraorgánico proveniente del examen de constitucionalidad de las sentencias dictadas por los tribunales inferiores...cuesta trabajo entender bajo qué marco y bajo qué condiciones puede ser racionalmente ejercido el control de constitucionalidad interorgánico”.

Así se puede citar como un ejemplo de esta visión “reduccionista y limitadora” del ejercicio del control de constitucionalidad lo señalado por los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en su voto concurrente en la causa “Rinaldi”<sup>9</sup> quienes señalaron “esta Corte ha dicho siempre que la inconstitucionalidad es una vía extrema a la que sólo debe acudir en ausencia de otra alternativa que permita una solución justa manteniendo el ordenamiento vigente”.

La Corte ha señalado<sup>10</sup>:

---

<sup>9</sup> Fallos: 330:855

<sup>10</sup> CSJ 793/2012 (48-B)/CS1 BOGGIANO ANTONIO el ESTADO NACIONAL- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL si PROCESO ADMINISTRATIVO - INCONST. VARIAS.

“se debe considerar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallos: otros). 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416, entre muchos otros).

Sin perjuicio de los fallos citados, la Corte Suprema en el caso “Editorial Rio Negro” parece revertir su postura de entender al control de constitucionalidad como el más excepcional remedio y lo hace en pos de asegurar la libertad de expresión.

Así sentencia que

“El pleno ejercicio de las libertades es la regla en un Estado de Derecho, mientras que toda limitación de ellas es de interpretación restrictiva. En consecuencia, quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique”<sup>11</sup>.

Es en esta conclusión donde puedo avizorar que es la misma Corte que entiende que no debe ser tan concluyente su postura de ultima ratio, máxime cuando están en juego libertades tan fundamentales que hacen a la existencia misma del sistema republicano de gobierno.

### *Conclusiones*

El trabajo busca poner en debate si este apego de la Corte Suprema a la idea de sostener que el análisis de la constitucionalidad o no de una norma implica la *ultima ratio* no constituye aferrarse a una doctrina que desnaturaliza la función primigenia del Máximo Tribunal, el cual es preservar la supremacía de la Constitución.

A mi entender resulta claro que lo primero que debe asegurarse, desde todos los poderes del estado, es la vigencia plena de los derechos y garantías constitucional y convencionalmente reconocidos.

Ello no será posible si la misma Corte entiende y expresa, que su función jurisdiccional al momento de analizar la constitucionalidad o no de una norma es de carácter residual, es decir si es lo último que debe hacer es declarar la inconstitucionalidad de una norma aún cuando la misma implique una clara contradicción con lo que la misma Constitución pretende asegurar.

---

<sup>11</sup> Fallos 330:3908

Lo que puede parecer un juego de palabras, esto es la declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio, no deja de ser un innecesario e injustificado freno, a mi entender, en el ejercicio de funciones que la misma Constitución le da.

Fortalecer el ejercicio del control de constitucionalidad resulta imprescindible para mantener vigente la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico y una efectiva vigencia de los derechos y garantías individuales.

Entiendo que el ejercicio armónico de las distintas funciones del poder debe escapar a la lógica de que quien accede al cargo por el voto popular se encuentra “súper legitimado” por sobre quien accede al mismo por mecanismos que la misma Constitución establece, y que toda observación que se haga a aquellos importa un ataque al sistema republicano de gobierno.

El diálogo entre los poderes, la armonía en el ejercicio de sus funciones, la tolerancia y el respeto en el disenso implican el debate pero también la reflexión que permite la maduración y consolidación de manera democrática de las instituciones.

Por ello brego, deseo y anhelo que empiece a revertirse esta doctrina de ultima ratio para que la defensa de la supremacía de la constitución deje de ser la *ultima ratio* para pasar a ser la *prima ratio*.

### *BIBLIOGRAFÍA*

Arballo, Gustavo (2020): “Memoria y balance del neoconstitucionalismo” Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 18, n°2

Bazan Victor (2009): “¿La Corte Suprema de Justicia Argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?” Cuestiones Constitucionales, Núm. 20, enero-junio  
Fuente: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5860/7765>.-

Berchloc Jorge (2010) “Constitución de la Nación Argentina y normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial.” Tomo 4. Ed. Hammurabbi

Bidart Campos, (1981) Germán "Manual de Derecho Constitucional Argentino". EDIAR, Bs.As.

Ferreya Raúl Gustavo, (2004) “La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y retos del papel institucional del Tribunal” ponencia publicada en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n.º 47

Gonzalez Joaquin V. (2001) “Manual de la Constitución Argentina, Actualizada por Humberto Quiroga Lavie”. Ed La ley, pág. 546.-

Petracchi, Enrique, (2001) fuente: TR LALEY AR/DOC/12038/2001

**LIBERALISMO EN COLOMBIA: PERSPECTIVAS DEL  
CONSTITUCIONALISMO DE 1863 Y LA SOCIEDAD ANTIOQUEÑA  
POLARIZADA**

**LIBERALISM IN COLOMBIA: PERSPECTIVES OF THE  
CONSTITUTIONALISM OF 1863 AND THE POLARIZED ANTIOQUIAN  
SOCIETY**

Juan Esteban Zapata Palacio<sup>1</sup>  
Universidad de Medellín

Resumen: El liberalismo ha configurado el panorama político colombiano en cuanto se ha contrapuesto al conservadurismo y ambos han hecho evidente la polarización política que se vive en todas las esferas de la sociedad. El objetivo de este trabajo es analizar la forma en que las ideas liberales trastocan la política colombiana y la sociedad antioqueña en su momento de mayor influencia. Para tal fin se estudia, fundamentalmente, la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 y se referencian artículos e investigaciones halladas en Repositorios Institucionales y Revistas Académicas. En cuestiones estructurales: primero se contextualiza sobre el liberalismo en algunos momentos del constitucionalismo colombiano y se habla del neoliberalismo en Colombia; luego se evidencian las implicaciones del liberalismo en el contexto federal y en los derechos individuales de la Constitución de 1863; y, en un tercer momento, se examinan algunos rasgos de los partidos políticos en la sociedad antioqueña, que se caracteriza por ser regionalista y profundamente polarizada. Se concluye que el liberalismo no ha sido ajeno a la realidad colombiana, pues tuvo un momento de gran representación y hoy en día el debate sobre la aplicación de sus postulados es muy amplio, considerándose vital para construir un ideal político en Colombia.

Palabras clave: Constitucionalismo colombiano, liberalismo, bipartidismo, sociedad antioqueña y Estados Unidos de Colombia.

---

<sup>1</sup> jzapata541@soyudemedellin.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7259-0044>.

Abstract: Liberalism has shaped the Colombian political landscape as it has opposed conservatism and both have made evident the political polarization that is experienced in all spheres of society. The aim of this paper is to analyze the way in which liberal ideas upset Colombian politics and Antioquian society at its most influential moment. To this end, the Constitution of the United States of Colombia of 1863 is studied, and articles and research found in Institutional Repositories and Academic Journals are referenced. On structural issues: first, it contextualizes liberalism in some moments of Colombian Constitutionalism and talks about neoliberalism in Colombia; then, the implications of liberalism in the federal context and in the individual rights of the 1863 Constitution are evidenced; and, in a third moment, it examines some features of political parties in Antioquian society, which is characterized by being regionalist and deeply polarized. It is concluded that liberalism has not been alien to the Colombian reality, since it had a moment of great representation and today the debate on the application of its postulates is very wide, considering it vital to build a political ideal in Colombia.

Keywords: Colombian constitutionalism, liberalism, bipartisanship, Antioquian society and United States of Colombia.

*i. Introducción*

La polarización que ha habituado la sociedad colombiana en todos los momentos de su historia, a través de manifestaciones de diferente índole, ha dejado rastros que no pueden pasar desapercibidos en la forma en que evoluciona la política. El liberalismo aporta en gran medida a ese proceso, considerando que hoy en día muchas perspectivas sobre cómo debe funcionar el país, llevan su nombre. En palabras de Clavijo, García y Moreno (2010), con relación al liberalismo, el nacimiento de los partidos políticos liberales en Colombia obedece a la aparición de un abanico de posibilidades y nuevos tipos de expresión y organización política traducidos en ideas que relacionan con el mismo y que, como era de esperarse, llevaron a cuestionar el poder absolutista del régimen monárquico español apoyado por los favorecidos sectores políticos neogranadinos, para contraponerse a las pautas revolucionarias provenientes de Europa y Estados Unidos que buscaban implantar un nuevo orden liberal que ganaba cada vez más adeptos en una mayor parte de la población.

Lo anterior nos da una idea de lo que sería el origen de un movimiento entero que transformaría la manera en que se venía desarrollando la política en el país desde los tiempos coloniales y de independencia. Siendo de esperarse que, en la actualidad, aún se vivan este tipo de procesos de instauración de pensamientos liberales en diferentes ámbitos de la sociedad, preponderando, claramente, el panorama político.

Desde sus inicios, los postulados liberales han sido susceptibles de interpretarse de diferentes maneras, considerando que obedecen al radicalismo con el cual sus representantes lo han abordado. Así, sus exponentes han incursionado o intervenido en el constitucionalismo, que resulta ser el reflejo de la realidad política, y permite inferir o darse una idea sobre el panorama social y lo que en él es primordial. Este ha respondido entonces a las cambiantes concepciones sobre las ideologías políticas, en una sociedad en constante desarrollo.

Resulta fundamental comprender los fenómenos sociales, expresiones, necesidades y puntos de vista. Incluso, el constitucionalismo que en la práctica ha sufrido numerosos cambios, todos ellos relevantes para la actualidad política del país. Las reformas sobre el constitucionalismo de carácter temporal han sido predominantes, sin embargo, estas coexisten con las transformaciones de carácter espacial, las cuales adquieren relevancia si se considera un modelo federal, como el instaurado en Colombia durante el Olimpo Radical, periodo en el cual el liberalismo se practicó en algunas regiones con mayor fervor y convicción que en otras, evidente en las diversas formas en que los Estados lo acogen en cada una de sus Constituciones. De ahí, de aquellos aspectos y variables inmersas en la comprensión del liberalismo, la dificultad del cuestionamiento al cual se intentará dar respuesta por medio de esta investigación.

El objetivo de este artículo es considerar elementos habituales (vistos desde el ideario político) al intentar comprender, contextualizar o darle un significado al liberalismo, observando los aspectos que han influido en toda la trayectoria política colombiana. Elementos que, viendo la otra cara de la moneda, son susceptibles de ser enmarcados y estudiados desde un momento histórico particular. Como buen ejemplo de estudio es la época del federalismo en Colombia (comprendido entre los años de 1863 a 1886, en los cuales estaba vigente la Constitución de los Estados Unidos de Colombia y se da una verdadera federalización del territorio en cuanto se otorga plena soberanía a los Estados que conformaban la jurisdicción de la unión), época en la que se enfocará la investigación presentada en este artículo.

Los planteamientos por tratar son (por mencionarlos en su generalidad): a) los antecedentes del liberalismo en Colombia que ayudan a identificar el porqué de su

presente o lo que le pueda esperar en el futuro, además de su conceptualización; b) algunas particularidades que saltan a la vista al examinar las nociones liberales de la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863; y finalmente, c) las implicaciones del bipartidismo en la misma época y, en un análisis más profundo, la relevancia que toma este para el territorio antioqueño, cuyos habitantes se caracterizan por un regionalismo acérrimo, una tendencia al conservadurismo a raíz de las costumbres y creencias como productos del orgullo y sentido de pertenencia.

Para conseguir los fines de la investigación se emplea la búsqueda y referenciación en repositorios de universidades nacionales como los de la Universidad de Antioquia, la Universidad Nacional, la Pontificia Universidad Javeriana, la Universidad Externado y la Universidad de los Andes, al igual que La Referencia, recurso que brinda acceso a repositorios de todas las universidades de América Latina, la herramienta bibliográfica Mendeley, el portal web del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) y las bases de datos Dialnet y Redalyc. Reconociendo todas las anteriores como fuentes de investigación confiables en cuanto exponen resultados de las investigaciones de profesores y de otros estudiantes de Colombia y Latinoamérica que ya han escrito al respecto y ayudan a la consecución de los fines de este artículo.

## ii. *Resultados*

### I. *Contextualización del liberalismo*

Para comprender las implicaciones del liberalismo, es prudente comenzar abarcando el término desde su definición. Se toma en consideración, para tal fin, la descripción que hace el filósofo John Locke. Es un filósofo inglés quien a consideración de la doctrina de la filosofía política es el padre del liberalismo. Se expone su línea de pensamiento sobre el liberalismo en 3 momentos o apartados primordiales que en la práctica cimientan su método: el contrato social, el estado de naturaleza y la propiedad privada. Sobre el contrato social dice Várnagy, (2006):

[...] todo gobierno surge de un pacto o contrato revocable entre individuos, con el propósito de proteger la vida, la libertad y la propiedad de las personas, teniendo los signatarios el derecho a retirar su confianza al gobernante y rebelarse cuando éste no cumple con su función.

De lo anterior surge aquello que Locke denomina una sociedad política. El capítulo XIX de la obra de Locke traducida por Mellizo (1994), trata este concepto, mencionando que su formación fue lo que sacó al hombre de su estado primitivo, uniéndolo en un solo cuerpo que decidiría entonces sobre una república determinada. De este modo, las arbitrariedades y abusos de los príncipes y gobernantes llevan a la disolución de las comunidades como entes con potestad de limitar su libertad, acto seguido, extinta la comunidad, es posible hablar de la disolución del gobierno a causa del incumplimiento del contrato social.

Se encuentra así, que el liberalismo le permite a cada individuo efectuar contratos con otras personas y principalmente, a través de la sociedad política, con el gobierno. Sobre el último tiene poder tanto desde su persona como desde el grupo al cual pertenece. La teoría del contrato social de Locke define o expresa esa confianza que los individuos depositan sobre su gobernante para que sea este quien represente sus intereses y determine todos los ámbitos de su vida cotidiana desde la política. Y, como bien se expresa anteriormente, en caso de transgredirse esa confianza por parte de la inoperancia del gobernante, el sujeto es libre de retirarle del cargo que ocupa.

Siendo así, “el primer acto por el cual se manifiesta el contrato es la constitución de una comunidad, que es resultado inmediato de la ley natural” (Cortés Rodas, 2010), o más bien, empleando el término de Locke y el segundo en la lista de claves para entender su doctrina liberal, es consecuencia del estado de naturaleza. Aún en este estado, el



liberalismo hacía presencia en cada uno de los hombres, dado que todos son libres e iguales por no haber en ninguno determinado impulso o deseo natural de gobernar a los demás, generando que el poder político que cada uno ejerce sea legítimo.

Como menciona Locke (1666) en la obra traducida por Mellizo (1999), y siguiendo la línea argumental en desarrollo, esta igualdad de condiciones que tienen los hombres entre sí data entonces del estado de naturaleza, y va ligada, por ende, a la libertad que tiene cada individuo para elegir un legislador y ceñirse a sus mandatos, realizar un contrato con quien desee que le gobierne, profesar un culto y disponer completamente de sus propiedades. Asimismo, en el liberalismo se fundamentan los bienes civiles mencionados por Locke (1666), que son: “la vida, la libertad, la salud corporal, el estar libres de dolor y la posesión de cosas externas, tales como dinero, tierras, casas, muebles y otras semejantes.”

La soberanía que cada hombre tiene sobre su persona de manera absoluta no representa un caos que, como se podría llegar a pensar, conduzca a la extinción de la especie gracias a un libertinaje dado de forma natural. Para Locke esto se justifica porque cada uno guía sus acciones por medio de la ley de la naturaleza que para todos es igual. Bajo esta premisa se define el liberalismo de forma ajena a cualquier connotación peligrosa para el ser humano (Marín Ospina, 2008).

Marín Ospina (2008) dice: “el paso de la sociedad comunitaria a la sociedad de propiedad individual se hizo por consenso”, lo cual se traduce en que la decisión de que la propiedad dependa de cada individuo tiene como origen el grupo social, y abriría las puertas del tercer apartado a considerar de la idea liberal de Locke: la propiedad privada. Locke destaca en el capítulo V de su obra traducida por Mellizo (1994), que el derecho a la propiedad está dado de forma natural, bajo la premisa de que lo que hace propietario al hombre es su trabajo sobre la naturaleza y lo que produce de ella, más no un consenso llevado a cabo con otros hombres, lo cual los excluye así de todo derecho sobre lo que es propio de un hombre o hace parte de su persona.

De lo anterior podemos deducir que, en el principio de propiedad privada expuesto por Locke, se da un desprendimiento total de la suerte de primitividad que ataba a los hombres a un grupo social determinado y sus designios. Con el fin de que cada uno sea dueño de aquello que trabaja y produce de la naturaleza para administrarlo con libertad e independencia de toda voluntad externa. Después de todo, el hombre se halla inmerso en un ideal liberal al momento de expresar su voluntad al establecer un contrato, distinguir sus intereses particulares en la comunidad en que se desenvuelve y administrar o decidir sobre la utilidad de aquello que produce. Termina siendo, en contraste con el liberalismo, un individuo con plena facultad para aplicar sus pretensiones sobre lo que le pertenece.

#### *1. Liberalismo en el constitucionalismo colombiano*

Para responder la pregunta por el origen o cimentación del liberalismo en Colombia se debe tener en cuenta una consideración primordial: la indiscutible relación del constitucionalismo como norma de normas en el Estado colombiano que respalda o no el liberalismo según sea el momento histórico del país, con la influencia de la sociedad colombiana en el establecimiento de las normas del orden jurídico y con el origen histórico del liberalismo en Colombia. Resulta pertinente, para comenzar, lo dicho por Pérez Salazar (1999), y es que, en cuanto la versión del contrato social de Locke es compatible con el respeto total por los derechos individuales y la restricción o limitación de la autoridad del Estado, el hombre que este filósofo expone tiene mayor confianza en los demás, o por lo menos cuenta con un medio para dar un sentido a su voluntad en su relación con quien lo rodea. De allí, de la no correspondencia con el hombre de Locke, el pobre desempeño de las instituciones liberales en Colombia y la falta de confianza que los colombianos tienen hacia las mismas.

Retomando la idea de Locke sobre el contrato social y considerando lo anteriormente citado, el acuerdo que los individuos hacen con quien los gobierna se traduciría en confianza en su gestión. Se argumenta entonces que la sociedad colombiana, siguiendo patrones ligados a la cultura, carece de confianza incluso en su propio entorno, o sea, entre personas que se encuentran en igualdad de condiciones. Por ende, es de esperarse que en parte de la misma sociedad se termine demeritando por completo la confianza en las instituciones políticas liberales. Expuesto lo anterior, cabe mencionar que en la misma sociedad puede originarse la autoridad desmedida que en ocasiones ejercen las entidades estatales, a raíz de las falencias en la elaboración del contrato social, que se traducen en falta o ineficacia de límites y veeduría a la libertad de quienes gobiernan.

Buscando desarrollar un entramado de esos momentos en los que el liberalismo ha sido protagónico en el país, se comienza exponiendo brevemente un margen histórico del mismo. Según Moreno Viafara (2010) el liberalismo llegó a Colombia en el siglo XIX, sucediendo a Francia e Inglaterra. Las ideas provenientes del continente europeo se enmarcan en la concepción de los fisiócratas franceses sobre el liberalismo en materia económica y, con ello, la revolución industrial y el ideario liberal inglés que gira en torno a ella. A pesar de estos avances y aportes al liberalismo, no se deja de lado el hecho de que la única forma en que la economía es equitativa es cuando existe la intervención directa del Estado, la cual se entiende como necesaria aún en el modelo liberal europeo.

El liberalismo, como se viene estudiando, encuentra entonces su origen en lugares y contextos políticos diferentes. Es una hipótesis, afirmar que esa réplica del modelo liberal europeo sufre daños al intentar ser aplicada en Colombia y que este es el origen de las falencias que han llevado a parte de la sociedad a desconfiar del liberalismo, o, por lo menos, de la forma que este adopta en el país. El origen del liberalismo del cual habla Ferney Moreno Viafara, resulta ser una herramienta que ayuda a comprender que el liberalismo económico funciona dependientemente del Estado y las políticas públicas que se elaboran allí con el fin de promover o limitar la libertad de los individuos en sus relaciones económicas.

Ahora bien, el constitucionalismo ha sido cambiante en el contexto colombiano como cambiantes han sido los puntos de vista sobre las ideologías políticas posibles para sobrellevar las cuestiones políticas del país. El caso del liberalismo no es ajeno a esta realidad. Como veremos más adelante, este predominó en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863. Por lo pronto, para luego facilitar la comprensión del momento determinado del constitucionalismo mencionado anteriormente, es preciso mencionar las Constituciones que han establecido una relación relevante con el liberalismo a lo largo de la historia de Colombia.

Constituciones que han buscado perpetuar su ideario liberal en el país, justificando que a través de ellas se logra la modernización de este y que, de permitirse el ejercicio de ciertas libertades individuales, se lograría conformar un Estado duradero en el que se respete la soberanía y voluntad individuales. Cabe mencionar que, en el Periodo de la Independencia, comprendido entre 1810 y 1819 (año en el que finalmente el ejército libertador triunfa sobre la corona española), se desarrollaron normas preponderantemente liberales (Arenas Mendoza, 2021).

Posterior a este hecho, el constitucionalismo colombiano ha presenciado el paso de nueve Constituciones en total, de las cuales, las siguientes cuatro han representado directa o indirectamente ideas liberales: a) La Constitución Política de la Nueva Granada de Colombia de 1853 (conservadora en sus inicios, pero en la práctica representó un primer fortalecimiento del liberalismo en el país); b) La Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858; c) La Constitución de los Estados Unidos de

Colombia de 1863; y d) La Constitución Política de 1991 (liberal en cuanto profesa representar el actual Estado de Derecho) (Arenas Mendoza, 2021).

Realizar un análisis de lo anterior, teniendo en cuenta el número de Constituciones en total y, entre ellas, cuántas se han basado en ideas liberales y cuántas se han basado en ideas conservadoras, permite establecer un juicio sobre cuáles han predominado en toda la historia del constitucionalismo en Colombia. Con base en esto, es claro que el conservadurismo ha jugado un papel protagónico y hegemónico en todo el escenario político y se ha anclado en el poder por periodos de tiempo muy prolongados. Esta reflexión conduce a la pregunta por la manera en que el constitucionalismo actual representa a la sociedad colombiana del siglo XXI desde la perspectiva liberal.

## 2. *Implementación del modelo neoliberal en Colombia*

El neoliberalismo surge en Colombia en los años 90, representado por una apertura económica importante en un momento en el que Colombia vivía crisis económicas y sociales de gravedad. El conflicto armado que se vive en el país tuvo su auge en esta década, el narcotráfico, el desempleo, el gran aumento de la pobreza y la falta de presencia del Estado en el campo como lugar donde nace el verdadero desarrollo del país (Castaño Zapata, 2002). Las anteriores problemáticas que, hasta el día de hoy aquejan la cotidianidad del país, simbolizan la necesidad de una nueva forma de ver la economía. Surge entonces la pregunta por la efectividad del modelo neoliberal y se aplica sin considerar el origen de este, o si sería operante en la realidad colombiana.

“El neoliberalismo ha hecho una relectura del liberalismo clásico sin tener en cuenta la estructura monopólica e internacional del capitalismo de nuestro tiempo” (Child, 1994 como se cita en Castaño Zapata, 2002). Comprender entonces el panorama colombiano, sí es la tarea primordial. Hacer los cambios pertinentes a un modelo extranjero, sí es importante, si lo que se quiere es que funcione y dé buenos resultados, proceso que en Colombia no tuvo muchos adeptos.

En medio del proceso de interpretación de, para ese entonces, la nueva Constitución Política de Colombia de 1991, salta a la vista la gran cantidad de contenido economicista que contiene. Lo cual promueve que durante el gobierno de César Gaviria (1990-1994) y en línea con el pensamiento neoliberal, se instauren en el país reformas que buscaban aumentar la competencia y productividad en el país. Cabe mencionar que, en medio de este proceso, se descuidan los demás problemas que agobian al país, aumentando el conflicto armado y la represión del pueblo colombiano por parte de los grupos beligerantes (Castaño Zapata, 2002). Castaño Zapata (2002) dice que, el neoliberalismo, no es más que la implementación de viejas estrategias económicas a las nuevas condiciones de desarrollo contemporáneas, que no tienen en cuenta avances significativos que se han dado en materia de industrialización, presentando así, como “alternativo”, un modelo que interactúa en detrimento del trabajador, puesto que lo primordial es que este sea más productivo y efectivo con una inversión de capital inferior.

Las palabras del profesor Ricardo Castaño aluden a los efectos que de manera secundaria pueden surgir de la adopción de un modelo neoliberal. La equidad y la justicia social implican, como sería de esperarse, un panorama viable para resguardar los derechos y garantizar la seguridad de los trabajadores. Aunque, contrariando esta idea, se argumenta que la implementación de estas estrategias económicas no traería más que explotación por parte de los dueños o personas que están a la cabeza de todos los procesos implicados en una cadena de producción.

Como se viene comprobando, los procesos económico y social van de la mano en la concepción del neoliberalismo. Es importante entonces concebir de manera conjunta los hallazgos de las dos caras de la moneda, que en ocasiones apuntan a un mismo objetivo, o tienen versiones contrarias y uno de los dos termina robando protagonismo.

Si algo es cierto es que el neoliberalismo gira en torno a la economía, pero a nivel social se encuentra su origen y sus consecuencias. A nivel constitucional hay un respaldo, pero es necesario evaluar la medida en que responde a las necesidades de la sociedad, la medida en que las políticas públicas actúan en favor del trabajador y sus intereses y no contrariando lo que han representado sus luchas a lo largo de la historia. El neoliberalismo reconoce la necesidad, pero su aplicación no es consecuente.

## II. *Liberalismo y Constitución de los Estados Unidos de Colombia*

La Constitución de los Estados Unidos de Colombia representa la cúspide del liberalismo en la historia de Colombia. La Constitución de la Unión, como también se le llama, retrata una Colombia dividida territorial y administrativamente en nueve Estados soberanos: Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, los cuales habían sido creados con anterioridad, pero no fue hasta la Constitución de 1863 que se declaró su soberanía. Esta Constitución significa la proclamación de las ideas liberales que fueron adquiriendo mayor relevancia desde 1853, y estuvo vigente hasta 1886, año en el cual el conservadurismo retoma el poder en Colombia. El contexto político y económico de este momento del constitucionalismo giró en torno al hecho de que, en palabras de Ríos Botero (2019), las ideas modernizadoras llegaban con fuerza, pues como se mencionó anteriormente, la revolución industrial fue un referente muy importante y ejemplificó la apertura al mercado internacional que se buscaba conseguir. Este hecho hacía ver aún más llamativas las propuestas de la nueva generación de pensadores liberales.

Se habla entonces, una vez más, de la apropiación de una ideología por parte de los representantes y promotores del liberalismo en Colombia. Con el objetivo de modernizar el país lograron imponer su pensamiento a través de la Constitución en estudio, a la vez que se atribuye libertad y soberanía a los Estados, otorgada por medio del federalismo, se vislumbra la razón del verdadero desarrollo y evolución que, desde su punto de vista, se precisaba en la época.

### 1. *Federalismo como manifestación liberal en 1863*

Según los liberales del siglo XIX el federalismo traería desarrollo y ejecución de políticas que conllevarían a la mejora de la competencia internacional colombiana como producto de la igual competencia que existía entre los Estados soberanos en la misma materia. Para ello, sería necesario limitar la autoridad del gobierno central y, consecuentemente, aumentar las facultades de los gobiernos locales para generar un impulso económico a un mayor nivel (Kalmanovitz, 2006).

Es entonces, en el marco del pensamiento liberal, en el que nace la idea del federalismo como un consenso o expresión de la voluntad de quienes conformaban la Unión. “[...] los nueve Estados que se reunieron durante la Convención de Rionegro poseían carta abierta para determinar sus leyes, elegir el gobierno central, donde cada Estado representaba un voto.” (Ríos Botero, 2019). Se enfatiza entonces en el deseo de los Estados de ejercer su soberanía y manejar sus relaciones con independencia, lo cual haría que la Constitución perdurara por 23 años sin obstáculo alguno, hasta la victoria de los conservadores.

Ahondando en los efectos que la implementación del federalismo traería a los Estados Unidos de Colombia, se encuentra que a nivel económico hay particularidades relevantes para ser mencionadas. Kalmanovitz (2006), dice que la razón económica de fondo era el mismo principio de Adam Smith que explicaba el crecimiento de la riqueza. El cual consistía, o más bien defendía, que la especialización del trabajador y una mayor división del trabajo entre todos los miembros de la sociedad, serían causas suficientes para un aumento significativo de los efectos del trabajo y la eficacia de las cadenas de

producción, lo cual se traduce, únicamente, en prosperidad para todas las naciones que lo adaptasen.

Si se contrasta lo anterior, como ideal a ser aplicado en el contexto federal del siglo XIX, con la ideología liberal actual se encuentra gran similitud. Aquello que el conservadurismo en ocasiones encasilla o define como proteccionismo, para el liberalismo se traduce en aumento del potencial productivo nacional a través de la especialización o calificación de la mano de obra y la obtención o elaboración de la materia prima, como bases de una producción en masa que lleve al crecimiento económico y la prosperidad. Se plantea entonces que lo primordial es el aprovechamiento de las herramientas, medios y fuerza de trabajo nacionales para el impulso de un país creciente en materia económica.

Respecto a la soberanía y competencia de los Estados que conlleva al crecimiento económico de la Unión en general, citando a Molina (1988), Cruz Rodríguez (2011) argumenta que los radicales llevaron el federalismo al extremo, consecuencia de ello fue que se reconociera una soberanía primaria a los Estados. A largo plazo, los resultados serían negativos para el mantenimiento del orden público y, con la descentralización de rentas y las disposiciones constitucionales, se dejaría completamente a los Estados la tarea del desarrollo económico, político y social, rezagando a la nación a un segundo plano en que su injerencia en pro de conseguir ese objetivo particular sería mínima.

Lo anterior es útil para comprender las justificaciones de las que se ha valido el centralismo para defender sus ideales, pues basados en que lo único que genera el federalismo es la pérdida del control social, buscan que el poder sea tanto unitario como representativo. Los conflictos violentos son resultado de ese contexto en el que el orden público se ve amenazado y sus consecuencias trastocan todas las estancias de la sociedad. Las clases populares, por ejemplo, servirían de apoyo al discurso federal al defender que bajo este sistema de organización lograban una real representación de sus intereses, contrario al panorama que se evidencia en el centralismo, en el cual, según la doctrina federal, el poder se concentra únicamente en manos de las élites políticas y no gobiernan en pro de la sociedad. (Cruz Rodríguez, 2011)

Examinar la aceptación del federalismo en la actualidad, si se intenta seguir la línea que se viene tratando, también lleva a pensar que es difícil llegar a una teoría válida a nivel internacional que defienda el liberalismo. Debe analizarse desde diferentes perspectivas de acuerdo con los lugares en los que se desarrolla. Se puede argumentar que este apoya de los intereses de una clase en particular y que le sirve a la misma de cortina de humo para llevar a cabo sus pretensiones (Marquardt, 2009). Como también puede suceder que se aplique el verdadero ideal que el liberalismo fomenta con base a la difusión de un modelo federal, en el que la soberanía y la libertad de un Estado le lleven a la prosperidad.

Vale señalar una consideración relevante a la luz del paso del federalismo infundado por la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 al centralismo que propugna la Constitución Política de la República de Colombia de 1886. Respecto a la Constitución de 1863, Melo (1989) sustenta que: “correspondía muy bien a la realidad nacional: Colombia era un país sin mucha unidad económica, social o política. Es cierto que casi toda la población hablaba el mismo idioma y profesaba la misma religión”. Luego, en un siguiente apartado, Jorge Orlando Melo añade que para la época los conservadores llevaban a cabo una estrategia por medio de la cual, ante el desarrollo del federalismo en el país, comienzan a ganar adeptos en los Estados. Razón por la cual, además del triunfo en la guerra de 1884-1885 que justo buscó derrocar el federalismo, generaron discordia desde mucho antes al interior de los Estados y provocaron que se

perdiera cierta credibilidad en el modelo federal establecido por los liberales hasta 1886 (Melo, 1989).

## 2. *Derechos y libertades en los Estados Unidos de Colombia*

[...] “el alto reconocimiento de los derechos y garantías individuales. Abolía por completo la pena de muerte [...] y garantizaba los derechos a la propiedad, las libertades de pensamiento, imprenta, domicilio, trabajo, enseñanza, etc.” (Melo, 1989). El anterior era un rasgo dominante que reflejaba la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863. Por ello, en función de distinguir los derechos y libertades aplicables en vigencia de esta Constitución, se redactan en el Capítulo II: “*bases de la Unión*”, las dos primeras secciones: “*derechos i deberes de los Estados*” y “*garantía de derechos individuales*”.

En la primera de estas secciones (“*derechos i deberes de los Estados*”), grosso modo, se regula la tributación y las relaciones con los territorios extranjeros, se sugiere el deber de los Estados de organizarse de acuerdo con un gobierno popular, electivo, representativo, alternativo y responsable, se limita la intervención en las contiendas entre los habitantes y los gobiernos de los demás Estados, se somete a la decisión del gobierno central en caso de presentarse discordia entre los Estados, se prohíbe la esclavitud, entre otros (Arosemena, 1870).

En cuanto a la segunda sección (“*garantía de derechos individuales*”), que se compone de un solo artículo (Artículo 15°) dividido en 16 numerales, se reconocen y garantizan derechos individuales como la inviolabilidad de la vida humana y el domicilio, la libertad individual con único límite en la libertad de otro individuo, la seguridad personal, la propiedad privada con límite en la exigencia que pueda hacer sobre ella la necesidad pública recibiendo una indemnización, la igualdad, las libertades de imprenta, de expresión, de circulación, de ejercer una industria o trabajar, de portar o comerciar armas y de profesar cualquier religión, entre otros (Arosemena, 1870). El irrespeto o vulneración de estos derechos sería considerado como un acto inconstitucional.

Finalmente, la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 permite establecer una idea o juicio de la realidad a la que se enfrentaron los habitantes de los entonces Estados federados en medio del Olimpo Radical. Este momento del constitucionalismo colombiano nunca ha dejado de dar de qué hablar y despertar opiniones a propósito de la polarización política que vive el país, gracias al extremismo que parte de la sociedad sentencia que se desarrolló.

## III. *Consideraciones sobre el bipartidismo en el Estado soberano de Antioquia*

Es necesario definir, primero, el concepto de *partido político*, ubicar su origen en un momento histórico determinado y referirse a algunos rasgos a propósito de la coexistencia de dos partidos políticos tradicionales en Colombia. Para ello es útil citar a Clavijo, et al. (2010), quienes dicen que el concepto surge en el momento en que un conjunto de nuevas soluciones y respuestas que apuntan a caminos muy diferentes buscan definir el accionar político de facciones de pensamiento ahora globales. Tanto así, al punto de estructurar propuestas avaladas consensuadamente en la sociedad y sustentarlo por un cuerpo ideológico. Es así, como finalmente, se puede hablar de la existencia de un partido político.

Se interpreta entonces, con base en lo anteriormente expuesto, que el motivo principal de concebir al liberalismo y al conservadurismo como partidos políticos, se encuentra propiamente en los partidarios que de algún modo han legitimado las líneas de pensamiento y las ideologías que se promueven. En Colombia este proceso de legitimación se ve respaldado por el hecho de que han logrado disputarse el poder durante toda la historia del país, manteniendo la opinión pública dividida hasta nuestros días. Los ideales tanto liberales como conservadores que nacen en otros lugares y se adaptan al contexto colombiano, dejan como resultado una polarización inminente que en la mayoría

de los casos se justifica u obedece a factores como raza, género, condición social, religión, edad, entre otros.

A pesar de situar su origen a mediados del siglo XIX, el bipartidismo, si se efectúa un análisis más profundo, sigue generando la misma diferencia en la actualidad como en sus inicios. El proselitismo de ambos partidos en la exposición de sus ideas, resulta ser un común denominador en la guerra interminable por quién lleva las riendas del país y quién se subleva a la autoridad del adversario. Esta situación es incuestionable si lo que se examina es la coexistencia de ambos partidos políticos en Antioquia y lo que se deriva de este hecho.

“Las dinámicas de las nuevas conformaciones ideológicas obedecieron a un raciocinio en el que la búsqueda de consenso en la clase popular se convirtió en determinante para el acceso al poder [...]” (Clavijo et al., 2010). Y es que, en la práctica, la clase popular resulta ser la responsable de conferir la autoridad, en Antioquia la representaban aquellas familias que no pertenecían a la élite del Estado soberano. Es de suma importancia el discurso que emplean los representantes de los partidos políticos y las formas que este adopta para llegar a la población en cuestión.

Anteriormente se mencionaron algunos elementos que, como es evidente en nuestra sociedad, determinan la tendencia de un individuo a ser adepto de un partido u otro. Entre ellos, salta a la vista o resulta necesario ahondar en el aspecto religioso, el cual representó problemas para el liberalismo al plantear ideales revolucionarios y contrarios al pensamiento dogmático tradicional impuesto por el conservadurismo. El Estado confesional que los conservadores han defendido a capa y espada comienza con la educación, en este entorno se han visto grandes contraposiciones en materia ideológica entre ambos partidos políticos. Lo primordial bajo ese tipo de Estado, si se busca definir brevemente, era que “En las aulas era imprescindible la enseñanza de la existencia de Dios” (Tovar Bernal, 2017).

La idea liberal, siguiendo una línea completamente opuesta a lo que ya se mencionó sobre la perspectiva conservadora, “[...] trataba de establecer un sistema educativo gratuito, obligatorio y que no estuviera tan subordinado a la autoridad de la Iglesia católica” (Tovar Bernal, 2017). Objetivos en materia religiosa que se lograron plasmar en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863. Al respecto, se evidencia en el Artículo 23° que se otorga a los Estados el derecho de inspeccionar los cultos religiosos según lo consideren necesario o lo dictamine la ley (Arosemena, 1870). Lo anterior en concordancia con el entorno educativo, en el cual, primando el modelo de educación laico, debía también ser revisado.

Otro ejemplo de ello se encuentra en las “observaciones particulares” dispuestas en las últimas páginas de la Constitución. Dentro de ellas, el título “independencia religiosa” detalla que los límites impuestos por el liberalismo al accionar del clero se debían, primero, al irrespeto que había por su parte hacia el gobierno civil, y segundo, a la influencia desmesurada que este tenía sobre el pueblo. Además, en este mismo apartado, se estipula que la iglesia y el Estado ya no se protegen mutuamente a causa del no acatamiento y resistencia, por parte del clero, de las normas dictaminadas por el nuevo gobierno liberal (Arosemena, 1870).

Por parte de los antioqueños había adversarios de esa separación entre el Estado y la iglesia, particularmente los miembros de las familias que conformaban la élite. Es importante entender entonces la manera en que estos partidos políticos fueron difundidos para aquella época al interior del Estado soberano de Antioquia. Se comprende así, en medio de este proceso, la relevancia de las posturas tanto liberales como conservadoras, que dejan como resultado una serie de guerras civiles en las que participaron de diferentes maneras y a las cuales el Estado de Antioquia no fue del todo indiferente. Ortiz Mesa

(2008) argumenta que, en el contexto del régimen federal, Antioquia no solo vivió disputas internas por decidir en qué manos recaería el poder político, sino que también, de uno u otro modo, estuvo inmiscuida y tuvo un papel importante en las confrontaciones nacionales. Ejemplo de ellas son las guerras civiles que se desarrollaron durante el periodo de la Unión, más precisamente, las de 1851, 1854, 1860, 1876 y 1885 que terminó por acabar el Olimpo Radical de los liberales en Colombia.

Se percibe que durante el desarrollo de los partidos políticos nunca ha faltado una representación, aunque sea mínima, en una parte de la sociedad, tanto en el marco del gobierno central como en los Estados soberanos incluyendo, claramente a Antioquia. Se habla, además, de que no hubo una total indiferencia por parte del pueblo antioqueño, ya que esta fue parcial, pues su participación en la política nacional no fue la más notoria. En las últimas décadas del siglo XIX la sociedad antioqueña se centra en el desarrollo de las actividades económicas, como más adelante se explicará. “[...] cuando la notable laboriosidad de los antioqueños empezó a conocerse en todo el país, los antioqueños, como grupo, comenzaron a encontrar en su actividad y habilidad en los negocios su identidad, su personalidad” (Safford, 1967).

Identidad que incluso algunos escritores extranjeros, como se van citando a este punto, se ven motivados a investigar y relatar. En contraste, era de esperarse que, ante la próspera situación de los antioqueños reconocida a nivel nacional e internacional, se creara en la sociedad un sentido de pertenencia u orgullo por la región. Según Aramburo Siegert (1983) como se cita en Pérez Lopera (2017), la región es, desde una perspectiva o concepción del orden: “[...] los estadios culturales, políticos y económicos, que van moldeando la sociedad de una determinada forma en periodos específicos de su desarrollo”.

Los antioqueños demostraban al resto del país ser un pueblo trabajador, buscando establecer para sí una buena estirpe y estatus superior por medio de la imagen que se tenía de ellos en otras ciudades. Imagen que, de por sí, ya era buena, de acuerdo con el ímpetu de superación con el que eran descritos en otras provincias, a raíz de tener la mejor economía del país durante la segunda mitad del siglo XIX. El factor del aislamiento fue crucial en el ámbito político, dado que, lo que representó la poca participación en la vida política nacional, se tradujo en que el pueblo se concentrara en las producciones agrícolas, mineras y comerciales. Lo cual, a largo plazo, llevó al pueblo antioqueño a la favorable situación económica que se mencionó anteriormente (Hagen, 1963 como se cita en Pérez Lopera, 2017).

Examinada la situación económica y la fuerte identidad social de los habitantes del Estado soberano de Antioquia, surge ahora el cuestionamiento por su relación con los partidos políticos tradicionales. La respuesta al origen del poder o partido político dominante se halla en las relaciones productivas de la sociedad antioqueña. Según Ortiz Mesa (2008):

“Las redes mercantiles crearon una urdimbre en la que se reforzó y legitimó el poder de la élite decimonónica. La dimensión política consistió en convertir a los vecinos de las localidades con casas pobladas, jefes de familias bien constituidas y con tierra propia, en ciudadanos sujetos de deberes y de derechos y partícipes de un orden democrático, donde podían elegir y ser elegidos, dentro de una clara perspectiva conservadora”.

Se deduce entonces que la posición privilegiada de hacendados o dueños de cadenas de producción de las familias que pertenecían a la élite antioqueña es la fuente primaria del pensamiento conservador en el Estado de Antioquia. Ortiz Mesa (2008) se encarga también de definir el contexto familiar de esta clase social como un “paradigma del orden social y como espacio privilegiado para inculcar hábitos morales y de buen comportamiento, así como para el ejercicio del control social”.



La educación dentro del Estado soberano pretendía ser de carácter laico, defendiendo lo propuesto por el liberalismo que se encontraba en el poder para este momento del siglo XIX. Esto generó conflicto en la opinión conservadora y, como era de esperarse, en la iglesia. La cual desde ese momento comenzaría a encontrar en el conservadurismo un respaldo, dado el rompimiento de sus beneficios patrimoniales por parte del liberalismo, originados desde la colonia y mantenidos aún tras la Independencia (Tamayo Calle, 2019). A pesar de la falta de respaldo por parte del clero, los liberales defendieron de manera asidua la forma en que, según ellos, se debía educar en el Estado soberano de Antioquia. Actualmente, algunos sectores de la sociedad y colectivos llevan la bandera de estos ideales y luchan por su reivindicación.

### *iii. Conclusiones*

Los postulados de John Locke a propósito del liberalismo resultan ser elementos muy útiles en la construcción de este artículo. Un análisis de este permite encontrar pistas de sus proposiciones en el estudio del liberalismo en Colombia, ejemplo de ello que es importante resaltar es el Periodo de la Independencia, a inicios del siglo XIX, en el cual, si bien ya se había vivido un proceso de colonización bajo el mando de la corona española, se estaría avistando la formación de un modelo liberal en Colombia, tomando como ejemplo lo que ya se había desarrollado en Europa con anterioridad.

La Constitución de los Estados Unidos de Colombia es el resultado práctico de esos ideales que, para ese entonces, eran nuevos por completo para el constitucionalismo. Analizar su contenido conlleva a concluir la garantía de cumplimiento de los derechos y libertades que se buscaba otorgar a los individuos. Los principios que promueve en sus páginas son la positivización o forma escrita de los derechos que tenemos de manera natural al relacionarnos con los demás individuos de la comunidad en la que nos desenvolvemos. Si bien este contexto desató grandes conflictos entre la opinión pública, más en el momento del origen del liberalismo en que se pensaría se encuentra su más radical expresión, conllevó a la concepción de formas diferentes de cimentar el Estado.

La importancia de distinguir postulados tanto liberales como conservadores y examinarlos de manera objetiva, se encuentra en que esto da lugar a un proceso de evaluación de la pertinencia de cada uno de ellos desde un punto de vista neutral que tenga en cuenta, primeramente, las necesidades de la sociedad. Asimismo, sería prudente, tras llevar a cabo ese juicio de lo propuesto por quienes tienen diferentes perspectivas, buscar puntos en los que las ideas lleguen a un acuerdo, y se construya aún desde las diferentes ideologías políticas. Esto permitiría tener una mirada más amplia sobre el panorama político del país, para moldearlo en pro de su desarrollo y de la opinión política diversa.

El Estado soberano de Antioquia, no ajeno a lo que se viene plasmando, básicamente por desarrollarse en un mismo momento histórico, por ser una consecuencia, es ejemplo clave de la disputa bipartidista que Colombia ha visto germinar, ganar adeptos y gobernar. Es importante, además, seguir instruyendo políticamente a la sociedad antioqueña, no desde un regionalismo desmesurado y tradicionalista, sino desde el verdadero reconocimiento de las diferencias en materia política. Lo anterior con el objetivo de cultivar todas las opiniones, dialogar y enriquecer el panorama político en vez de imponer una sola forma de entenderlo. El intento de ello siempre ha generado un descontento en parte de la sociedad, lo ideal es cambiar la perspectiva sobre la polarización y la división, comenzando a erigir desde lo que allí se logre descubrir, los puntos que se hallen a favor de todos.

iv. *Bibliografía*

- Arosemena, J. (1870). *Constitución de los Estados Unidos de Colombia*. Imprenta A. Lemale Ainé. Disponible en: <https://books.google.com.co/books>
- Boron, A. A. (2006). El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo. En T. Várnagy, *Filosofía política moderna: De Hobbes a Marx* (págs. 45-79). Sao Paulo: DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20100603071925/filopolit1.pdf>
- Castaño, R. (2002). Colombia y el modelo neoliberal. In Congreso de Historiadores Latinoamericanistas. Disponible en: [http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/17535/ricardo\\_castano.pdf?jsessionid=A96C8358042BAC2B77D56F78CFA244F8?sequence=2](http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/17535/ricardo_castano.pdf?jsessionid=A96C8358042BAC2B77D56F78CFA244F8?sequence=2)
- Cortés Rodas, F. (2010). El contrato social liberal: John Locke. *Co-herencia*, 7(13), 99-132. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-58872010000200005#p1](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872010000200005#p1)
- Cruz Rodríguez, E. (2011). El federalismo en la historiografía política colombiana (1853-1886). *Historia crítica*, (44), 104-127. Disponible en: <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/histcrit44.2011.06>
- Kalmanovitz, S. (2006). La idea federal en Colombia durante el siglo XIX. El radicalismo colombiano del siglo XIX. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1-44. Disponible en: [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/34759940/federalismo\\_colombiano-with-cover-page-v2.pdf](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/34759940/federalismo_colombiano-with-cover-page-v2.pdf)
- Locke, J., & Mellizo, C. (1994). Segundo tratado sobre el gobierno civil. Disponible en: [http://www.historiadelderecho.net.ar/PDF/Segundo\\_Tratado\\_sobre\\_el\\_Gobierno\\_Civil.pdf](http://www.historiadelderecho.net.ar/PDF/Segundo_Tratado_sobre_el_Gobierno_Civil.pdf)
- Locke, J., & Mellizo, C. (1999). Ensayo y carta sobre la tolerancia (pp. 23-59). Madrid: Alianza. Disponible en: [https://www.mercaba.es/britania/tolerancia\\_de\\_locke.pdf](https://www.mercaba.es/britania/tolerancia_de_locke.pdf)
- Marín Ospina, C. H. (2008). John Locke, estado de naturaleza. *Logos*, 1(13), 7-23. Disponible en: <https://ciencia.lasalle.edu.co/cgimarquardt/viewcontent.cgi?article=1071&context=lo>
- Marquardt, B. (2009). El federalismo y el regionalismo en el constitucionalismo hispanoamericano (1810-2009): ¿patria boba o un camino para profundizar la democracia? *Pensamiento jurídico*, (24), 79-129. Disponible en: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/71561/36528-154316-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Melo, J. O. (1989). Del federalismo a la Constitución de 1886. *Nueva historia de Colombia*, 1, 1886-1946. Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/federalismo.htm>
- Mendoza, H. A. (2021). 200 años de Constituciones nacionales colombianas (1821-2021). Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 47-76. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/16657>
- Moreno Viafara, F. (2010). El desarrollo del Estado liberal en Colombia. *Papel Político*, 15(1), 135-163. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/777/77719013006.pdf>

- Moreno Montoya, Ó. A., García, L., & Clavijo, J. (2010). Nacimiento del bipartidismo colombiano: pasos desde la Independencia hasta mediados del siglo XIX. *Estudios Políticos*, (37), 187-205. Disponible en: [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/9452/1/MorenoOscar\\_2010\\_NacimientoBipartidismoIndependencia.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/9452/1/MorenoOscar_2010_NacimientoBipartidismoIndependencia.pdf)
- Ortiz Mesa, L. J. (2008). Antioquia durante la Federación, 1850 - 1885. *Anuario De Historia Regional Y De Las Fronteras*, 13(1), 59-81. Disponible en: <https://revistas.uis.edu.co/index.php/anuariohistoria/article/view/109/645>
- Pérez Lopera, S. (2017). Las manifestaciones del modo de ser y el carácter de los antioqueños en los Estados Unidos de Colombia 1863-1886. Disponible en: [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/14106/1/PerezSebastian\\_2017\\_ManifestacionesModoSer.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/14106/1/PerezSebastian_2017_ManifestacionesModoSer.pdf)
- Pérez Salazar, M. (1999). La genealogía del liberalismo: Una lectura económica del Segundo tratado sobre el gobierno civil de John Locke. *Revista de Economía Institucional*, 1(1), 59-88. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/308/295>
- Ríos Botero, D. V. (2019). La Convención de Rionegro 1863: contribuciones sociohistóricas para un análisis comprensivo de la política liberal. Disponible en: [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/14616/1/RiosDeisy\\_2019\\_ConvencionRionegroContribuciones.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/14616/1/RiosDeisy_2019_ConvencionRionegroContribuciones.pdf)
- Safford, F. (1967). Significación de los antioqueños en el desarrollo económico colombiano: un examen crítico de las tesis de Everett Hagen. *Anuario colombiano de historia social y de la cultura*. Disponible en: <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/40666>
- Tamayo Calle, Y. L. (2019). Tres peldaños en la construcción del modelo de ciudadanía colombiana: 1863, 1886 y 1991. Disponible en: [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/14323/1/TamayoCalleYeim\\_y\\_2019\\_ConstruccionModeloCiudadania.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/14323/1/TamayoCalleYeim_y_2019_ConstruccionModeloCiudadania.pdf)
- Tovar Bernal, L. (2017). Enseñanza religiosa y poder clerical. Estados Unidos de Colombia, 1863-1886. *Portal de Revistas Universidad Nacional de Colombia*, 44(2), 303-332. Disponible en: <https://doi.org/10.15446/achsc.v44n2.64024>

**RECONSTRUCCIÓN DE LA “CIUDAD SAGRADA DE QUILMES”:  
DISPUTAS DE SENTIDOS****RECONSTRUCTION OF THE "SACRED CITY OF QUILMES": DISPUTES  
OVER SENSES**S. Inés Varela<sup>1</sup>

Universidad San Pablo Tucumán

CONICET – Universidad Nacional de Tucumán

Resumen: El siguiente artículo sintetiza una investigación sobre las memorias del proceso por el cual fue reconstruido el sitio arqueológico denominado “Ciudad Sagrada de Quilmes” en la provincia de Tucumán, entre 1977 y 1981, en el marco del autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”. Mediante el relevamiento de narrativas documentales encontradas en diarios, publicaciones oficiales y en el Archivo Histórico de la Casa de Gobierno de Tucumán; y el trabajo de campo en la Comunidad India Quilmes y en la Comunidad Indígena de Amaicha del Valle se analizan los diversos sentidos que fueron atribuidos a este suceso. El trabajo problematiza el enfoque historiográfico tradicional, proponiendo una lectura no lineal del tiempo en que los acontecimientos del pasado reciente se ubican en el presente, es decir, una lectura presente sobre el pasado. Además, se incorporan relatos subalternos que fueron omitidos o silenciados durante el proceso de reconstrucción con el propósito de entender la complejidad de significados y la diversidad de actores que están involucrados en las disputas por las memorias sociales.

Palabras clave: Memorias de la política - Políticas de la memoria - Memorias subalternas - Memorias oficiales - Patrimonio arqueológico.

Abstract: In the following article, we synthesize an investigation on the memories of the reconstruction process of the archaeological site called “Sacred City of Quilmes” in the province of Tucumán, between 1977 and 1981, within the framework of the self-proclaimed “National Reorganization Process”. We analyzed the various meanings that were attributed to this event through the survey of documentary narratives found in newspapers, official publications, and the Historical Archive of the Government House of Tucumán; and the fieldwork in the Quilmes Indian Community and the Amaicha del Valle Indigenous Community. We problematized the traditional historiographic approach, proposing a non-linear reading of the time in which the events of the recent past are located in the present, i.e. a present reading of the past. In addition, we incorporated subaltern stories that were omitted or silenced during the reconstruction

---

<sup>1</sup> soniainesvarela23@gmail.com

process, in order to understand the complexity of meanings and the diversity of actors involved in the disputes over social memories.

Key words: Memories of politics - Politics of memory - Subaltern memories - Official memories - Archaeological heritage.

*A la memoria de don Simón Costilla*

## INTRODUCCIÓN

Este artículo presenta estudio sobre las memorias del proceso en que fue reconstruido, entre 1977 y 1981, el sitio arqueológico denominado actualmente como “Ciudad Sagrada de Quilmes” en la provincia de Tucumán<sup>2</sup>. Mediante un relevamiento de documentos de la época (leyes y decretos de expropiación, publicaciones oficiales, periódicos) y testimonios (trabajadores del sitio, familiares, miembros de la Comunidad India Quilmes) se analizan los sentidos que fueron y son atribuidos al proceso mediante el cual se reconstruyó un 10% de la antigua ciudadela durante los gobiernos dictatoriales de Antonio Domingo Bussi y su sucesor, Lino Montiel Forzano.

Contrastando la historia documental con la historia oral aparecen narrativas que denotan una multiplicidad de significados que pueden ser atribuidos a un mismo acontecimiento histórico en diferentes momentos y por distintos actores. Mediante los estudios en memoria, se pretende romper con la linealidad y homogeneidad del relato histórico para dar lugar a lo dinámico, a lo subalterno, a lo no-dicho, a los recuerdos encontrados y a las sensaciones presentes sobre un pasado reciente.

En un primer momento se presenta una aproximación histórica y geográfica sobre el sitio arqueológico y sus habitantes; en un segundo, se desenvuelve el enfoque teórico de estudio y se analizan las fuentes documentales y testimoniales; y, por último, se exponen las reflexiones finales sobre las narrativas del acontecimiento.

### 1. QUILMES

La Ciudad Sagrada de Quilmes es un sitio arqueológico ubicado en las Sierras del Cajón en la provincia de Tucumán (*Figura 1*), donde habitaron los indios Quilmes desde el siglo IX d.C. hasta su destierro en el siglo XVII.

En términos generales y a modo de síntesis, se puede reconstruir la historia de los conflictos por la soberanía del territorio en los siguientes momentos:

a) Alrededor de 1500, se desarrolla una fuerte disputa por la posesión territorial cuando los pobladores locales sufren la invasión del imperio Inca, generando una guerra que duró aproximadamente sesenta años (Chichero, 2011). Los quilmes resistieron, hasta la caída del *Tahuantinsuyo*<sup>3</sup> con el asesinato de Atahualpa Yupanqui en Perú en manos del ejército de Pizarro.

---

<sup>2</sup> El artículo es una síntesis del Trabajo de Conclusión de Carrera de la carrera de Letras, Artes y Mediación Cultural de la Universidad Federal de la Integración Latinoamericana.

<sup>3</sup> Imperio Inca

b) Una segunda disputa territorial se desató inmediatamente después, tras la expansión española en la región, desencadenando lo que quedó conocido como las “Guerras Calchaquíes”. El ejército comandado por Diego de Rojas venía siguiendo el camino del imperio Inca y, en 1562, llegó a la actual provincia de Salta donde se encontró con las comunidades Diaguitas Calchaquíes quienes se enfrentaron fervorosamente a los colonos. Esta guerra perduró más de cien años y los indios quilmes quedaron reconocidos en la comunidad local y en los escritos españoles como audaces guerreros: a cada fundación de una ciudad española se le respondía con un incendio y despoblamiento. En la Primera Guerra (1560-1563), dirigida por Juan Calchaquí, tres de las cuatro fundaciones españolas -Londres en Catamarca, Córdoba de Calchaquí en Salta y Cañete en Tucumán- fueron arrasadas. En la Segunda Guerra (1630/1637), comandada por el cacique Chelemín, La Rioja fue sitiada y dos fundaciones españolas fueron destruidas (Chichero, 2011)<sup>4</sup>.

Esta etapa histórica culmina en 1667, cuando el gobernador de Tucumán, Alonso Mercado y Villacorta, sitió la ciudadela de Quilmes, imposibilitando el acceso a los alimentos y, por tanto, debilitando a la comunidad. Como consecuencia, en enero de 1667, extrañaron a veinte mil derrotados de los pueblos quilmes y acalíes (Pigna, S.F.). Algunos fueron reubicados en distintos lugares del Virreinato del Perú para trabajar en haciendas y, otros, fueron forzados a caminar encadenados desde Tucumán hasta el poblado bonaerense que lleva el nombre de *Reducción de la Santa Cruz de los Indios Kilmes*.

c) Ya a comienzos del siglo XVIII se produce un retorno al valle: los descendientes de los antiguos Quilmes, que habían sido reubicados, vuelven a habitar las Sierras del Cajón, aunque no se asientan sobre lo que fue la antigua ciudadela sino en sus alrededores. Este hecho puede considerarse una primera instancia de valorización del espacio como un “sitio de la memoria”.

En este contexto, en 1716 el Rey Felipe V otorgó el título de pertenencia a las comunidades indígenas que habitaban los territorios de El Bañado de Quilmes, San Francisco, Tiu Punco, Encalilla y Amaicha del Valle.

d) La *Antigua Ciudad de Quilmes* o *Fuerte Antiguo* – como lo denominan los ancianos de la región – y sus habitantes comenzaron a ser de interés científico a fines del siglo XIX y principios del XX. En 1888, el uruguayo Samuel A. Lafone Quevedo<sup>5</sup>, a partir de sus investigaciones arqueológicas, antropológicas y lingüísticas en el noroeste argentino, registra las primeras informaciones sobre Quilmes, permitiendo tener una noción sobre las condiciones de la ciudadela antes de su reconstrucción (Sosa, 2007). En 1897, Juan Bautista Ambrosetti publicó *La Antigua Ciudad de Quilmes (Valle Calchaqui)*. Esta obra fue realizada para el Instituto Geográfico de Argentina y contiene una serie de datos de gran relevancia, entre ellos, delimitación geográfica de la ciudadela, una descripción minuciosa de las construcciones, los materiales, sus potenciales funciones, algunos objetos, los cementerios.

En esta etapa aparecen también los primeros intereses comerciales, con la figura de Manuel Zavaleta, un coleccionista que se dedicaba a la venta de piezas arqueológicas.

---

<sup>4</sup> Juan Chelemín y Juan Calchaquí fueron los caciques Quilmes que quedaron en la historia local como las figuras más importantes de la resistencia a la invasión colonial.

<sup>5</sup> Fue un empresario minero e intelectual uruguayo radicado en la provincia de Catamarca. Se dedicó a realizar estudios sobre lengua, arqueología y cultura indígena. Publicó en varios periódicos y, el material que da cuenta de la Ciudadela de Quilmes está en su obra “Londres y Catamarca” que fue editada en 1890.

Definido como el “mayor ‘huaquero’ o ladrón de tumbas que haya existido en el noroeste argentino” porque extrajo “más de 12.000 piezas arqueológicas según consta en el Catálogo de la Colección Zavaleta, para enriquecerse con su posterior venta” (Sosa, 2007, p.8).

e) A inicios de la segunda mitad del siglo XX aparece un interés institucional-estatal sobre este espacio. Esta etapa se caracterizó por el proceso de reconstrucción de la ciudadela con fines turísticos (*Fotografía 1*). Entre 1977 y 1981, durante la dictadura militar argentina, el gobernador de facto de Tucumán Domingo Antonio Bussi y su sucesor, Lino Domingo Montiel Forzano, llevaron adelante el proyecto de restauración del sitio arqueológico junto con el Instituto Tilcara de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por Nolberto Pelissero (Pouget, 2012). Este suceso implicó una modificación importante en el espacio, ya que el 10% de las 206 hectáreas que abarca la ciudadela fue reconstruido en un plan que modificó su dimensión material y simbólica.

f) En 1992, bajo el gobierno provincial de Ramón “Palito” Ortega, se privatizó el sitio arqueológico. Durante más de diez años, la ciudadela quedó en manos de un empresario local, Héctor Cruz, quien construyó un estacionamiento, un hotel y un museo.

g) Por último, en 2007, a partir de una serie de reclamos y manifestaciones de los pobladores locales, el sitio vuelve a ser administrado por el gobierno provincial. Actualmente, se rige mediante una gestión es compartida por la Comunidad India Quilmes y la Secretaría de Turismo de Tucumán.

Hasta aquí se desarrolló una breve presentación cronológica sobre los conflictos territoriales en torno a la ciudadela de Quilmes, desde la defensa del territorio por parte sus pobladores originarios, devenido en sitio arqueológico, hasta la recuperación por parte de la Comunidad India Quilmes. Entendiendo la complejidad de cada uno de los momentos y los diferentes abordajes que se le pueden dar al caso, este trabajo presenta un estudio sobre las memorias de lo que fue el período de reconstrucción del sitio arqueológico.

## 2. MEMORIAS DE LA RECONSTRUCCIÓN DE LA ANTIGUA CIUDAD DE QUILMES

### 2.1 Sobre memorias

Las narrativas históricas no son objetivas, homogéneas ni estáticas, por el contrario, son subjetivas, heterogéneas y dinámicas. Tradicionalmente se ha intentado definir los hechos del pasado a partir de una perspectiva legitimada institucionalmente (por el Estado-nación y las academias, principalmente), constituyendo lo que se conoce como “relatos oficiales”. Sin embargo, existe una serie de narrativas que quedan por fuera de los marcos institucionales y que poseen sentidos y significados diversos.

A partir del siglo XX, con la crisis de la Modernidad y las Guerras Mundiales, los acontecimientos del pasado dejan de ser solamente los hechos fundadores y pasan a formar parte de los relatos los sucesos dolorosos o traumáticos (Varela, 2017). Después de Auschwitz, dice Enzo Traverso, se establece otro régimen de memoria centrado en crímenes (no en batallas y victorias), en testigos (no en combatientes) y en víctimas (no en héroes). En este contexto, surgen los estudios en *memoria*, que sirven para interpretar

los fenómenos del pasado a partir de los recuerdos de testimonios directos o indirectos que, incluso, cuestionan los relatos oficiales.

Estudiar memoria significa entender el carácter cambiante de los sentidos del pasado, ya que se trata de construcciones simbólicas sobre un hecho histórico que los sujetos le atribuyen en distintos momentos de su vida. Además, este enfoque implica una aproximación a los sectores subalternos o subterráneos, para abordar las memorias olvidadas o silenciadas que los relatos oficiales omiten.

La concepción del *tiempo*, desde esta perspectiva, rompe con la linealidad y progresividad de la historiografía clásica ya que se trata del estudio de un “pasado-presente” (Jelin, 2004), es decir, de la percepción presente que tienen diversos actores que fueron partícipes de un acontecimiento pasado. En consecuencia, los recuerdos no representan necesariamente los acontecimientos tal como los actores sociales lo vivieron, sintieron y pensaron en el momento en que sucedieron, sino que se trata de una reelaboración del pasado según “las sensibilidades éticas, culturales y políticas del presente” (Traverso, 2007, p. 67).

Otro elemento importante a considerar, es que las investigaciones sobre memoria presentan un desafío ético significativo: exponer un fenómeno social, buscando incluir diversas narrativas de modo en que el relato sea lo más democrático posible y, aun así, comprender que - como sostiene Achugar (2006) - jamás se podrá incluir todas las versiones de un hecho, siempre habrá algún actor que quedará por fuera.

En los siguientes apartados, se presenta una serie de relatos sobre lo que significó la reconstrucción de la Antigua Ciudad de Quilmes, entre los años 1977 y 1981. En un intento de abordar críticamente el fenómeno, se desarrollan dos tipos de narrativas: la primera, definida como “*políticas de la memoria*” (una reelaboración del concepto de Rabotnikof, 2006), va a analizar una serie de documentos (publicaciones gubernamentales, periódicos, leyes y decretos) que terminan consolidando lo que se conoce como “historia oficial”; y, la segunda, definida como “*memorias de la política*”, presenta un análisis de las experiencias de testimonios acerca del mismo suceso. Entonces, se entiende que en el primer caso hay una narrativa institucional sobre la reconstrucción de la Antigua Ciudad de Quilmes, mientras que, en el segundo, se encuentran las voces subalternas.

## 2.2 *Memorias oficiales*

A mediados del siglo XX, en un contexto de convulsiones políticas en América Latina, surgen las primeras organizaciones indígenas que reivindican la posesión de los territorios en que viven<sup>6</sup>. En Tucumán, se realiza el Parlamento Regional Indígena en el año 1973, cuyos referentes fueron secuestrados y torturados en la Dictadura Militar de 1976.

A su vez, en este período el Estado argentino comienza a establecer una serie de políticas diferentes a las del siglo XIX: en 1945 decreta la Ley N°9.658/45 que crea la Comisión

---

<sup>6</sup> Se crea el Centro Indígena en Buenos Aires (1968), la Confederación Indígena Neuquina (1970), la Comisión Coordinadora de Organizaciones Indígenas (1971), se establece el Primer Parlamento Indígena Nacional en Neuquén (1972), se funda el Primer Parlamento Indoamericano del Cono Sur en Paraguay (1974), se crea el Consejo Mundial de Pueblos Indios (CMPI) en Canadá (1975), se constituye el Consejo Indio de Sudamérica (CISA) en Perú (1980), en el que participaron dirigentes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Surinam y Venezuela



Honoraria de Reducciones de Indios y les encomienda tomar “las medidas necesarias tendientes a incorporar al aborigen a la vida civilizada” y, en la década de 1960 se realiza el primer Censo Indígena Nacional. En este contexto, hay un cambio de concepción de la cuestión indígena por parte del Estado: mientras que en el siglo anterior había una política de exterminio y extrañamiento, en el nuevo siglo se empezaba a gestar una política de reconocimiento, pero siempre desde un lugar colonial, es decir, con la intención de “civilizar” a estos “pueblos inferiores”.

Con el avance de las organizaciones indígenas el Estado argentino debe considerar los derechos de estas poblaciones y en 1985, se sanciona la Ley 23.302 de “Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes”, en la cual se reconoce la organización en comunidades indias o indígenas, se establece la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y se regula la concesión de los títulos de propiedad de territorios a los pueblos originarios, además de planes de vivienda, salud y educación (Varela, 2017). Ya en 1994, estos movimientos logran que se incorpore a la Constitución Nacional (Artículo 75, inc. 22 e inc. 17 de la CNA) la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, forjando las garantías de respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, contemplando la organización de las comunidades, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que habitan y asegurando su participación en la gestión de sus recursos naturales. Si bien la legislación no implicó necesariamente la implementación de políticas de garantía de los derechos ni el cese de los asesinatos, como se puede dirimir desde la Masacre de Pilagá en 1947<sup>7</sup> hasta la muerte infantil por desnutrición en la Comunidad Wichí en 2020, sirve como una herramienta de combate legal para las comunidades indígenas y expresa nuevas perspectivas de abordaje de lo preexistente al propio Estado-nación.

### 2.2.1. Documentos sobre la “Ruinas de Quilmes”

En relación propiamente a la Ciudad Sagrada de Quilmes, en 1940 se sancionó la Ley provincial N° 1829, que declaraba cuatro territorios de “utilidad pública y sujetos a expropiación”, entre ellos, “seiscientos cuarenta y cinco hectáreas en el segundo distrito del departamento de Tafi en el lugar denominado “El Bañado Quilmes Ruinas de Quilmes”, incluido terreno para camino de herradura, propiedad de la sucesión de Baltasar Chico, para conservación del lugar histórico ocupado por las ruinas del antiguo Quilmes” (Ley N° 1829, Art. 1, inc. C). En esta ley de expropiación - y en las que le sucederán durante el correr del siglo - aparece la idea de “ruinas”, es decir, de un sitio donde se encuentran los vestigios de un pueblo que ya no existe y, consecuentemente, el Estado se aboca a una política de **conservación patrimonial**. Reiteradamente, como se verá, en documentos estatales publicados en la época de la reconstrucción, se refiere al sitio arqueológico de Quilmes como “patrimonio”. Sin embargo, no existe ninguna ley o decreto que lo considere como tal.

El proceso de reconstrucción del sitio arqueológico se desarrolla en un contexto dictatorial previo al mundial de fútbol de 1978, con sede en Argentina, en donde se llevaba adelante una serie de políticas estatales orientadas a fomentar el turismo. Además, como se desarrolló en el apartado anterior, una coyuntura de organización política indígena, de la que los habitantes de los Valles Calchaquíes no eran ajenos: aparecían los reclamos por las tierras y los pagos de aranceles a los terratenientes locales.

---

<sup>7</sup> La Masacre de Pilagá en 1947 Fusilamiento y violación de mujeres por parte de la gendarmería nacional a cientos de personas de la comunidad de Pilagá en la provincia de Formosa.

Una vez finalizada la reconstrucción parcial del sitio arqueológico (*Fotografía 2*), en 1981 el gobierno de Tucumán y el Instituto Tilcara de la Universidad de Buenos Aires editaron “*Quilmes. Arqueología y etnohistoria de una ciudad prehispánica*”. En esta publicación se presentan los resultados de la obra y un recuento histórico sobre el sitio y sus habitantes. En este documento se analizaron los sentidos que el Estado le atribuía a las “ruinas de Quilmes” y a su reconstrucción:

Ha correspondido al Proceso de Reorganización Nacional<sup>8</sup>, también, la misión de “reorganizar” las cosas, en esta materia [patrimonios culturales e históricos]. Desde 1976 a la fecha, se ha asistido a la fundación de dos museos, el Museo Histórico Provincial “Nicolás Avellaneda” (1976) y el Museo de las Fuerzas Armadas (1977) [...]

Los vestigios pertenecientes al pasado pre-hispánico de Tucumán, en la larga etapa de indiferencia anterior, han sido gravemente afectados. Nuestros valles y montañas fueron prácticamente saqueados, sin que se tomara ninguna medida para proteger todos esos elementos que testimoniaban las primeras culturas del territorio. Felizmente, en algunos casos, la circunstancia de no estar emplazados los vestigios sobre las rutas turísticas habituales, en algo los marginó de los efectos de la desprotección y depredación.

Así ocurrió con el antiguo sitio de los indios Quilmes, cuya reconstrucción se inscribió en el Programa de Recuperación del Patrimonio Histórico Cultural de la Provincia, encarado por el Gobierno de Tucumán. [...]

Así, ahondar en nuestro pasado prehispánico, sacar a la luz y proteger sus vestigios es obra cultural en el mejor sentido de la palabra: obra que afirma la conciencia nacional. (MONTIEL FORZANO, 1981, p.9-10)

El gobernador de Tucumán, Lino Montiel Forzano, expresa la valorización del sitio a partir de tres categorías: lo nacional, lo patrimonial y lo prehispánico, desde una perspectiva proteccionista. Sin embargo, en el mismo texto nombra otra obra, la fundación del Museo Nicolás Avellaneda, un personaje que durante su rol de ministro de Justicia e Instrucción Pública de Domingo Faustino Sarmiento y su presidencia (1874-1880) llevó adelante y apoyó una política de exterminio de los pueblos prehispánicos en la Patagonia argentina. Otro elemento contradictorio se expresa con la función que cumpliría la patrimonialización del sitio: impedir el saqueo de restos arqueológicos. La principal causa del saqueo, según Montiel Forzano, son las rutas turísticas y, como solución se reconstruiría la ciudadela con fines turísticos. Los significados, que podrían ser antagonicos, son presentados simbólicamente como elementos constituyentes de la unidad nacional bajo el resguardo del Estado, independientemente de las disputas por detrás.

Durante la reconstrucción, también fueron publicadas una serie de noticias en diario *La Gaceta* que dan cuenta de la difusión mediática del acontecimiento. Luego de la reconstrucción y con el retorno de la democracia, aparecen publicaciones con características diferentes.

---

<sup>8</sup> Nombre con el que se autodenominó la última dictadura cívico – militar argentina.

El 7 de enero de 1978, una noticia titulada **“La ciudad de los Quilmes. Fue restaurada en el yacimiento arqueológico próximo a Amaicha del Valle”**, explica que “los trabajos de reconstrucción han dejado a la vista la vieja población de los Quilmes, tal como era en 1667, cuando los españoles doblegaron a esos belicosos indígenas mediante el sitio por hambre, para luego trasladarlos masivamente hasta cerca del puerto de Buenos Aires, donde actualmente existe una ciudad que lleva su nombre”; luego expone la reconstrucción en sí, cuyo objetivo era crear un “nuevo centro de atracción turística de los valles calchaquíes”, presenta un sintético recuento histórico concluyendo que “a fines del siglo pasado murió en Quilmes, provincia de Buenos Aires, el último de los descendientes de los indígenas nacidos en los valles calchaquíes”; informa que se trataba de un proyecto llevado adelante entre el Instituto Interdisciplinar Tilcara de la Universidad de Buenos Aires, bajo la dirección del arqueólogo Norberto Pelissero y el gobierno de la provincia y, por último, anuncia la publicación de un folleto una vez finalizada la obra.

El 26 de enero del mismo año se publica una entrevista con el director de Instituto Tilcara, Norberto Pelissero, quien asegura que “La antigua Ciudad de Quilmes posee un valor comparable con el Machu-Pichu” (*Figura 2*) y lo considera como “el asentamiento humano prehispánico más grande de la Argentina”. En dicha entrevista, el arqueólogo concluye remarcando la intención de redimir “las huellas que dejaron aquí en el norte” los indios Quilmes.

El 8 de mayo de 1978 se anuncia en el periódico el inicio de la **“Nueva etapa de las obras de restauración de las ruinas arqueológicas de Quilmes”**. En este artículo se reitera la grandiosidad del proyecto y se adicionan datos vinculados a la obra: “la labor que se despliega con la intervención de 60 obreros de la zona, conocedores del terreno”. Además, informa que “para la tarea fueron elegidos, en cuanto a la mano de obra, pobladores que durante el período interzafra quedan sin ocupación”.

En esta etapa, se difunde el acontecimiento como una obra de gran importancia para la provincia en términos patrimoniales históricos y turísticos. Se destaca al gobierno y al Instituto Tilcara, representados por las figuras de Montiel Forzano y Pelissero, como los actores principales y aparece la idea un pueblo extinto.

Inmediatamente terminada la reconstrucción y con el retorno de la democracia, surgen otras voces, los residentes del valle: el 23 de febrero de 1984, se publica la noticia titulada **“Los pobladores de Quilmes piden la cesión de las tierras”**, en la que se expone la denuncia de un grupo de vecinos (Gerardo Caro, Guillerma de Caro, Juan Pablo Condorí y Ambrosio Llampa) sobre el cobro de un arancel a los pobladores, por parte de una familia de apellido Chico, quienes decían ser poseedores de tierras en el pueblo de Quilmes. En esta nota, “los pobladores, puntualizaron que desde hace más de dos siglos sus antepasados ocuparon las tierras sin que se les cobrara arriendo alguno” y, además, manifiestan la depredación y el robo para reventa de las piezas arqueológicas de la región.

En mayo de ese mismo año se publica una entrevista al titular de la Dirección Nacional de Antropología, el arqueólogo Alberto Rex González. En esta ocasión el especialista critica la reconstrucción del sitio considerando que se trató de un “atentado a nuestro patrimonio”, que el proyecto estaba pensado “a los fines de un turismo pasatista y desaprensivo, y no contiene un aporte real al conocimiento”. Critica, asimismo, el hecho de que fueron quebrantados los protocolos internacionales de conservación de sitios

arqueológicos acordados en Venecia de 1964<sup>9</sup> y concluye que los responsables son, tanto las “autoridades locales que lo propiciaron”, como “el personal de la Universidad de Buenos Aires”.

Por consiguiente, en esta segunda etapa de publicaciones aparecen otros actores que expresan inquietudes en relación al proceso de reconstrucción, tanto en términos éticos y científicos del procedimiento mediante el cual se llevó adelante la obra; así como en la disputa sobre la pertenencia del territorio y de las piezas arqueológicas.

Por tanto, en relación a las publicaciones mediáticas se pueden distinguir dos narrativas que corresponden a momentos, políticas y voces diferentes: la primera, contribuyen a la legitimación de la restauración por parte del Estado y de la Universidad de Buenos Aires; la segunda, denota inconformidad y críticas por parte de nuevos actores. Hasta 1981 se había sostenido que era un sitio devenido en ruinas, despoblado ya que los indios Quilmes habían sido extintos. Ahora bien, ¿quiénes eran esos actores sociales que aparecen reclamando la posesión territorial?

El fin de la dictadura marcó un quiebre discursivo y la aparición de narrativas que disputan el sentido del espacio y del proceso de reconstrucción del mismo, en que la idea de que “la pala del arqueólogo ha violado las ruinas”, que Pelissero y Difrieri atribuyen positivamente en la publicación de 1981, pasa a entenderse como un hecho violento por parte de voces subalternas. Tanto en el diario como en la publicación oficial y el convenio firmado entre el gobierno de Tucumán y el rector de la UBA, Luis Carlos Cabral, aparece la contratación de cincuenta hombres para trabajar en el sitio, habitantes de los valles que poseían el conocimiento para construir las pircas<sup>10</sup>. ¿Cómo vivieron la reconstrucción estos actores?

### 2.3 *Memorias subalternas*

En este apartado se desarrollan las *memorias de las políticas* de reconstrucción del sitio arqueológico por parte de actores sociales que fueron interpelados por este acontecimiento. En el trabajo de campo aparecieron diversos actores que testimoniaron la reconstrucción desde distintos lugares: algunos miembros de la Comunidad India Quilmes (CIQ) que trabajaron en la reconstrucción, otros referentes políticos de la época, familiares y personas que actualmente trabajan en el sitio.

A metros de la ruta nacional 40, en una casa de adobe habitaba Simón Costilla, un alfarero muy conocido en el Valle que trabajó durante la reconstrucción, de hecho, fue capataz en la obra. Nacido en el centro de Quilmes, enviudó joven, tuvo dos hijos y era trabajador “golondrina”, durante la temporada de zafra permanecía en Tucumán y luego se desplazaba hacia Mendoza, en la época de la cosecha frutícola. Atribuye a su madre los saberes de medicina ancestral y fue considerado uno de los curanderos de Quilmes. Cuando se inició la obra de reconstrucción de la Antigua Ciudadela de Quilmes, con 28 años, estuvo encargado de buscar cincuenta obreros para que materializaran el proyecto (*Figura 3*). Recuerda como autoridades al director del Instituto Tilcara, Norberto Pelissero, al Ente Tucumán Turismo y a la municipalidad de Tafí del Valle.

<sup>9</sup> Durante el II Congreso Internacional de Arquitectos y Técnicos de Monumentos Históricos se elaboró un documento que fijó una serie de protocolos sobre la conservación y restauración de monumentos y sitios. Al año siguiente, 1965, esta carta fue adoptada por el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS).

<sup>10</sup> Paredes de piedra.

Lo primero que se realizó, según el relato de Simón (2017), fue desmontar y quemar, luego excavar y, finalmente, reconstruir. No llegó a concluir la última etapa, ya que renunció poco antes:

No era muy lindo. 28 años. No es nada lindo. A mí no me gustaba nada porque ahí se encontraba mucha... mucho hueserío, muchos restos de los que han muerto ahí, los que estaban ahí enterrados ahí tapados con piedras, estaban metidos en esas cuevas así. Así que por eso... pero usted sabe, iba tocaba y se desarmaban por los años. [...] Pero enfermos ¿no? Se han enfermado y bueno.

Simón cuenta con tristeza y minuciosidad que durante la excavación encontraron muchas urnas funerarias y que esa situación no era agradable e incluso, los gases que expedían las urnas llegaba a enfermarlos. Había personal vigilando y cuando hallaban restos arqueológicos,

[...] Los encargados, los ingenieros que eran, estaban con un pincel. En donde encontraba una piecita “¡No toque usted!” y con la pincita, lo levantaban, lo ponían en una caja y lo llevaban. Debe haber muchas cosas ahí, pero no sé si están en las Ruinas o ahí en Colalao. [...] Y ellos decían que se las llevaban a hacerle estudios y después las volvían a traer. Pero no sé, porque a ese museo también lo han desarmado, no sé si ha visto usted que están construyendo. Bueno no sé, yo no he entrado al museo a ver qué es lo que hay y lo que falta.

Simón puntualiza que en el caso de lastimarse “no había ningún auxilio, los primeros días no había agua nada (...)” por tanto tenían que llevar agua y comida, “todo a pico, barreta y pala”. La rutina de trabajo era extensa, iniciaban la jornada de mañana temprano y regresaban - a pie o en tractor - por la tarde, “entonces la gente llegaba a la noche y volvían a salir de noche no más porque tenían que salir al otro día temprano”. (Simón, 2017). Se dividían los sectores por apellido, por ejemplo, los Mamanís en un sector, los Chaile en otro, etc.

Nostálgicamente, justifica su participación en la reconstrucción, con un poco de culpa: “no había más trabajo. Este año también no ha sido muy lindo, porque no ha habido frutas. Ni los árboles estos que tiene la algarroba esa para los animales. No había nada. Poca lluvia, así que no, no había”.

Esta problemática del agua en la región que traía como consecuencia la falta de alimentos para el pastoreo del ganado, trajo a la memoria de Simón un acontecimiento simultáneo a la reconstrucción: el secuestro y tortura de su hermano, Jesús: “Hay una pelea muy grande aquí entre arrenderos así, dueños de fincas, porque no hay repartición de agua. No se arregla nunca. Ya estamos hace 40 años en la lucha esa ¿ha visto?”. En los ‘70, su hermano y un grupo de campesinos reclaman por el derecho a las tierras y allí son apresados, torturados y, algunos, desaparecidos.

En la narrativa de Simón aparecen varios elementos que constituyen sus recuerdos sobre la reconstrucción de la antigua ciudadela Quilmes: las luctuosas condiciones laborales, las enfermedades de los obreros como una especie de castigo por el ultraje de las tumbas, el control estricto sobre las piezas arqueológicas, el desconocimiento sobre el destino de

las mimas, el hecho de que en el mismo momento y espacio, se secuestraba y torturaba a miembros de la comunidad que reclamaban la posesión de los territorios en que habitaban.

La siguiente narrativa se presenta en una casa de adobe, a orillas de la ruta nacional 40. Está un grupo de jóvenes cuereando una vaca acabada de carnear y preparando el fuego para un asado. Sentado en una silla, con una expresión de fortaleza y dolor se encuentra Jesús, tejiendo una canasta con ramas de poleo. Un hombre de 86 años según su documento de identidad<sup>11</sup>, prácticamente ciego, acompañado de un bastón de madera hecho artesanalmente. Desanimado, relata su detención en El Mollar: “Ahí hemos estado, ahí nos han llevado. Me han torturado y no he conseguido nada (...) he quedado inútil, he quedado ciego, he quedado rengo, pero no he conseguido nada. Así que mejor me he puesto a hacer esto” (mientras teje los canastos).

Durante la década del 70', la casa de Jesús servía de sede para las reuniones organizativas de la comunidad (*Fotografía 3*). La principal problemática era que, de vez en cuando, aparecía un “dueño” de las tierras a cobrarles arriendo y algunos comuneros empezaron a organizarse para reclamar la posesión del suelo en que residían y trabajaban. La comunidad como tal, fue constituida en la casa de Jesús. El comunero comentó que considera a sus propios vecinos como delatores por “seguir a Cruz, la patronal y los terceros<sup>12</sup>, los terratenientes”. Aparece otro personaje importante para la historia reciente del valle, Héctor Cruz, actual dueño del Museo Pachamama. Fue quien, en 1992, obtuvo la concesión de las “Ruinas de Quilmes” durante más de diez años. Jesús comenta que las personas del pueblo que trabajaban en el sitio “se ponían del lado del patrón”.

En el relato de Jesús hay un entramado de acontecimientos y un vaivén entre los momentos: recuerda la organización y la conformación de la Comunidad India Quilmes; las disputas entre los propios miembros de la comunidad, con dolor y con enojo considera que alguno puede haberlo delatado y, como consecuencia, fue apresado y torturado; y, el vínculo entre el empresario local Héctor Cruz y la antigua ciudadela. Las memorias de Jesús, son las del dolor en el cuerpo, la desconfianza en la humanidad, la desilusión ante lo que consideró injusto.

La tercera narrativa es la de Claudia, una mujer que vende artesanías sobre la ruta 40. Su fallecido padre trabajó en la reconstrucción ciudadela. Al igual que Simón, considera que, a causa de la obra,

“muchas gente de ahí se ha enfermado. Nosotros creemos que es por los gases. Había muchos cuerpos ahí. Mi abuela decía que cuando se destapaba la olla<sup>13</sup>, salían los gases del cuerpo de los indios y eso lo absorbían y como que los secaba por dentro. Aquí hay muchas historias y la gente se va muriendo y uno no sabe qué pasó en ese lugar. Dicen que hay brujería, hechizos. Son lugares sagrados también”.

Claudia (2017) presenta aspectos simbólicos y espirituales, al igual que Simón, que dan

---

<sup>11</sup> El proceso de registro de las identidades en las áreas rurales se dio de forma variable y las fechas de los nacimientos, muchas veces, no coincide con la inscripción en el registro. Algunos habitantes de los valles recuerdan vagamente la edad que tenían cuando los documentaron.

<sup>12</sup> Terceros eran llamados los supuestos tenedores de las tierras a quienes los miembros de la comunidad debían pagarle el arriendo.

<sup>13</sup> Urna funeraria.

cuenta de una especie de culpa o responsabilidades por ultrajar un lugar *sagrado*. En ambas narrativas aparece la muerte temprana de los obreros, en las que se mezclan las condiciones deplorables de trabajo con lo simbólico y espiritual: “[...] Mi papá trabajó en la reconstrucción. Todos de ahí se murieron jóvenes. Tenía 45 años cuando murió. Él solía llevar las vacas para el pastoreo [...] Mi abuela dice que ahí no se llamaba Quilmes, se llamaba fuerte antiguo”.

Esta joven introduce dos aspectos importantes: el primero, es la función de pastoreo en el sitio por poseer vertientes de agua; y, el segundo, coloca el problema de la nomenclatura que se usa para hacer referencia al sitio arqueológico. Claudia, como muchos otros testimonios, relatan que el lugar nunca se volvió a habitar y que los abuelos/as le llaman “*antiguo fuerte*” o “*fuerte viejo*”. La idea de que ese espacio sea una fortaleza está relacionada con la estratégica ubicación que permite tener una vista panorámica de todo el valle. Con sectores específicamente construidos para la vigilancia y el resguardo de los habitantes. Era un fuerte. Luego de la reconstrucción, hubo una política estatal (como se puede observar en el apartado 2.1) de renombrar al sitio como “*ruinas de Quilmes*”, donde el carácter simbólico que los habitantes de la región le atribuyen al sitio y a sus vigorosos pobladores, desaparece. Finalmente, después de la recuperación (2007) de la administración del espacio por parte de la comunidad se lo renombra como “*Ciudad Sagrada de Quilmes*”.

La cuarta narrativa pertenece a dos miembros de la Comunidad India Quilmes que trabajan actualmente en la Ciudad Sagrada de Quilmes, David y Pablo.

David es guía del sitio, como tal, posee gran conocimiento sobre la historia, pero, además, su padre fue el sereno durante la reconstrucción. De niño, algunas veces lo acompañaba y dormían en una casilla realizada en los restos de la antigua ciudadela:

“Veníamos siempre a este lugar y ahí jugábamos, ¿a qué jugábamos? Si acá vivían los indios, pero nadie quería ser indio, nosotros veníamos a matar indios. Eso quedó tan grabado en mí que por ejemplo hoy me acuerdo tanto y, por ejemplo, decía así con la gomera mirá ahí hay un indio y lo ondeábamos y decía ¡Mirá, mirá! He matado a un indio, ¿cuántos indios has matado vos? Yo maté tres. Yo maté cuatro indios. Pero un día te das cuenta de que el indio no fue como lo mostraban. Mi abuela fue india, yo no puedo presumir y decir “fue de los Quilmes”. No lo sé. Hubo una desintegración total de los valles entonces siempre decimos somos de los Diaguitas Calchaquíes, somos descendientes de los Diaguitas Calchaquíes”.

David asegura que él puede reflexionar acerca de su identidad como descendiente Diaguita Calchaquí porque se está en un “período de reivindicación de la historia”, “de recuperación de la cultura y la identidad”. Agrega, al igual que Claudia, que antes de la reconstrucción, el sitio se utilizaba para el pastoreo.

Así como Jesús, cuenta que en los tiempos de la restauración las comunidades indígenas dependían de los patrones, “éramos como siervos de los patrones porque nuestros padres, abuelos, fueron tan sometidos que entonces tenían que, de lo que producían, dar una parte a ellos”.

En el plano de lo sagrado y espiritual, David tiene innumerables anécdotas y relatos de apariciones, entre ellas, turistas que se llevaron piezas arqueológicas y las devolvieron porque les causaba algún malestar: “la gente se la fue llevando como suvenires” (las piezas arqueológicas), “tenés que pedir permiso a la Pachamama, tenés que pedir permiso a todos los espíritus de esta gente que estuvo acá para estar en este lugar”.

Para David, el interés en la reconstrucción fue lucrativo, en el contexto previo del mundial de fútbol de 1978. Si bien él y otros comuneros viven del turismo en el lugar (lo que presenta como éticamente conflictivo), lo diferencial sería el respeto por lo simbólico.

Por su parte, Pablo, estudia historia y es guía de la Ciudad Sagrada de Quilmes. Considera que el sitio es, para muchos jóvenes vallistas, la oportunidad de un trabajo. Sobre la reconstrucción realiza duras críticas al procedimiento:

[...] tengo entendido que era un pico, una pala y a levantar paredes, a excavar para sacar las piedras para levantar las paredes entonces no hubo un trabajo arqueológico. Algunas tumbas que se encontraron, hoy no se sabe a dónde están esos restos. [...]Entonces, creo que la reconstrucción pasó por lo que se vivía en el país ¿no? En ese momento un gobierno militar a cargo de Bussi. Después, Forzano pasa una máquina niveladora. Niveló sepultando una parte del sitio donde está el estacionamiento. Niveló otro sector donde hizo el museo del sitio. Y, obviamente, las comunidades no podían ni siquiera pestañear, porque era un momento difícil.

Asimismo, Pablo comenta que los pobladores locales veían de forma positiva el proyecto porque representaba una oportunidad, sin embargo, luego de la reconstrucción dejaron de visitar el sitio.

Tanto David como Pablo cuestionan la educación que obtuvieron, sostienen que fue reduccionista y que omitió informaciones sobre la historia local.

Por último, en 2008 se publicó *Los Quilmes Contamos Nuestra Historia*. En este libro, la Comunidad India Quilmes presenta lo que denominan “la otra historia”, reivindicando la existencia de descendientes Quilmes, contrarrestando la idea de un pueblo extinto. Exponen que a partir del conocimiento de la existencia de la Cédula Real se empiezan a organizar para luchar por la posesión de los territorios. Así, en 1973, se realiza el Primer Parlamento Indígena de los Valles Calchaquíes. Manifiestan que para el año 1975 ya había una “fuerte presencia militar en la zona”. Presentan a la Ciudad Sagrada de Quilmes como “símbolo de la resistencia que el pueblo Diaguita opuso a la invasión extranjera, en la época de la conquista: en este lugar, está la sangre que derramaron nuestros mayores para defender nuestros territorios y nuestra cultura” (CIQ, 2006, p.49). Además, en este apartado aparece el subtítulo *Memoria del saqueo*, en que se establece lo patrimonial del espacio como herencia de la Comunidad, se denuncia el robo y tráfico de las piezas arqueológicas.

En estas narrativas presentadas aparecen las voces que disputan el sentido de la reconstrucción. Se problematiza la utilidad del espacio con fines turísticos o de pastoreo, valorizando el recurso hídrico presente en el cordón montañoso y escaso en el resto del valle. Aparecen, con sentimientos encontrados muchas veces, la explotación turística del



sitio como una salida laboral para los habitantes de la región que contraponen un valor de un legado histórico a la constitución de un turismo vacuo y fornecido por actores foráneos.

Aparece la naturaleza sagrada del sitio, un elemento constitutivo de Quilmes a partir de una continuidad histórica signada por los restos arqueológicos, por las narrativas de resistencia y fortaleza del pueblo diaguita-calchaquí que defendió sus vida y sus tierras de los incas y de los españoles, por la realización de rituales sincréticos, como misas católicas y celebraciones a la Pachamama y por los relatos de carácter mítico que aseguran apariciones de deidades andinas en la montaña, además de un castigo divino a quienes ultrajaron las tumbas en el proceso de reconstrucción.

Además, se presentan los conflictos políticos de la época y la violencia estatal como algo presente en el valle. Es decir, la coyuntura política de los países del cono sur y, en particular, de Argentina; se expresó en los Valles Calchaquíes mediante la represión a la organización indígena y a la reivindicación de la posesión de los territorios.

Se disputa la noción de patrimonio. Un entendimiento de la idea de patrimonio estatal, vinculada a los valores nacionales; y un entendimiento de patrimonio indígena como “legado”, “herencia” histórica. Aparecen denuncias de las condiciones laborales en la reconstrucción, el tráfico de piezas arqueológicas y se cuestionan los criterios científicos y el rol de las universidades en este acontecimiento.

### 3. REFLEXIONES FINALES

El proceso de reconstrucción de la Ciudad Sagrada de Quilmes se trató, en sí mismo, de una *política de la memoria*, en la cual el Estado, con fines comerciales/turísticos, decide llevar adelante un proyecto de reconstrucción de un sitio arqueológico datado del siglo IX d.C. Para legitimar este plan de obra, desde las instituciones participantes, se desarrollan una serie de relatos que buscan valorizar una política gubernamental de patrimonialización, constituyendo una narrativa sobre la historia nacional. Los testimonios de la Comunidad India Quilmes también hacen referencia al sitio como patrimonio, no obstante, le atribuyen a esta noción un significado diferente: la relevancia de la herencia ancestral, reivindicando una continuidad histórica. Entonces, la idea de “*patrimonio*”, introduce la problemática sobre la “*propiedad*”. ¿A quién pertenece ese sitio? Las respuestas podrían ser, al menos, dos: al Estado-nación o a la Comunidad India Quilmes, cuyo reconocimiento de preexistencia está garantizado por la CNA. Esta disputa por la posesión del territorio y por las narrativas históricas y culturales, atravesaron a toda la comunidad, no solo por la reconstrucción del sitio arqueológico, sino por el derecho a la vivienda y al trabajo agrario, como expresó el testimonio de Jesús.

Al realizarse una obra que tendrá impacto directo en la comunidad local, tanto en el plano del sentipensar como en la relación para con el espacio, es necesario considerar las diversas percepciones sobre el fenómeno para evaluar su factibilidad. De la misma manera, es sustancial hacer partícipes a los actores en el proceso, no solo como mano de obra, sino en las decisiones de gestión con el fin de democratizar el proyecto, su finalidad y los beneficiarios. No obstante, durante el desarrollo de la reconstrucción, se creó institucionalmente la idea de un pueblo extinto del cual se podría tener conocimiento a través del turismo cultural. Esta práctica que muestra lugares para poder comprender la

vida y la historia de otros grupos, lo hace a fuerza de sustraerlos del presente en el que adquieren sentido, son lugares sin gente, sitios por donde sólo se puede “pasar” (ONDELJ, 2007, p. 259). Lo cual va a ser fuertemente cuestionado por los comuneros de Quilmes que, si bien no pueden definirse como descendientes directos, se identifican como herederos de ese pueblo y realzan figuras heroicas como Juan Calchaquí, Martín Iquin y Juan Chelemin, símbolos de la resistencia indígena en el valle. Además, los actores locales, atribuyen una naturaleza sagrada a la antigua ciudadela y entre sus prácticas está la realización de rituales, ceremonias y la transmisión oral de innumerables narrativas de carácter mítico sobre apariciones y milagros. Durante la reconstrucción, estas historias adquieren particularidades propias del proceso: el hallazgo de cementerios y su relación simbólica con la enfermedad de los obreros – además de las denuncias por las perjudiciales condiciones laborales – manifiesta sentimientos de dolor y culpa en los actores directos e indirectos (familiares) de la reconstrucción.

Asimismo, se puede reflexionar que el sitio donde habitaron los indios Quilmes fue resignificado a partir de su reconstrucción, transformando los usos y los sentidos de la ciudadela: pasó de ser un *antiguo fuerte* a *ruinas* y, de ruinas a *ciudad sagrada*. Las denominaciones expresan diversas formas de recordar la historia local. Previamente a la obra, la circulación de la comunidad era libre, por lo que llevaban sus animales para el pastoreo y realizaban rituales (misas, ceremonias). El sitio era considerado un *fuerte*, es decir, un *lugar de resguardo* de sus antiguos habitantes. Entre 1977 y 1981, hubo un control exhaustivo por parte del Estado, con el fin de llevar adelante la obra y “preservar” las piezas arqueológicas. A partir de entonces, adquirió valor para el turismo cultural y pasó a llamarse *ruinas*, es decir, un sitio donde se encuentran *restos arquitectónicos* de una población pasada. La circulación de la comunidad local dejó de ser libre y esto se agudizó con la privatización del territorio en 1992. Luego de manifestaciones y presentaciones legales por parte de la Comunidad India Quilmes, se *recupera* la ciudadela en el año 2007 y, desde allí, su gestión es compartida con el Estado. En este acontecimiento se la designa como *Ciudad Sagrada de Quilmes*, adicionando el carácter espiritual del territorio.

La condición de dinamismo en los relatos históricos sobre la reconstrucción de la Antigua Ciudadela de Quilmes se expresa en este trabajo con dos narrativas antagónicas o contrapuestas, correspondiente a actores sociales y contextos diferentes. La primera, se sitúa entre 1977 y 1981, en un contexto de represión política, deviene de las instituciones legitimadas socialmente, la universidad y el Estado, y se contextualiza durante el desarrollo del proyecto; la segunda involucra a la comunidad local, aparece inmediatamente después del fin de la dictadura cívico-militar y se desarrolla con mayor profundidad a partir de la recuperación de la ciudadela. El dinamismo se expresa en todos los actores sociales involucrados en el acontecimiento, por ejemplo, la forma de pensar y sentir la reconstrucción por parte de Simón a los 28 años, cuando empezó a trabajar en la obra como capataz, no es la misma que en el momento de su renuncia o en el momento en que fue entrevistado (con 68 años); así como el relato estatal y académico se modifica de acuerdo a cada coyuntura y a los intereses institucionales.

Concluyendo, este trabajo presentó una reflexión sobre los significados de la reconstrucción de la Ciudad Sagrada de Quilmes, buscando problematizar la linealidad y la homogeneidad del relato histórico con la intención de comprender el fenómeno en diversos aspectos -simbólicos, materiales, políticos- e incluir las voces de actores

silenciados entre 1977 y 1981. De esta manera, se estima la indagación histórica en su complejo entramado de sentidos.

### BIBLIOGRAFÍA

- ACHUGAR, Hugo. *Planetas sem boca. Escritos efemeros sobre arte, cultura e literatura*. Minas Gerais – Brasil: Ed. Humanas, 2006.
- AGUIRRE ARRIAGA, Imanol. El acceso al patrimonio cultural: retos y debates. Coord. Imanol Aguirre Arriaga. *Nuevas ideas de arte y cultura para nuevas perspectivas en la difusión del patrimonio*. España: Ed. Universidad Pública de Navarra, Cátedra Jorge Oteiza, 2008, p. 67 – 118.
- AMBROSETTI, Juan Bautista. La Antigua Ciudad de Quilmes (Valle Calchaquí). Buenos Aires – Argentina: Ed. La Buenos Aires, 1897.
- BECERRA, CRESPO Y PIERINI. *Dinámicas de poder y saber en la reconstrucción de la Ciudad Sagrada de Quilmes (Tucumán 1977-1981)*. Alteridades, México, vol.23 n°46, jul/dic. 2013.
- BIDASECA y RUGGERO, Santiago. *Disputas en torno a la Ciudad Sagrada-Ruinas de Quilmes. Memoria e identidad en la Comunidad India Quilmes*. Breves Contribuciones del I.E.G. Tucumán, N° 21, 2009/10.
- BIGHETTI FIORAVANTIS, Maria Lucia. O patrimônio escondido. In: MARTINS, Mirian Celeste (org.). *Pensar juntos mediação cultural: [entre]laçando experiências e conceitos. Grupo de Pesquisa Mediação cultural: contaminações e provocações estéticas*. São Paulo: Ed. Terracota, 2014. p. 58 – 63
- BOM MEIHY, José Carlos Sebe. *Manual de História Oral*. San Pablo: Ed. Loyola, 2005.
- CHIAPPERO, Luciana. *Turismo Cultural: El caso de los Indios Quilmes*. Trabajo de Conclusión de la Licenciatura en Turismo en la Universidad Abierta Interamericana. S/A
- CICHERO, Daniel. Periódico El Litoral. Disponible en: <<http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2011/01/08/nosotros/NOS-10.html>>. Consultado el: 04 de oct. 2017.
- COLOMBRES, Adolfo. *La colonización cultural de la América Indígena*. Quito: Ed. Del Sol, 1976.
- COURTINE, Jean-Jacques. *El Concepto de Formación Discursiva*. San Pablo: Ed. Pedro e João editores, 2007.
- CRESPO, Carolina (Org.). *Patrimonio, políticas culturales y participación ciudadana*. Buenos Aires: Ed. Antropofagia, 2007.
- ECHEVERRY, Darío Betancourt. *Memoria individual, memoria colectiva y memoria histórica. Lo secreto y lo escondido en la narración y el recuerdo*. Bogotá: Ed. Universidad Pedagógica Nacional, 2004.
- GARCÍA CANCLINI, Néstor. *Los usos sociales del patrimonio cultural*. El Patrimonio Cultural de México. México: Ed. Florescano, 1993.
- GONDAR, Jô. *O que é memória social? Quatro proposições sobre memória social*. Rio de Janeiro: Ed. Contra Capa Livraria, 2005.
- HALBWACHS, Maurice. *La memoria colectiva*. España: Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2004.
- JELIN, Elizabeth. *Los Derechos Humanos y la Memoria de la Violencia Política y la Represión: la Construcción de un Campo Nuevo en las Ciencias Sociales*. Estudios Sociales. Santa Fe, N.º 27, 2004.
- JELIN, Elizabeth. *Los trabajos de la memoria*. España: Ed. Siglo XXI, 2002.

- LAVABRE, Marie-Claire. *Maurice Halbwach y la sociología de la memoria*. Buenos Aires: Ed. Anne Pérotin-Dumon, 2007.
- MARTÍNEZ, Clarisa. *La política pública indígena en la Argentina. Apuntes sobre el derecho a la tierra y a la organización*. Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social. Buenos Aires, vol. 2, N° 4, noviembre 2012.
- MUDROVICIC, María Inés. Novedad, progreso y desaceleración: las tensiones político-temporales, 1810-1910-2010. In: ANSALDI, FUNES y VILLAVICENCIO, Susana (comp.). *Bicentenario: otros relatos*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2010.
- MUZOPAPPA y VILLACORTA, Carla. *Los documentos como campo. Reflexiones metodológicas sobre un enfoque etnográfico de archivos y documentos estatales*. Revista Colombiana de Antropología. Colombia, vol. 47, N.º 1, enero-junio 2011.
- NORA, Pierre. El fin de la historia-memoria. *Entre Memoria e Historia: La problemática de los lugares*. Lieux de Mémoire. París: Ed. Gallimard, 1984.
- PELISSERO y DIFRIERI, Horacio. *Quilmes. Arqueología y Etnohistoria de una ciudad prehispánica*. Tucumán: ed. Gráfica Noroeste, 1981.
- PIGNA, Felipe. El Historiador. *El Inca Andaluz*. Disponible en: <[http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/conquista\\_y\\_colonia/el\\_inca\\_andaluz.php](http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/conquista_y_colonia/el_inca_andaluz.php)>. Consultado el: 05 oct. 2017.
- PÍNSKY, Carla Bassanezi (org.). *Fontes Históricas*. San Pablo: Ed. Contexto, 2008.
- POLLAK, Michael. *Memoria, Olvido, Silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límites*. La Plata: Ed. Al Margen, 2006.
- POUGET, Frederic. *Aqui não é Ruínas Quilmes, é a Cidade Sagrada Quilmes – Disputas patrimoniais em torno de um sítio arqueológico no noroeste argentino*. Arqueología Pública. San Pablo, N° 6, 2012.
- RABOTNIKOF, Nora. Memoria y Política a treinta años del golpe. In: LIDA, CRESPO y YANKELEVICH, Pablo (comp.). *Argentina, 1976: estudios en torno al golpe de Estado*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2006.
- RADOVICH, Juan Carlos. Política indígena y movimientos etnopolíticos en la argentina contemporánea. Una aproximación desde la antropología social. Revista Antropologías del Sur. Colombia, N°1, 2014.
- RICOEUR, Paul. *A memória, a história e o esquecimento*. Campinas, SP: Ed. da Unicamp, 2007.
- RIVERA CUSICANQUI, Silvia. El Bicentenario. *Ch'ixinakax utxiwa : una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*. Buenos Aires: Ed. Tinta Limón, 2010.
- SARRABAYROUSE OLIVEIRA, María José. *Reflexiones metodológicas en torno al trabajo de campo antropológico en el terreno de la historia reciente*. Cuadernos de Antropología Social. Buenos Aires, N°29, 2009.
- SCATTOLIN, María Cristina. *Los ancestros de calchaquí: una visión de la Colección Zavaleta*. Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Jujuy, N°20, 2003.
- SOSA, Jorge. Argentina Indymedia. “Ruinas” de Quilmes, historia de un despropósito. Año 2007. Disponible en: <<http://media.argentina.indymedia.org/uploads/2008/01/kilmes.pdf>> Consultado el: 11 dic. 2016.
- SOSA, Jorge. Corpus Archivo. *La “cédula real de los Amaycha”*. Contextualización, análisis y transcripción de un documento controversial, Corpus, Vol 5, N°1 año 2015. Disponible en: <<http://www.corpusarchivos.revues.org/1374>> Consultado el: 10 oct. 2017.

- SOSA, Jorge. *Ruinas de Quilmes, historia de un despropósito*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2007.
- TARRAGÓ, Myriam N. *La arqueología de los Valles Calchaquíes en Perspectiva histórica*. Anales. Göteborg: Instituto Iberoamericano Universidad de Göteborg, vol. 6, 2003.
- TRAVERSO, Enzo. Historia y Memoria. In: FRANCO y LEVÍN, Florencia (comp.). *Historia reciente: perspectivas y desafíos para un campo en construcción*. Buenos Aires: Ed. Paidós, 2007.
- VARELA, Sonia Ines. *Antigua Ciudad de Quilmes. Memorias a 40 años de su reconstrucción*. Foz de Iguazú, 2017. Disponible en:  
<<https://dspace.unila.edu.br/bitstream/handle/123456789/3368/TCC%20-%20VARELA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>
- VEZZETTI, Hugo. *Sobre la violencia revolucionaria: memorias y olvidos*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2009.
- VICH y ZABALA, Virginia. *Oralidad y Poder. Herramientas metodológicas*. Bogotá: Ed. Norma, 2004.