

ISSN 1851-3069

**R**GIO  
JA

REVISTA ELECTRÓNICA

Instituto de Investigaciones Jurídicas  
y Sociales A. L. Gioja

No 31 (diciembre 2023 -  
mayo 2024)



## Presentación del *Dossier*: “Roberto José Vernengo, Vida y Obra”

Dossier Presentation: “Roberto José Vernengo, Life and Work”

Por Alejandro Guevara Arroyo\* y Federico De Fazio\*\*



El 11 de noviembre de 2022, se celebró un seminario en el Instituto de Investigaciones A. L. Gioja de la Universidad de Buenos Aires en homenaje a la obra del filósofo argentino del derecho Roberto José Vernengo. El presente *Dossier*, precisamente, reúne las ponencias allí presentadas por parte de las profesoras Claudina Orunesu (Universidad Nacional de Mar del Plata), María Serrana Delgado Manteiga (Universidad de la República) y Elina Ibarra (Universidad de Buenos Aires). Además, el volumen incluye una semblanza elaborada por el profesor Antonio Martino (Universidad de Pisa).

Vernengo nació en Buenos Aires el día 5 de diciembre de 1926 y falleció en la misma ciudad el día 20 de septiembre de 2021 a los 94 años de edad. Era abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Entre los años 1955 y 1976, se desempeñó como Profesor Teoría General del Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Tras el golpe de Estado de 1976, y la irrupción de la última dictadura militar, emigró a México. Allí se desempeñó como Catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM). Luego del regreso de la democracia en Argentina, Vernengo volvió a su país de origen y se desempeñó como Investigador Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y como Profesor Titular Emérito en la Universidad de Buenos Aires.

La obra de Vernengo ha tenido un enorme reconocimiento internacional; sobre todo, dentro del ámbito de la filosofía analítica del derecho continental. Algunas de sus principales contribuciones abordan las siguientes cuestiones: la naturaleza de la ciencia

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. ORCID: 0009-0009-9553-7049. Correo electrónico: alejandro.guevaraarroyo@ucr.ac.cr

\*\* Profesor en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Investigador Asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ORCID: 0000-0002-8562-6939. Correo Electrónico: federicodefazio@derecho.uba.ar

del derecho, el lenguaje y la lógica del discurso jurídico, la meta-ética, la teoría de las normas, la teoría del orden y del sistema jurídico, los conceptos jurídicos básicos y la interpretación jurídica. Publicó numerosos libros y artículos. Quizá su libro más importante, ya que en él se ofrece una presentación sistemática de todo su pensamiento, es su *Curso de Teoría General del Derecho* (1976). Además, Vernengo hizo una contribución inigualable a la teoría del derecho hispanohablante al traducir la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (Teoría Pura del Derecho) de Hans Kelsen (1960) al español (1979).

El *Dossier* comienza con la semblanza sobre la vida y obra de Vernengo elaborada por Martino. Allí se relatan algunas anécdotas que ofrecen un panorama bastante preciso sobre su persona. Asimismo, se realiza un muy interesante recorrido sobre algunas de sus principales contribuciones teóricas.

Posteriormente, se encuentra el artículo de Orunesu, que trata sobre uno de los temas en los que Vernengo más se destacó, a saber: la naturaleza de la llamada “dogmática jurídica”. Concretamente, Orunesu aborda esta cuestión a partir de un conocido e interesante debate que Vernengo mantuvo con Manuel Atienza hacia mediados de los años 80. Esta discusión giró en torno a la siguiente pregunta: ¿es la “dogmática jurídica” una disciplina científica o, más bien, es una técnica?

Como bien señala Orunesu, ambos autores parten de un acuerdo básico: las actividades que de hecho desempeña la “dogmática jurídica” son muy variadas. Algunas de estas actividades parecen ser de índole cognoscitiva (como, por ejemplo, la descripción y sistematización de las normas que pertenecen a un cierto sistema jurídico), mientras que muchas otras no parecen ser de orden cognoscitivo, sino, por el contrario, valorativo (por ejemplo, la de proponer soluciones normativas para casos no regulados o mal regulados). Según Atienza, esta última clase de actividades no hacen más que poner de relieve que la “dogmática jurídica” tiene un propósito eminentemente práctico. Por ende, no es posible concebirla como una disciplina científica; más bien, lo sensato es entenderla como una técnica (que podrá o no ser una tecnología, dependiendo de que aplique o no conocimiento científico). Vernengo, en cambio, se opone firmemente a esta idea. De acuerdo con él, del hecho de que la “dogmática jurídica” realice algunas actividades evaluativas no se

sigue que el resto de sus actividades de naturaleza cognoscitiva deben ser menospreciadas. Así, algunas de esas tareas, como la de construir conceptos y taxonomías, bien pueden ser calificadas como “científicas”.

Una vez hecha la síntesis del debate, Orunesu propone la siguiente hipótesis: el debate entre Vernengo y Atienza no refleja meramente una actitud contrapuesta con respecto a aquello que hacen quienes se dedican a la “dogmática jurídica”. Por el contrario, lo que aquí hay de trasfondo es un desacuerdo filosófico algo más profundo. Este desacuerdo versa sobre la viabilidad del siguiente par de distinciones de nivel superior: las distinciones entre describir y valorar, por un lado, y entre normas y proposiciones normativas, por el otro. Así, el motivo por el cual Atienza cree que la “dogmática jurídica” es necesariamente una técnica, se basa en su escepticismo respecto de que pueda distinguirse tajantemente entre describir y valorar o entre la enunciación de normas y de proposiciones normativas. Por su parte, la razón por la cual Vernengo considera que la “dogmática jurídica” sí puede llegar a ser una disciplina científica, se basa justamente en la idea opuesta: la creencia de que sí es posible trazar estas distinciones de manera estricta.

Un segundo aspecto en el que Vernengo se destacó dentro de su comunidad intelectual fue en su atención a la reflexión ético-moral y meta-ética. En ese sentido, Vernengo sometió a análisis crítico posiciones y asunciones en su momento habituales sobre la naturaleza y fundamento de los posicionamientos morales. Adicionalmente, consideró las posturas teóricas que conectan el orden normativo moral y el jurídico. Por supuesto, con ello pretendió aunar y refinar las tesis del positivismo jurídico (metodológico) que defendía. Precisamente estos son los ámbitos de los que se ocupan los trabajos de Elina Ibarra y María Serrana Delgado Manteiga.

En su artículo, Ibarra reconstruye las ideas de Vernengo relacionadas con las conexiones y diferencias nucleares que median (o se pretende que intervengan) entre el derecho y la moral. Agrega asimismo varias de las consideraciones escépticas que con respecto a tales conexiones señaló Vernengo. El aspecto central que rescata Ibarra en este respecto es que las distinciones entre dichos órdenes normativos no se localizan a nivel de la estructura gramatical o lógica de las normas que los componen. En cambio, las diferencias claves se dan en los procedimientos de creación de dichas normas y en cómo estas pretenden influir en el comportamiento de sus destinatarios.

Por su parte, Delgado Manteiga parece aceptar que las consideraciones de Vernengo sobre filosofía moral fueron un paso adelante en la visión filosófica sobre estos asuntos y su relación con lo jurídico. Aun así, Delgado Manteiga apunta varias críticas contra algunas tesis centrales defendidas por Vernengo.

En primer lugar, pone en duda su caracterización de la moral y sus normas. Según Vernengo, la moral tiene como facetas las siguientes características: (1) es absoluta; (2) es universal; (3) es producto del ente divino o de la razón; (4) es atemporal; (5) es la verdad misma; (6) es imprecisa; (7) no tiene fuerza obligatoria propia; (8) presupone la autonomía del sujeto. Delgado Manteiga argumenta que dicha caracterización resulta innecesaria: hay visiones filosóficas contemporáneas que intentan comprender el orden de lo moral de forma mucho más sutil y refinada.

En un segundo momento, Delgado Manteiga dirige una crítica general a uno de los presupuestos del positivismo jurídico (metodológico) paradigmáticamente defendido por el propio Vernengo. La iusfilósofa sostiene que, hoy día, en la teoría del derecho se acepta de forma generalizada la tesis iuspositivista de las fuentes sociales del derecho. En cambio, piensa que la cuestión más polémica es la de dar cuenta filosóficamente de la normatividad de lo jurídico desde el punto de vista interno de la buena persona ciudadana. El punto de Delgado Manteiga es que no es posible resolver este problema si no es señalando y reconstruyendo la posición o el presupuesto moral de dicha persona ciudadana. Por eso, sostiene la autora, los abordajes del positivismo jurídico tradicional (a la Vernengo) no pueden explicar esta cuestión. Se trata de una insuficiencia clave: algo que toda teorización del derecho satisfactoria tendría que responder. En este sentido, una alternativa iuspositivista debe intentar restablecer las conexiones entre la filosofía jurídica y la filosofía moral. Cabe preguntarse, sin embargo, si la propia visión positivista jurídica (metodológica) que critica Delgado Manteiga es la más refinada y actual. En cualquier caso, se trata de un debate abierto.

No queremos concluir esta introducción sin expresar nuestro agradecimiento a las autoridades del Instituto "A. L. Gioja", Marcelo Alegre y Luciana Scotti, por el apoyo financiero y administrativo que nos brindaron para la organización del seminario que dio origen a este *Dossier*. Además, extendemos nuestra gratitud a la directora de la Revista Electrónica del Instituto "A. L. Gioja", Luciana Scotti, y a su equipo editorial (Leandro Baltar,

Paola Colombrero, Camila Fernández Mejjide, Déborah González Area, Julieta Lobato y Leticia Vita) por haber aceptado su publicación. Del mismo modo, queremos agradecer especialmente a los autores de la semblanza y de los artículos, respectivamente: Antonio Martino, Claudina Orunesu, María Serrana Delgado Manteiga y Elina Ibarra. Por último, también queremos destacar el trabajo de los evaluadores anónimos que, sin lugar a dudas, han contribuido a mejorar los trabajos que aquí se reúnen.

### **Bibliografía:**

- KELSEN, Hans (1960). *Reine Rechtslehre* (2. Auflage). Wien: Mohr Siebeck.  
– (1979). *Teoría Pura del Derecho* (2da edición). México: Universidad Nacional Autónoma de México.  
VERNENGO, Roberto (1976). *Curso de Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Coeditora de Derecho y Ciencias Sociales.

## Un atisbo de semblanza de Roberto Vernengo

### A glimmer of semblance of Roberto Vernengo

Por Antonio Anselmo Martino\*

Fecha de recepción: 6/1/2023

Fecha de aceptación: 10/1/2023



No soy historiador. Las únicas semblanzas intelectuales que hice fueron para el *Dictionnaire des Philosophes*, en francés, y consistieron en las voces Bobbio, Cossio y Carrió. Los tres vivían y no se quejaron<sup>1</sup>. Pero no es mi profesión. Me atrevo a este atisbo de semblanza con Roberto José Vernengo porque creo sinceramente que le debemos mucho, y soy, entre quienes lo conocieron, el que mayor deuda tiene con él<sup>2</sup>.

Roberto tenía una inteligencia aguda, rápida y mordaz que le procuró la admiración de muchos y peleas con otros. Llegó a pelearse con Genaro Carrió, lo que fue considerado un récord *Guinness*. Nunca se peleó conmigo.

Vernengo reconocía como sus maestros a Carlos Cossio y Ambrosio Lucas Gioja (Vernengo, 1984). La relación entre esos dos maestros se generó cuando Ambrosio Lucas

---

\* Profesor emérito de la Universidad de Pisa (Italia) y la Universidad del Salvador (Argentina). Miembro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la de Ciencias de Buenos Aires. Miembro asociado del Center for Artificial Intelligence and Cognate Learning de la Universidad de Greenwich. ORCID: 0000-0002-4571-8046. Correo electrónico: aamartino@gmail.com

<sup>1</sup> Es más, Bobbio dijo “te la sei cavata molto bene” (saliste adelante muy bien), que en su boca era un cumplido.

<sup>2</sup> En el Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad homónima de la Universidad de Buenos Aires concurríamos a diversos seminarios que quienes más sabían daban a quienes sabíamos menos por ser -además- recién entrados. Vernengo dio varios de estos seminarios y pude (pudimos) aprender. Vernengo fue además profesor en el doctorado que se abrió a finales de los años sesenta, después de muchos años de estar cerrado, y con él dedicamos todo un curso a filosofar sobre la alegoría de la caverna en Platón. Terminado el curso en un año, presenté la tesis doctoral en 1972 y durante dos años los jurados renunciaban, pues no entendían las partes que había escrito con fórmulas. Hasta que Roberto se tomó el trabajo de explicarle que eran formas distintas de representar artículos del código civil que podían ser reconocidos. Gracias a ello me doctoré en 1974. Ese mismo año con Eduardo Russo y Luis Warat publicamos un libro bastante novedoso para la época *Temas para una filosofía Jurídica*, con una tapa burlona de Vito Campanella. Lo prologó Vernengo con el título “Enseñar derecho, aprender derecho, saber derecho”. En los años 70, siendo titular de filosofía del derecho en la Universidad de Belgrano, decidí hacer un Congreso de filosofía del derecho que reuniera a todos los que se dedicaban a la materia. Todos me ayudaron, pero con Vernengo fuimos a visitar al maestro Cossio para que aceptara ser el presidente emérito del Congreso y aceptó.

Gioja, junto con Genaro Carrió, Julio Cueto Rúa y Moisés Nilve, comenzó a viajar a La Plata a escuchar las clases de Carlos Cossio. Los viajes continuaron hasta 1948, año en el que Cossio ganó la cátedra en la Facultad de Derecho de Buenos Aires y el grupo de discípulos continuó, pero ahora en la UBA.

En los años 50, Vernengo viajó a Ginebra a desempeñar funciones en la Organización Internacional del Trabajo y obtuvo una licenciatura en la *École D'Études Supérieures*. Volvió en 1959 e ingresó como abogado en la Procuración General del Tesoro.

En 1955, con la "Revolución Libertadora", Ambrosio Lucas Gioja fue nombrado interventor de la Facultad de Derecho de la UBA y, por razones políticas, decidió separar de su cátedra a Carlos Cossio. Tras la salida de Cossio, Gioja ganó la cátedra de Filosofía del derecho y creó el Instituto de Filosofía del Derecho, una verdadera forja en la que todos formamos<sup>3</sup>.

A fines de los años sesenta se abrió el curso de doctorado en la Facultad de Derecho de la UBA y Vernengo fue uno de los profesores. En el año que cursé con él enseñaba a reflexionar sobre la alegoría de la caverna de Platón. Conmigo cursaban, entre otros, Ricardo Guibourg, Elsa Kelly, Alejandro Ghigliani; llevábamos todos los textos posibles para discutir. Alguna vez, en esas sesiones, descubrimos que uno de los textos de Roberto había sido escrito originalmente en griego.

Roberto fue uno de los que tuvimos que emigrar a partir de 1976. Se radicó en México, siendo catedrático en la UNAM entre 1977 y 1982. Fue investigador del Conicet y recibió un premio Konex en 1986.

## I. El personaje

Vernengo puede ser visto como intelectual tanto en su obrar como en sus publicaciones. Esto lo diferenciaba de Gioja, que en su obrar era deslumbrante, pero lo era menos en sus publicaciones (lo más atractivo de él era su capacidad de enseñar, de conversar).

---

<sup>3</sup> Fui discípulo de Gioja y lo frecuenté hasta su muerte. Nunca permitió que en su presencia se hablara mal de Carlos Cossio. En los años sesenta sentí curiosidad por conocer a ese maestro y lo visité en su casa de Palermo. Desde entonces mantuve una amistad con él aun después de mi radicación en Europa, cada vez que visitaba Buenos Aires. Nunca lo oí hablar mal de Gioja.



Vernengo era más parejo entre lo que hacía y lo que escribía, y tenía una capacidad mordaz para pelearse con todo el mundo. Hablaba correctamente español, inglés, francés, alemán y portugués, y se las rebuscaba con lenguas como el griego, que había aprendido en sus estudios clásicos.

La obra escrita de Vernengo es muy amplia y refleja su vocación omnívora por todo conocimiento. Escribió sobre muchos temas y fue un polemista formidable. Lo vi polemizar muchas veces en el Instituto de Filosofía del Derecho, en el *Istituto di Documentazione Giuridica* (IDG) del Consejo Nacional de Investigaciones de Italia, del que fui director, en los Congresos internacionales de la IVR<sup>4</sup> (Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social) y en los cuatro congresos Lógica, informática, derecho.<sup>5</sup> Algunas de sus polémicas se pueden incluso leer. Es el caso de la que mantuvo en los años ochenta con Manuel Atienza en las páginas de la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Vernengo, 1986)<sup>6</sup>. En ocasiones ellas subían de tono. Sin embargo, se le atribuían, en mi opinión, muchas más de las que realmente mantuvo. Por ejemplo, se comentó mucho una animadversión con Carlos E. Alchourron y puedo confirmar, habiéndolos tratado durante mucho tiempo a ambos, que era absolutamente falsa<sup>7</sup>.

Fue enormemente generoso con sus amistades y conocimiento, que compartía amablemente. Tuve muchas ocasiones de estar en contacto con él. Primero, como discípulo en el Instituto de Filosofía del Derecho, luego, en el curso de doctorado y, posteriormente, como colega en muchos congresos. Siendo director del IDG de Florencia lo contraté en varias oportunidades para que dispensara sus conocimientos entre los investigadores del Instituto. Además, el Comité Científico de los cuatro Congresos Lógica, informática, derecho, del que fui parte, lo invitó por sus reconocidos méritos en materia de reflexión sobre los temas del mismo.

---

<sup>4</sup> Intensa y conocida fue la polémica sostenida en el Congreso de Göttingen (Alemania) en 1991 con el principal expositor, Robert Alexy.

<sup>5</sup> Florencia, 1981, 1985, 1989 y 1993 a los cuales lo invité.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que Atienza dirigía *Doxa*, en la que se publicó la polémica. Acompañé a Manuel Atienza cuando vino a Buenos Aires y fui su director de tesis doctoral en Oviedo.

<sup>7</sup> Es uno de los primeros en escribir una nota sobre Carlos Alchourron a poco de su muerte en 1996 (Vernengo, 1996b).

Allí mostró también su versatilidad y capacidad de adaptación: estos congresos se realizaban en Florencia, donde tenía sede el instituto. Aprovechaba la llegada de tantos y tan prestigiosos investigadores, invitándolos una semana antes a la *Scuola Normale* de Pisa, institución de prestigio internacional. En 1985, con la presencia de Georg H. von Wright y otros prestigiosos colegas, el austero presupuesto no alcanzaba para albergarlos a todos. Roberto me dijo que no me preocupara; que él encontraría un alojamiento de bajo precio. Y lo hizo, en Tirrenia, una localidad balnearia a 8 kilómetros de Pisa (obviamente, era fuera de temporada). Ese era el personaje.

## II. La obra escrita

No sé si hay un estudio sobre su bibliografía. No me fue fácil conseguirla; siendo un trotamundos, publicó en muchos lugares y en varios idiomas. Fue autor de por lo menos ocho libros y más de 150 artículos en revistas nacionales y, sobre todo, extranjeras.

En mi opinión, el texto más interesante de Vernengo es el *Curso de Teoría General del Derecho* (Vernengo, 1988). No sólo porque tuvo ocho ediciones (lo que mucho dice sobre el texto), ni sólo porque se lo puede encontrar en muchas bibliotecas de América, sino, sobre todo, porque refleja la concepción holística del autor sobre la teoría general del derecho, y porque vale la pena ver cómo ha usado técnicas modernas de redacción para ayudar al lector a sumergirse en temas complejos.

En su autobiografía, publicada en 1984, Vernengo mismo se refiere a este libro y aclara que aún no había sido terminado. Allí agrega que dedicó gran parte de su vida a reconstruir y analizar las categorías que enuncian los juristas en sus discursos pretendidamente científicos sobre su ciencia. También dice que se abocó a otros temas, como la elucidación de los lenguajes que usan los juristas en el delicado problema de la interpretación. Termina afirmando que es muy suspicaz y desconfiado acerca de las especulaciones jus-filosóficas que se hacen en torno el tema de la justicia (aristotélica o platónica), considerándolos discursos apologéticos y difícilmente comprensibles. He ahí el nudo del pensamiento vernengiano. Sobre el final, se dice ignorante de los problemas que merece-

rán mayor atención en el futuro. Sin embargo, sabemos que se inclinó a los estudios lógicos y sus desarrollos informáticos, siendo en este sentido un precursor de lo que hoy se llama sistemas inteligentes y derecho.

Vernengo fue consciente de la importancia del Instituto de Filosofía del Derecho de la UBA y de la trascendencia internacional que tuvieron algunos de los estudios de sus integrantes.

Las relaciones entre estudios del lenguaje y estudios del derecho no escaparon a su análisis. Fue perfectamente conocedor de los desarrollos de la teoría analítica del lenguaje y de la importancia que tienen para los juristas los estudios sobre la estructura lingüística. Por ejemplo, admite que toda expresión lingüística, por más cuidada que esté desde el punto de vista sintáctico, depende para su comprensión de reglas de contexto de uso y de reglas no gramaticales que determinan su adecuación a circunstancias cambiantes (Vernengo, 1996a).

Recuerda que la afirmación del carácter lingüístico del derecho se convirtió en un lugar común, y cita en este sentido el temprano ensayo de Norberto Bobbio sobre el tema (Bobbio, 1950), el artículo de Genaro Carrió (Carrió, 1965) y enseguida a Uberto Scarpelli.<sup>8</sup> Siguen los contactos, porque luego nombra a Tecla Mazzaresse, alumna de Giacomo Gavazzi, discípulo de Bobbio, en Pavía. Recuerda que ya Savigny se ocupaba de temas lingüísticos en el derecho, pero culmina con el texto de von Wright intitulado *Deontic Logic* (von Wright, 1951). Analiza los temas que se originan a partir de reconocer el carácter no-veritativo de las expresiones jurídicas, adentrándose en los vericuetos que atravesaron los juristas para justificar cómo pasar de un enunciado normativo a un juicio sobre un acto humano y la cadena de razonamiento lógico a seguir. Cita los libros *How to do things with words*, de J. L. Austin (1962) y *Speech Acts* de John Searle (1969). También se adentra en las lógicas que se derivaron desde Kelsen hasta Alchourron y Bulygin, así como en la noción de deducción, el meollo del problema. Concluye que afirmar que el derecho es un discurso, más que una tesis ontológicamente aceptable, es una explicación insuficiente.

---

<sup>8</sup> No es casual que cuando gané una beca del gobierno italiano en 1972, Carrió me indicara que fuese a trabajar con Bobbio a Turín. Así lo hice, pero Bobbio ese año pasaba de decano de la facultad de Derecho a profesor de la la facultad de Ciencias Políticas y lo reemplazó en Filosofía del Derecho Uberto Scarpelli. Bobbio y Carrió se habían conocido en Bellaggio en un seminario internacional en el que participó también Hart.

Aunque trotamundos, Vernengo fue siempre un hombre de la Facultad de Derecho de la UBA. Por eso, me parece importante el video que le grabaron en 2008<sup>9</sup>, y que recomiendo calurosamente a aquellos que no tuvieron la suerte de conocerlo.

Allí se lo ve de cuerpo entero: era un filósofo con una formación tradicional muy rica y bien afianzada que se servía de las condiciones del contexto para ayudar a sus oyentes a hacer una reflexión fundada. En ese video se pregunta qué tipo de conocimiento se requiere para la ciencia del derecho. Y comienza con un brevísimo resumen histórico y una afirmación provocadora: “la cultura anglosajona no tiene una ciencia (jurídica)”. Así era Roberto: abría el panorama de lo que iba a decir de manera clara y emitía una afirmación que llamaba la atención, que incomodaba. Y lograba su objetivo. Lo que sigue tiene ya otro tipo de registro: el de quien no está seguro de compartir todo lo que dice; el de quien quiere saber más. Y lleva a pensar sobre el lenguaje que requiere la ciencia y cita, como era de esperar, a los romanos y al *Corpus Juris*.

Y de nuevo la punzada que incomoda: compara las tesis de la ciencia jurídica con teologías religiosas. Pero no era solo una provocación. Muestra que los primeros glosadores venían de una tradición teológica, como Bolognino. Luego sigue con Savigny. Y, cuando uno se vuelve a sentir cómodo con una historia que medianamente conoce, pregunta: “pero, ¿qué es un sistema de derecho romano?”. Y lo nombra a Euclides para notar que la teoría axiomática viene de él, y que los juristas usan las normas como axiomas. Esto ya no es una provocación, porque de algún modo, sabemos que lo que dice es cierto. Resulta evidente que su conferencia no sigue un guion lineal. Es una reflexión que va hacia adelante, luego hacia atrás, y que, además, establece comparaciones con otras ciencias. Se trata de una conferencia que a uno lo tiene un poco sobre las puntas del pie, no con un talón descansado.

De pronto pregunta, “¿qué es un derecho humano que vale no solo en un territorio?”. Afirma que eso es una ontología y que las ontologías jurídicas se ocupan precisamente del objeto de la ciencia jurídica. Agrega, además, que el derecho no es un objeto simple, como normalmente creemos. Es, por el contrario, tan confuso y complejo que se tiñe de ideologías políticas.

---

<sup>9</sup> El video puede encontrarse aquí: [http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v\\_vernengo\\_01.php](http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_vernengo_01.php). Visto por última vez el 1 de enero de 2023.

Además, se refiere a las lógicas jurídicas y cita a Hume: “no puedo pasar del enunciado de un hecho a algo que me obligue a hacer alguna cosa”. Una frase repetida innumerables veces, pero que ahora adquiere una nueva luz. Afortunadamente vuelve a Savigny, y al escepticismo que provocaron las disputas jurídicas. Entonces aparece la mención a una carta de Marx a su padre y así, nuevamente, uno se vuelve a sentir descolocado.

Para que uno vuelva a asentar los talones y, probablemente, la cola en la silla, Vernengo nos cuenta que, tal vez, la Corte Suprema exageró al afirmar que las formas lógicas tienen que ver con la Constitución, y que lo importante es saber cuáles son esas formas lógicas, porque, claro, el tema se agiganta con las computadoras. Por eso, ahora hace referencia a los sistemas expertos jurídicos<sup>10</sup>.

Luego, se refiere a otro sistema que usan los juristas para sus estructuras lógicas, las pautas morales. Se pregunta, “¿cuáles son las pautas lógicas que se aplican a las normas morales?”. Y vuelve a Kelsen y von Wright, y nos volvemos a sentar. Las normas, afirma, hablan de prohibiciones, derechos y obligaciones. Pero algunas normas ni obligan, ni otorgan derechos, ni prohíben; son acciones libres, y la libertad es todo un tema en el pensamiento humano. A su vez, una estructura lógica nos permite saber cuándo una norma deriva de otra. A pesar de ello, hay muchas normas y puede haber varias derivaciones y, en definitiva, no hay previsibilidad. Entonces, finaliza el video y nos preguntamos “pero, entonces... ¿Cuál es la solución? ¿Por qué termina así?”. En unos minutos Vernengo nos presentó los instrumentos; somos nosotros, ahora, los que debemos encontrar la solución. Así era Vernengo.

Se ocupó profusamente de la relación entre moral y derecho. Tanto es así que, incluso, le dedicó un artículo específico (Vernengo, 2016). Roberto señala, con razón, que se ha querido siempre desvincular ambos códigos, pero que los esfuerzos fueron vanos. La moral y el derecho se entrecruzan y se influyen mutuamente. Más que las especulaciones típicamente filosóficas, a Vernengo le interesó desarrollar un examen analítico que permita confrontar las estructuras lógicas y lingüísticas del discurso moral y del discurso jurídico, relativos a cada uno de esos códigos prescriptivos, con el fin de determinar la relación que existe entre ambos. En este sentido, sostuvo:

---

<sup>10</sup> Conocía bien el sistema experto SRL (Sistema de Razonamiento Jurídico) que hicimos con Carlos Alchourron en 1992, pues lo vio, probó y criticó en Florencia.

“El sujeto moral requiere del reconocimiento de su independencia, de su autonomía plena frente a toda injerencia reguladora impuesta por alguna autoridad externa, fuera ella el brazo secular del estado o el poder espiritual de alguna iglesia” (Vernengo, 2006, p. 221).

Obviamente, a las iglesias esto no les gusta ni conviene. El liberalismo aceptó esa distinción entre la moral pública, que pertenece al Estado, y la moral religiosa, que pertenece a las iglesias. Pero cada vez que aparecieron problemas serios se volvió a invocar el predominio de las segundas. Por eso, Vernengo continúa diciendo:

“El derecho producido por los órganos estatales, aunque se trate de representantes del pueblo (vale decir: por personas cuyas actividades son atribuidas al pueblo soberano), carece de validez *per se*. Toda norma de derecho positivo, para pretender validez y legitimidad suficientes, tiene que poder justificarse en la conciencia moral de los individuos. Pero, ¿cómo lograr que esas conciencias morales subjetivas puedan constituirse en el canon objetivo de la crítica del derecho? ¿Acaso el conocimiento científico moderno, que busca en alguna verificación empírica la garantía de su validez, puede admitir el recurso a una conciencia no empírica, una conciencia trascendental, como la propuesta por Kant como fundamento de una moral suficiente para emprender la crítica del derecho, del estado y de la política?” (Vernengo, 2006, pp. 223 y 224).

Por supuesto, se puede juzgar como inmoral un régimen sanguinario como el nazismo o uno autoritario como el de China. Sin embargo:

“(…) cabe apuntar, no es posible, en principio, pretender que la relación de fundamentación que se postula, sea entre norma y norma, o entre conjunto normativo y conjunto normativo, posea idénticas características, sin correr el riesgo de conocidas dificultades lógicas. Si nos atenemos al primer tipo de relación —la relación uno a uno entre norma moral y norma jurídica—, parece claro que es falso que siempre exista posibilidad de fundar la prescripción jurídica en una equivalente moral” (Vernengo, 2006, p. 224).

También aborda el viejo problema del derecho natural, esto es, la idea de que una norma que no esté basada en una norma moral no sería válida. Vernengo invalida también la tesis más débil —y más contemporánea— que establece que las normas jurídicas, no individualmente sino en su conjunto, deben tener algún tipo de apoyo moral. Así, sostiene:

“La caracterización de las razones justificatorias (esto es: fundantes) como cosas valiosas, como valores o como bienes, lleva nuevamente a una problemática que, desde que la filosofía entra a admitir entidades axiológicas, valores, ha sido muy transitada. Me refiero al tema de las relaciones entre enunciados axiológicos y normas. Frente a la tesis exage-

rada de que, a nivel semántico, juicios de valor y normas de idéntico contenido son equivalentes, pareciera predominar la constatación de que, aún al nivel de los lenguajes naturales en que estos análisis se mueven, las estructuras sintácticas (i.e.: lógicas) del lenguaje declarativo axiológico no coinciden con las de un discurso normativo en su uso prescriptivo primario” (Vernengo, 2006, p. 224).

Vernengo culmina afirmando que el hecho de sostener algún grupo de normas con valores axiológicos forma parte de un criterio pragmático que está de moda en nuestros días. Sin embargo, esos valores axiológicos no necesariamente tienen que ser morales.

Asimismo, trata con detenimiento la propuesta que L. Z. Puga y Newton C. A. da Costa desplegaron en *“Logic with Deontic and Legal Modalities: Preliminary Account”* (Puga & Newton da Costa, 1987)<sup>11</sup>. Esta nueva lógica propuesta constituye, a partir de sus axiomas, un conjunto de patrones (estándares) ideales para sistemas que comprenden nociones deónticas y jurídicas, sin ser un conjunto de principios que reflejan lo que sucede. Esta lógica está basada en dos axiomas acerca de las relaciones centrales entre conceptos jurídicos y morales: 1)  $Olp$  implica materialmente a  $Omp$  (lo que es jurídicamente obligatorio es moralmente obligatorio) y 2)  $Omp$  implica  $Plp$  (lo que es moralmente obligatorio está jurídicamente permitido). Según Vernengo, estos axiomas comportan situaciones contra-intuitivas, dado que es un teorema demostrable que todo lo que es jurídicamente facultativo (esto es, algo que no es obligatorio hacer ni omitir) es también moralmente facultativo o indiferente. Por eso, prosigue:

“El problema deriva, pues, de que los axiomas propuestos, para expresar las relaciones esenciales entre las modalidades morales y jurídicas —sobre todo el axioma que declara en relación de subalternación a las obligaciones legales ( $OI$ ) frente a las morales ( $Om$ )—, lleva a conclusiones insatisfactorias. El segundo axioma mencionado, en cambio, parece bastante inofensivo, pues algo sería inaceptable, en la moral que sustentamos, si lo que es moralmente obligatorio no estuviera jurídicamente permitido. Pero cabe, con todo, pensar situaciones límites o catastróficas en que la validez intuitiva del axioma podría ser puesta en duda: el caso del mártir que considera obligación suya moral ofrendar su vida, aun cuando el sistema jurídico prohíba el suicidio” (Vernengo, 2006, p. 231).

---

<sup>11</sup> Newton da Costa es un compadre de aventuras lógicas de Vernengo, sobre todo en materia de lógicas paraconsistentes. Debo confesar que cuando le pregunté a Georg H. von Wright dónde leer sobre lógicas paraconsistentes me recomendó a Newton da Costa.



Como ya mencioné anteriormente, el problema de la relación entre moral y derecho lo ocupó en varios trabajos y siempre estuvo atento a las novedades que ofrecía el pensamiento internacional. Así, por ejemplo, también abordó el tema de la legitimidad, entendida a la manera de Max Weber, que supone la idea, más fuerte y distinta de la legalidad, de la obligación moral de los súbditos de obedecer las normas dictadas por una autoridad estatal. En general, los autores han visto el tema de la legitimidad como una cuestión que atañe a la fundamentación moral de las normas jurídicas.<sup>12</sup> En un texto de 1992, Vernengo se sirve de un artículo en ese momento muy popular de Jürgen Habermas, publicado en 1987, para plantear el problema. Vernengo sostiene que es un lugar común reconocer como legítima a la autoridad creada conforme a la regla de reconocimiento vigente. Claro que esa legitimidad es axiológicamente neutra; para darle contenido axiológico hay que recurrir a ideologías. En este sentido, afirma:

“Estos criterios suelen considerarse los propios de la legitimidad del sistema normativo en cuestión, y dado que sus pautas no pueden coincidir con las normas jurídicas objetivas, se los suele identificar con principios morales. Así, distinguiríamos la validez formal de un derecho positivo, garantizada por su forma reglada de producción y aplicación — esto es, por su legalidad—, de su validez material o valorativa resultante de un juicio moral sobre los contenidos y funcionamiento de las normas jurídicas” (Vernengo, 1992, p. 268).

La validez se reconoce por la aplicación sintáctica de normas de identificación y de un concepto que Kelsen llama *Wirksamkeit*, que se puede traducir como operatividad, eficacia o vigencia. Por eso:

“Quienes consideran interesante la noción de validez normativa apuntan, sin embargo, que de no tomársela en cuenta se pasaría por alto un rasgo esencial del derecho y quedaría sin explicación suficiente el deber no jurídico, esto es, moral, de acatar el derecho. Por ende, se postula que las normas del derecho positivo requieren de un fundamento moral, esto es, de normas morales que les otorguen validez axiológica. Las normas jurídicas tendrían, se suele decir, una validez relativa en cuanto pertenecientes a un orden positivo y una validez absoluta en cuanto intrínsecamente valiosas en el plano moral” (Vernengo, 1992, p. 269).

---

<sup>12</sup> Estoy haciendo historia de las ideas y reconstruyéndolas en el contexto de la actividad intelectual de Vernengo. Personalmente, me es difícil aceptar esto pues, cuando se habla de legitimidad, pienso en el concepto de nación que se ha desarrollado en las ciencias políticas y que tiene que ver con el ejercicio del poder y el consenso y coincidencias con los valores dominantes más de carácter social y no solamente éticos.



El tema ilustra toda la ética prescriptiva. En Kant, por ejemplo, una regla es moralmente obligatoria cuando obedece a un deber reglado, pero es más por la dignidad del acto cumplido que por el valor intrínseco de lo que prescribe. Pero:

“Esta forma de pensar, que hace en rigor de la moral parte del derecho, no sirve para la crítica de un sistema político en su totalidad, donde se considera inmoral al sistema todo, sin perjuicio de que muchas de las normas que lo componen no merezcan reparo moral alguno. Es el régimen nazi o totalitario *in toto* lo que suponemos ilegítimo, por inmoral, sin perjuicio de que admitamos la validez legal de muchos de los actos jurídicos, legislativos u otros cumplidos bajo tales regímenes nefandos” (Vernengo, 1992, p. 270).

Sobre la relación entre derecho y lógica también se ocupó en varios artículos. Pero el artículo que me parece más representativo es aquel en que lleva justamente ese nombre (Vernengo, 1987). Allí, hace una revisión de los principales hitos de la relación entre lógica y derecho, incluyendo el Congreso de Helsinki de la IVR de 1983 que dio lugar a la edición de un libro publicado en 1985 dedicado a este tema y que Vernengo prologó. En el artículo propone lo siguiente:

“1) poner alguna claridad en los términos mismos de la disputa: ¿qué ha de entenderse por «lógica» cuando se dice que el derecho tiene una lógica propia, o cuando se sostiene que las normas jurídicas son «alógicas»?; 2) establecer cuáles son los resultados alcanzados después de tres décadas de investigaciones en lógicas normativas; 3) ¿qué perspectivas ofrecen esos resultados para la teoría jurídica y la práctica del derecho? Estas páginas pretenden ser solamente un ensayo provisorio, y, por tanto, esencialmente incompleto, perversamente fragmentario e involuntariamente distorsionado, sobre el estado actual de la cuestión: derecho y lógica” (Vernengo, 1987, p. 304).

Relata que entre la noción de lógica de Kelsen y las lógicas contemporáneas de final de siglo hay notables diferencias y traza un análisis profundo de algunas posturas en nuestro país, empezando por Carlos Cossio, quien obviamente fue el autor más influyente hasta los años cincuenta. Cossio sostiene que la lógica de la Teoría Pura es la lógica formal del derecho. Pero, aclara Vernengo:

“Para llevar a cabo tamaña interpretación (rechazado desde un principio por el propio Kelsen), Cossio se vio obligado a distinguir una Teoría Pura *stricto sensu*, de una Teoría Pura *lato sensu*. La primera habría descubierto una nueva «cópula» lógica, el famoso deber-ser kelseniano; habría investigado la estructura de la norma jurídica como juicio; habría estudiado conjuntos normativos en la teoría del ordenamiento jurídico, y, por fin, habría disuelto, a partir «de la normatividad extendida como un puro deber ser lógico»,

los tradicionales dualismos —derecho público/derecho privado, estado/derecho, derecho estatal/derecho internacional, etc. — en que incurría confusamente la ciencia tradicional del derecho (Vernengo, 1987, p. 305)".

Así, en la teoría egológica, Cossío ve la lógica del derecho como una lógica trascendental. Sostiene Cossío:

"La lógica jurídica es -bajo la idea egológica- (...) de que la Teoría Pura del Derecho es lógica jurídica formal (...) en (su) concepción de la pirámide jurídica-una lógica de la individuación, precisamente porque aplicar el derecho, como significación, significa crear el derecho y viceversa; "aplicar" no significa aquí tomar un objeto independiente (...); "aplicar" significa concretar; y en cuanto que la concreción total está en lo individual, esta lógica se presenta como una lógica de la individuación porque en lo individual concluye la serie de las concreciones posibles" (Cossío, 1964, pp. 108 y 109).

Y concluye:

"La lógica jurídica es así una lógica de la individuación, no una lógica de la integración, como podría ser la de la historia, ni de la tautología, como la de la matemática, ni de la generalización, como la de la naturaleza" (Cossío, 1964, pp. 108 y 109).

Posteriormente, Cossío pasa a una lógica eidética formal constitutiva de la estructura racional de los datos ontológicos a la manera de Husserl, subordinada a los datos de una eidética material racional del derecho. Lástima, dice Vernengo, que esto no coincide con los textos husserlianos. Cossío vuelve después con más elementos sobre su lógica sin aportar nada novedoso y, según Vernengo, incurre además en graves malas interpretaciones del pensamiento de von Wright.<sup>13</sup>

Cabe agregar que resulta muy interesante lo que escribe sobre Kelsen y la Escuela de Viena, que parecen haber sido conocidos por el propio Kelsen:

"Este, sin embargo, rechaza decididamente las pretendidas interpretaciones logicistas de la Teoría Pura que, antes de 1950, propusieran H. Heller o C. Cossío. Ello conduce a Kelsen, a veces, a un vocabulario hoy inaceptable: en el prólogo a la segunda edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (publicado en 1923), por ejemplo, Kelsen subraya que la distinción entre el acto psicológico de voluntad y el *Sollen* de la norma, ya presentado en 1911, en la primera edición de esa obra, «aparece como una contraposición entre la teoría pura jurídica y la especulación psicológico-sociológica, en forma paralela a la

<sup>13</sup> Fue muy interesante verlos polemizar a Cossío y Vernengo en el congreso de la Universidad de Belgrano de los años setenta anteriormente citado, no solo por las sutilezas filosóficas que esgrimían, sino sobre todo de los tonos y sus formas de argumentar: Vernengo era apasionado, directo y fogoso, mientras Cossío era frío, lento e interminable; Vernengo le decía "Carlos" y Cossío "Sr. Profesor..."

oposición general entre logicismo y psicologismo, tal como Husserl lo expuso en su forma clásica en las *Logische Untersuchungen*. Aún en la versión definitiva de la *Reine Rechtslehre*, la lógica, vista siempre a través de las gafas de Lotze y Sigwart, es disciplina que sólo indirectamente pueden decirse aplicables a las normas jurídicas; sólo las *Rechtssätze* (proposiciones) de la ciencia jurídica se atienen a esas leyes lógicas, que Kelsen al parecer reduce a las formas inferenciales clásicas. Así como las normas jurídicas —que expresan el sentido de actos de voluntad— carecen de verdad o falsedad y, por ende, no son susceptibles de operaciones lógicas extensionales, el discurso de la ciencia jurídica, al parecer, se atiene a los cánones lógicos tradicionales, sin que se admita una lógica normativa específica. Este tema es puesto claramente sobre el tapete en el ensayo *Recht und Logik* así como en la *Allgemeine Theorie der Normen*, que aparece póstumamente en 1981” (Vernengo, 1987, 305).

En ese mismo artículo Vernengo liquida a las posturas marxistas con una frase tajante que recibió críticas: así como no existe una teoría marxista del derecho, tampoco originaron lógicas jurídicas de inspiración dialéctica. Es su estilo claro, directo y brutal. Obviamente provoca reacciones, pero que yo sepa nadie se dedicó a demostrar, con ejemplos, que se equivocaba.

Y con respecto a las muchas cuestiones que surgen de esta relación lógica derecho, Vernengo dedica algo de espacio a una infaltable:

“Por cierto que las lógicas contemporáneas han sistematizado y catalogado múltiples modalidades de inferencias, válidas bajo ciertos presupuestos y para ciertos dominios. La propiedad característica «verdad» ha sido definida de variadas maneras. En rigor, la lógica es ajena al problema de esa definición. Le basta asumir, por ejemplo, en la lógica clásica bivalente, que ningún enunciado es verdadero y falso, y que ningún enunciado no es ni verdadero ni falso (estos presupuestos se alteran si pasamos a lógicas polivalentes). La propiedad característica se predica, en las interpretaciones tradicionales, de expresiones lingüísticas o de las proposiciones que ellas expresan. No interesa, para un cálculo lógico formal, los criterios de verdad material de los enunciados o proposiciones ni, por consiguiente, los rasgos referenciales de esos objetos” (Vernengo, 1987, p. 309)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Una referencia personal: cuando apareció el artículo que escribimos con Carlos E. Alchourrón *Lógica sin verdad*, en 1988, hubo muchas reacciones críticas, entre ellas la de Georg H. von Wright en su trabajo *Logic without true?*, de 1991. Al año siguiente fui a escuchar a Vernengo a Génova y luego de muchas respuestas a las preguntas que le formularon, me vio en el público y me dijo “veo que te has quedado para saber qué opino sobre lógica sin verdad. Te lo digo en privado”. Y me confesó que teníamos toda la razón del mundo y que ya había dos autores que se han pronunciado a favor: Miro Quesada y Bunge. Enseguida me puso en contacto con ellos.

Vernengo fue de los pocos que entendieron rápidamente la importancia de cambiar la lógica de la dimensión semántica, donde la había colocado Aristóteles, a una dimensión sintáctica. Desde el punto de vista sintáctico, los enunciados lógicos se parecen mucho a los programas de computación que permitieron incursionar en soluciones automatizadas de los problemas lógicos y, por lo tanto, permitieron rápidamente usar programas informáticos para realizar más velozmente y con mayor precisión cálculos lógicos, inclusive razonamientos jurídicos completos. En este sentido, dice Vernengo:

“Los procesos automáticos para decisiones jurídicas requieren no sólo de lógicas decidibles, sino de procedimientos que permitan el análisis automático de los sistemas normativos. Castañeda ya analizó en 1980 las posibilidades de la lógica deóntica como instrumento para el análisis de instituciones; las perspectivas hoy sobre las posibilidades de la lógica en el análisis de sistemas jurídicos y en la toma de decisiones, puede verse en el informe de Martino (Martino, 1985). Una aplicación práctica de esa propuesta puede verse en el informe publicado en 1983 por el Instituto per la documentazione giuridica y en su actualización. Este último documento —Base della conoscenza nell'analisi automatica della legislazione—, así como trabajos similares producidos en Francia, Noruega, Holanda, Inglaterra, USA, España y Argentina (según la información de que dispongo), prueban prácticamente cuáles son las aplicaciones de la lógica en el derecho” (Vernengo, 1987, p. 323).

Fuimos aún más lejos e hicimos sistemas expertos (SLR) (Alchourrón et. al, 1992). Un día Vernengo vino a verlo a la Facultad de Ciencias Políticas de Pisa donde yo enseñaba. Allí estaban presentes, además, Carlos Alchourrón, Stefano Cerri, el teórico informático, y Daniela Sant'Angelo, quien lo había llevado a cabo en la parte final. Obviamente, era un prototipo y tenía una cadena hacia atrás, que daba razones de cualquier pregunta jurídica, y una cadena hacia adelante, que, si se le daban datos factuales, podía calcular las consecuencias jurídicas. Cada uno hacía preguntas conforme a su especialización y el SRL respondía satisfactoriamente. Hasta que Alchourrón le pidió a Sant'Angelo que le proponga sólo un *modus ponens* sin otros datos. Sant'Angelo y Cerri, sonriendo, hicieron notar que un sistema informático requiere datos para funcionar. Alchourrón y Vernengo objetaron que si el sistema estuviera bien hecho, entonces debía reconocer la fórmula y hacer el razonamiento de la implicación. Se armó una batahola infernal; los bedeles me hacían saber que en minutos cerraban la facultad. Entonces reparé que era un momento intere-

sante en la historia porque, en vez de tanta discusión teórica, podíamos accionar la máquina y ver qué sucedía. Daniela hizo la pregunta y SRL correctamente desarrolló la implicación. La pobre Daniela, que no sospechaba que el sistema pudiese hacerlo, gritó “¡Guau!”.

### III. La entrevista de Ricardo Guibourg

Ricardo Guibourg le hizo una entrevista que comienza de una manera desopilante con la pregunta “¿qué es filosofía?”. Vernengo contesta:

“Algunas quedan excluidas: una actividad puramente física, como una práctica deportiva, difícilmente pareciera tener algo que ver con la filosofía. Pero las acciones del amor o las atrocidades de una guerra exhiben a veces rasgos que nos llevan a pensar y, por ende, a filosofar en algún sentido. Por otra parte, cada cual, en el transcurso de su vida, piensa sobre muchas cosas; muchas de ellas nos parecen hoy, aunque no ayer, filosóficamente irrelevantes” (Guibourg, 1996, p. 437).

Allí revela que siempre le interesó la música a punto tal que pensó ser compositor.<sup>15</sup> Nos enteramos también que tuvo en el colegio secundario de profesores a Carlos Astrada y Vicente Fatone, el primero discípulo de Heidegger, el segundo de Whitehead.

A la inteligente tercera pregunta de Guibourg, referida a cómo describiría cuál es el meollo de su obra, Vernengo ofrece una respuesta que constituye un resumen pleno de su figura intelectual:

“Creo —aunque seguramente estoy equivocado y, quizás mañana yo mismo sostenga algo distinto— que mi preocupación central, en el terreno de la filosofía del Derecho y de la filosofía *tout court*, es el asunto de la racionalidad y de su núcleo tradicional: la razón. Al fin y al cabo, he creído y sigo creyendo que un campo objetivo, como el Derecho, es susceptible de ser conocido científicamente, fuera de que, en la realidad histórica, mucho de lo que se nos ofrece como ciencia jurídica sea desdeñable para la mirada analítica del filósofo. Y la ciencia implica, como construcción conceptual consistente, algún módulo lógico explícito, y como práctica social, ciertas pautas compartidas de racionalidad” (Guibourg, 1996, p. 446),

Agrega luego:

---

<sup>15</sup> Esta es una coincidencia extraordinaria con Carlos E. Alchourrón, quien terminó todos sus estudios de composición musical y dirección, y luego descubrió no tener talento para componer música, pero sí razonamientos lógicos que son tan sintácticos como la escritura musical.

“(…) me interesaron dos cosas: por un lado, las estructuras lógico-lingüísticas que subyacen al pensamiento teórico de los juristas, y, por el otro, los criterios de decisión y las estructuras preferenciales que dan sentido a los procesos de interpretación y aplicación del Derecho. Vale decir: de su producción o creación social” (Guibourg, 1996, p. 448).

A la pregunta sobre normas morales espeta:

“En cuanto a mis propias actitudes morales, creo que se fundarían en las creencias, preferencias y, ¿por qué no?, gustos y deseos que cultivo. Los mismos me han sido inculcados y, a lo largo de mi vida, los he ido modificando. No me parece que las actitudes morales mías, en lo que hace a la vida cotidiana e, inclusive a esa vida artificial que denominamos vida académica, difieran grandemente de las actitudes corrientes en personas de mi edad y formación en los países de civilización europea. Ignoro si comparto tales preferencias y creencias con hombres con los cuales no he tenido comunicación, sean caníbales del Amazonas, muslims del Irán o sintoístas fervientes en el Japón” (Guibourg, 1996, p. 456).

Y cuando llega el momento de hablar de política, dice:

“Ciertamente que la preferencia por un régimen democrático no se demuestra deductivamente. En rigor, ninguna preferencia se demuestra, sino que se la padece, admite, consciente, recibe, etc. Se hace difícil, sin embargo, sostener que la preferencia por la democracia resulte de algún tipo de experiencia intuitiva, aunque, sin duda, la experiencia vital de cada uno ha sido un factor de peso en las preferencias políticas que luego se van manifestando. Además vivimos en una época en que ciertas palabras, que podrían admitir definiciones más rigurosas, están revestidas de una carga emocional tan grave que es casi imposible discutir al respecto con alguna neutralidad” (Guibourg, 1996, p. 457).

Cuando decidimos homenajear a Mario Bunge en su cumpleaños número 100, escribimos un volumen que compilé (Martino, 2019). Los once autores que redactamos el libro dudamos sobre el título. Finalmente prevaleció “El último ilustrado”. La razón se expresa en la contratapa: “Bunge se ha ocupado de todos los temas de la filosofía y de la ciencia que permite la sistémica, es decir, casi todas. Abarca todo el saber”. En el caso de Verengo, tal vez haya que limitar ese juicio a la ciencia y la teoría jurídica, pero vale el mismo principio: difícilmente, aunque espero equivocarme, tendremos en el futuro personalidades con conocimientos tan vastos, lectura de los clásicos tan meditadas, desarrollos de temas tan profundos y personalidades tan capaces de suscitar tantas emociones con el simple desarrollo del conocimiento y su influencia en la vida humana.

**Bibliografía:**

- AUSTIN, John (1962). *How to Do Things with Words?* Oxford: Oxford University Press.
- ALCHOURRÓN, Carlos, et. Al (1992). "System of Legal Reasoning". En: Martino, Antonio. *Expert System in Law*, London.
- BOBBIO, Norberto (1950). "Scienza del diritto e analisi del linguaggio". En VV.AA., *Saggi di critica delle scienze*. Torino: Silva.
- CARRIÓ, Genaro (1965). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- COSSIO, Carlos (1964). *La teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- GUIBOURG, Ricardo (1996). "Entrevista a Roberto J. Vernengo". *Doxa: Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (19), pp. 437-458.
- HABERMAS, Jürgen (1987). „Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?“. *Kritische Justiz*, pp. 1-16.
- MARTINO, Antonio (1985). "Trends in the application of logic to the automated analysis of legislation", en: *Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität (Rechtstheorie)*. Berlin: Duncker und Humblot.
- (2019) *El último ilustrado*. Buenos Aires: Eudeba.
- PUGA, Leila & DA COSTA, Newton (1987). "Logic with deontic and legal modalities, preliminary account". *Bulletin of the Section of Logic* 16 (2), pp. 71-75.
- SEARLE, John (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- VERNENGO, Roberto (1984). "Roberto J. Vernengo". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1, pp. 253-255.
- (1986). "Réplica a la respuesta de M. Atienza". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3, pp. 313-314.
- (1987). "Derecho y lógica: un balance provisorio". *Anuario de filosofía del derecho*, 4, pp. 303-333.
- (1988). *Curso de teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Depalma.
- (1992). "Legalidad y legitimidad, los fundamentos morales del derecho". *Revista de estudios políticos*, 77, pp. 267-284.
- (1996a). "El discurso del derecho y del lenguaje normativo", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 4, pp. 87-95.
- (1996b). "Carlos E. Alchourrón (1931-1996)". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, pp. 21-29.
- (2016). "Moral y derechos: sus relaciones lógicas". *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 50 pp. 221-232.
- VON WRIGHT, George (1951). "Deontic Logic". *Mind*.



## El debate Vernengo-Atienza revisitado. Sobre el estatus epistemológico de los estudios dogmáticos

The Vernengo-Atienza Debate Revisited. On the Epistemological Status of Legal-Dogmatic Studies

Por Claudina Orunesu

**Resumen:** En 1986, en las páginas de la Revista *Doxa*, Roberto Vernengo y Manuel Atienza protagonizaron un enriquecedor debate acerca de si es posible considerar a los estudios que lleva adelante la dogmática jurídica como una ciencia del derecho o si, en cambio, sólo pueden aspirar a ser considerados una técnica. A partir de la exploración de las principales tesis y argumentos expuestos en este intercambio, se identificarán los presupuestos y las nociones de racionalidad involucrados a fin de establecer las notas relevantes que, en materia de una mejor comprensión de la tarea dogmática, una u otra opción favorece.

**Palabras claves:** Ciencia del derecho; dogmática jurídica; técnica; racionalidad.

**Abstract:** In 1986, in the pages of the journal *Doxa*, Roberto Vernengo and Manuel Atienza were involved in an enriching debate about whether it is possible to consider the studies conducted by legal dogmatics as a science or if, instead, they can only aspire to be regarded as a technique. By exploring the main theses and arguments presented in this exchange, it will be identified the presuppositions and conceptions of rationality involved in order to establish the relevant features that, concerning a better understanding of legal-dogmatics task, favor one option or the other.

**Keywords:** Legal Science; Legal Dogmatics; Technique; Rationality.

Fecha de Recepción: 02/08/2023

Fecha de Aceptación: 06/12/2023





## El debate Vernengo-Atienza revisitado. Sobre el estatus epistemológico de los estudios dogmáticos\*

Por Claudina Orunesu\*\*

### I. La dogmática jurídica

El fenómeno jurídico, es objeto de pluralidad de saberes, tales como la filosofía del derecho, la teoría general del derecho, la sociología jurídica, la lógica de normas, por mencionar algunos. Pero, de entre ellos, la teorización que ofrece mayores dificultades en términos de reconstruir o determinar sus características, alcances y propósitos (en otras palabras, su estatus epistemológico) es el saber de los juristas cuyo objeto de estudio es el derecho vigente, y que habitualmente se conoce como “dogmática jurídica”<sup>1</sup>.

Los estudios dogmáticos son el resultado de diversas tareas y objetivos que Carlos Nino sintetizaba en las siguientes:

“comentan y explican el alcance de las leyes y las decisiones judiciales, preparan o sugieren reformas legales, dan cuenta de la evolución histórica de cierta institución jurídica, explican el contexto socioeconómico de cierta regulación y sus consecuencias en el plano social, elaboran y discuten construcciones que llaman teorías y que se encuentran en un cierto nivel de abstracción respecto de los preceptos de un orden jurídico en particular, proponen distinciones conceptuales destinadas a esclarecer la comprensión de los fenómenos jurídicos en general y a facilitar el manejo de cierto material jurídico particular, encaran discusiones de filosofía política y moral relevantes para justificar instituciones jurídicas, etc.” (Nino, 1993, p. 72)<sup>2</sup>.

En otras palabras, la dogmática jurídica cumple una función cognoscitiva que se expresa en la descripción y sistematización del material jurídico, pero no se limita a ella ya que se asume que entre sus tareas se encuentra construir teorías y ofrecer herramientas

---

\* Agradezco a quienes participaron del “Seminario en homenaje a Roberto Vernengo” que se realizó en el Instituto de Investigaciones A. L. Gioja en noviembre de 2022 y a un árbitro anónimo sus valiosos comentarios y sugerencias a una versión preliminar del presente.

\*\* Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). ORCID: 0009-0003-5542-6498. Correo electrónico: corunesu@fibertel.com.ar

<sup>1</sup> Para un análisis sobre la denominación de este saber cómo “dogmática jurídica” véase (Calsamiglia, 1982, pp. 247-250).

<sup>2</sup> En el mismo sentido véase Peczenik, 2000, p. 274.

para que jueces, legisladores y abogados puedan desarrollar sus tareas, y ello involucra a menudo una práctica de índole prescriptiva que busca influir las actividades de estos operadores. De ahí el escepticismo (o, al menos, la cautela) respecto de la posibilidad de considerar a la práctica de los juristas, a la “doctrina”, como un estudio de naturaleza científica, debido a que no se limita a describir el derecho, a formular proposiciones verdaderas sobre el derecho vigente, sino que también despliega muchas otras tareas que tienen claras connotaciones evaluativas o normativas (Nino, 1993; Casalmiglia, 1982; Peczenik, 2000 y 2001).

Es en ese contexto que Manuel Atienza, en 1985, en su libro *Introducción al derecho* (1985, cap. 4), sostuvo que el conocimiento acerca del derecho no puede ser un conocimiento con posibilidades de ser científico, sino que debe ser entendido esencialmente como una técnica social. En 1986, en su artículo *Ciencia jurídica o técnica política. ¿Es posible una ciencia del derecho?* (1986a) publicado por la revista *Doxa*, Roberto Vernengo objetó esta posición y dio lugar a un interesante debate con el profesor español quien, aún hoy y tras refinar algunos argumentos, sostiene que el estudio dogmático debe ser entendido a lo sumo como una “tecno-praxis” (Atienza, 2017).

A partir de la exploración de las principales tesis y argumentos expuestos en este intercambio, se identificarán los presupuestos y las nociones de racionalidad involucrados a fin de establecer las notas relevantes que, en materia de una mejor comprensión de la tarea dogmática, una u otra opción favorece. Ello permitirá reevaluar la relevancia actual de la pregunta que el profesor Vernengo entonces formulara y establecer qué aspectos deberían privilegiarse para su respuesta.

## II. La dogmática jurídica como técnica

Para Atienza, las tareas de la dogmática, más allá de su heterogeneidad, tendrían un denominador común: su finalidad práctica. Ello les imprimiría el carácter de una técnica social de carácter complejo, que impide asimilarla o encuadrarla bajo los parámetros tradicionales de racionalidad científica tanto de las ciencias naturales como de las ciencias

humanas (Atienza, 1985, p. 252 y 1986)<sup>3</sup>. Es más, a su entender, todo intento de hablar de su tarea en términos de cientificidad constituiría un planteo equivocado que busca apropiarse del significado emotivo favorable del término “ciencia”.

Estas características, a entender de Atienza, conducen al rechazo del carácter científico de los estudios dogmáticos. Y ello porque su objetivo no es conocer, sino “conocer para actuar, para permitir la realización y evolución del derecho positivo” (Atienza, 1985, p. 249). Por ello la dogmática sería una técnica y “no puede dejar de serlo” (Atienza, 1985, p. 250). No tendría sentido plantearse si la actividad puede ser una ciencia, sino que lo relevante sería cómo la dogmática, en cuanto técnica, puede servirse del saber científico de otras disciplinas (Atienza, 1985, p. 254.).

Según el profesor español, podría trazarse un paralelo entre la dogmática como técnica y algunas de las características que Mario Bunge predicaba en ese entonces de las tecnologías<sup>4</sup>. Así, en la dogmática habría un predominio de una concepción pragmática del saber, los problemas de la dogmática serían principalmente de tipo práctico, y también lo serían sus objetivos, el método de la dogmática sería asimilable al método tecnológico que parte de un problema práctico, y donde los juicios de valor, morales y políticos tendrían un papel relevante (Atienza 1986 y 2017, p. 178).

En los últimos años, como parte de una cosmovisión más general denominada “post positivismo” (que parte del presupuesto de que en los estados constitucionales es un hecho innegable el que la moral forma parte del derecho), Atienza ha sostenido que la distinción entre describir y valorar perdería parte de su sentido. El jurista, sería un participante de la práctica y estaría comprometido a mejorarla, ofreciendo por ejemplo herramientas para lo que se considera una tarea esencial del jurista en un Estado constitucional: “la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales” (Atienza 2014, p. 13). Para Atienza, la teoría jurídica debe “hacer avanzar la práctica” y eso no sería posible sin asumir sus valores, el punto de vista interno y normativo (Atienza, 2016, p. 37).

---

<sup>3</sup> En Atienza (1985) se dedican varias páginas a describir los parámetros de cientificidad de diferentes dominios del conocimiento, para concluir, que lo que se entiende por ciencia jurídica “es sobre todo y quizá solamente una técnica” (Atienza, 1985, p. 250).

<sup>4</sup> En especial en Bunge (1985). Allí se destacaba que el tecnólogo es básicamente un pragmatista; “no se interesa tanto en las cosas en sí como por las cosas para nosotros”. La tecnología sería una tarea orientada a una meta práctica y a diferencia de la ciencia, incorpora juicios evaluativos a la luz de las metas y objetivos que se persiguen (Bunge 1985, cap. 3).

Desde ese enfoque, Atienza refinó su tesis original. La particularidad que tendría la dogmática jurídica en tanto técnica estaría dada porque sus estudios no sólo deben ocuparse de establecer cuál es el medio adecuado para alcanzar un fin, sino también que frente la posibilidad de que existan desacuerdos acerca de los fines o valores que deben alcanzarse, sus análisis deberían adentrarse no ya en una racionalidad de tipo instrumental, sino de naturaleza práctica (Atienza, 2017, p. 189). En la visión actual de Atienza las propuestas de solución dogmática para resolver problemas no solo deben incorporar aspectos de naturaleza técnica (por ejemplo, evitar defectos lógicos) sino también axiológicos, en términos de qué valores se sirven a partir de los criterios sugeridos (Atienza 2017, p. 190). Por ello concluye que la consideración de ese componente moral importa entender a la dogmática como una tecno-praxis, un híbrido entre la técnica entendida en sentido práctico y la filosofía práctica, concepción que sería incompatible con una concepción positivista del derecho.

### III. Racionalidad científica y estudios dogmáticos

Para Vernengo, en la cultura occidental, la racionalidad está inescindiblemente unida a la ciencia (Vernengo, 1984, pp. 61 y ss.)<sup>5</sup>. Si ésta última es entendida como un conjunto de enunciados con pretensión de verdad, aceptados por la comunidad especializada, entonces la razón misma debe ser encontrada fundamentalmente en el discurso científico. Incluso, de acuerdo con Vernengo, el criterio último de racionalidad está dado por la ciencia: “el paradigma<sup>6</sup> de ciencia normal constituye, en cada momento histórico, un criterio fundamental de racionalidad: la razón se expresa en cada época histórica en el

---

<sup>5</sup> Ver también Vernengo (1975 y 1977).

<sup>6</sup> La noción de paradigma es tomada de Kuhn (1962/1970), aunque cabe aclarar que el término no tiene en esa obra un significado unívoco. Más tarde, Kuhn hizo esfuerzos por precisar el concepto y diferenció entre el paradigma como sinónimo de matriz disciplinar, esto es, el conjunto de teorías, métodos, valores y supuestos metafísicos compartidos por la comunidad científica, y un sentido restringido como acuerdo en torno a un conjunto de casos paradigmáticos de lo que en cada disciplina se considera una investigación científica (Kuhn, 1962/1970). Tal como la utiliza Vernengo en este párrafo parece estar más cerca del primero de los sentidos.

discurso de su ciencia” (Vernengo, 1984, p. 60) Por ello, no es casual que una parte importante de sus inquietudes teóricas tuvieran que ver con la reflexión en torno a la posibilidad de un estudio científico acerca del derecho<sup>7</sup>.

Vernengo señala que el término racionalidad cumple la función de denotar que una actividad, una práctica o un discurso posee ciertas características, entre ellas las de coherencia, computabilidad, sistematicidad y, en el caso del discurso científico, la satisfacción de un mínimo de relevancia informativa con respecto a su objeto (Vernengo, 1984, p. 66). Esa racionalidad intrínseca es condición necesaria para que el conocimiento logrado pueda ser técnicamente utilizado en forma teleológicamente racional<sup>8</sup>. Y así se podría diferenciar entre la técnica fundada en el conocimiento científico, de la técnica tradicional (por ejemplo, la del curandero) o de la acción técnica irracional (la del iluminado) (Vernengo, 1984, p. 63 y 1986, p. 293).

Ahora bien, Vernengo reconoce que el discurso dogmático acerca del derecho no reviste en una parte importante, aunque en muchas ocasiones así lo pretenda, el carácter de científico, sino que también en ocasiones presenta las características de un discurso ideológico. Por ello, sugiere que un punto de partida posible para la comprensión del mismo sea la noción de creencia racional como un concepto diferente al de enunciado verdadero como expresión de un conocimiento objetivo. Una creencia será racional cuando exista alguna justificación suficiente. La actividad científica consistiría en buena medida en llevar a cabo estrategias de justificación respecto de nuestras creencias racionales. El proceso de racionalización de nuestras creencias pasaría por contar con procedimientos que nos permitan establecer la verdad, o descartar por falso, lo que se enuncia. Esa justificación podrá ser analítica o empírica. Pero además el hecho de que un enunciado sea consistente con el discurso compartido por la comunidad científica a la que pertenece bastaría para que ese enunciado sea la base de una creencia racional. Y esto podría ser útil para dar cuenta del conocimiento acerca del derecho<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Véase al respecto el detalle que brinda el propio Vernengo en la entrevista que le realizará el Dr. Ricardo Guibourg (1996).

<sup>8</sup> Siguiendo a Weber, para Vernengo, una acción es teleológicamente racional cuando se orienta por fines y efectúa un cálculo entre ellos, los medios y sus consecuencias, mientras una conducta orientada por valores no sería racional (Vernengo, 1984, pp. 65 y 66).

<sup>9</sup> Sin embargo, este tercer criterio de justificación de una creencia racional, de naturaleza coherentista no parece, según los dichos del propio Vernengo, tener el mismo *status* que los otros dos. Cuando se afirma que

Un sistema colectivo de creencias tendría visos de cientificidad en la medida que esté sujeto a un proceso de racionalización y justificación, donde el aparato conceptual siempre es objeto de un proceso constante de revisión; siempre en tela de juicio. A ello se opondrían las doctrinas que se caracterizan por su resistencia al cambio y por esforzarse en consolidar las creencias que las constituyen, conformando así un conjunto de dogmas. Esos dos aspectos serían los que estarían en tensión cuando se postula una ciencia del derecho. Y, ciertamente, Vernengo reconoce que estas dos pretensiones antagónicas conviven:

“[...] en un ideario con pretensión científica, como la ciencia del derecho, se entremezclan hipótesis científicas con doctrinas [...] en los textos de la ciencia del derecho encontramos entreveradas afirmaciones verificables, así como tesis deducidas en forma lógicamente correcta de los enunciados de base verificados, junto a afirmaciones puramente dogmáticas, religiosas, metafísicas o político ideológicas [...]. Ello ha llevado a sostener que el discurso científico de la jurisprudencia es un mero discurso retórico, o la expresión de una ideología. Claro está que el discurso jurisprudencial exhibe esas características. Pero de ahí no se sigue que la totalidad de sus logros objetivos tengan que ser menospreciados” (Vernengo, 1984, p. 85).

Para Vernengo es un dato ineludible que los juristas desarrollan tareas heterogéneas, y una parte de ellas no alcanzarían el umbral mínimo de un conocimiento con visos de cientificidad. Sin embargo, subraya que también llevan adelante tareas que podrían caracterizarse como “científicas” y como “ciencia” a su formulación (Vernengo, 1986, p. 294). La relevancia de la sistematización, y la construcción de conceptos que den cuenta de categorías formales y materiales, así como la descripción a partir del uso de clasificaciones, serían algunas de esas tareas<sup>10</sup>. Para Vernengo “un campo objetivo, como el derecho, es susceptible de ser conocido científicamente” (Guibourg, 1996). Y también es necesario que así sea. A su entender no se puede usar un objeto sin tener un contacto teórico

---

lo que creemos con respecto a ciertos fenómenos es racional en la medida que coincide con verdades científicas vigentes (las justificadas por la comunidad científica), se está asumiendo que los científicos han recurrido a las estrategias aceptadas para verificar o rechazar las diversas creencias que proponen, sostienen o transmiten. Cita como ejemplo el caso de un jurista que cuando formula una tesis, una creencia sobre el derecho, con la pretensión de que valga como verdad objetiva, acepte algún postulado que no sea admisible conforme a las estrategias de justificación analítica o empírica estaría en una postura que no podría ser aceptada como una actividad científica racional. Por eso el iusnaturalismo sería, a su entender, un caso de irracionalismo axiológico (Vernengo, 1984, pp. 70 y 71).

<sup>10</sup> Para un análisis de cómo la actividad clasificatoria sería una expresión de la función cognoscitiva de la dogmática, véase Vernengo (1993).

con él. No se puede usar el derecho si no sabemos qué es y cómo es el derecho al que estamos sujetos (Vernengo, 1977, p. 212). Según él, la dogmática despliega tanto actividades que no habría problemas en reconocer como ciencia y otras que tendrían un perfil técnico (algunas respaldadas en conocimiento científico y otras no). Pero sería un error privilegiar estas últimas en desmedro de las tareas de naturaleza cognoscitiva.

#### IV. Acuerdos y desacuerdos

El debate entre Atienza y Vernengo tiene la particularidad de que no se plantea a partir de discrepancias respecto de la individualización de la práctica que se analiza. Ambos coinciden en que la dogmática es una actividad heterogénea, y que algunas de sus tareas serían de dudosa científicidad. Frente a ello, Vernengo enfatiza la pluralidad y reivindica que en muchas de esas actividades se trata de alcanzar “conocimientos objetivos formulados en un discurso inteligible y coherente” donde hay, sin dudas, una actitud científica y claramente racional (Vernengo, 1984, p. 65). En cambio, frente al hecho de que a menudo el proceder dogmático “no alcanza los niveles de racionalidad que cabría aspirar dado el estado de desarrollo actual de las ciencias y de las tecnologías”, Atienza opta por una tesis reduccionista que unifica a todas sus tareas y aparato conceptual metodológico en una técnica basada esencialmente en una “combinación de experiencia, sentido común y conocimiento ordinario” (Atienza, 1986, p. 307).

Hasta aquí, el debate podría ser entendido, como el propio Atienza sugiere, como un mero desacuerdo de actitudes relativo a las características de la disciplina en un determinado momento de su evolución (Atienza, 1986, p. 310). Sin embargo, no parece ser la lectura adecuada. Para Atienza, la naturaleza técnica de la dogmática es inescapable mientras que para Vernengo no. Y ello parece conectarse con una serie de presupuestos, no siempre obvios, que exceden el valor explicativo que puede tener el encuadrar la actividad de una u otra manera.

Uno de los presupuestos que abonan la tesis de Atienza de considerar a la dogmática como una técnica, se relaciona con su escepticismo respecto de la posibilidad de establecer siempre una neta distinción entre las normas del sistema jurídico y las proposiciones normativas elaboradas por la ciencia del derecho (Atienza, 1985, p. 249). Atienza en sus

trabajos de 1985 y 1986, afirmaba que era necesario articular un concepto nuevo para dar cuenta de sus enunciados, distintos tanto de las prescripciones como de las descripciones, un discurso híbrido<sup>11</sup>. A su entender, dado que el doctrinario busca “moldear” el material normativo que estudia, esa actividad es esencialmente valorativa porque el aparato conceptual necesario para referirse al derecho vigente exigiría considerar los valores que le subyacen. La dimensión valorativa de la dogmática se expresa en que sus tareas se orientan a indicar cuales son las soluciones adecuadas en términos de interpretación y aplicación del derecho, operaciones todas que involucran valoraciones. Con posterioridad, y en especial en sus discusiones respecto de las tesis del positivismo jurídico, amplía los alcances de esta tesis para afirmar que la distinción entre proposiciones normativas de naturaleza descriptiva y normas es de escasa utilidad para dar cuenta de la actividad de los juristas. Para Atienza ella deviene poco relevante porque el jurista sería un participante de la práctica y estaría comprometido a mejorarla, ofreciendo, por ejemplo, herramientas para lo que se considera una tarea esencial del jurista en un Estado constitucional: “la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales” (Atienza 2014, p. 13). El profesor español considera que la teoría jurídica debe “hacer avanzar la práctica” y eso no sería posible sin asumir sus valores, el punto de vista interno y normativo, lo que involucraría el desplazamiento del discurso descriptivo del cuerpo teórico del discurso dogmático y con ello la posibilidad de que puedan cumplir funciones cognoscitivas.

Vernengo, en cambio, subraya que el jurista puede realizar actividades que presuponen un conocimiento teórico del material normativo sin necesidad de asumir su valor moral (Vernengo, 1986, pp. 294 y 295). En su apoyo, se recordará, Hart distingue entre los enunciados acerca del derecho formulados por quien acepta las reglas y las utiliza como pauta para evaluar tanto la conducta propia como la ajena, de los enunciados que puede formular un observador externo (Hart, 1961, pp. 110-112 y 308.). El observador externo puede formular distintos tipos de enunciados. Por ejemplo, puede describir las regularidades de una práctica sin dar cuenta del punto de vista interno del grupo. Pero,

---

<sup>11</sup> El carácter de hibridez del discurso dogmático parece haber evolucionado en el pensamiento de Atienza. Mientras en esta primera etapa parece apuntar a dilucidar la naturaleza de los enunciados de la ciencia jurídica, en la actualidad parece dar cuenta de una racionalidad intermedia, a medio camino entre una técnica y la filosofía práctica (Atienza, 2017).



también puede registrar la práctica de quienes aceptan las reglas dando cuenta de sus actitudes de aceptación, sin necesidad de aceptar él mismo las reglas. Este último tipo de enunciados externos formulados por un observador, que toma en cuenta el punto de vista interno de los aceptantes, son los que, según Hart, permitirían describir adecuadamente a un sistema jurídico. Ahora bien, el hecho de que este tipo de enunciados externos de cuenta de tales actitudes de aceptación de los participantes no les confiere por sí solo carácter normativo, de modo que no debería rechazarse la posibilidad de que expresen proposiciones, susceptibles de verdad o falsedad, y que varios de los registros del discurso dogmático puedan reconstruirse de tal manera.

Una alternativa sería considerar a los enunciados de la dogmática como reglas técnicas. Según von Wright, las directrices o normas técnicas indican los medios que han de emplearse para lograr un determinado fin, que se formulan típicamente se a través de enunciados con estructura condicional, cuyo antecedente menciona el fin u objetivo a alcanzar y en el consecuente se individualiza la acción que debe o no hacerse para lograr tal fin. La regla técnica presupone la existencia de una proposición anankástica, un enunciado descriptivo que expresa una relación de medio a fin, que una determinada acción es condición necesaria para lograr un fin u objetivo (von Wright, 1963, p. 29). De modo que la eficacia de la norma técnica dependerá de la proposición que ella presupone. El propio Atienza sugiere al pasar esta alternativa cuando como ejemplo de la investigación técnica afirma que una regla técnica “será más progresiva que otra si consigue obtener más y mejores resultados” y cita como ejemplo la interpretación que la dogmática hace de una determinada formulación normativa. En el caso de la dogmática el fin a perseguir sería cómo resolver más problemas jurídicos típicos y cómo resolverlos mejor (Atienza, 1985 y 1986, p. 299).

Se podría admitir que una parte de los enunciados elaborados por la doctrina sean de este tipo y así reflejar mejor el perfil técnico que Atienza quiere resaltar. Pero ello, cuanto menos, requerirá una adecuada base cognoscitiva que involucra otras actividades de los juristas que no deben invisibilizarse. Y aquí, de nuevo, el enfoque pluralista de Vernengo parece estar en mejores condiciones para dar cuenta del discurso dogmático

## V. ¿Es posible una ciencia del derecho?

Parece existir consenso respecto de que la dogmática despliega diversas tareas y registros discursivos respecto del derecho. Sin embargo, las visiones que a su respecto ofrecen Vernengo y Atienza no pueden ser más diferentes. Y ello se debe en gran parte a que la discusión en torno a si el estudio acerca del derecho puede ser científico o solo puede aspirar a ser una técnica en realidad no es otra cosa que una instanciación de otro, en cierto sentido más fundamental, en torno a la posibilidad o no de un conocimiento descriptivo y valorativamente neutral respecto del derecho<sup>12</sup>. El escepticismo que a ese respecto ha expuesto el profesor español explicarían el porqué de sus esfuerzos en ofrecer una reconstrucción reduccionista de la actividad enfatizando los aspectos valorativos y prácticos en desmedro de los cognoscitivos.

El enfoque de Vernengo ofrece mayores ventajas explicativas. Identifica los aspectos normativos e ideológicos de muchas de las tareas dogmáticas, pero también reconoce la posibilidad de desarrollar otras actividades propias de un conocimiento teórico con clara función cognoscitiva. Sus estudios en torno al papel de las clasificaciones en los estudios jurídicos constituyen un ejemplo de ese enfoque y un importante antecedente para una agenda filosófica que hasta hoy no ha prestado la suficiente atención al papel que en la dogmática tienen y pueden tener los aspectos conceptuales.

Este debate, aún casi 40 años después, sirve para apreciar que la discusión y reflexión en torno a la posibilidad de un estudio científico del derecho sigue siendo relevante. En los últimos años, dentro del ámbito de la filosofía de la ciencia, se ha planteado que la cuestión de los parámetros de la científicidad de los diversos campos del conocimiento requiere advertir que los procesos que los científicos llevan adelante son plurales y no necesariamente cualitativamente diferentes a los del conocimiento cotidiano, sino que, en gran parte, la diferencia reside en el grado de rigor de los procesos o actividades que llevan a cabo<sup>13</sup>. Por ello, el saber jurídico debe avanzar en la identificación de parámetros que permitan diferenciar y explicitar en los discursos de los juristas la naturaleza de los

---

<sup>12</sup> Al respecto véase, por ejemplo, Dworkin (1986) y Marmor (2006).

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, Haack (2007) y Hoyningen-Huene (2013).

problemas que buscan abordar: empíricos, lógicos, interpretativos, axiológicos, así como las alternativas metodológicas de las que disponen para estudiarlos y, si así lo desean, ofrecer estrategias para operar a su respecto.

### Bibliografía:

- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (1985). *Introducción al derecho*. Barcelona: Barcanova. (Citado por la edición publicada en Fontamara, México, 2007).
- (1986). “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto Vernengo”. *Doxa*, (3), 297-311.
  - (2014). “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 15, 1-19.
  - (2016). “Objetivismo moral y derecho”. Recuperado de <https://dfddip.ua.es/es/documentos/objetivismo-moral-y-derecho.pdf?noCache=1458554296851>
  - (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- BUNGE, Mario (1985). *Seudociencia e ideología*, Madrid: Alianza Universidad.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert (1982). “Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (22), 235-276.
- DWORKIN, Ronald (1986). *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- GUIBOURG, Ricardo (1996). “Entrevista a Roberto Vernengo”. *Doxa*, 19, 437-458.
- HAACK, Susan (2007). *Defending Science: Between Scientism and Cynicism*. Amherst: Prometheus.
- HART, Herbert (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. (Citado por la traducción al español de G. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963).
- HOYNINGEN-HUENE, Paul (2013). *Systematicity. The nature of Science*. New York: Oxford University Press.
- KUHN, Thomas (1962/1970). *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press. (1970, Segunda edición, con postscript).
- MARMOR, Andrei (2006). “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(4), 683-704.
- NINO, Carlos (1993). *Algunos modelos metodológicos de “ciencia jurídica”*. México: Fontamara.
- PECZENIK, Aleksander (2000). “Scientia Iuris: An Unsolved Philosophical Problem”. *Ethical Theory and Moral Practice*, 3(3), 273-302.
- (2001). “A Theory of Legal Doctrine”. *Ratio Juris*, 14(1), 75-105.

- VERNENGO, Roberto (1975). *Curso de Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Coeditora de Derecho y Ciencias Sociales (Citado por la segunda edición de 1985).
- (1977). “Teoría General del Derecho y Ciencia Jurídica”. *Dianoia*, 23(23), 210-237.
  - (1984). “Racionalidad y conocimiento científico en la Jurisprudencia”. En R. Vernengo y U. Schmill, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del Derecho (Tres ensayos sobre Kelsen)* (pp. 85-95). UNAM, México.
  - (1986a). “Ciencia Jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho?”. *Doxa*, (3), 289-295.
  - (1986b). “Réplica a la respuesta de M. Atienza”. *Doxa*, (3), 313-314.
  - (1993). “Descripciones y clasificaciones en derecho”. *Dianoia*, 39(39), 239-247.
- VON WRIGHT, G. H. (1963). *Norm and Action. A Logical Inquiry*. London: Routledge & Kegan Paul (Citado por la traducción al español de P. García Ferrero, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid: Tecnos, 1970).

## El relativismo, la objetividad y la justificación moral del derecho en la obra de Vernengo

Relativism, objectivity and the moral justification of law in Vernengo's work

Por María Serrana Delgado Manteiga

**Resumen:** el presente artículo aborda el pensamiento de Vernengo sobre la relación entre derecho y moral. Parte de la interrogante planteada por el autor, acerca de si es posible compatibilizar cierto relativismo moral con enseñar algo y la aprovecha para intentar justificar la posibilidad de aceptar cierta forma de relativismo que sea compatible con la objetividad moral (la posibilidad del error moral) y con otra forma de comprender los vínculos entre derecho y moral, donde la justificación del derecho sea una justificación moral, con ciertas características particulares relacionadas con su naturaleza institucional y su posibilidad de solucionar impasses decisorios producto de los desacuerdos morales profundos que experimentan las sociedades democráticas contemporáneas.

**Palabras clave:** objetividad moral; relativismo; absolutismo; desacuerdos morales;

**Abstract:** This article addresses Vernengo's thoughts on the relationship between law and morality. It starts from the question raised by the author about whether it is possible to make a certain moral relativism compatible with teaching and takes advantage of it to try to justify the possibility of accepting a certain form of relativism that is compatible with moral objectivity (the possibility of moral error) and with another way of understanding the links between law and morality, where the justification of law is a moral justification, with certain particular characteristics related to its institutional nature and its possibility of solving decision-making impasses resulting from the deep moral disagreements experienced by contemporary democratic societies.

**Key words:** moral objectivity; relativism; moral absolutism; moral disagreement

Fecha de recepción: 24/7/2023

Fecha de aceptación: 3/10/2023



## El relativismo, la objetividad y la justificación moral del derecho en la obra de Vernengo

Por María Serrana Delgado Manteiga\*

### I. Introducción: la obra de Vernengo y su concepción de los vínculos entre el derecho y la moral

Vernengo se preguntó, en ocasión del homenaje que la UBA le realizó en 2012, en su calidad de profesor emérito, “¿cómo es posible enseñar si consideramos que tenemos que tener un cierto relativismo político y moral?” (Vernengo, 2012). Sobre esta pregunta y las tensiones que plantea es que gira el presente artículo. Creo que, en un momento tan importante de la vida de un académico, como era el caso del homenaje que le estaba realizando su hogar intelectual, que eligiera esta cruda pregunta para formular (además de su evidente preocupación por este tema), habla de su gran honestidad de pensamiento. Esta interrogante evidencia ciertas tensiones teóricas que la mayoría de los autores positivistas y, especialmente de la escuela analítica, no han podido resolver de forma satisfactoria. Lo que Vernengo se está cuestionando es, ¿si soy un relativista moral y por ende, entiendo que no hay algo así como una verdad, en materia de filosofía jurídica, qué es lo que legítimamente puedo enseñar? ¿Hay un conocimiento objetivo para transmitir a los estudiantes de filosofía del derecho?

En su artículo de doxa sobre el relativismo, Vernengo considera que no es posible evitarlo (Vernengo, 1987, pp. 254-255), pero a lo largo de su vida académica se interesó por problematizar acerca de los vínculos entre derecho y moral, y si bien en algunos pasajes de su obra coquetea con cierta corriente escéptica en materia moral, no es un escéptico, ya que no niega que exista un vínculo entre derecho y moral, aunque hasta el final de su carrera dichos vínculos le parecieron indeterminados y de difícil fundamentación (Vernengo, 1991).

---

\* Universidad de la República (UDELAR) (Uruguay). ORCID: 0000-0001-8888-8160. Correo electrónico: serranadelgadam@gmail.com

Su clara afiliación al positivismo jurídico y su pertenencia a la escuela analítica del derecho, (Chiassonni, 2017; Atienza, 1984) su vocación por los problemas lógicos y su preocupación por la discusión en torno a una posible ciencia jurídica, lo hicieron ver con recelo cualquier afirmación que defendiera una justificación moral del derecho. En su opinión, este tipo de posturas evidenciaba una fundamentación de tipo metafísico, contrapuesta a la noción del derecho como una institución humana y social (Vernengo, 1990).

En su ya aludido artículo “Relativismo ético y justificaciones morales” remarca la “histórica distinción entre derecho (o política) y moral” (1987, pp. 249). Y atribuye a algunos intentos de fundamentación moral, cierta nostalgia religiosa y la adopción de creencias irracionales. Resalta que la tesis de Garzón Valdés, con la que discute en este trabajo, no merece esos juicios, sino que se debe a la consideración de dicho autor de que las acciones, en tanto eventos fácticos, no se justifican por sí mismas, sino se apela a ciertos principios normativos. Garzón, con quien Vernengo polemiza, considera que la justificación del Derecho es moral. En opinión de Vernengo, el enemigo de la tesis de Garzón es el relativismo ético. Vernengo define al relativismo ético como “sostener que algo sea P y no P... sin aceptar que se da una contradicción y que tanto uno como los oponentes pueden estar igualmente acertados”. Sostiene que la verdad de una proposición es constante y que una proposición no puede ser a veces verdadera y a veces falsa. Violar el principio de no contradicción, nos aparta de la posibilidad de un pensamiento racional. (Vernengo, 1987, pp. 250).

“[...] no significan incurrir en un escepticismo teórico y práctico estéril. Implican delimitar el ámbito efectivo en que ciertos tipos de conocimiento, como el de la jurisprudencia dogmática, se cumplen, de otros, como el de las normas morales, en que no existen ciencias paradigmáticas normales. Ello apunta a que en ese dominio no se ha constituido un campo objetivo y un marco conceptual generalmente aceptado, pero no significa negar la existencia de datos valorativos, morales u otros. Dado que no existe un conocimiento objetivo, intersubjetivamente válido, de los valores morales, parece utópico referirse a ellos como fundamento último de justificación” (Vernengo, 1987, pp. 253).

En el mismo artículo distingue distintos tipos de relativismos morales: uno que niega la posibilidad de todo juicio moral; otro más atenuado que niega la posibilidad de formular juicios morales y que en caso de pronunciarse sólo debería aplicarse al sujeto

que lo pronuncia y, por último, otra forma de relativismo, todavía más atenuado, que formula juicios ateniéndose a los valores de los destinatarios y no de quien los formula. Este tipo de relativismo más atenuado, si bien niega la posibilidad de generalización y toda pretensión de verdad, no niega la posibilidad de una consideración racional de los problemas morales.

Esta última afirmación de Vernengo, citando las distintas posiciones de relativismo y contemplando la posibilidad de conservar la racionalidad de los problemas morales parecería alejarlo de una visión escéptica, sin embargo, deja clara su desconfianza por aquellas posiciones que consideran que hay valores morales o razones últimas que justifican las acciones en el campo jurídico, considerando que en muchos de esos casos parecería esconderse una posición religiosa, donde la verdad es un “mero valor” (Vernengo, 1987, pp. 255).

Conceptualizó a la moral y al derecho como ontológicamente diferentes, pero reconoció que la relación era problemática y que alguna intersección se da entre ambos campos, destacando que algunos juristas consideraban al derecho incluido en la moral y otros autores positivistas entendían que se trataba de órdenes excluyentes (Vernengo, 1991, pp. 205).

Se preocupó en separar la moral y el derecho como conjuntos normativos, en tanto enfatizó que la estructura de las normas jurídicas y morales son diferentes y que los conjuntos no son coextensivos, y se pronunció por entender que se dan vínculos laxos entre ambos órdenes normativos.

“[...] mis aspiraciones de un mundo práctico ideal, donde la autonomía moral de los sujetos quede resguardada y donde la validez del derecho no esté coartada por la injerencia moralizante de nadie. Pues, si de resguardar la moral se trata, todo lo que se propone es que quien considera que algo está moralmente vedado, pueda jurídicamente omitir el acto cuestionado: quizás moleste a alguien una exhibición pública, como una película o un programa de televisión. Mientras nadie esté obligado jurídicamente a presenciar tales cosas, no parece que su dignidad moral se vea menoscabada, puesto que mantenerla dependerá exclusivamente de sus propios actos” (Vernengo, 1991, p. 207).

Como se aprecia de la cita anterior, tuvo la inquietud de problematizar en torno a los vínculos del derecho y la moral, y enfatizaba los conceptos de “autonomía moral” y “mundo práctico ideal”. Las preocupaciones del autor pasaban por considerar que no era



posible exigir que toda norma jurídica tuviese un fundamento moral, y como corolario, si una norma jurídica no lo tenía, no por dicha razón dejaba de pertenecer al derecho objetivo.

Conceptualizaba a las normas jurídicas como dotadas de mayor precisión que las normas morales. Visualizaba como un problema que las normas morales estuviesen planteadas en términos universales, y sin señalarse correctamente su ámbito de aplicación. Las normas morales son universales y son verdaderas intemporalmente, mientras que el derecho es histórico y contingente. La insuficiencia sintáctica que tiene las prescripciones morales hace pensar que la cuestión de que las normas morales valgan universalmente plantea dilemas morales, ¿está justificado que podamos mentir sobre el paradero de un perseguido político que los torturadores buscan en mi casa? ¿Qué sucede con las mentiras banales sobre convenciones sociales? Las normas jurídicas suelen tener, en su opinión, una delimitación temporal mucho más precisa y el transcurso del tiempo tiene, en el derecho, efectos relevantes, como es el caso del instituto de la prescripción, aunque parecería carecer de sentido pensar en una norma moral que prescriba.

En el artículo “Normas jurídicas y normas morales”, Vernengo (1991) hace un esfuerzo por distinguir la estructura de ambos tipos de normas, no obstante, en algún trabajo anterior, como es el caso de su *Curso de teoría general del Derecho* (1976) ya había resaltado que no era una manera adecuada, distinguir a las normas jurídicas de las normas morales por su estructura, dado que es probable que una misma norma pueda ser moral y jurídica, por lo que, ni la estructura o forma, ni el contenido, puede ser suficiente para distinguir una norma moral de una jurídica y, en dicho trabajo, se pronunciaba por considerar que la diferencia debería provenir de su fuerza obligatoria. Las normas jurídicas serían creadas por algún procedimiento y por autoridades humanas y no así las normas morales. Las normas morales valdrían sin importar la manera o procedimiento en que fueron creadas. El legislador jurídico inventa la norma, el legislador moral parece descubrirla. No tiene sentido pensar en la verdad de una norma jurídica porque no sabríamos con qué hacer el cotejo, en cambio, un código moral representa la verdad misma. También resalta que las normas morales serían autoimpuestas, en la versión kantiana, mientras

que las normas jurídicas son impuestas por una autoridad determinada. Las normas morales presuponen valores absolutos, mientras las normas jurídicas presuponen valores relativos. Entendió a la objetividad de los valores como aquella que se da con el consenso de un grupo social. Concibió a la distinción entre derecho y moral como algo contingente (Vernengo, 1976, pp. 137-146).

La concepción de Vernengo en materia de ética es la predominante hasta la irrupción de los trabajos de Rawls (1971) y Mackie (1977), donde los temas morales se circunscribían a cuestiones de significado y no se discutían cuestiones de fondo. Vernengo afirma que decir que está prohibido mentir quiere decir que es malo mentir y decir que es obligatorio amar al prójimo significa decir que es bueno amar al prójimo (Vernengo, 1991, p. 212).

En su opinión, la tesis de que las normas jurídicas tienen que tener un fundamento moral es una tesis que merece mirarse con desconfianza, porque, al igual que Kelsen, la veía como un argumento para justificar moralmente cualquier derecho positivo. Frente a este problema, se agrega la concepción de que los principios morales tendrían prioridad temporal frente a las normas jurídicas, teniendo validez temporal desde siempre, frente a las normas jurídicas que son históricas y contingentes (Vernengo, 1991, p. 217).

A diferencia de otros autores positivistas, como he venido remarcando, se planteó el problema de la objetividad de la moral con toda crudeza, cuando al analizar la tesis de Habermas, citó a Cortina para sostener que la corrección de un juicio moral no puede ser igual a lo que una comunidad real sostenga, porque eso no parecería respetar la idea de sujeto autónomo (Vernengo, 1991, p. 221).

Su tradición analítica y su preocupación por la fundamentación lógica, en tanto encarnación de un ideal de racionalidad, lo hizo pensar en la indefinición de las cuestiones morales y en esa medida, en pensar a las relaciones entre derecho y moral como indefinidas también. Puso la mira en el foco de la cuestión, cuando resaltó que para la moral lo que es central es la autonomía del sujeto y consideró que para el derecho la autonomía del sujeto resulta irrelevante. La validez del derecho nunca puede depender del juicio moral del sujeto, porque, para el derecho objetivo, tal juicio moral resulta “descartable” (Vernengo, 1991, p. 224).

Pese a su desconfianza de todas las teorías morales y que no consideraba que un relativismo moral o ético fuese una catástrofe, le parecía que tenía sentido formular juicios morales o valores y hablar con sentido de los conceptos de norma moral, valor moral o sistema moral (Guibourg, 1996, p. 454)

Me interesa reflexionar especialmente acerca de esta última afirmación del autor, la que resulta clave para poder entender la propia dimensión normativa del derecho y por qué es posible conciliar la tesis de las fuentes sociales del derecho, con sostener que el derecho tiene una fundamentación que sólo puede ser moral, es decir, que no hay una normatividad jurídica por fuera de la normatividad moral.

## II. La moral en la concepción de Vernengo

Lamentablemente el positivismo jurídico, que está perfectamente acertado en su tesis central de las fuentes sociales (una tesis de trascendente importancia para poder comprender el fenómeno jurídico), no ha contribuido a brindar, en tanto teoría, una explicación completa del derecho. Tanto al sostener un escepticismo moral (Bulygin), como una suerte de expulsión del problema moral de los límites de la teoría del Derecho (Austin, Kelsen, Hart<sup>1</sup>), ciertos teóricos del positivismo han declinado poder explicar cuestiones fundamentales del derecho. Este terreno ha sido ganado por posturas formalistas (con las que nada tiene que ver el positivismo como tal) y por otras posturas *neoconstitucionales*<sup>2</sup> que no coadyuvan sino a banalizar los problemas morales que enfrentan las sociedades contemporáneas. Prueba de lo anterior es la cada vez más ingente cantidad de constitu-

---

<sup>1</sup> Simplifico al reunirlos a los tres en un mismo paréntesis. Kelsen era un escéptico moral. No aplica lo mismo para Hart, ni para Austin. Hart no era un realista moral, no consideraba que fuera posible la existencia de hechos morales, pero entendía que era posible un acercamiento *práctico* a las cuestiones morales.

<sup>2</sup> El neoconstitucionalismo parte de la idea de que la Constitución de un país puede “tragarse” la moral, como si la moral fuese un orden normativo más pequeño que el derecho, pero también el neoconstitucionalismo propende a que muchos serios problemas morales vean resignada su discusión a una argumentación de tipo semántico. Algunas Cortes Supremas en Latinoamérica suelen debatirse en un formalismo literal, donde lo único relevante parece ser la semántica del texto, junto con la proclama de oscuros principios generales de derecho de un contenido muy opaco.

ciones que mencionan los derechos morales, paralelamente a la sanción de tratados internacionales con la consagración de derechos inherentes al ser humano y el esforzado intento de los juristas de ver cómo compatibilizarlos con los textos normativos internos.

Las principales tesis que adopta Vernengo como propias de la moral son las siguientes: 1. Es absoluta. 2. Es universal. 3. Es producto de un dios, de la razón y no tiene su origen en los seres humanos. 4. Es atemporal. 5. Es la verdad misma. 6. Es imprecisa. 7. No tiene fuerza obligatoria. 8. Presupone la autonomía del sujeto. Sin embargo, estas tesis, puede que sean sostenidas por alguna teoría moral particular, pero no se encuentran justificadas para otras teorías morales que parecen más sólidas y justificadas.

Muchas de las objeciones que plantea se deben, en parte, a la tradición de considerar ciertas cuestiones como incompatibles, producto de la generalización de ciertas falacias de falsa oposición.

En cuanto a la primera característica señalada por Vernengo, por la que señala a la moral como absoluta, es posible distinguir el objetivismo moral del absolutismo moral. Considero que, para poder discutir racionalmente sobre los problemas morales, es necesario preservar el concepto de objetividad moral, esto significa básicamente que es posible juzgar el acierto o el error de determinado juicio moral, y es posible, en la misma línea, considerar errada cierta tesis moral. Esto significa que podemos decir sobre los juicios morales más de lo que podemos decir sobre el gusto por el dulce de leche. La capacidad normativa de la moral depende precisamente de preservar la tesis de la objetividad moral<sup>3</sup>.

Para el absolutismo moral no es posible la existencia de desacuerdos morales genuinos. Una tesis absolutista en materia moral, ignora la situación de las sociedades contemporáneas pluralistas, donde la existencia de tales desacuerdos es innegable. Eso no significa negar la posibilidad conceptual de que una tesis esté en lo cierto y la otra tesis incompatible no lo esté. A su vez, el absolutismo moral se comporta de la forma de una suerte

---

<sup>3</sup> La objetividad moral está emparentada con la idea de verdad y en este sentido es posible establecer la existencia de una verdad moral, pero esto no significa que la teoría de la verdad en moral sea equivalente a las teorías de la verdad en la ciencia. No obstante, vale la pena resaltar que las teorías de la verdad han merecido mucho debate a nivel contemporáneo y ninguna teoría de la verdad parece plenamente satisfactoria. Al respecto puede verse Horwich (2010).

de *imperativo categórico* kantiano, donde nos reclama una conducta que deberíamos realizar en todos los casos y en todas las circunstancias. Pero esta tesis absolutista, no es idéntica al problema de la objetividad moral. Esta es la tesis que sostiene la corriente *humeana* del constructivismo moral, donde afirma la tesis de la objetividad moral, de cierto relativismo moral, sin colapsar en un subjetivismo total<sup>4</sup>. La tesis central que adopta el relativismo así entendido es que las razones son siempre razones internas (Williams) relativas al punto de vista práctico del agente (Street, 2008).

En cuanto a la segunda característica mencionada, a la moral entendida como “universal” (aunque esto puede significar varias cosas), los ejemplos que utiliza Vernengo nos sirven para entender qué quiere resaltar. El autor sugiere que, si es incorrecto mentir, debería ser incorrecto en todos los casos y en todas las circunstancias. Pone el ejemplo de los torturadores que van buscando a su casa a un perseguido político. Esta tesis, de considerar a los valores morales como absolutos que no admiten restricción, ni limitación de ningún tipo, también obedece a una concepción errónea. Ningún valor moral puede funcionar como absoluto, porque es necesario considerar todas las circunstancias del caso. Todos los derechos morales admiten cierta condicionalidad y admiten límites. En los ejemplos usados por Vernengo, no parece difícil pensar que una teoría moral justifique la mentira para proteger la vida o la integridad física de una persona.

En cuanto a la tercera característica de la moral entendida como proveniente de dios o de la razón, hay teorías morales muy plausibles, como es el caso del constructivismo moral, donde la teoría moral parte de agentes morales racionales (agentes prácticos) como somos los seres humanos y, por ende, la moral no es sino un producto de las personas. Son las personas las que, mediante un procedimiento racional, llegan a establecer ciertos principios morales (Street 2016; Bagnoli, 2022).

Con referencia a la cuarta característica, la de la atemporalidad de la moral, si se sostiene que la moral es construida por los seres humanos, como tal, sería contingente y su suerte estaría ligada a los propios seres humanos. Esto quiere decir que si se extinguiera el ser humano de la faz de la tierra, también desaparecería, junto con él, la moral.

---

<sup>4</sup> Para la idea de preservar la objetividad moral, al mismo tiempo que es posible sostener cierto relativismo, puede también consultarse Street (2008).

De la misma forma que si, por determinados descubrimientos científicos, cambiasen ciertas condiciones biológicas del ser humano, o si determinados bienes se tornasen más escasos o más abundantes de los que lo son en la actualidad, eso conllevaría el cambio de ciertas tesis morales. Lo anterior no significa mermar el carácter objetivo de la moral, o la posibilidad de hacer juicios morales de reproches a ciertas sociedades que vivieron en el pasado y naturalizaron cuestiones que hoy nos parecen deplorables, como, por ejemplo, la esclavitud<sup>5</sup>.

En cuanto a la quinta característica, la idea de concebir a la moral como la verdad misma, esta tesis tampoco parece justificada. Importa señalar, en primer lugar, que objetivismo moral y realismo moral, no son lo mismo. Desde que Mackie (1977) y su teoría del error irrumpiera en el campo de la filosofía moral, han surgido tesis alternativas al realismo moral, sin resignar la idea de una objetividad moral, es decir, la tesis de preservar la posibilidad del error moral. Así, de nuevo, el constructivismo moral y la lectura constructivista de la moral kantiana que hiciera Rawls (1980), permiten sostener que la verdad moral, no es la misma que la verdad de las ciencias duras (con todo lo problemática que es la noción también en las ciencias duras) por lo que el constructivismo se erige como una alternativa al realismo moral, ya que no es necesario apelar a la noción de hechos morales, que hagan verdaderos a los juicios morales<sup>6</sup>. La verdad de un enunciado moral no se da por su correspondencia con hechos morales, sino que la verdad moral, es una noción que tiene que ver con el razonamiento moral que hacen los seres humanos, en tanto agentes morales. Con lo que la moral y la verdad no son términos sinónimos, sino que la verdad es un atributo que se puede predicar de un enunciado moral, pero no como correspondiéndose con un hecho determinado, sino como producto del razonamiento moral<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> De todas formas, es necesario distinguir la objetividad moral de la cuestión de la responsabilidad moral. Que algo esté bien o mal, no significa que aquel que comete tal acción, que reprochamos como moralmente incorrecta, sea moralmente responsable por la acción que comete. De la misma manera que, si un demente, que padece alucinaciones, por ejemplo, comete un homicidio, habrá hecho algo malo, pero eso no significa que sea moral y legalmente responsable.

<sup>6</sup> Corresponde destacar que Rawls, en su abarcativa empresa teórica, no quiere detenerse en el concepto de verdad, y no le es un concepto igualmente cómodo, como sí lo es para otros constructivistas (Scanlon, 2003).

<sup>7</sup> Tanto Joseph Raz, como Ronald Dworkin, son realistas morales, conciben la existencia de hechos morales. Hay un debate muy interesante donde Street (2016a) señala las debilidades del realismo moral de Dworkin. Dworkin responde a algunas de estas objeciones, véase Dworkin (2011), específicamente en la nota número

La idea de verdad moral tiene, de todas formas, las dos notas características de la verdad (señaladas por todas las teorías de la verdad contemporáneas, incluidas las teorías deflacionistas de la verdad), la absolutez y la incondicionalidad. En virtud de la primera característica, no se admiten grados de verdad, un enunciado moral no es más o menos verdadero, es o bien verdadero o bien, falso. Por la segunda característica, el enunciado moral que hoy es verdadero también lo fue en el pasado (Horwich, 1998).

En cuanto a la sexta característica, la de la imprecisión de la moral, esto no se debe a que la moral carezca de estudiosos, o que no sea posible avanzar en el razonamiento moral. No parece justificado hablar de “imprecisión de la moral”, el razonamiento moral implica el balance de muchas razones y la consideración de todas las circunstancias del caso. De todas formas, lo mismo sucede con el razonamiento jurídico y con las normas jurídicas. Lo que sí posee el derecho, y en eso estriba precisamente su razón de ser, es un carácter institucional, lo que implica que en algún momento una decisión se toma por una autoridad y es la última palabra sobre el punto. La existencia de un conjunto de autoridades, de reglas secundarias, es lo que le da su carácter distintivo al derecho, en tanto sistema normativo.

En cuanto a la séptima característica, su falta de fuerza obligatoria, es necesario precisar qué quiere decir fuerza obligatoria. Desde el punto de vista material, está claro que la moral no puede compeler a nadie a hacer nada. El derecho, por el contrario, posee el monopolio del uso de la fuerza física, y esto significa que determinado sujeto puede ser obligado a cumplir determinada conducta. Pero el hecho de que alguien experimente una consecuencia desagradable o sea obligado a algo, no puede ser el rasgo característico del derecho. Si lo fuera, el derecho sería, para decirlo en términos austinianos, un asaltante a gran escala (Austin, 1832).

Nada diferenciaría a un ladrón que me amenaza con un arma para que le dé la cartera, de un inspector fiscal que me exige el pago de un impuesto. Precisamente en esto consistió la crítica demoledora que le hiciera Hart (1961) a Austin. El derecho tenía una normatividad que lo distinguía de la orden del ladrón. Esa característica era que estaba

---

9, p. 46-48. El realismo moral, específicamente en su vertiente no naturalista, concita mucha atención en la metaética contemporánea. Toda la colección de artículos editada a lo largo de casi 20 años, a cargo de Russ Shaffer- Landau, es un ejemplo de ello.

formado por reglas y que desde el punto de vista interno tales reglas implicaban razones para la acción.

El desvelo de Hart consistió en defender, desde una concepción positivista, que sostuviese una separación conceptual entre derecho y moral, cómo este punto de vista interno o esta normatividad del derecho era tal, sin caer en un punto de vista moral. O sea, cómo puede explicarse el carácter normativo del derecho, que este pueda imponer obligaciones y que esas obligaciones sean diferentes a cuando me veo obligado a una conducta por el temor de una consecuencia desagradable.

La teoría práctica de las reglas de Hart es deficiente para explicar el carácter normativo del derecho (Shapiro, 2011). Este fracaso no sólo se hace evidente por el debate posterior con Dworkin (1986), sino por el hecho de que autores positivistas, discípulos de Hart, sostuvieran que no hay un punto de vista jurídico que explique la normatividad diferente del punto de vista moral (Raz, 2009). En el apartado siguiente profundizaré más sobre este aspecto.

En cuanto a la octava característica que distingue a la moral del derecho, esto es, que la moral respeta la autonomía del sujeto, y que el derecho no lo hace, creo que conviene rescatar también en este caso el planteo que, desde un positivismo excluyente, hace Raz (1982; 2006). Raz en su tesis de la autoridad como servicio, sostiene que el derecho se caracteriza por operar mediante razones excluyentes de la acción que precisamente funcionan desplazando la decisión del sujeto, porque le ahorran al sujeto la necesidad de estar en cada caso pensando cuál es el curso de acción que debe tomar mediante un balance de razones. Raz, justamente ha sostenido que no es necesario para que una norma sea jurídica, hacer un examen de su contenido, porque justamente el servicio que brinda la autoridad jurídica es, precisamente, que no sea necesario ese análisis por parte de los sujetos. Pero este servicio el derecho lo presta en la medida en que tiene una pretensión de provenir de una autoridad legítima y eso significa que responde a la misma consideración de razones que haría un sujeto autónomo, de lo contrario no estaría prestando ese servicio. En definitiva, el sujeto autónomo no es menos relevante para el derecho con respecto a lo que lo es para la moral, lo que sucede es que la relevancia está considerada en un



punto anterior. Para que el derecho despliegue su fuerza obligatoria debería de provenir de una autoridad legítima.

Sin perjuicio de la teoría de Raz, otras teorías más conocidas como la teoría de Rousseau que concibió a la ley como una expresión de la voluntad general, se apoya en la idea de que los legisladores son representantes de la voluntad de los ciudadanos y en definitiva hay una suerte de auto-obligación cuando se sanciona una ley.

Por otra parte, la autonomía del sujeto en la moral, no significa que el sujeto pueda darse las reglas que su voluntad completamente libre le dicte, por el contrario, toda teoría moral implica también la sujeción a reglas que precisamente se caracterizan por no tomar en cuenta el autointerés (reglas de prudencia), o el interés de las personas por las que sentimos afecto, sino tomar en cuenta neutralmente los derechos de todas las personas.

Creo que el título de la obra de Gardner (2011), autor que expresamente considera a una parte de su obra teórica como siguiendo la agenda de El concepto de derecho de Hart, El derecho como un salto de fe, donde ya en su introducción da cuenta de lo trascendente de la concepción del punto de vista jurídico y del problema moral, es muy representativo del hecho que los positivistas ya no entienden la relación entre derecho y moral, como lo hacían sus padres teóricos y que la tesis de la conexión no necesaria entre derecho y moral, no es hoy una tesis representativa del positivismo como tal, si es que algún día lo fue.

### III. El rol de la filosofía moral en la filosofía del derecho

El derecho tiene una capacidad normativa, su principal característica es normar conductas, esto significa que nos dice qué es lo que debemos hacer. Nos impone deberes, y tiene, al decir de Searle (1995), dicha normatividad muy “a la mano”, porque cuenta con una pluralidad de autoridades que todo el tiempo están sancionando normas, con contenido muy variado. En este sentido, la normatividad del derecho es tan vasta, y al mismo tiempo, al ser tan sencilla la condición de que alguien tenga autoridad tiene una normatividad muy delgada. Para que algo cuente como derecho, según la conocida y por todos

aceptadas, tesis de las fuentes sociales, basta con que una autoridad dicte, mediante el procedimiento estipulado, una norma jurídica para que esta sea tal.

Desde este punto de vista, la normatividad del derecho no se aleja demasiado, a la forma en la que nos obliga la orden de un asaltante: sabemos que si desobedecemos una norma jurídica probablemente vamos a experimentar una consecuencia desagradable. La tesis de las fuentes sociales es, como tal, muy poco ambiciosa y por ende, muy poco cuestionada. Basta, para que algo se pueda identificar como derecho, que haya sido sancionado por la autoridad competente. Y esta es una cuestión de hecho, de hechos sociales.

Si bien hay normas que son las que definen qué cuenta como una autoridad y qué cuenta como un procedimiento válido, para la teoría positivista, estas normas son una cuestión de hecho. Son determinadas prácticas sociales y su reconocimiento las que hace que algo cuente como una norma jurídica. Según la conocida tesis de Hart, de su teoría práctica de las reglas, primero son las reglas y después es la autoridad. Mediante esta tesis, Hart pretendía dar una respuesta contundente a la paradoja de la autoridad de Austin (Shapiro, 2011), por la que no sabíamos a ciencia cierta cómo salir de la cuestión de que para que haya reglas tiene que haber autoridad que las dicte, pero, a su vez, no puede haber autoridad, si no es por la existencia misma de las reglas.

En opinión de Hart, la práctica concordante de una determinada comunidad y el reconocimiento de determinados criterios como identificadores de una regla jurídica, la regla de reconocimiento, es el criterio distintivo de que algo es derecho. Y esa práctica y esos criterios no son sino, una cuestión de hecho. El punto de vista interno de los participantes del grupo social, de entender crítica y reflexivamente a determinada conducta como obligatoria, Hart lo plantea como también una cuestión de hecho, de que los participantes de la práctica tienen esa creencia, pero el teórico del derecho no tiene por qué tener esa creencia.

En conclusión, para Hart, como para Kelsen, el deber jurídico, la obligación jurídica, son distinguibles de un deber o una obligación moral y como tales, lo único que implican es que una determinada autoridad puede compeler a alguien a hacer algo. El positivismo jurídico, como tal, con su tesis de las fuentes sociales del derecho, lo único que explica es cómo se identifica el derecho en una determinada comunidad, pero nada dice acerca de la

fuerza obligatoria del derecho, es decir, de la perspectiva del buen ciudadano, de aquel que entiende que más allá que pueda experimentar una consecuencia desagradable, tiene la convicción de que la conducta que le exige el derecho está justificada y como tal lo obliga. El iuspositivismo explica esta convicción como una convicción de hecho.

No explica, y no pretende hacerlo, y en algunas versiones del positivismo se plantea que no debería hacerlo (Bulygin, 2004), cuál es el fundamento por el que algo, por ser una norma jurídica, me obliga. Aun desde los propios presupuestos positivistas, que entienden que una teoría para ser una buena teoría tiene que describir de forma completa un fenómeno, resignar la explicación de por qué el derecho obliga, parece un déficit explicativo muy difícil de justificar.

Una vez que el positivismo asume, desde Hart y el debate posterior, que el derecho es algo diferente a un asaltante a gran escala, a órdenes respaldadas por amenazas y al hábito de obedecer a un soberano, es inevitable que la teoría se ocupe de explicar de qué forma el derecho obliga. Y esto implica explicar cuáles son los vínculos entre derecho y moral, y qué diferencia al derecho de la moral.

Para lo anterior es imprescindible entender qué es la moral y cuál teoría moral ha explicado mejor este otro orden normativo. Qué es lo que le da al derecho su distinción, y cómo podemos explicar su capacidad normativa. Entiendo que la tesis de la originalidad del derecho, que parece aquejar a unos cuantos teóricos, es lo que está detrás de la reivindicación de una normatividad especial, distinta a la normatividad moral. Ahora bien, aunque el derecho no tenga una normatividad diferente a la moral, esto no significa que sea redundante. No hay una redundancia en el derecho.

#### **IV. Conclusiones**

Despejada la cuestión de la no originalidad de la justificación moral del derecho, podemos avanzar en entender qué es lo que hace que el derecho tenga una función primordial en las sociedades contemporáneas. Además de la obvia cuestión de que no nos movemos en una sociedad de ángeles y que es necesaria la coacción del derecho, resta explicar

la situación del ciudadano medio que reivindica la moral, pero también reivindica el derecho.

Los representantes más conspicuos del positivismo en los últimos años, han incurrido en explicaciones sobre el valor agregado del derecho. Para Raz el derecho, además de ahorrar o simplificar el razonamiento moral (sin sustituirlo y sin ser concluyente), mediante reglas que funcionan como razones excluyentes, cumple un rol de coordinación, evitando malos entendidos (Raz, 1991). Otros autores han propuesto que el derecho ayuda a realizar los planes de vida de los individuos (Shapiro, 2011).

Algunos autores sugieren o dan a entender que el derecho cumple una función epistémica, ayudándonos a conocer las reglas morales. De todas formas, sigue habiendo en estas propuestas la búsqueda de una originalidad del derecho que no deja espacio para tratar con mayor profundidad la posición neurálgica que ocupa el derecho en relación con la moral.

También es posible entender que el derecho cumple un rol relevante desde el punto de vista operativo, solucionando el impasse decisorio propio de sociedades democráticas y plurales que enfrentan desacuerdos morales profundos. Y más allá de la reivindicación de que determinados derechos se plasmen en textos de derecho positivo, con la consiguiente discusión de si se trata de un bastardeo de los derechos o un avance en la construcción de una sociedad más democrática, la discusión se entorpece mucho si no asumimos que la filosofía del derecho tiene que tomar muy en cuenta a la filosofía moral y que el afán de originalidad no debería traicionarnos a la hora de comprenderlo.

Quizás la respuesta más pertinente sea que, en estos casos de desacuerdos morales, donde el razonamiento moral o la razón práctica experimenta una restricción y nos enfrentamos a un impasse decisorio, el derecho ofrece, en tanto sistema normativo, de una respuesta normativa, que sin ser ella misma moral, no podemos afirmar que sea inmoral, porque no tenemos elementos convincentes para hacer dicha afirmación. En estos casos el derecho funciona como si fuera un sustituto de la razón práctica y de la moral, que sin dotarlo de una función de justificación original, hace que sea, de todas formas, una respuesta distinta al autointerés o a las reglas de prudencia, que lo ubicaría, sólo en estos casos, en una dimensión de justificación normativa diferente de la moral y de la prudencia.

Esta sería una función normativa del derecho subsidiaria y no principal, pero quizás justifique su individualidad, es decir que, experimentando ciertas restricciones, aun considerando exclusivamente la perspectiva del buen ciudadano, podemos necesitar al derecho además de a la moral.

### Bibliografía:

- ATIENZA, Manuel (1984). *La filosofía del derecho argentina actual*. Buenos Aires: Depalma.
- BAGNOLI, Carla (2022). *Ethical Constructivism*. Cambridge, Cambridge University Press.
- CHIASSONNI, Pierluigi (2017). *La tradición analítica en la filosofía del Derecho. De Bentham a Kelsen*. Lima: Palestra.
- ENOCH, David (2011). *Taking Morality Seriously. A Defence of Robust Realism*. Oxford: Oxford University Press.
- GARDNER John (2012). *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press.
- GREEN, Leslie (2009). "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*
- GUIBOURG, Ricardo (1996). "Entrevista a Roberto J. Vernengo". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, p. 437-458.
- HART, Herbert (1963). *El Concepto de Derecho* (trad. Genaro Carrió). Buenos Aires: Abeledo - Perrot,
- HORWICH, Paul (2010). *Truth - Meaning - Reality*. Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (2006). "El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, pp. 141-175.
- RAZ, Joseph (2009). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (1999). *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. New York: Oxford University Press.
- SCANLON, Thomas (1998). *What we Owe to Each Other*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- SEARLE, John (1995). *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.
- SHAPIRO, Scott (2013). *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- STREET, Sharon (2008). "Constructivism About Reasons". En SHAFER-LANDAU, Russ (ed.), *Oxford Studies in Metaethics* (vol. 3). Oxford: Clarendon Press.
- STREET, Sharon (2016). "Objectivity and Truth: you'd Better Rethink it". En SHAFER-LANDAU, Russ (ed.). *Oxford Studies in Metaethics* (vol. 11). Oxford: Clarendon Press.

- STREET, Sharon (2016). "Constructivism in Ethics and The Problem of Attachment and Loss". *Aristotelian Society Supplementary*, Vol. 90 (1), pp. 161-189.
- VERNENGO, Roberto (1976). *Curso de teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Coeditora de Derecho y Ciencias Sociales.
- VERNENGO, Roberto (1987). "Relativismo ético y justificaciones morales". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 4, pp. 247-255.
- VERNENGO, Roberto (1990). "Los derechos humanos como razones morales justificatorias". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 7, p.275-298.
- VERNENGO, Roberto (1991). "Normas morales y normas jurídicas". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 9, pp. 205-224.
- VERNENGO, Roberto (2012). "Homenaje de la Facultad al Profesor Emérito Roberto J. Vernengo", *Derecho al día*, Año XI, Edición 203, 8 de noviembre de 2012.

## Moral y Derecho en la filosofía analítica de Roberto Vernengo

Morality and Law in the analytical philosophy of Roberto Vernengo

Por Elina Ibarra

**Resumen:** Este artículo analiza un problema presente en numerosos trabajos de Roberto Vernengo, la relación entre Moral y Derecho. Su estudio del problema se caracteriza por su enfoque analítico de las estructuras lógicas y lingüísticas de los enunciados prescriptivos de los discursos morales y jurídicos. El objetivo es determinar el tipo de relaciones que puedan darse entre ambos órdenes. La presentación comienza por mostrar que la búsqueda de sostener una dependencia del Derecho a la Moral, obedece a pretensiones de intervención política, ya sea estatal o religiosa, en la esfera del sujeto moral. Esta postura es rechazada por el autor, al estar fundada en presupuestos metodológicamente problemáticos, cuando no, insuficientes. A los fines de mostrar la impertinencia de las relaciones de identidad y de sub-alternación atribuidas, retomo el análisis que sobre estos sistemas prescriptivos desarrolla en su *Curso de Teoría General del Derecho*. Este trabajo, pensado para las aulas, consiste en una de las lecciones más esclarecedoras sobre la distinción, en la que se concluye que se trata de una contingencia distinción. En sentido estricto ambos son mecanismos de control social. Los tópicos analizados son: los aspectos discernibles de los diferentes tipos de enunciados, los fines perseguidos por cada orden normativo y el carácter relativo y absoluto atribuido a los valores.

**Palabras clave:** moral; derecho; norma; ley; Roberto Vernengo.

**Abstract:** This article analyzes a problem present in numerous works by Roberto Vernengo, the relationship between Morals and Law. His study of the problem is characterized by his analytical approach to the logical and linguistic structures of the prescriptive statements of moral and legal discourses. The objective is to determine the type of relationships that can occur between both orders. The presentation begins by showing that the search to sustain a dependence on the Right to Morality, obeys claims of political intervention, whether state or religious, in the sphere of the moral subject. This position is rejected by the author, as it is based on methodologically problematic assumptions, when not, insufficient. In order to show the impertinence of the attributed identity and sub-alternation relations, I return to the analysis that he develops on these prescriptive systems in his Course on General Theory of Law. This work, designed for the classroom, consists of one of the most illuminating lessons on the distinction, in which it is concluded that it is a contingency, whose distinction, both in the strict sense, are mechanisms of social control. The topics analyzed are: the discernible aspects of the different types of statements, the ends pursued by each order and the relative and absolute character attributed to the values.

**Keys Words:** morality; law; norm; statues; Roberto Vernengo.



Fecha de recepción: 16/8/23

Fecha de aceptación: 3/9/23

## Moral y Derecho en la filosofía analítica de Roberto Vernengo

Por Elina Ibarra\*

### I. Introducción

El análisis realizado por Roberto Vernengo, en torno a la distinción entre moral y derecho, se enmarca dentro del programa científico del análisis filosófico, orientado a esclarecer las confusiones conceptuales y malos entendidos que dan lugar al planteo de falsos problemas. A los fines de esta investigación, en “Moral y Derecho: sus relaciones lógicas” (1988), señala que a lo largo de la historia es posible observar que estos códigos prescriptivos han sido considerados excluyentes en ciertas ocasiones, reconociéndolos como actividades diferentes. Tal y como ocurre en la cultura griega pre-estoica (Strauss, 2014, p. 140-143). Pero, recursivamente, en consonancia con climas políticos, se vuelve al debate que sostiene la existencia de relaciones entre ambas esferas, desdibujando incluso las distinciones más tajantes entre ellas. En ese trabajo Vernengo propone abordar el problema desde un punto de vista no especulativo, estilo preferido frecuentemente por la tradición filosófica que defiende el traslapamiento entre moral y derecho. El enfoque analítico hará posible el abordaje de las estructuras lógicas y lingüísticas que utilizan ambos códigos prescriptivos.

Una posible explicación histórica de la postura que sostiene la tajante diferencia entre estas dos esferas, requiere rastrear el problema partiendo de finales del siglo XVII, momento en el que la subjetividad humana se presentaba con cierta madurez. Entre el racionalismo cartesiano y el Siglo de las luces, nos encontramos en un contexto en el que se trataba de fundamentar un ámbito de acciones liberado de toda posible intromisión externa. De este modo, sobre las bases del sujeto moderno —*res cogitans*— y la atribución de la capacidad fundamental de tomar decisiones de modo autónomo, se va delineando el sujeto moral. La prerrogativa de concebir un fuero interno, al que será destinada la moral,

---

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Universidad de Buenos Aires (UBA).  
ORCID: 0000-0002-3852-0832. Correo electrónico: elina.ibarra@gmail.com



pensado como un territorio exclusivo de la razón, debía estar protegido de toda intervención de cualquier autoridad en general, pero de la autoridad del Estado en particular (Vernengo, 1988, p. 222).

Esta preocupación es la que motiva a Thomasius, en Sajonia, a afirmar la independencia del sujeto moral y, cuestionar la pretensión de todo tipo de injerencia reguladora por parte de autoridades externas, erigidas en instituciones, ya fueran seculares o bien representantes del poder espiritual de alguna iglesia. Dichas limitaciones a su poder no fueron bien recibidas por las instituciones, tanto religiosas como profanas. Esta es una de las fuentes de las formulaciones modernas que distinguen entre las esferas de lo privado y lo público. Sin embargo, señala Vernengo, ni iglesias ni Estados renunciaron a pretender competencia para dirimir en todo tipo de cuestiones morales (Vernengo, 1988, p. 222). En el caso específico del Estado moderno, declarados soberanos en el fuero externo, mediante el uso de la fuerza física, tampoco cejaron en intervenir en lo que considerasen, casos de “moral pública”: casos en los que las acciones e ideas podían representar un peligro para el orden vigente.

Durante el siglo XIX, la ingeniería política desarrolla estrategias institucionales que contribuyeran a fortalecer la esfera de la sociedad civil, como el ámbito de los intereses individuales, auto-regulados por el sujeto moral. De este modo se buscaba limitar las intervenciones estatales en los asuntos privados. Pero, en su intrínseco carácter expansivo, la lógica de Estado fue desplegando progresivamente la fuerza pública. Actividades económicas, culturales, educativas y sanitarias fueron quedando como áreas de incumbencia estatal sensiblemente ampliadas.

Esta tensión se mantuvo en un *in crescendo* hasta que logra cierto predominio a mediados del siglo XX, impulsado y sostenido por corrientes político-jurídicas cercanas al positivismo ideológico. Entonces nuevamente, la conciencia particular de cada uno, dejaba de ser un asunto privado: volvía a decirse que moral y derecho no son cosas tan distintas, con el agravante de sostener que es posible obtener criterios morales objetivos que puedan servir de pauta para evaluar la corrección de los derechos positivos. De este modo, el sujeto moral lograría afirmar su autonomía, frente a la hetero-normatividad del Estado y de la política, lo que representaría la imagen inversa a la propuesta por Thomasius. Es

como si hubiésemos retrocedido en el tiempo, ya que cabe recordar que el contexto de la polémica del filósofo de Dresden era contra el imperio del Estado Absolutista, que actuaba en consonancia con la Iglesia Católica. Estas instituciones sujetan a derecho las conductas externas, los movimientos perceptibles de los cuerpos en el espacio, que se manifiestan en comportamientos, ritos y ceremoniales; mientras que la esfera de las intenciones, del pensamiento, queda librado a su conciencia (Vernengo, 1988, p. 223).

## II. Planteo del problema

El problema puede ser planteado en el siguiente interrogante: ¿cuál es el tipo de relación existente entre la moral y el derecho? Aunque podríamos ponerla en suspenso, para comenzar por responder otra pregunta que puede derivarse de la anterior, y es quizá más elemental, en términos metodológicos: ¿esta relación sería expresa o tácita? En tal caso, veamos qué es posible observar frente a un enunciado normativo del tipo “El comprador debe pagar el precio”. Veremos que en su función prescriptiva primaria tiene un alcance impreciso. No sería posible decidir si se está haciendo referencia a una obligación moral o a una obligación jurídica.

Esto es así porque las expresiones enunciadas aisladamente, no nos dan elementos suficientes para poder establecer su relación de pertenencia a un sistema. En estas circunstancias, suele hablarse del “problema de la diferenciación”: se presenta cuando frente a un conjunto de proposiciones de carácter deóntico, nos interesa saber si estas han sido establecidas por órganos legisladores autorizados, por la tradición moral comunitaria o por algún credo religioso.

Vernengo señala que la incertidumbre podría estar motivada por la presencia de normas que resultan incompatibles, es decir, que una norma obliga a una acción que la otra norma prohíbe. Entonces es cuando se vuelve necesario establecer las diferencias entre un orden moral y un orden jurídico. Esto significa que el problema hace su aparición cuando la distinción tiene diferentes consecuencias prácticas en la apreciación social o valorativa de la conducta (Vernengo, 1995, p. 136).

En el caso de las normas jurídicas, los criterios de pertenencia, del que es extensivo el de validez o de reconocimiento, consisten en la remisión de esas normas a otras normas superiores u a órganos creadores de normas, a su vez autorizados por otras normas, que regulan las condiciones de creación de normas. Pero este conflicto no puede ser resuelto sosteniendo que el enunciado es jurídico porque pertenece a un sistema jurídico. Una respuesta semejante nos llevaría a incurrir en una petición de principio, al trasladar la pregunta a los criterios que permiten diferenciar un sistema normativo del otro. En el caso del enunciado moral, los criterios de lo jurídico le son ajenos, ya que la fundamentación de las normas morales tiene carácter autónomo. Por lo que tenemos un punto en el que basarnos para negar la identificación entre una norma jurídica y una norma moral, más allá de la aparente identidad, difieren esencialmente.

### III. Aspectos no discernibles

Por lo pronto, hay que establecer que las normas morales y las normas jurídicas no difieren ni por su aspecto gramatical, ni por sus formas lógicas, ni por las modalidades deónticas que utilizan. La distinción no es formal, ni lingüística. Este tipo de distinciones, son externas, y sólo resultan de remitirlos a sistemas que ya han sido clasificados como morales o jurídicos (como se señaló en el apartado anterior, incurre en una petición de principio).

No sólo el aspecto lógico-gramatical externo no es indicador suficiente del sistema al que una norma pertenezca, sino que tampoco podríamos establecer su distinción como moral o jurídica por el contenido o materia que ella regula. En otros términos: ni el contenido, ni el carácter deóntico (esto es: si obliga, prohíbe o permite), ni los demás elementos constitutivos de un enunciado normativo, son útiles al momento de establecer una diferencia contundente. Es más, estos pueden ser idénticos en la norma moral y en la norma jurídica. En muchos casos no es posible distinguirlas (aisladas), en otros son discernibles sólo en grados, sin que por ello se vuelvan excluyentes.

La clasificación de las normas como morales o jurídicas es una técnica destinada a resolver cuestiones referentes a la pretendida fuerza obligatoria de normas invocadas en

una situación o caso. Sin embargo, el problema muchas veces es planteado desde el pensamiento metafísico, que busca derivar fuerza obligatoria de “normas invocadas”, como si se tratara de una distinción de carácter objetivo o sustancial. Y en este enfoque reside gran parte del problema (Vernengo, 1995, p. 137).

#### IV. Criterios de distinción

El criterio que posibilitaría diferenciar entre ambos órdenes, resultaría de los distintos procedimientos de creación y de los diversos modos de utilizarlos como técnica de motivación o regulación de las conductas.

Por una parte, el desarrollo en el siglo XX de las teorías positivistas del derecho, han desarrollado pautas para identificar las reglas de formación de las normas jurídicas: la *Geltungsbereich* de Kelsen guía el análisis y reconstrucción del material prescriptivo producido por el legislador. En cambio, los iusnaturalistas, tanto moralistas como filósofos, no han dado criterios claros que hagan posible diferenciar los enunciados morales bien formados (es decir, con sentido) de los enunciados moralmente insignificantes (Vernengo, 1988, p. 224).

Entonces, de esta distinción se deduce que las normas jurídicas serían creadas por la voluntad de algún ser humano y servirían para provocar conductas externas, pasibles de ser observadas. En cambio, no sucedería lo mismo con las normas morales. Las normas de un derecho positivo, de un orden jurídico moderno, secular —por ejemplo como el argentino— son un producto histórico y contingente de la actividad política de sus legisladores, llevada a cabo orgánicamente (es decir, dentro del marco de normas que los autorizan a crear normas). Las coordenadas espacio-temporales dentro de las cuales se desarrolla la actividad de creación de normas es condición necesaria para su reconocimiento como tales. Además, para ser normas bien formadas han de contemplar los cuatro aspectos: la validez temporal o su tiempo de vigencia; la validez espacial o área de aplicación; la validez material o las conductas que regula; y, la validez personal o las personas jurídicas a quienes se aplican (Kelsen, 2011, p. 26-29).

No se nos ocurre pensar que el derecho argentino tenga existencia independiente de una concreta actividad legislativa. Por lo que queda descartado, por carecer de fundamentos que lo avalen que el origen de las normas haya tenido lugar como emanaciones de alguna divinidad establecida desde el principio de los tiempos. Como así también, queda descartada la posibilidad de que ciertos preceptos valgan como normas necesarias impuestas por la razón o por la naturaleza, basándose en una supuesta auto-evidencia.

Las normas jurídicas son el resultado del artificio humano. Su creación tiene como propósito que sean socialmente aplicadas. Esto implica que las normas jurídicas positivas (puede decirse, al borde de la redundancia) son el resultado del quehacer de una actividad humana específica. Estas no han sido dadas desde la creación hasta el fin de los tiempos, ni son deducibles de alguna realidad preexistente, ni trascendente.

La moral, en cambio, se identifica con un conjunto de valores sustanciales, expresados en principios y preceptos. Los principios morales o reglas no valen por el mecanismo o el procedimiento a través del cual hayan sido establecidos. De este modo, en comparación con el orden jurídico, la esfera de la moral aparece como un conjunto indefinido en su composición. En cuanto a su tiempo de existencia, suele tener una temporalidad difusa, o bien, son calificadas de eternas. En relación a su origen, puede ser atribuido a alguna voluntad divina o también puede corresponder a la postulación de algún *a priori* de la razón. En ambos casos, se predicará de ellas el carácter de necesarias, evidentes e inmutables.

“El legislador jurídico inventa la norma que promulga; el legislador moral en cambio nos parece que sólo descubriría principios que se han mantenido latentes hasta ese momento” (Vernengo, 1995, p. 138). Por esta razón es que tampoco tiene sentido pretender predicar verdad de los enunciados normativos del derecho, porque carecen de referencia semántica con la que establecer una correspondencia. A diferencia de los códigos morales que siempre aparecen encarnando la verdad misma. Su mecanismo de corroboración suele ser circular: es inculcado a los miembros de un sistema social mediante los procesos de socialización, y luego se pretende confirmar su verdad en esa misma realidad constituida a partir de los valores proyectados.

## V. El modelo kantiano

Es una teoría filosófica que ha marcado tendencia en Occidente, y que considera que las normas morales son las que el sujeto racional se dicta para sí mismo: como un auto-legislador, por lo que estas normas son de producción autónoma. Esto es posible porque la razón dispone de la capacidad de establecer la corrección de una acción, a través de una estructura formal llamado imperativo categórico. Esta fórmula sostiene que: una acción es moralmente correcta si y sólo si puedo concebirla como ley universal, es decir, si no me comporto como una excepción a la ley. Sólo si esta puede llegar a sostenerse racionalmente como un deber universal, mi acción será válida y, por lo tanto, obligatoria. Vernengo califica este razonamiento de “perogrullada”, dada su circularidad autorreferencial: “una norma sería moral en tanto y en cuanto su fuerza obligatoria aparece al admitir el sujeto a la que es aplicable que esa fuerza obligatoria existe” (Vernengo, 1995, p. 138).

La moral kantiana, que se estructura a partir de un *a priori* de la razón, es una ética de intenciones, en la que la corrección de las acciones no depende de cómo resulten *a posteriori*. Es una ética del deber que cumple con las obligaciones que extraen su validez, valor o fuerza del “fuero interno”, por auto-imposición del propio sujeto obligado.

La diferencia con las normas jurídicas es notoria: estas serían las impuestas a los sujetos por un órgano legislador externo; la obligatoriedad de tales preceptos no proviene de ser el sujeto obligado el propio autor de la norma, sino porque estas son impuestas por una autoridad externa. La hetero-normatividad es la modalidad de existencia de las normas jurídicas, porque son estatuidas por alguien distinto al sujeto de la obligación.

En el breve artículo llamado “Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía” (1993), Kant fundamenta la prohibición de mentir, en base a un razonamiento que vuelve insostenible la posibilidad de que mentir pueda volverse una acción lícita moralmente. Una universalización semejante de la mentira nos llevaría a contradicciones que anularían el sentido de hablar siquiera. Por otro lado, estaría vulnerando el derecho del interlocutor a ser tratado como un ser racional, por lo que no merece menos que mi compromiso con la veracidad. Si le mintiera estaría tratándolo como un medio y no como un fin en sí mismo. Por ello el deber moral de no mentir es incondicionado, es decir, *a priori*, la fuente de la

que emana esta norma es el propio sujeto. Es la propia conciencia la que produce la norma moral autónoma y es el mismo sujeto el que debe acatarla por considerar que su propia conciencia del deber lo obliga en todos los casos a no mentir: “En moral, el sujeto es su propio legislador y su propio juez” (Vernengo, 1995, p. 139).

Cabe señalar que, por más que haya una gran semejanza entre la norma moral y la norma jurídica, sería falso sostener que exista siempre la posibilidad de fundar una norma jurídica en su equivalente moral. Esta distinción se vuelve evidente porque en la gran mayoría de los regímenes jurídicos se admiten como facultativas conductas que generalmente en los códigos morales se consideran inmorales. Como sucede, por ejemplo con la acción de mentir o de ocultar información podría llegar a ser una acción jurídicamente indiferente (Vernengo, 1988, p. 225). Pero también puede estar prohibido, como sucede con los testigos, que tienen prohibido mentir en sus declaraciones, bajo la amenaza de ser sancionados penalmente por “falso testimonio”. Como vemos, las normas jurídicas no son enteramente auto-legisladas, dado que su validez deviene del hecho de haber sido creada (puesta) por un legislador, una persona distinta al sujeto de la obligación.

Además, hay otra diferencia en relación con el conocimiento de las normas. Resultaría raro sostener que alguien pueda estar obligado moralmente por una norma que no conoce. Si se trata de un imperativo moral que obliga subjetivamente, este al menos debería ser un contenido de conciencia. Si esta norma no forma parte del fuero interno no podría obligar en absoluto. En cambio, no sucede lo mismo con las normas jurídicas, pues éstas obligan, aunque no hayan ingresado en la conciencia del obligado. Y, en relación con el desconocimiento de los componentes de un sistema normativo, este es irrelevante: *ignorantia iuris non scusat*.

Entonces, en relación con las concepciones morales deontológicas que componen la tradición de pensamiento kantiana, podríamos afirmar que puede trazarse una distinción que remite al criterio de quien sea el órgano legislador en cada caso. Para las éticas del deber o formalistas, la fuente productora de ley es el mismo sujeto que crea y que la aplica. El presupuesto es que las normas morales pueden ser deducidas, concebidas o conocidas mediante el uso de la razón. En cambio, en relación con las normas del derecho positivo,

no necesariamente deben corresponderse con los contenidos de la razón de los individuos. Y, fundamentalmente requieren como condición excluyente de un procedimiento externo de creación que esté regulado para valer como leyes.

## VI. Sobre el ámbito de lo moral

Si tuviéramos que definir a la moral, a grandes rasgos, podríamos decir que consiste en un conjunto de normas y principios que representan un ideal de bien o de felicidad, y se expresan a través de hábitos y costumbres. Caracterizada de esta manera las normas morales están dirigidas, inicialmente a la conciencia de los sujetos. La moral establece parámetros valorativos que servirían para juzgar las intenciones de los sujetos actuantes. En sentido estricto no regula la conducta externa, sino que rige o atañe a la conciencia. Entonces, al momento de establecer la corrección moral de una acción, habría que tener en consideración las intenciones del agente al llevarla a cabo.

Diremos que la acción es moralmente buena si la intención es buena. En consecuencia, la bondad de las acciones no es predicable de ellas, en sentido estricto, sino de las intenciones, de los principios que la inspiren. Una comprensión semejante de la corrección moral se desentiende de las consecuencias o posibles resultados de las acciones. En las circunstancias en las que alguien ocasiona un daño, la moral lo considerará excusable si en realidad su intención no era la de dañar, y este resulta de modo no deseado o involuntario. Queda así liberado de la responsabilidad moral.

Así también, como lo que importa son las intenciones de la acción, y no lo que de ella resulta, la bondad del resultado no es elemento suficiente para calificar como moralmente correcto al sujeto autor: por ej. Si alguien está en peligro (de quien se sabe que se trata de una persona acaudalada), y otra persona lo auxilia asegurándose previamente de recibir una recompensa monetaria, aún en el caso que finalmente lo salve, su acción no tendrá mérito moral.

Esto es así porque la acción humana es considerada, no como condición suficiente de los cambios en el mundo, sino que, como una condición necesaria, parece claro que no puede juzgarse el comportamiento de las personas por los resultados, ya que estos no



dependen exclusivamente de sus acciones, sino de un sinnúmero de elementos contingentes, algunos predecibles, pero otros pueden ser muy difícil de anticipar. Por ello, los planos de corrección tienen que limitarse a que la acción haya sido el resultado de una voluntad libre porque, si bien esta es condición necesaria para un cambio externo, no es condición suficiente para el mismo. Lo que se juzga, entonces, es la decisión, el querer, el carácter volitivo por el cual se resuelve cumplir con los imperativos autoimpuestos, y esto sólo es atribuible a la conciencia del sujeto moral (Vernengo, 1995, p. 140).

En principio, hablar de voluntad en el sentido de “tener la intención” de “querer hacer”, no significa el hecho mismo. Esta dimensión de la acción es de difícil análisis, ya que no se expresa sino a través del lenguaje, pero su condición no reviste materialidad sino hasta que se lleva a cabo. Se produce entonces el siguiente problema: como la voluntad no puede manifestarse sino a través de la acción, esta no puede ser juzgada sino una vez que actúa, pero las consecuencias de la acción no tienen relevancia al momento de juzgar la intención de la voluntad. La voluntad es siempre previa a la acción, por lo tanto, al no haberse realizado, en tanto sólo “voluntad”, no puede ser juzgada antes de ser. Es un mero “querer”, y por lo tanto, queda reducida a un puro estado de potencia. En consonancia con el problema de la voluntad, está el problema de la libertad: las acciones han de ser llevadas a cabo libremente, significa que el único motivo debe ser la razón y no los sentimientos o afecciones, que Kant llama “inclinaciones”. También estas son subjetivas por lo que cabe sólo al sujeto moral saber sobre cuáles han sido los principios de su conducta. Esto trae como consecuencia, algunos problemas teóricos, que podrían ser superados si entenderamos que esa libertad no debe ser entendida en términos sustanciales o materiales, sino como una condición de posibilidad formal para la acción.

De todos modos, hablar de “intención”, “voluntad”, “fuero interno” o “íntimo”, “querer libre” implica referirnos a estados de conciencia, que no resultan ser susceptibles de verificación empírica, al menos no de manera directa ni intersubjetivamente. Y, lo que es política y jurídicamente más importante, tampoco son susceptibles de establecer una metodología que garantice un control social eficaz de las conductas y sus intenciones.

## VII. Sobre el ámbito de lo legal

Los sistemas normativos jurídicos, a diferencia del sistema moral, están compuestos por normas que servirían para juzgar los comportamientos externos, observables, perceptibles y, por tanto, juzgables. Son su objeto, las acciones socialmente relevantes, las que están dirigidas a otros sujetos o a sus bienes. Las intenciones íntimas, en tanto fenómenos externos sólo podrían ser considerados, como atribuciones hipotéticas basadas en las acciones intersubjetivamente observables. Las conductas, son acciones sociales expresadas a través de fenómenos externos de movimientos físicos, tanto corporales de los sujetos, o, de estos manipulando los cuerpos de las cosas. El ámbito de la exterioridad es el que le corresponde regular al derecho de las normas jurídicas, dejando de lado el control de los movimientos íntimos de la conciencia, dado que el fuero interno es propio de la moral.

Por esta razón, “el fuero íntimo no debe ser sometido al control social” (1995, p. 140). Vernengo aclara que esta afirmación está lejos de ser una constatación, es más bien un precepto (orden o mandato impuesto por una autoridad). En principio, difícilmente podría estarlo por su inaccesibilidad que la vuelve imposible de constatar sus contenidos. Sostiene, además, que el control social —que es otro modo de nombrar al poder— sólo debería ser ejercido sobre las acciones externas. Su capacidad verificacionista está limitada a las características de la base empírica, más allá de las intenciones que hayan motivado los actos analizados.

Como ejemplo, el autor propone el caso del deudor que paga regularmente las cuotas de su hipoteca que, aunque no prefiera hacerlo o lo angustie utilizar su dinero en ello, ha cumplido con la obligación jurídica. El acto externo de pagar puntualmente es suficiente para cumplir con la normativa en torno a los préstamos. En este sentido, en el derecho no habría hipocresía, porque a su regulación sólo le incumbe la esfera de lo observable intersubjetivamente y por lo tanto, constatable. En cambio, en relación con el cumplimiento de los deberes morales es necesario considerar la concordancia entre un fuero y otro. Esto es así, porque para juzgar la corrección de las acciones morales no alcanza con la observación de las acciones externas, ya que no se consideran suficientes: sería el caso de una

actitud del hipócrita, que conjuga malas intenciones con acciones intersubjetivamente aprobables.

Entonces, hasta aquí podemos distinguir moral y derecho a partir de dos criterios tradicionales:

Atañe a la producción y aceptación de las normas, por lo que para esta concepción el derecho sería un orden normativo heterónimo. El derecho es impuesto externamente por una autoridad positiva, y sólo atañe externamente, pues la mayor o menor internalización de una norma jurídica positiva (lo que para Vernengo es una redundancia) al punto de que el sujeto la asuma en conciencia, es irrelevante para el juzgamiento de su comportamiento.

La regulación moral es un orden regulador de la conducta interna: el acto externo es moralmente irrelevante, puesto que cuenta la intención y no la ejecución.

Las siguientes distinciones entre heteronomía y autonomía, entre fuero externo e interno, son distinciones de carácter formal, porque nada dicen de los contenidos que deban tener o excluir tanto la moral, como el derecho. La tradición (el iusnaturalismo de corte escolástico, por ejemplo, el pensamiento de Tomás de Aquino) considera que es necesario que el orden jurídico cuente con cierta calificación deóntica: tal que si consideramos naturalmente injusta la compraventa de seres humanos, el derecho positivo no puede menos que regular como prohibida la esclavitud. Para esta teoría las normas morales y las normas jurídicas no regularían ámbitos de comportamiento independientes, ni se confundirían, sino que se encontrarían en una relación necesaria de sub-alternación: el derecho estaría subordinado a la moral y sería insoportable admitir una norma jurídica contraria a la moral. Entonces, una norma jurídica sólo sería válida si no contradice al derecho natural. Vernengo señala que, en sentido estricto no cabe hablar del derecho natural como si fuera un conjunto de normas morales, sino que más bien se trata de principios valorativos, expresados como pautas de comportamiento, las que requieren ser interpretadas a la luz de criterios ontológicos. Lo incongruente de la formulación de esta relación es que el derecho positivo subalterno, por silogismo deductivo, tendría que ser aceptado como existente (es decir, válido) dado que la validez le vendría del derecho natural, cuya validez está postulada como autoevidente, esto es *a priori*, dada la supremacía ontológica que lo

ha creado (la divinidad o alguna característica esencial del ser humano). Sin embargo, esto no es admitido: el derecho positivo depende del acto empírico de promulgación por alguna autoridad. Limitación que contradice la relación de sub-alternación entre conjuntos (Vernengo, 1988, p. 226).

### VIII. Sobre el valor

Otra forma de caracterizar a las normas morales es indicando que la acción que prescribe es valiosa de por sí, y no lo es en tanto medio para un fin. Aquí puede observarse la deuda con el deontologismo kantiano, en tanto si es “valiosa en sí” es un “fin en sí misma” es porque ella vale independientemente de los resultados y de los contextos o de los intereses coyunturales. Si su valor es en tanto “medio” significa que es “sierva” de intereses que están más allá de ella misma, sirve a otros fines, por lo tanto, se ve reducida a medio-instrumento, por lo que su valor se degrada.

En contraposición, se sostiene que las normas jurídicas prescriben ciertas conductas sólo como medio eficaz para determinados fines. El ejemplo que nos propone Vernengo es el de la norma que dice “No matar” (prohibido matar) será identificada como una norma moral, si es que se considera valiosa en sí y por sí. En cambio, sería considerada una norma jurídica si se diera el caso en que “No matar” fuera el antecedente de un enunciado condicional, cuyo consecuente expresara el deseo de evitar ser sancionado por los tribunales. En tal caso, podría traducirse la norma jurídica a la estructura de un enunciado anankástico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Los enunciados anankásticos son aquellas proposiciones que indican bajo qué condiciones se logran determinados resultados. En sentido estricto no son proposiciones normativas, ni explicativas, pero tienen un fuerte componente descriptivo: “If I run, the dog may attack me. Therefore, if I want to escape being attacked by the barking dog I must not run. Here the technical norm –or the underlying anankástica proposition – explains why the hypothetical prescription was given to me. But this connexion is accidental, not essential. Neither the technical norm nor the anankástica relationship is (logically) presupposed in the giving of the hypothetical norm (prescription)” (Von Wright, 1963, p.11). [Si corro, el perro puede atacarme. Por lo tanto, si quiero escapar de ser atacado por el perro que ladra, no debo correr. Aquí la norma técnica –o la proposición anankástica subyacente– explica por qué se me dio la prescripción hipotética. Pero esta conexión es accidental, no esencial. Ni la norma técnica ni la relación anankástica se presuponen (lógicamente) en la presentación de la norma hipotética (prescripción)].

Aquí cabe la aclaración de qué es lo que estamos nombrando cuando hablamos de valor. En un sentido elemental, el valor resulta de la atribución de relevancia a un estado de cosas del mundo, ya sean acciones, objetos, entidades, etc. Definidos de esta manera, los valores no son más que el resultado de las apreciaciones subjetivas que se inclinan hacia determinados fines.

Pero también hay quienes piensan que las cosas tienen o no tienen un valor (como una cualidad intrínseca a su existencia), del mismo modo que tienen propiedades tales como la extensión o el peso (que son propiedades constitutivas). Es decir, que los valores serían propiedades objetivas de las cosas, que están en las cosas y, por lo tanto, independientes de los sujetos valorantes. Entonces los valores pueden ser caracterizados como propiedades o cualidades de estados del mundo, que admiten polaridad y gradación: lo más valioso es bueno, lo disvalioso es malo. Y estos valores, en tanto observables, serían mensurables entre sí, a partir de los cuales podría derivarse una clasificación de acuerdo a su jerarquía.

Para mostrarnos que también las normas son valoradas, ya sean estas morales o jurídicas, Vernengo nos propone los siguientes ejemplos: la norma de Licurgo que obligaba a dar muerte a los recién nacidos, era considerada inhumana; una modificación de la legislación fiscal que aumentaba las tasas, era calificada de insoportable por los aportantes; la legislación racista de los nazis era injusta; la moral rígida de los puritanos nos parece rígida; los principios éticos del hedonista son antisociales, etc. Incluso afirma que no podríamos encontrar una gran cantidad de principios morales, que no dudaríamos en calificar de éticamente inaceptables en conciencia o bien, impracticables de hecho.

## **IX. Sobre lo absoluto**

Se sostiene también que las normas morales presuponen valores absolutos (es decir, valores en sí y como fines en sí mismos). Entendemos por “valor absoluto” a aquello cuya valía es independientemente de las consideraciones de los sujetos y de los condicionamientos de tiempo y espacio.

En contraposición, las normas jurídicas, presuponen valores relativos (valores como medios). Esto significa que consideran que los valores son propiedades de las cosas relativas al sujeto que las experimenta, como resultado de un acto de percepción. No porque el valor sea algo propio de las cosas o perceptibles en ellas, sino como experiencia de apreciación subjetiva, como el gusto. A partir de lo cual puede organizar sus decisiones de acuerdo a escalas de preferencias, pero estas serán siempre relativas al sujeto de la experiencia perceptiva.

Sólo aquellos valores relativos que son comunes a muchos sujetos (potencialmente a todos) valdrían intersubjetivamente. Este tipo de apreciaciones, implican propiedades que no siempre son susceptibles de ser verificadas de forma empírica directa. Es decir que no serían propiedades reales en sentido estricto: la excelencia estética de un cuadro o de un cuarteto de cuerdas, no es empíricamente comprobable mediante el examen de la tela o los pigmentos, o tiempo de vibraciones del aire producido por las cuerdas. Tienen, como condición necesaria la materia, ya que los sonidos y la vibración de onda del color son producidos por ella. La belleza no tiene existencia independiente de la materia, es más bien la experiencia receptiva de los datos de los sentidos. La belleza del cuadro o la sonata no aparece si el sujeto no dispone de la capacidad de disfrutar, de apreciar sensiblemente (esto es, a través de los sentidos) la obra. Por lo que la atribución de un valor sería resultado de una conjunción de condiciones absolutamente contingentes. Borges dice: “La rosa es sin por qué (...) El arte sucede” (Borges, 1985, p. 7).

Solamente podríamos aceptar que existen valores absolutos, si fuera imposible que nos negáramos a reconocer directamente como válidas las normas morales que los expresan o los suponen. Es decir que, si tuvieran esa condición, no podrían ser negados, aunque quisiéramos, se nos impondría su verdad autoevidente. Su obligación no podría ser puesta en duda, dado el carácter ontológico de su existencia. Para una concepción de los valores absolutos, si estos fueran negados, es porque se está ante una subjetividad pervertida. Tales normas serían comprendidas y aceptadas con el solo acto de ser vistas o pensadas. Tal experiencia subjetiva bastaría para que el sujeto tuviera conciencia simultánea o inmediata de su obligatoriedad.

Lamentablemente, sostener este tipo de tesis podría derivar en justificaciones de ciertos regímenes políticos absolutistas, cuando no, autoritarios. Imaginemos la posibilidad siquiera de que en efecto, tengan los sujetos la capacidad de captar con su intelecto la necesidad de respetar ciertas normas que prescriben algo que es en sí absolutamente valioso. Esto tendría como resultado la más completa uniformidad en las conductas, sin márgenes de disidencia o cuestionamiento.

Asumir la relatividad de los valores expresada en las normas jurídicas, no implica pretender que la norma positiva instaurada por un determinado órgano legislativo, situado espacio-temporalmente, es decir, histórico tenga tales prerrogativas. El hecho de que paguemos los impuestos se debe, en algunos casos, porque queremos evitar las sanciones que consideramos negativas; y no porque me siento que la obligación de pagarlos tenga un valor intrínseco y absolutamente trascendente. Sino más bien, se trata de un razonamiento, cuya valoración resulta de una apreciación relativa a circunstancias contingentes. A su vez, la autoridad fiscal me constreñirá a pagarlos para abastecer de fondos a la administración del Estado y así cumplir las funciones que considera buenas.

Vernengo considera que el problema de los valores podría ser encarado en forma mucho más modesta y sensata. Sería el caso en el que fueran admitidos como pautas culturales o como pautas psicológicas rectoras de las conductas. O bien, si fueran considerados prescindiendo de incurrir en la creación de supuestos dominios ontológicos improbables ni atestiguables. O también, analizarlos sin que se les atribuya una realidad *sui generis* a las propiedades valoradas. Sería prudente hablar de “pautas valorativas” y no de valores como objetos de un dominio ontológico propio.

Es muy probable que, los valores que nos parecen irrenunciables o incuestionables, hayan sido impuestos en los procesos de socialización primaria y por eso forman parte de la conciencia del grupo de pertenencia. Entonces, al ser constitutivos de la identidad, los sujetos sienten que no pueden dejar de reconocer.

## X. Reflexiones finales

Los comportamientos sociales (todos aquellos que no sean estrictamente biológicos) se dan siempre en el marco de sistemas reguladores de conductas. Es decir que la sociedad, como sistema de convivencia, tiene como condición de posibilidad motivar directa o indirectamente las conductas. Entonces la convivencia de los sujetos se desarrolla, se despliega dentro de los límites de lo considerado normal para esa sociedad, y por lo tanto no requiere de motivaciones especiales, ni de refuerzos para constreñirse a cumplirla en gran medida. La mayor parte de las acciones en los sistemas sociales son normalmente cumplidas sin conciencia subjetiva del carácter obligatorio resultante de las convenciones. Estas se perciben como problemas sólo cuando aparecen situaciones disfuncionales, ante las que puede llegar a ser necesario hacer expresa la norma que denote las valoraciones que son consideradas predominantes para el grupo de pertenencia.

Entonces, la distinción entre normas jurídicas y morales, no puede efectuarse ni por el aspecto gramatical ni por la forma lógica. Tal distinción sólo tiene interés en tanto y en cuanto pueda llegar a producirse un conflicto entre una valoración absoluta (presupuesta por las normas morales y el marco ideológico que la fundamenta) y las valoraciones relativas que implican las normas jurídicas positivas.

Vernengo utiliza la expresión “como pez en el agua” para referirse a este estado en el que nuestras conductas se desarrollan dentro de lo previsto, de modo irreflexivo y acrítico. Ya que las conductas ya son el resultado de pautas de comportamiento introyectadas, por lo que generalmente nos comportamos de manera espontánea. Y sólo en casos de conflicto, de contraposición entre diferentes consecuencias prácticas de nuestras decisiones, es cuando aparecen las preguntas: ¿qué hacer? ¿qué normativa seguir? Entonces es cuando comenzamos a indagar en los fundamentos de nuestras valoraciones. En nuestra cotidianeidad no estamos preguntándonos si matar está bien o mal, sencillamente no matamos. Pero sí se nos plantea un problema cuando nos encontramos frente a un agresor o el pedido del enfermo. Estas circunstancias nos llevan a la necesidad de distinguir entre marcos de referencia morales y marcos de referencia legales.



El autor resalta que las distinciones teóricas o filosóficas son en buena medida irrelevantes, en lo que hace a la función de control social que tanto el uno como el otro sistema puedan cumplir en las sociedades políticas (Vernengo, 1995, p. 146). En última instancia, tal y como intentó mostrar el autor, la distinción entre un orden normativo moral y un orden normativo jurídico es, una distinción contingente<sup>2</sup>.

### **Excursus: Una anécdota es más que un homenaje**

Cuando en noviembre de 2022 fui invitada a participar de un Homenaje a Roberto Vernengo, pensé que esta era la oportunidad para poder hablar, no sólo de su obra como filósofo, sino también de su rol como profesor. Lo conocí personalmente entre el 2012 y el 2013, mientras cursaba la Maestría en Filosofía del Derecho, en la que Vernengo daba clases. Hasta entonces, sólo había tenido acceso a una especie de anecdotario en el que se apreciaba su ironía, se subrayaba su genial desparpajo y sentido del humor, pero especialmente, se ponderaba su capacidad y recorrido intelectual: que había conocido y tomado cursos con Martin Heidegger, que discutía con von Wrigth, que estudió con Ortega y Gasset, también con Merleau Ponty, que había leído a Husserl a Sartre, y que había traducido a Walter Benjamin. Esa apertura mental sin límites se evidenciaba en sus clases, que generaba en quienes lo escuchábamos una mezcla de intimidación y de admiración. Sus clases eran a la vez sobre historia, lógica, filosofía, estética, literatura... y de música: su gran pasión.

Aquí es donde quiero contar mi anécdota, la que llamaría “De cuando Vernengo me enseñó qué es el relativismo con dos palabras”. Como ya se había hecho conocida su melomanía, en sus clases habíamos tenido alguna discusión sobre la influencia de la tragedia griega en la ópera. Recuerdo que una vez le dije que era imposible ganarle una discusión, porque: o bien, tenía razones de peso; o bien, tenía muy buenos argumentos retóricos; o

---

<sup>2</sup> Hasta aquí he intentado reproducir la lección N°3.2 del *Curso de Teoría General del Derecho* (1995). Todo lo que haya sido confuso es mi completa responsabilidad. Todo lo que haya sido comprendido y aclarado es mérito exclusivo del maestro Roberto Vernengo.

bien, te ganaba por cansancio. Resignada a perder en la confrontación cara a cara, decidí continuar el debate en la monografía con la que se evaluaba el curso.

La tarea consistía en diseñar un sistema normativo, con todas sus reglas y propiedades. Entonces construí un sistema de normas en base a una escala de preferencias sobre la Trilogía Maestra de Giuseppe Verdi —*La traviata*, *Rigoletto* e *Il trovatore*— y en él retomaba algunos de nuestros debates de las clases. Quedé muy conforme con el diseño final de mi trabajo. Pero resulta que, al enviarlo, equivoqué el documento y le envié una versión anterior, es decir, le envié un borrador. Al otro día advertí el error, pero fue demasiado tarde. Vernengo ya había leído el escrito, propio de su avidez y, en particular, me gusta pensar que estaba esperando mi trabajo, porque quizá sospechaba que no me daría por vencida y que aprovecharía la monografía para insistir en mi postura.

La calificación final fue un 7 (siete). Había aprobado el curso, pero yo no estaba conforme. Sentía frustrada, no sólo por una calificación elemental, sino también por la intención fallida de continuar la discusión, y eventualmente, mostrar mi punto exitosamente. Para mi sorpresa, unos días después lo encontré de paso por el Departamento de Filosofía, le expliqué lo sucedido y le pregunté si podía enviarle la versión final: “—Está segura? —”, me dijo.

La repregunta, que fueron dos palabras, sólo dos, de las que se podría deducir lo siguiente:

1º: era claro que, yo consideraba que mi trabajo final era superior al borrador, es decir, que era “mi” opinión

2º: que enviarla para ser corregida, implicaría someterla a la consideración de otro, es decir, que había más que mi opinión en el mundo

3º: que, incluso siendo contraria a la mía, podría estar bien fundada

4º: finalmente, la certeza más categórica, frente a esas 2 palabras, “—¿Está segura? —”, era que: si había alguien capaz de poner calificar una versión borrador con una nota superior a la de una versión final, ese era Vernengo. No por desidia, sino porque así era la condición de su implacable capacidad de análisis. En definitiva, esa misma condición que hacía que fuera muy difícil no aprender de él, incluso en el error.

Tomo las palabras de Daniel Mendonca, que, en el homenaje llevado a cabo en 2012, dijo que Vernengo sabía mostrar que “lo complejo no es más que una composición de lo simple”. Por eso, lo recordaré siempre como un gran maestro. Prueba de ello son sus lecciones plasmadas en el *Curso de Teoría General del Derecho*, que es un libro de consulta permanente en mi tarea docente. A este libro pertenecen las ideas centrales del artículo que precede a este *excursus*. De su vasta obra compuesta de trascendentes polémicas y profundos debates con los teóricos más sobresalientes de la historia de la Filosofía del Derecho, he preferido poner de relieve su interés orientado a una terapéutica analítica de la claridad que, como todos sabemos, es un generoso gesto de cortesía del filósofo.

#### **Bibliografía:**

- BORGES, Jorge Luis (1985). Prólogo a *La cruz azul y otros cuentos*, de Chesterton, Gilbert K. Madrid: Hyspamérica.
- KANT, Immanuel (1993). *Teoría y Práctica*. Madrid: Tecnos.
- KELSEN, Hans (2011). *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- VERNENGO, Roberto (1995). *Curso de Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Depalma.
- (1992). “Legalidad y Legitimidad: los fundamentos morales del derecho”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (77), Julio-septiembre. Universidad de La Rioja, España.
  - (1991). “Normas morales y normas jurídicas”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho: Doxa*, (9), págs. 205-224. España.
  - (1989). Éticas normativas, metaética y políticas. *Revista Sistema*, (93), noviembre, pp. 59 a 69.
  - (1988). “Moral y derecho: sus relaciones lógicas”. Separata de *Anales de la Cátedra F. Suárez*, (28). Granada, España.
  - (1987). “Derecho y lógica: un balance provisorio”. Separata de *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1963). *Norm an action*. Londres: Routledge & Kegan Paul Editors.
- STRAUSS, Leo (2014). *Derecho natural e historia*. Buenos Aires: Prometeo.

## El interés superior del niño y los derechos de la mujer en la excepción de grave riesgo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en casos de violencia doméstica

The child's best interests and women's rights in the grave risk exception to the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in domestic violence cases

Por Martina Marina Traveso

**Resumen:** el presente trabajo analiza el abordaje que se le ha dado hasta la fecha a las alegaciones de violencia doméstica en el marco de procedimientos de restitución internacional de niños tramitados al amparo del Convenio de La Haya de 1980. Asimismo, pretende dimensionar la crucial importancia que reviste un análisis exhaustivo de dichas alegaciones por parte de los jueces y las autoridades centrales, atento a la extrema gravedad que caracteriza a la violencia doméstica y de género, las cuales socavan el bienestar y la salud psicofísica de todos los niños y madres afectados. Atento a la internacionalidad del instrumento jurídico abordado, el tema se abordará desde una perspectiva internacional, pero se situará en Argentina, con mayoría de información y ejemplos del derecho argentino.

**Palabras clave:** daño físico y psicológico; derecho a ser oído; grave riesgo; interés superior del niño; restitución internacional de niños; situación intolerable; violencia de género; violencia doméstica.

**Abstract:** this paper examines the approach so far taken on domestic violence allegations in the matter of international return proceedings administered under the 1980 Hague Convention. It is aimed at making readers realize the paramount importance that a thorough analysis of such allegations by judges and central authorities bears, given the seriousness of both domestic and gender violence, which impair the well-being and health of all children and women affected. Considering the international nature of the referred legal instrument, the approach to the topic shall also be international, yet mostly supplemented with information and examples from Argentina.

**Key words:** child's best interests; domestic violence; gender violence; grave risk; international child abduction; intolerable situation; physical and psychological harm; right to be heard.

Fecha de recepción: 30/05/2022  
Fecha de aceptación: 26/05/2023



## El interés superior del niño y los derechos de la mujer en la excepción de grave riesgo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en casos de violencia doméstica

Por Martina Marina Traveso\*

### I. Introducción

El presente trabajo aborda la aplicación de la excepción de grave riesgo del artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980<sup>1</sup> de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en casos de violencia doméstica.

En primer lugar (secciones II y III), se explica qué se entiende por violencia doméstica, así como la relación de género/especie y la superposición con la violencia de género y el maltrato infantil y se exponen las consecuencias nocivas que estas violencias acarrearán para los niños y sus madres.

En segundo lugar (secciones IV y V), se introduce el tema de la restitución internacional de niños en el marco del Convenio de La Haya de 1980, explicando los objetivos y el funcionamiento de dicho Convenio, con inclusión de qué se entiende por interés superior del niño y, en esa línea, se aborda el funcionamiento del art. 13(1)(b) (excepción de grave riesgo).

En tercer lugar (secciones VI y VII), se explica cómo la violencia doméstica incide en la excepción del art. 13(1)(b) y se aborda el tratamiento que se le ha dado en casos tramitados al amparo del Convenio.

En cuarto lugar (secciones VIII y IX), se incluye un desarrollo de los distintos instrumentos internacionales que rigen la materia y cómo se armonizan los derechos de la mujer y del niño, en el pertinente diálogo de fuentes.

---

\* Abogada y Traductora Pública de Inglés (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). ORCID: 0009-0002-8848-5331. Correo electrónico: martinamtraveso@gmail.com. Un especial agradecimiento a Nieve Rubaja, Emilia Gortari Wirz, Florencia Castro e Ignacio Goicoechea, por todo el conocimiento compartido en el marco de las reuniones del equipo de sumariantes de INCADAT de LATAM. Las opiniones vertidas en este artículo son enteramente personales.

<sup>1</sup> En adelante, “Convenio de La Haya de 1980” o, simplemente, “Convenio”.

Por último (sección X), se brinda un análisis y opinión personal sobre el abordaje de estos casos, con inclusión de ejemplos en los que el desenlace fue fatal.

## II. Violencia doméstica o familiar

La definición legislativa del término “violencia doméstica” o “familiar” varía según el Estado. A modo de ejemplo, en Argentina, si bien la ley nacional no brinda una definición, sí la podemos encontrar en la ley de violencia familiar de la Provincia de Buenos Aires (Ley 14.509/12), que, en su art. 1, la define como: “(...) toda acción, omisión, abuso, que afecte la vida, libertad, seguridad personal, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito”.

En el ámbito supranacional, dentro del interamericano, los instrumentos de derechos humanos vigentes no brindan una definición al respecto. Fuera de la región, el Consejo de Europa ha definido a la violencia en la familia como:

“(...) todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”<sup>2</sup>.

En términos generales, esta problemática cubre un abanico de diferentes comportamientos abusivos que tienen lugar en el seno familiar, como el abuso o maltrato físico, emocional, psicológico, espiritual, sexual y/o económico, o las relaciones de sometimiento y negación/destrucción del otro o de poder asimétrico.

Los maltratos que acontecen dentro de los hogares pueden estar dirigidos hacia los niños<sup>3</sup> (maltrato o abuso infantil), hacia la pareja (violencia en una relación íntima de pareja/conyugal) o hacia otros miembros de la familia. Desafortunadamente, la violencia doméstica se encuentra ampliamente generalizada. Es una problemática transversal y compleja, que se matiza según la cultura y la clase social.

---

<sup>2</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 11 de mayo de 2011.

<sup>3</sup> En adelante, se hará referencia a “el niño/los niños”, en pos de la brevedad, pero el término debe entenderse como abarcativo de niños, niñas y adolescentes.

Cobra distintas formas en los hogares familiares donde se encuentra presente y, en ese sentido, puede ir desde un único incidente aislado hasta un patrón sostenido y recurrente. En este último caso, los patrones pueden presentar similitudes. Un típico ciclo de violencia ocurre en el siguiente orden: (1) hay una fase de creación de tensión con ataques menores; (2) hay un incidente grave con una escalada de violencia; y (3) hay una fase de reconciliación o “luna de miel”, en la cual el perpetrador, es decir, quien ejerce la violencia, pide perdón y promete no volver a ser violento, a la vez que la víctima intenta creer esas afirmaciones, sintiéndose incluso responsable por el bienestar psicológico del maltratador.

La víctima de violencia, en términos generales, se siente indefensa, atrapada en ese ciclo, y cree que la situación no es susceptible de modificación, que no se puede revertir. Además, las víctimas pueden tener miedo de abandonar al perpetrador por temor a la violencia de represalia, es decir, aquellos maltratos que recibirían por parte de la persona que las violenta en caso de decidir alejarse de ella.

### **III. Relación entre la violencia doméstica, la violencia de género y el maltrato infantil**

Corresponde aclarar que la violencia doméstica es una especie de la violencia de género o violencia contra la mujer y del maltrato infantil (relación género-especie). A falta de mejores palabras, resulta apropiado citar la meridiana explicación de Juana de los Ángeles Toledo Larrea (2015, pp. 30-31) respecto de esta relación:

“la violencia de género es la manifestación de las relaciones sociales, económicas y culturales históricamente desiguales entre mujeres y hombres, es un fenómeno de enorme calado que afecta no sólo a la integridad física de las mujeres sino al reconocimiento de su dignidad. Conculca sus derechos fundamentales y socava el principio básico de igualdad entre hombres y mujeres consagrado en los tratados de derechos fundamentales. En este sentido la violencia de género se ejerce sobre la mujer en los distintos ámbitos de la vida, tanto en esfera pública como privada, manifestándose como malos tratos, violación, acoso sexual, acoso laboral, mutilación genital femenina, matrimonios forzosos. Esta violencia de género se puede ejercer en el ámbito doméstico y sobre las personas que conviven con el agresor. En este caso nos encontramos ante una subespecie de la violencia de género, cuál es la ejercida por el hombre en la esfera familiar, la cual podemos denominar como violencia doméstica”.

Este trabajo no pretende generalizar, pero resulta imposible soslayar el hecho de que, en la amplia mayoría de los casos, la víctima de la violencia doméstica/familiar es la mujer y no el hombre<sup>4</sup>, en el marco de una relación heteropatriarcal. Si la relación ya fue terminada, generalmente se habla de “violencia de género”, mientras que, si la relación sigue vigente y la pareja violenta y la víctima conviven, se habla de “violencia doméstica”. Si bien es cierto que el término violencia doméstica no implica necesariamente un sujeto pasivo femenino, en el plano fáctico, la violencia doméstica se superpone con la violencia de género, ya que, tal como se mencionó, habitualmente, el agresor es la pareja (o expareja) hombre.

En la dinámica más recurrente, la mujer es la receptora directa de la violencia transcurrida en el seno familiar. No obstante ello, se ha encontrado una correlación de entre el 30 % y el 60 % entre la violencia doméstica y la violencia física ejercida contra los niños<sup>5</sup>. De este modo, es posible inferir que hay un alto grado de correlato entre la violencia de género y el maltrato infantil en el seno familiar. Así, los niños que tienen una familia en la que ocurren incidentes de violencia doméstica entre los adultos corren un mayor riesgo de resultar expuestos a un daño físico y a todos los otros tipos de daño que se desencadenan por la violencia ejercida contra ellos, que se encuentran detallados más abajo.

El femicidio y el infanticidio están vinculados de manera tal que “en aproximadamente un cuarto de los casos en que el hombre agresor mata a la mujer con quien tiene una relación de pareja, también mata a sus niños” (Zorza, 2000) De ello podemos deducir que hay una relación de naturaleza inmediata entre la violencia de género y el maltrato infantil. A modo de ejemplo, en un estudio realizado por Neil Websdale de la Universidad

---

<sup>4</sup> Las mujeres son las víctimas en el 95 % de los incidentes de violencia doméstica denunciados según *A Report of the Violence against Women Research Strategic Planning Workshop*, auspiciado por el Instituto Nacional de Justicia de los Estados Unidos de América, en colaboración con el Departamento de Salud y Servicios Humanos de dicho país. Si bien este monitoreo es de larga data (1995) y corresponde a una jurisdicción extranjera, en Argentina podemos observar el mismo fenómeno. Véanse los Informes Estadísticos de la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Más específicamente, el más reciente, correspondiente al cuarto trimestre del año 2022, que fue publicado en el mes de abril de 2023, expone que un 76 % de las personas afectadas en el marco de las denuncias realizadas ante dicha oficina son mujeres.

Disponible en <https://www.ovd.gov.ar/ovd/archivos/ver?data=7283>.

Nótese que esta Oficina solo recaba casos dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>5</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 (...) y del Convenio de 1996 (...), Doc. Prel. N.º 3 de junio de 2017, Anexo 1, pág. 14, párr. 24, nota al pie 28.



de NorthEastern (1999), se constató que en el 52,6 % de los casos de homicidio infantil por parte de un padre en los que ambos padres se encargaban de los niños, la mujer fue golpeada antes de que el niño fuera asesinado y que, en general, los niños son víctimas en el 26 % de los homicidios domésticos. La violencia doméstica, perpetrada por uno o ambos padres (de forma unilateral o recíproca), siempre configura un riesgo potencial para el niño, incluso cuando este, en principio, no sea el destinatario directo de la violencia<sup>6</sup>.

Además del riesgo de muerte en casos extremos (por ejemplo, en Argentina, la Casa del Encuentro informó que, en la última década, 120 niños han sido asesinados en el marco de un femicidio vinculado, es decir, aquel que comete un hombre deliberadamente para provocar sufrimiento y culpa a la mujer que quiere dañar —violencia vicaria—, y también aquél ocurrido accidentalmente por interponerse en la línea de fuego dirigido contra la madre)<sup>7</sup>, resulta imperioso tener presente el daño causado a los niños expuestos a violencia doméstica. Tal como se expresa en el párrafo anterior, dicho daño es susceptible de configurarse incluso aunque ellos no sean los destinatarios directos de la violencia.

En un estudio del año 2005 realizado por la Organización Mundial de la Salud sobre violencia doméstica en 10 países, se señaló que la violencia ejercida contra la mujer tiene unas repercusiones mucho mayores que el daño inmediato causado. Tiene consecuencias devastadoras para las mujeres víctimas y un efecto traumático para los terceros que la presencian, en particular los niños. Estas observaciones son respaldadas por las ciencias sociales<sup>8</sup>, que demuestran las correlaciones existentes entre la exposición de los niños a

---

<sup>6</sup> Véase Informe de la OVD, CSJN, intitulado “Niñas, niños y adolescentes afectados por situaciones de violencia doméstica 2020- 2021” publicado en noviembre de 2022. Se registra un total de 6.805 niños afectados (solo en la localidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). 7 de 10 tenían menos de 11 años, 8 de 10 fueron agredidos por sus progenitores y un 73 % de las personas denunciadas fueron varones (ver desglose de tipo de vínculo según edad del niño afectado; a saber, filial, fraternal, de pareja, parentesco de hasta 4° grado y otros, pág. 28). Surge que en el 47 % de los casos, el niño cohabitaba con la persona denunciada. Se constataron lesiones en 214 niños, de los cuales más de la mitad, un 55 %, “tenía antecedentes de lesiones físicas producto de situaciones de violencia anteriores”. Es importante destacar que la frecuencia de los episodios de violencia fue diaria o semanal en el 58 % de los casos y que un 48 % de las situaciones fueron evaluadas por los Equipos Interdisciplinarios de la oficina como de altísimo y alto riesgo. Disponible en <https://www.ovd.gov.ar/ovd/archivos/ver?data=6905>.

<sup>7</sup> Véase también el Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina de la Oficina de la Mujer de la CSJN, 2021, págs. 111-117. Se registran 10 femicidios vinculados de hijos e hijas a cargo de la víctima durante el año 2021. 5 eran menores de edad y 5 se encontraban entre los 18 y 20 años. <https://om.csjn.gob.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=115>.

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, Sepúlveda Gara de la Torre (2006).

la violencia doméstica, ya sea como víctimas directas o indirectas, y distintos problemas que se manifiestan durante la infancia, así como patologías que se sobrevienen posteriormente, en la vida adulta. Las consecuencias de la violencia doméstica se padecen a lo largo de la vida y no solo en el momento o la época de vivencia de la(s) agresión(es).

Algunos de los problemas en los que puede resultar la violencia doméstica para sus víctimas, entre ellas los niños, incluyen, a mero título enunciativo: una probabilidad más alta que el promedio de evidenciar comportamientos agresivos, antisociales, temerosos e inhibidos, sufrir de habilidades sociales deficientes, ansiedad y/o depresión, padecer síntomas de traumatismos y problemas de temperamento—la violencia reproduce más violencia. Cabe agregar que se ha constatado que el nivel de daño en el niño víctima de violencia familiar varía según la presencia o ausencia de otros factores, tales como el abuso de sustancias por parte de uno de los padres y la presencia de una persona u organismo que proteja al niño. Dichos factores adicionales actúan como agravante o atenuante del riesgo de sufrir daños.

En la Guía de Buenas Prácticas para Jueces de Australia en Casos de Violencia Doméstica y Familiar<sup>9</sup>, por ejemplo, se señala que “casi el 70 % de las mujeres que tenían niños a su cuidado cuando sufrieron violencia por parte de una expareja expresó que los niños presenciaron dicha violencia, la vieron o la escucharon”. Sin embargo, los niños no deben ser necesariamente testigos directos o presenciales de la violencia para estar expuestos a ella o sufrir sus consecuencias.

Para dimensionar este problema no deben utilizarse eufemismos ni abstracciones. Las situaciones a las que los niños pueden llegar a tener que enfrentarse a causa de la violencia desplegada en el ámbito doméstico, incluso cuando no sean destinatarios directos de esta última, son variadas e incluyen las siguientes: intentar detener la violencia o defender a quien es víctima de ella; ser amenazado, lastimado o insultado por el agresor, quien mediante ese mecanismo intenta controlar o intimidar a la víctima (en la mayoría

---

<sup>9</sup> *National Domestic and Family Violence Benchmark*, Australia (traducción propia). Original en inglés disponible en: <https://dfvbenchmark.aija.org.au/contents>

Recurso digital de acceso libre diseñado para magistrados, funcionarios, empleados de la justicia y litigantes de ese país por la Profesora Heather Douglas con el apoyo de la Procuraduría General australiana, el Instituto para la Administración de Justicia y las Universidades de Queensland y Melbourne.

de los casos, tal como se vio, la madre del niño) usando al niño como instrumento o teniéndolo de rehén; ser culpado por la violencia (por el agresor o por la víctima); ser forzado a mirar o participar, o a espiar a uno de los padres; presenciar la violencia; ver las heridas físicas de la madre víctima; ser descuidado, olvidado u abandonado como consecuencia de la violencia; tener que dormir durante los episodios de violencia, o simular que se duerme, escuchar las peleas desde otra habitación de la casa y tener que tomar medidas para evitar verse afectado, tales como subir el volumen de la música o cubrirse los oídos con las almohadas para no escuchar, irse de la casa y caminar en la calle (incluso a altas horas de la noche o de madrugada); ser testigos del daño o la destrucción de muebles, juguetes y otras pertenencias familiares; ser testigos del daño a las mascotas de la casa, o darse cuenta que una mascota ha sido regalada, lastimada o asesinada; experimentar las secuelas o repercusiones de la violencia (por ejemplo, teniendo que pedir ayuda, hacer llamados de emergencia, presenciar el arresto de un padre o el interrogatorio de la policía, asistir al padre agresor o a la madre víctima o curar sus heridas, interactuar con el agresor, saber que uno de sus padres es acosado y violentado, lidiar con su propio trauma, estrés emocional y heridas, asumir el cuidado de miembros de la familia, faltar a la escuela, ser sacados de su casa y de su comunidad porque en ellas no estaban seguros, ser aislados o excluidos, perder amigos); ser llevados a la pobreza o a vivir en la calle como consecuencia de la violencia económica del agresor; crecer en un ambiente estresante sin estabilidad ni seguridad algunas y crecer sin ejemplos o modelos de adultos adecuados, entre otras.

Los ejemplos que anteceden se mencionan a efectos de exponer un panorama que permita apreciar la gravedad y los riesgos que la violencia doméstica representa para los niños, cuyo interés superior (concepto desarrollado en la sección IV) debe salvaguardarse.

Asimismo, si la madre sufrió violencia durante el embarazo, es probable que el bebé sufra las consecuencias de tal violencia en el futuro, puesto que el trauma se transmite durante la gestación, además de que es transgeneracional (Pollak, 2002; Simón Rueda, López Taboada & Linaza Iglesias, 2000). El agresor puede utilizar un amplio espectro de estrategias para debilitar o destruir la relación de la madre con sus hijos y, dependiendo de la edad de estos últimos, puede agredir a la víctima en frente de sus hijos para infun-

dirles miedo a estos últimos o una sensación de que su madre es débil o incapaz de protegerse a sí misma y/o a ellos. El agresor puede desacreditar las capacidades como madre de la víctima, acusándola de ser mala madre e, incluso, puede “entrenar” a sus hijos para que ellos también la violenten, aislándola aún más de posibles redes de contención, cuidado, ayuda y escape.

Las conductas referidas se relacionan con el síndrome de la mujer golpeada (*battered woman syndrome*)<sup>10</sup> y, prolongadas en el tiempo, estas violencias corrosivas y de manipulación pueden constreñir y controlar todos los aspectos de la vida diaria de las víctimas y sus hijos, disminuyendo así su sentido de realidad (anestesia emocional) y su capacidad de actuar de forma competente y asertiva. La violencia, eventualmente, puede dañar totalmente la salud y el bienestar físico, emocional y mental de una mujer y también de un niño.

La exposición de un niño a la violencia doméstica a cualquier edad puede resultar en una miríada de consecuencias psicológicas, conductuales y físicas negativas, tales como depresión, ansiedad, síntomas de trauma, nada menos que deterioro cognitivo, dificultades de aprendizaje y problemas en la escuela, baja autoestima, trastornos de pánico, conflictos con los pares, soledad, mayor riesgo de alcoholismo o abuso de sustancias y suicidio, vulnerabilidad al desempleo y a la indigencia.

También es probable que los niños así expuestos reproduzcan las conductas observadas o de otra manera percibidas durante su niñez en su adultez (Touza Garma, 2005), por lo cual corren riesgo de volverse víctimas de violencia doméstica o agresores ellos mismos aunque ello, claro está, se considera un factor de riesgo y no un factor determinante (Pollak, 2002)

---

<sup>10</sup> “Es considerado una subcategoría del trastorno por estrés post traumático y se ha sostenido que se evidencia a través de tres grupos de síntomas: a) disturbios cognitivos —consistentes en recuerdos invasivos que se repiten y flashbacks, que hacen que la mujer re-experimente episodios agresivos anteriores y que se incrementa y afecte su percepción del peligro, b) altos niveles de ansiedad —que alteran su sistema nervioso, generan un estado de hipervigilancia y en algunos casos provocan desórdenes alimenticios y de sueño, c) síntomas evitativos o de evitación— consistentes en depresión, negación, minimización y represión que llevan a la mujer al aislamiento y a la pérdida de interés en las actividades que solía disfrutar” (Di Corleto, 2006, p. 867).

#### IV. Restitución internacional de niños en el marco del Convenio de La Haya de 1980

Antes de adentrarme de lleno en la cuestión de la excepción de grave riesgo en casos de violencia doméstica, se hace necesario explicar las nociones básicas de la restitución. La sustracción internacional de un niño tiene lugar cuando uno de sus padres lo traslada fuera del Estado de su residencia habitual<sup>11</sup> sin el consentimiento y/o conocimiento de la otra persona física o jurídica que detenta derechos de custodia legítimamente ejercidos, removiendo al niño de su entorno familiar y social habitual. También puede ocurrir que sí haya habido un consentimiento y/o conocimiento del traslado por parte de la persona que ejerce efectivamente la custodia, pero que luego, al momento de regresar al lugar de la residencia habitual del niño, tal como se ha pactado, la madre, por ejemplo, tras unas vacaciones consentidas, se rehúsa a regresar con el niño, por lo cual se configura una retención ilícita<sup>12</sup>. Tanto el traslado como la sustracción ilícita violan los derechos de custodia del padre/madre sustraído o privado del niño, que tiene derecho a compartir su custodia.

El Convenio de La Haya de 1980, que, al 14 de noviembre de 2022, contaba con 103 Estados contratantes<sup>13</sup>, tiene como principal objetivo “el restablecimiento del *statu*

<sup>11</sup> A modo ilustrativo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha pronunciado en el sentido de que la expresión de residencia habitual contenida en el Convenio de La Haya de 1980 denota “una situación de hecho que presupone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores”. Véanse CSJN, Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela. s/ Recurso de hecho, 14 de junio de 1995 (interpretación original); y V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños, 22 de octubre de 2020 (confirma la interpretación desplegada en el fallo antemencionado). Asimismo, la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza entendió que la residencia habitual de una niña en Argentina no había cambiado porque la familia hubiese viajado a los Estados Unidos de América y vivido dos meses allí en la casa de los abuelos paternos, ya que la niña no había formado vínculos estables, permanentes y significativos en ese Estado. Observó que la jurisprudencia no es pacífica respecto del concepto de residencia habitual, ya que en algunos casos se da prevalencia a la especial situación del niño (“*fact-based approach*”), en otros a la intención de los padres (“*intention-based approach*”), y en otros hay una combinación de ambos factores. No obstante, en todos los casos se exige una estancia mínima en el lugar, en la que el niño haya formado vínculos reales y significativos, lo cual debe ponderarse con la intención de los padres, especialmente cuando se trata de niños de muy corta edad. K. K. J. c/ P. C. S. s/ restitución internacional, Suprema Corte de Justicia – Sala Primera de la Provincia de Mendoza, 13 de febrero de 2020. Incluso puede haber discrepancias en los enfoques entre distintos tribunales de un mismo país, o puede haber un uso alternado de enfoque por parte de un mismo tribunal (véase, por ej, la falta de adopción de uno de los enfoques por parte del Tribunal Supremo israelí (Schuz, 2001).

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, Tribunal de Primera Instancia de Inglaterra y Gales (Sala de Familia), *Re L. (Abduction: Future Consent)*, 14 de septiembre de 2007.

<sup>13</sup> El ámbito de aplicación del Convenio comprende casos de traslado o retención ilícita de un niño de hasta 16 años de edad en un Estado contratante (el denominado Estado de refugio/requerido —a donde se lo

*quo* mediante la “restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante” (Pérez-Vera, 1981). Permite asegurar que no se regularice una situación de hecho que vulnera derechos de custodia simplemente por haber cruzado la frontera y garantiza que la cuestión de la custodia sea dirimida por los tribunales competentes del lugar de residencia habitual, al garantizar el retorno seguro de un niño que ha sido trasladado ilícitamente de su lugar de residencia habitual, o bien retenido ilícitamente fuera de dicho lugar.

Si bien el enfoque jurídico puede encontrarse en la protección de los derechos de custodia, se ha sostenido, tal como lo señala la Profesora Pérez-Vera en el Informe Explicativo del Convenio, que la verdadera víctima en una sustracción internacional es el niño y no el padre que se ha visto privado de dicho niño (Pérez-Vera, 1981; Dyer, 1977). El citado Informe expone que el Convenio tiene un doble objetivo: por un lado, la prevención de los traslados y retenciones ilícitos o sustracciones, gracias a su carácter disuasorio (en este aspecto me permito hacer la digresión de que lo que se quiere expresar en este sentido es que hay un efecto disuasorio a largo plazo, al privar de efectos jurídicos a las sustracciones internacionales como un todo, ya que resulta difícil imaginarse que, en el caso particular, un padre que quiere trasladar a su hijo de manera unilateral por el motivo que fuera tenga en mente la existencia del Convenio y por ello se abstenga de hacerlo; el efecto disuasorio ocurre *ex post* y de forma general, no hay una prevención *ex ante* en el caso concreto) y, por el otro, a lograr la restitución inmediata del niño a su centro de vida habitual (Pérez-Vera, 1981). También sostiene que tales fines son precisiones o materializaciones de la imprecisa noción de interés superior del niño (Pérez-Vera, 1981) que, con el tiempo, fue más precisada o desarrollada jurisprudencialmente.

En efecto, el concepto de interés superior del niño (ISN) debe ser, conforme al art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (CDN – que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990), “una consideración primordial” “en todas las medidas concernientes a los niños” (especialmente, aquellas adoptadas por

---

trasladó o retuvo— debe ser contratante, el de origen puede no serlo) a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio, o bien a niños cuya residencia habitual haya estado en un Estado contratante inmediatamente antes del traslado o la retención ilícita.

el Estado)<sup>14</sup>. Además, el ISN se ha definido como un derecho sustantivo, un principio de interpretación y una norma de procedimiento. Los padres están exhortados, en virtud del art. 18, párr. 1 de dicha Convención, a tener el interés superior de sus hijos como “preocupación fundamental”<sup>15</sup>. En cuanto a las autoridades administrativas y judiciales, ellas tienen la potestad de determinarlo en el caso concreto, ya que es un concepto flexible y adaptable.

Según el Comité de los Derechos del Niño, “el fin último del interés superior del niño debería ser garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la CDN y su desarrollo holístico”<sup>16</sup>. A fines de evaluar y determinar cuál es el interés superior de un niño en concreto, deben tenerse en cuenta:

“(...) circunstancias [que] se refieren a las características específicas del niño (...) de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño (...), por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores”<sup>17</sup>.

Además, deben tenerse en cuenta su opinión, de acuerdo a su grado de madurez y edad, su identidad (diversidad, idioma y cultura siempre que esta no se contraponga con los derechos establecidos en la CDN), la preservación del entorno familiar y vincular, la unión de la familia, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad (ej., ser víctima de malos tratos), su derecho a la salud y su estado de salud, además de su derecho a la educación. Todos estos factores deben ser equilibrados según su pertinencia y, cuando entran en conflicto (“por ejemplo, la preservación del entorno familiar puede chocar con la necesidad de proteger al niño contra el riesgo de violencia o malos tratos por parte de los padres”<sup>18</sup>) deben ponderarse los elementos en pugna para atender al ISN

<sup>14</sup> Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración

primordial (art. 3, párrafo 1), Comité de los Derechos del Niño, Sección I.A.

<sup>15</sup> Así lo entiende la CSJN en B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo, 19 de mayo de 2010.

<sup>16</sup> Ídem nota al pie 16, sección V.A., párr. 51.

<sup>17</sup> Ídem nota al pie 16, sección V.A., párr. 48.

<sup>18</sup> Ídem nota al pie 16, sección V.A.2, párr. 81,



y su desarrollo holístico desde una perspectiva infanto céntrica, según la cual el niño es lo más importante.

El ISN puede ser entendido como su derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente (Pérez-Vera, 1981). Para dar un ejemplo, en un reciente caso de la Provincia de Formosa<sup>19</sup>, el padre solicitó la restitución en Chile a la Autoridad argentina, ante la retención ilícita de su hija de 7 años por parte de su madre. El juez Marcial Mántaras sostuvo que la restitución de un niño a su residencia habitual permite que el juez que está en mejor posición para evaluar el ISN resuelva cualquier problema relacionado con la custodia o el acceso/visitas, inclusive un posible traslado a otro Estado “en la inteligencia de que la mejor protección del interés del niño se alcanza volviendo en forma inmediata al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, a fin de que sean los tribunales con competencia en el lugar de su residencia habitual los que decidan acerca de las cuestiones de fondo, atinentes a la guarda, al cuidado personal de la niña o niño, al régimen de comunicación y a la cuota alimentaria, entre otras (...)”. En ese marco, el interés superior exige que la restitución se haga de la manera “menos lesiva posible”<sup>20</sup>. De hecho, incluso cuando la restitución es rechazada, el ISN también exige que el obrar de los padres sea el menos lesivo posible. Así lo ha expresado la CSJN en Argentina al revocar una sentencia de Cámara que ordenaba la restitución de la niña a Francia<sup>21</sup>:

“[q]ue, por último, y teniendo en miras el principio del interés superior del niño que debe regir las decisiones que los atañen, corresponde exhortar a ambas partes, a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno sino en el respeto del bienestar y la integridad de su

<sup>19</sup> Tribunal de Familia de Formosa, Sala B, Defensoría de Pobres y Ausentes Nro 1 s/restitución internacional de menor, Expte. 1627/2020, 3 de noviembre de 2020.

<sup>20</sup> CSJN en B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo, 19 de mayo de 2010.

<sup>21</sup> CSJN, V. M. c. S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños, 22 de octubre de 2020. Argentina fue el Estado requerido y Francia el requirente. La madre interpuso un recurso de queja tras el rechazo del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de Cámara que revocó el fallo de primera instancia y ordenó la restitución. La niña había permanecido aproximadamente un mes en la Ciudad de Burdeos a los cinco meses de vida. La Corte entendió que esta circunstancia no era suficiente para atribuirle estabilidad y permanencia a sus vínculos, con lo cual la residencia habitual en Argentina no se había visto modificada por el viaje, además de que no había habido una decisión consensuada para abandonar la residencia que la familia tenía hasta entonces en Argentina y adquirir una nueva en el país extranjero. El trámite de la visa francesa temporaria para la madre y el subsidio básico familiar otorgado por el Estado francés no implicaban, por sí solos, un cambio de residencia. En el mismo sentido se expresó en P. S., M. c/ S. M., M. V. s/ restitución internacional de menores de edad – expte. n° 9193105, 24 de mayo de 2022, considerando 18.



hija menor, así como también de la relación parental —permanente y continua— con ambos progenitores, que no puede verse lesionada por decisión unilateral de uno de ellos”.

Es cierto que el ISN debe “determinarse caso por caso”, con lo cual es un concepto que varía. El juez o la autoridad administrativa involucrada debe evaluarlo y determinarlo en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto<sup>22</sup>. Así, el juez más apropiado para este cometido es, en efecto, el de la residencia habitual del niño, que es el que más información relevante puede recabar.

Tal como han expresado la Profesora Rubaja y el Doctor Goicoechea (2015):

“El núcleo del Convenio es el convencimiento de que los Estados parte conforman, más allá de sus diferencias, una única comunidad jurídica, donde se debe respetar la competencia (y decisiones) de las autoridades de la residencia habitual en cuestiones de tenencia y de visitas, requiriéndose la cooperación de las autoridades de refugio para evitar las sustracciones de niños, proteger a éstos de sus efectos nocivos, y asegurar la armonía de las decisiones en el marco de la comunidad jurídica global”<sup>23</sup>.

Sin perjuicio de lo que antecede, y tal como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el ISN debe ser analizado a la luz de las excepciones del Convenio<sup>24</sup>. Por ejemplo, en un caso que tuvo a los Estados Unidos de América como Estado requirente y a Costa Rica como Estado requerido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense estableció que el art. 20 del Convenio de La Haya de 1980 (excepción referida a los derechos humanos, tal como se explica en el acápite siguiente) engloba al ISN. En el caso concreto, si bien el traslado había sido ilícito, considerando que el padre consumía drogas y había empujado a la madre cuando ésta sostenía a su bebé de siete meses

<sup>22</sup> Ídem nota al pie 16, sección IV.A.3, párr. 32.

<sup>23</sup> Así lo dispone la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños (herramienta de soft law excepto para aquellos países que la hayan adoptado en su derecho interno) en su art. 2. Disponible en: [https://assets.hcch.net/upload/iap28ml\\_s.pdf](https://assets.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf). Redactada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño.

<sup>24</sup> TEDH, X c. Letonia, 26 de octubre de 2013, párr. 101. Esto fue receptado, asimismo, a modo de ejemplo, en G. L. S. L. C/ C. V. L. J. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, Juzgado de Primera Instancia de Libertad de 2do turno, 8 de junio de 2020. La jueza explicó que el interés superior del niño consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En ese sentido, consideró que, en el caso en concreto, el interés superior de las niñas había sido contemplado al evitar el regreso a un ámbito de abuso sexual, psicológico y emocional y rechazó la restitución en base a la excepción de grave riesgo.

en brazos, se entendió que esta noción exige que en la interpretación jurídica y la resolución de controversias en que haya niños de por medio prime lo que mejor convenga al desarrollo de la persona menor de edad y que su bienestar prevalezca frente a otros derechos (mirada infantil céntrica). Así, despegar a la niña de su madre podría afectar su desarrollo de manera integral (el juzgado de primera instancia había dispuesto, al ordenar la restitución, que la niña podría ser acompañada por su madre y, en caso de no ser posible, por un funcionario de la Autoridad Central de los Estados Unidos que la acompañase). La restitución fue denegada porque se consideró que no era compatible con los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ya que la niña podría verse sometida a situaciones de violencia doméstica y expuesta a ambientes en donde se consumieran drogas, además de que no era conveniente separarla de su residencia junto a su madre en Costa Rica puesto que allí esta última tenía redes de apoyo y sustento de relaciones afectivas que le permitían desarrollarse satisfactoriamente en el ejercicio de su rol<sup>25</sup>.

#### V. Excepciones al Convenio. Grave Riesgo (art. 13(1)(b))

Si bien el interés superior del niño consiste, *prima facie*, en ser prontamente restituido al lugar de la residencia habitual cuando es trasladado o retenido ilícitamente para que el juez natural competente de ese lugar que tiene más conexiones con su vida y por ende está en mejores condiciones para determinar el fondo de la custodia así lo haga (evitando que el sustractor se beneficie de una situación ilegítima que ha creado mediante el *forum shopping*), a veces, su interés superior no se ve protegido con este obrar, y es entonces cuando aplican las excepciones del Convenio.

Las excepciones no operan de forma automática. Deben plantearse y probarse. Tampoco son de otorgamiento obligatorio en caso de ser demostrada su procedencia, sino que el tribunal interviniente goza de discrecionalidad para concederlas.

---

<sup>25</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, T. A. C. y E. K. A. C/ Dirección General de Migración, Extranjería y Otros S/ Habeas Corpus, 13 de septiembre de 2011.

Dichas excepciones consisten en el paso del tiempo (límite impuesto por el artículo 12: cuando la solicitud de restitución se realizó transcurrido un año o más desde la sustracción, si se demuestra que el niño quedó integrado en su nuevo ambiente, puede rechazarse la restitución), las condiciones de aplicación del Convenio (artículo 13(1)(a): cuando no hay un ejercicio efectivo del derecho de custodia o hay una aceptación anterior o posterior al traslado o la retención), la existencia de un "grave riesgo" (artículo 13(1)(b): grave riesgo de una exposición a daño físico, psicológico, emocional o a una situación intolerable), una objeción férrea a la restitución por parte del niño cuando tiene edad y madurez suficiente para que dicha oposición sea refrendada, además de que no debe haber un discurso adultizado ni influenciado por el sustractor (art. 13, anteúltimo párr.), así como el respeto a los principios fundamentales del Estado que exigen la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 20)<sup>26</sup>.

Ahora bien, las excepciones son de interpretación restrictiva, ya que la regla general es la restitución inmediata del niño, y no se debe hacer una evaluación exhaustiva del ISN. No obstante ello, el Convenio prevé excepciones reconociendo que si bien en principio la restitución inmediata promueve el ISN, en algunos casos ello no es así, y su integridad y bienestar se ven protegidos al denegar la restitución.

La excepción relevante para este trabajo es aquella consagrada en el art. 13(1)(b). En ese sentido, la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya<sup>27</sup>, instrumento

<sup>26</sup> Por ejemplo, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, Re S., Auto de 21 abril de 1997. Los padres estaban divorciados y tenían derechos de custodia compartidos. A la fecha de la sustracción ilícita, la niña era bebé y había vivido desde su nacimiento en Israel. El padre solicitó la restitución a la Autoridad Central de España a través de su par israelí. Unos días después de la presentación de dicha solicitud, un tribunal rabínico le otorgó al padre la custodia de la niña en virtud de las acciones de la madre, tras una solicitud del padre de que se la declare "moredet", es decir, "esposa rebelde" conforme a la ley religiosa judía. En primera instancia, se sostuvo que la restitución sería contraria a los principios básicos de la ley española referidos a los derechos humanos y las libertades básicas, conforme al Art. 20. Infirió que el hecho de que el tribunal rabínico le otorgase la custodia exclusiva al padre, aunque fuese en forma provisoria, significaba que la niña sería sustraída a su madre para castigarla a esta última por su "rebelión". Además, su calidad de Moredet empeoraba su situación no solo respecto de su rol materno sino también dentro de la comunidad israelí en general y operaba como negación de sus derechos. Se denegó la restitución. [Información extraída del sumario. No es una opinión propia ya que desconozco totalmente el derecho religioso judío y el instituto en particular].

Asimismo, en el marco de este artículo se entiende que cuando se concede asilo o hay un pedido de asilo pendiente o una apelación de la denegación, se puede rechazar el pedido de restitución en virtud del art. 20 del Convenio, Tribunal de Primera Instancia de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (*High Court*), FE v YE [2017] EWHC 2165 (Fam), 25 de agosto de 2017.

<sup>27</sup> Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2021). Guía de Buenas Prácticas, Parte VI, artículo 13(1)(b).

de *soft law*, receta que esta excepción comprende tres tipos de grave riesgo: de exposición a un daño físico, psíquico o de una situación intolerable. La Guía explicita que estos tipos, si bien son autónomos, suelen invocarse en conjunto y que los tribunales no suelen distinguirlos con claridad. Agrega que, si bien la letra del Convenio establece que el riesgo de daño debe afectar al niño, el daño físico o psíquico a la madre, podría en ciertas circunstancias excepcionales, exponer al niño al mismo daño o a una situación intolerable, con lo cual no se exige que este último sea la víctima directa en situaciones, en lo pertinente, de violencia doméstica. Debe abonarse prueba suficiente de que como consecuencia de dicha situación el niño se ve expuesto a un grave riesgo de sufrir alguno de los tres tipos mencionados (Rubaja y Gortari Wirz, 2020, pp. 26 y 31).

Según la Guía, los tribunales realizan un análisis paso a paso a fin de acreditar la existencia de un grave riesgo en caso de restituir (a esto se lo denomina análisis prospectivo, ya que se basa en la probabilidad de riesgo futuro y no necesaria o exclusivamente en las circunstancias anteriores que contribuyen a acreditar la existencia de esa probabilidad).

Primero, los hechos alegados deben tener suficiente nivel de detalle y contundencia. Algunos tribunales primero consideran si hay medidas que puedan adoptarse a fines de neutralizar ese riesgo y proteger al niño para restituir de todas maneras. Luego, se analiza si pese a tener en cuenta las medidas eficaces que podrían adoptarse en el Estado de residencia habitual, el sustractor ha convencido al tribunal de la existencia del grave riesgo en caso de restitución y, en ese caso, el tribunal no se encuentra obligado a ordenarla, aunque tampoco está obligado a rechazarla, al menos en términos convencionales.

Tal como señaló el Comité de los Derechos del Niño, la exposición a situaciones de violencia doméstica recae dentro del concepto de “perjuicio o abuso... mental” que utiliza el art. 19 de la CDN (Rubaja y Gortari Wirz, 2020).<sup>28</sup>

Los tribunales no están obligados a restituir cuando “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier

---

<sup>28</sup> CSJN, ‘V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños’, “Revista Debates Sobre Derechos Humanos”, UNPAZ (5) (2021), págs. 51-69.

otra manera lo ponga al niño en una situación intolerable”<sup>29</sup>. No obstante, la mera invocación de la causal no alcanza, ya que deben “delimitarse los argumentos que por su trascendencia hagan inviable el pedido de restitución de aquellos argumentos propios del juicio de tenencia que solo podrán ser merituados por el juez del lugar de residencia habitual del menor” (Scotti, 2014).

## VI. Incidencia de la violencia doméstica en casos de sustracción internacional

Entiendo que de los ejemplos mencionados respecto de las situaciones a las que puede verse expuesto un niño que sufre de violencia doméstica o cuya madre sufre de violencia de género, es dable inferir que la violencia doméstica es de índole gravísima y que incluso la exposición indirecta resulta constitutiva de daño. Si bien no existe una presunción automática o de puro derecho en casos de violencia doméstica dado que las pruebas que se producen son específicas de cada caso en particular, la exposición del niño a la violencia doméstica entre sus padres se reconoce cada vez más como constitutiva de daño para este último.

Por consiguiente, en casos de sustracción internacional, los jueces que dirimen la cuestión de la restitución (al igual que los jueces que deciden en materia de custodia en los respectivos Estados de residencia habitual de los niños) deben tener especial cuidado al momento de evaluar la concurrencia de circunstancias configurativas de la excepción de grave riesgo y, en el caso de existir una alegación de violencia doméstica o de género, deben valorar pruebas específicas, tales como información de acciones judiciales pendientes contra el padre privado del niño, informes policiales, registros de consulados o embajadas, informes de refugios para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes ocurridos. Los correos electrónicos u otro tipo de correspondencia, los mensajes de texto o de Whatsapp, las llamadas, las grabaciones de voz y de vídeo también pueden resultar particularmente útiles. Los magistrados, *ex abundanti cautela*, pueden evaluar la conveniencia de entablar comunicaciones judiciales directas para

---

<sup>29</sup> Art. 13(1)(b), Convenio de La Haya de 1980.

verificar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de violencia doméstica, o si se dictaron órdenes o se dispusieron medidas de protección (que se explican más abajo) y si hubo acciones judiciales como consecuencia de violaciones a tales órdenes. Los jueces deben tener especial resguardo del control coercitivo por el cual el progenitor sustractor (o, en términos más realistas, la progenitora sustractora) que sufrió violencia puede sufrir intimidaciones o ser reintroducida a la fuerza en la órbita del progenitor privado del niño tras el retorno. Suponer que, tras el regreso al Estado de residencia habitual, la violencia doméstica no continuará porque los padres pueden vivir o vivirán separados puede resultar riesgoso porque peca de insuficiente, al igual que la adopción de medidas de protección pretendidamente adecuadas, eficaces y susceptibles de ejecución, las cuales resultan de difícil implementación *per se* e incluso si la implementación se lograra, pueden resultar exiguas. Debe tenerse en cuenta que la violencia no siempre termina con la separación física del padre agresor y la madre víctima. De hecho, apenas una víctima logra salir de una situación muy violenta, aumenta su riesgo de sufrir daños graves o letales a manos del agresor, con lo cual aumenta el riesgo para los niños también.

No se deben olvidar los efectos psicosociales que acarrea la violencia doméstica. Haberla sufrido, en calidad de destinatario directo o indirecto, puede desencadenar, por ejemplo, el trastorno de estrés postraumático (TEPT), lo cual debe ser tenido en cuenta al evaluar el comportamiento de la persona afectada con respecto a la credibilidad de su testimonio y a la existencia o inexistencia de pruebas<sup>30</sup>. La vulnerabilidad de la víctima se ve acentuada en estos casos por la situación de internacionalidad. Así, es frecuente que una madre se encuentre en un país que no es el de su nacionalidad con un padre violento y no cuente con redes de contención o lazos familiares presentes en el territorio, lo cual agrava su situación de desamparo o indefensión<sup>31</sup>. Si bien corresponde que la autoridad

---

<sup>30</sup> De hecho, la falta de investigación por parte de agentes del Estado de una posible situación de violencia de género constituye un acto discriminatorio y, por ejemplo, los Estados son pasibles de responsabilidad internacional en el sistema interamericano de derechos humanos. Véase Corte IDH, Sentencia Velázquez Paiz y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 176. Sobre casos de restitución en donde se alega responsabilidad internacional del Estado por el obrar defectuoso de autoridades judiciales, administrativas y Autoridades Centrales, véase Rubaja, 2012. Nótese que dichos casos no involucran violencia doméstica.

<sup>31</sup> Tal como se alegara, al amparo del art. 11(b) de la Convención Interamericana sobre Sustracción Internacional de Menores (análogo al 13(1)(b) del CH 1980) en Petrovic Silva Marko c. Savasta Martínez Mariannella Viviana s/restitución internacional de menores, en el marco de la causa inicialmente dirimida por la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de la Pcia. de Córdoba, Argentina, 18 de febrero de 2021, luego resuelta por la CSJN.

competente ante la que tramita el caso evalúe el mérito, la verosimilitud y la seriedad de las alegaciones que se plantean, es improbable que la alegación de violencia doméstica se utilice como táctica dilatoria, en virtud de las excepciones limitadas que prevé el Convenio y de la gravedad que esta noción importa. Efectuar una alegación de violencia doméstica de manera calumniosa, cuando dicha situación no existió, es de una irresponsabilidad muy grave en términos sociales y profesionales en el caso de que haya letrados intervinientes que consientan la mentira, siendo cómplices de ella. Sin descartar que ello pueda ocurrir, no puede trasladarse la mera posibilidad general de que ello ocurra al caso concreto.

En la Guía de Buenas Prácticas sobre la excepción de grave riesgo ya mencionada, se sostiene que las medidas de protección cobran particular relevancia en situaciones donde se plantea la excepción de grave riesgo por maltrato infantil o violencia doméstica. Comprenden servicios, asistencia y apoyo, como:

“(...) acceso a asesoramiento jurídico, asistencia financiera, asistencia para la vivienda, servicios de salud, refugios y otras formas de asistencia o apoyo a las víctimas de violencia doméstica, como así también respuestas de la policía y a través del sistema de justicia penal”<sup>32</sup>.

Pueden ser implementadas por el Estado de residencia habitual o por el de refugio antes de la restitución. En este último caso, no deben imponerse como norma y deben ser limitadas en el tiempo, para que el Estado de residencia habitual pueda ponerles un fin cuando determine que ya no corresponden, o que corresponden otras. La Guía también reconoce que a veces si bien hay medidas de protección disponibles y accesibles en el Estado de residencia habitual, pueden resultar insuficientes para abordar el grave riesgo de manera efectiva, como por ej. en aquellos casos en que el padre privado del niño ha violado órdenes de protección en reiteradas oportunidades.

Se recomienda su abordaje en una etapa temprana del proceso de restitución, a fin de que las partes puedan ofrecer prueba relevante respecto de la necesidad y ejecutoriedad de esas medidas, además de que ello tiene una consecuencia directa en el otorgamiento de la excepción y la consecuente concesión o denegación de la restitución. Se

---

<sup>32</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, T. A. C. y E. K. A. C/ Dirección General de Migración, Extranjería y Otros S/ Habeas Corpus, 13 de septiembre de 2011. pág. 34.



agrega que en algunas jurisdicciones, en pos de la celeridad, cuando el tribunal está convencido de que existen medidas adecuadas y eficaces disponibles o vigentes en el lugar de la residencia habitual del niño para abordar el grave riesgo alegado, puede ordenar la restitución sin llevar a cabo una evaluación exhaustiva de los hechos alegados. Cabe añadir que la ejecutoriedad o no de dichas medidas se rige por el derecho interno (y una forma de salvar esto es mediante las órdenes espejo). Acertadamente, en la Guía se expone que a menos que los compromisos voluntarios sean ejecutorios en la residencia habitual, deben utilizarse prudencialmente, especialmente en los casos en que se alega violencia doméstica<sup>33</sup>.

En este aspecto, entra en juego el Convenio de 1996<sup>34</sup> para los Estados contratantes, ya que el Estado de refugio puede adoptar las medidas necesarias para proteger al niño en caso de urgencia, y ellas se reconocerán de pleno derecho en todas las demás Partes Contratantes, además de que serán declaradas ejecutorias a petición de parte con arreglo al procedimiento previsto por la ley del Estado en donde se solicita la ejecución.

El objeto del Convenio de 1996 consiste en mejorar la protección de los niños en situaciones de carácter internacional mediante la adopción de medidas y evitar conflictos entre los sistemas jurídicos en ese sentido. Se encuentran mencionadas en el Convenio de 1980 aunque no como “medidas de protección” sino simplemente “medidas apropiadas que permitan”: localizar al niño, prevenir que sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas (procederán las medidas provisionales), garantizar la restitución voluntaria o facilitar una solución amigable, intercambiar información relativa a la situación social del niño si fuera conveniente, facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio, conceder o facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica. Cabe destacar que Argentina no ha adoptado el Convenio de 1996. No obstante ello, los tribunales pueden adoptar este tipo de medidas, pero su implementación no será automática en virtud del Convenio en cuestión. Personalmente, entiendo que la orden de restitución atenta a la imposición de medidas de protección en

---

<sup>33</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, T. A. C. y E. K. A. C/ Dirección General de Migración, Extranjería y Otros S/ Habeas Corpus, 13 de septiembre de 2011, pág. 35.

<sup>34</sup> Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.



casos donde existió violencia en el marco del art. 13(1)(b) puede profundizar la violencia, la sensación de injusticia y el trauma de las víctimas, poniéndolas sin lugar a dudas en una situación intolerable. Es difícil garantizar la suficiencia de las medidas en estos casos, con lo cual creo que su implementación para no rechazar la restitución debe ser altamente excepcional.

## VII. Configuración de una “situación intolerable” para el niño y su madre y valoración del riesgo. Jurisprudencia en la materia y estándares probatorios

Cuando se comprueba que la violencia tuvo lugar, está en manos del juez/a que entiende en la restitución la responsabilidad de evaluar la probabilidad de recurrencia de y de la violación de los compromisos que se puedan llegar a convenir o imponer. Si la violencia existió, entonces muy probablemente se haya configurado una exposición a una situación intolerable para el niño en el pasado, con potencialidad de replicarse prospectivamente (tal como lo requiere el 13(1)(b)).

Es acuciante que se disponga un tratamiento psicológico para el/los niño/s a fin de paliar las consecuencias del trauma y también para la progenitora víctima<sup>35</sup>, ya que sus habilidades parentales pueden verse disminuidas como efecto del sometimiento a la violencia (lo que se conoce como estado de indefensión aprendida)<sup>36</sup>, aunque ello, según el mecanismo propuesto por el Convenio de La Haya de 1980, debe ser evaluado por el tribunal competente en el Estado de residencia habitual del niño, que tiene competencia para resolver el fondo de la cuestión del derecho de custodia.

En el caso de que se haya constatado la existencia de violencia doméstica, incluso dirigida exclusivamente a la madre sustractora, debe analizarse cómo ello se traduce en

---

<sup>35</sup> En Argentina, por ejemplo, de conformidad con las exigencias del Art. 7 de la ley 26.485, que al menos proclama garantizar todos 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, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

<sup>36</sup> Corresponde señalar, asimismo, que opiniones especializadas han constatado la existencia de una conexión frecuente entre el abuso sexual, físico y emocional durante la infancia con la conformación de parejas violentas... Las mujeres que de niñas han sufrido este tipo de agresiones tienen además mayor dificultad para poder cortar los vínculos violentos, con lo cual la exposición a situaciones de extrema vulnerabilidad puede repetirse, ya sea con el progenitor sustraído o con nuevas parejas (Cfr. Walker, 2009 y Schneider, 2010)

un grave riesgo de daño para el niño en el supuesto de que se ordenase la restitución al Estado de residencia habitual. A tal fin, debe contemplarse de qué recursos disponen la víctima sustractora y los niños en el Estado del que se los sustrajo (a modo de ej., si cuentan con un establecimiento disponible para la concertación de visitas vigiladas), en qué medida el agresor responde a las intervenciones terapéuticas, si es que admitió su responsabilidad y solicitó asistencia, en qué medida cumple o cumplió con las resoluciones judiciales que lo involucran y si existen preocupaciones o sospechas en cuanto a su salud mental o al abuso de sustancias de su parte.

Sobre este particular, los tribunales han fallado de distintas maneras. Por ejemplo, en un fallo relativamente reciente, un tribunal superior alemán<sup>37</sup> entendió que no se podía inferir un grave riesgo tras la llegada al Estado de residencia habitual en base a un supuesto comportamiento violento en el pasado y observó que se encontraba vigente una orden de restricción para que la madre sustractora pudiera buscar la protección adecuada contra cualquier supuesto comportamiento inadecuado del padre privado del niño. Teniendo en cuenta que el riesgo de la violencia se considera casuísticamente, es fundamental medirlo para determinar en el caso concreto la potencial efectividad o ineffectividad de dichas medidas de protección. En principio, entiendo que es altamente contradictorio e incompatible que un tribunal restituya cuando ha implementado una restricción de acercamiento, más aún si el niño vive con la madre, ya que los “traspasos” son de imposible cumplimiento sin que la víctima y el agresor tengan contacto.

En un fallo plenario de Australia<sup>38</sup>, se hizo hincapié en el carácter prospectivo del análisis de la excepción de grave riesgo y se determinó que el pasado podía ser un buen indicador de un comportamiento futuro pero que no era determinante. En dicha decisión se subrayó que la disponibilidad de protecciones legales contra los comportamientos violentos e inapropiados excluían la posibilidad de que la restitución expusiera a un niño a una situación intolerable o un daño físico y/o psicológico.

La adopción de medidas de protección (acceso a asistencia jurídica y/o financiera, asistencia para la vivienda, servicios de salud, refugios, etc.) ha servido para rechazar la

---

<sup>37</sup> *Oberlandesgericht München Senat für Familiensachen*, 12 UF 532/16, 6 de julio de 2016.

<sup>38</sup> Tribunal de Familia de Australia en Melbourne en Pleno, *H.Z. v. Central Authority*, 7 de junio de 2006.

excepción a la restitución. Los jueces han tendido a considerar que la disposición de ciertas medidas excluye la posibilidad de alcanzar el umbral alto que requiere la excepción de grave riesgo para no ordenar la restitución. No obstante, como veremos, ello puede resultar muy peligroso y dañino en algunos casos.

En Argentina, la Corte Suprema ha entendido, en el caso *E. S. s/ reintegro de hijo*<sup>39</sup>, que la sola mención de maltrato o violencia, sin ofrecer ningún tipo de prueba, resulta demasiado general para constatar la configuración de un grave riesgo para el niño, en línea con el Tribunal Federal de Apelaciones en materia de Derecho de Familia de Melbourne, Australia, que entendió, en un plenario<sup>40</sup>, que la prueba muy general e inespecífica aducida por la sustractora acerca de episodios significativos de violencia, agresión o maltrato del padre privado del niño contra su persona y contra el niño eran insuficientes para constituir un grave riesgo de que la restitución del niño expusiera al niño a las situaciones exigidas por el artículo 13(1)(b).

Atento a la jurisprudencia, pareciera que los testimonios de que existe o existió una situación de violencia doméstica por sí solos no resultan suficientes para establecer que existe un grave riesgo para el niño y cumplir el estándar de la excepción, cuyo umbral es elevado. Se consideran la naturaleza, frecuencia, intensidad de la violencia y también las circunstancias en las que resulta probable que se manifieste. En *E. S.*, la Corte estimó que considerar configurado el grave riesgo por la negativa de la madre a regresar con el niño implicaría la desactivación automática de todo el mecanismo restitutorio. Ello, según el tribunal, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la comunidad de naciones a merced de la voluntad unilateral de la parte demandada en el proceso de restitución. La Corte se pronunció en el sentido de que la potencialidad dañosa dependería del sentido traumático o no que la madre le dispensara al retorno. Aquí podemos observar un ejemplo de cómo se pone el foco y la carga de la responsabilidad sobre la mujer (además de la carga probatoria), en contraposición con las obligaciones internacionales del Estado en materia de género<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> CSJN, *E. S. s/ reintegro de hijo*, E. 183. XLVIII, 11 de junio de 2013.

<sup>40</sup> Tribunal de Familia de Australia en Melbourne en Pleno, *Gsponer v. Johnson*, 23 de diciembre de 1988.

<sup>41</sup> Véanse las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del peso que debe dársele al testimonio único de la víctima como prueba en casos de violencia sexual o de género contra la mujer. Cabe mencionar que estos casos no versan sobre restitución internacional de menores, pero sí

## VIII. Casuística y armonización de las disposiciones de los distintos tratados internacionales vinculantes

Las alegaciones de grave riesgo que surgen como consecuencia de la violencia doméstica pueden adoptar diversas formas. La madre sustractora puede alegar que existe un grave riesgo de daño directo para el niño debido al abuso físico, sexual o de otro tipo dirigido contra este último. Otra modalidad puede ser la alegación de que el grave riesgo resulta de la exposición del niño a la violencia doméstica infligida a ella. En algunos casos el grave riesgo para el niño puede estar basado también en el daño que pueda llegar a sufrir la madre sustractora en manos del progenitor privado del niño tras el retorno (con inclusión de la afectación significativa de la capacidad de la madre de cuidar al niño cuando la custodia principal se encuentra a su cargo, aunque en términos estrictos, al amparo del Convenio de La Haya de 1980, esta cuestión le corresponde resolverla al juez del Estado de residencia habitual con competencia en materia de custodia; personalmente creo que este criterio debe flexibilizarse en virtud de la perspectiva de género). En este sentido, un Tribunal de Distrito de los Estados Unidos<sup>42</sup> (en el ordenamiento jurídico estadounidense, dichos tribunales pertenecen a la justicia federal de primera instancia, no a la ordinaria), halló que los maltratos a la madre sustractora por parte del padre privado del niño, que incluyeron amenazas de muerte, además de otros factores como el consumo excesivo de alcohol del padre y la inhabilidad de las autoridades chipriotas para defender a la madre, además del estrés post traumático crónico que su hija sufrió como consecuencia de la violencia, fueron suficientes para constituir un grave riesgo. Otro caso<sup>43</sup> interesante es el que fuera dirimido por el Tribunal Federal de Apelaciones del Onceavo Circuito de dicho país, que concluyó que, si bien una investigación adecuada se enfoca en el riesgo

---

sientan estándares de valoración probatoria en casos de violencia contra las mujeres en el ámbito interamericano: Rosendo Cantú y otra vs. México, 31 de agosto de 2010, párr. 89; Fernández Ortega y otros vs. México, 30 de agosto de 2010, párr. 100; J. vs. Perú, 27 de noviembre de 2013, párr. 323.

<sup>42</sup>Tribunal Federal del Distrito Este de Pensilvania de los Estados Unidos de América, *Miltiadous v. Tetervak*, 19 de febrero de 2010.

<sup>43</sup>Tribunal de Apelaciones del Onceavo Circuito de los Estados Unidos de América, *Baran v. Beaty*, 9 de mayo de 2008.

al que se enfrenta el niño y no el progenitor sustractor, las amenazas suficientemente graves y la violencia dirigida hacia un progenitor también pueden representar un grave riesgo de daño para el niño. Es redundante agregar que en este caso progenitor hace referencia a la madre, al menos a los efectos del presente trabajo.

Dicho esto, considero que los jueces deben realizar una interpretación armónica de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y las del Convenio de La Haya de 1980 con aquellas que corresponden a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y, en el ámbito interamericano, las de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará)<sup>44</sup>. El foco del ISN debe alumbrarse con el plexo de protección de derechos de las mujeres, que son las víctimas inexorables en casi todos los casos de violencia doméstica. No debemos olvidarnos que, detrás de cada niño en los casos de restitución en los que se ha alegado violencia doméstica, hay muy probablemente una madre que sufre, lo cual detenta una relación intrínseca con el bienestar (o más bien su falta) del niño.

### **XIX. Mediación con fines restitutorios y análisis de su procedencia en casos con antecedentes de violencia**

Si bien el Convenio de La Haya de 1980 alienta a la solución amigable de disputas familiares, personalmente coincido con aquellos que sostienen<sup>45</sup> que la mediación como medio para resolver una controversia de manera “amistosa” no es efectiva en los casos en que se alega violencia doméstica, ya que la mediación se funda en la cooperación, ese es su pilar, y su éxito depende de que las partes detenten poderes de negociación equiparables, si no los mismos. Si tenemos en cuenta el lugar de la mujer en la sociedad actual, sumado a la posible dinámica de la violencia doméstica, resulta evidente que la mujer tiene amplísimas probabilidades de no encontrarse en pie de igualdad con el progenitor que solicita la restitución del/los niño/s. Las víctimas tienen a menudo dificultades para

---

<sup>44</sup> El Prof. Hans Van Loon ha sostenido, en relación a los Convenios elaborados en el ámbito de la HCCH, que “... de hecho, dichas Convenciones se complementan entre sí, al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño” (Van Loon, 2017).

<sup>45</sup> Por ejemplo, Hart, 1990.

abogar por sus propios intereses al enfrentar al maltratador y el acuerdo sería probablemente injusto, además de que necesariamente debe haber un tercero que vele por los intereses de los niños, más allá de las pretensiones de los adultos.

Se postula incluso que el uso de la mediación en estos casos legitimaría la violencia doméstica en lugar de castigar a los maltratadores y es indiscutido que los niños no deben verse expuestos a ningún tipo de violencia, entre ellos, la doméstica.

En contraposición, podría esgrimirse el argumento de que excluir la posibilidad de mediación tiene tintes paternalistas y presume *prima facie* que la alegación de violencia es auténtica. Disiento de ello. Cabe mencionar que, en algunos Estados, como España<sup>46</sup>, el recurso a la mediación en los casos en que hay alegaciones de violencia doméstica se encuentra prohibido, independientemente de si la alegación se comprobó o no. En aquellos en los que la mediación en dichas circunstancias es una posibilidad, algunos mediadores se rehúsan a llevarla adelante y otros consideran que es apta. Si entienden que corresponde, la Autoridad Central o el tribunal competente podrá adoptar medidas a fin de evitar dar a conocer la localización de la supuesta víctima al otro progenitor (supuesto maltratador) o de algún modo asegurarse de que las partes no se reúnan sin compañía.

La excepción de grave riesgo se ha entendido como de interpretación restrictiva y estricta, pero creo que en estos casos su comedido carácter debe ponderarse con la necesidad imperiosa de que no se lastime al niño/a y que estos no sufran las consecuencias de la violencia doméstica si es que ella efectivamente tuvo lugar, en consonancia con la noción del ISN consagrada en el artículo 3 de la CDN. Si se ordena la restitución, debe garantizarse no solo la seguridad sino el bienestar del niño. Debe verificarse que el pedido de restitución no forme parte de una persecución judicial del agresor, quien puede llegar a utilizar a los niños como excusa en su empresa de atacar o humillar a la madre (en este caso, procesalmente)<sup>47</sup>, lo cual no quiere decir que se tomen las declaraciones a la ligera, sino que el prisma por el cual se mira el caso debe ser aquél que resulta más protectorio de los niños, como debería suceder en todos los procesos judiciales en materia de familia. Si bien no debe relegarse el sustento probatorio, no deben utilizarse el principio de preclusión y el impulso procesal de modo tal que se perjudique a la víctima y se la exponga a

---

<sup>46</sup> Ley Orgánica 1/2004.

<sup>47</sup> Véase Miller y Smolter, 2011.

una situación intolerable (tal como sucedió en un caso en el cual se ordenó la restitución porque la víctima no había invocado los maltratos en la contestación del pedido). A modo de salvedad, es cierto que la violencia doméstica no debe confundirse con la disfunción conyugal ni con el divorcio conflictivo, sino que debe entenderse en los términos graves ya expresados.

## X. Falta de perspectiva de género y su incidencia en estos casos

Actualmente, la discusión sobre el machismo presente en los tribunales de todo el mundo se encuentra en su punto álgido. Con relación a ello, podemos ejemplificar con decisiones lamentables, tales como la de A. S. c. P. S.<sup>48</sup>, en la que la Corte Suprema de Irlanda aceptó que existían pruebas *prima facie* de abuso sexual por parte del padre y determinó que las niñas no debían ser restituidas bajo su cuidado pero sí a su Estado de residencia habitual. Se determinó que el juez de primera instancia (*trial judge*) se había equivocado al concluir que esto equivalía a un riesgo grave de daño *per se*. El máximo tribunal puso el foco en los compromisos otorgados por el padre (pago de manutención y abandono del hogar familiar) porque entendió que entonces no habría riesgo grave en restituir a las niñas para que viviesen en el hogar del matrimonio bajo el cuidado exclusivo de la madre. Opino que ello fue un grave error ya que la devolución o el acercamiento de niños a su abusador sexual, su padre en este caso, solo puede causarles más daño. Además, el volver a vivir en el hogar en donde muy probablemente los abusos tuvieron lugar puede revivir el trauma y revictimizar a las víctimas, especialmente cuando se trata de niños.

La justicia patriarcal también se evidencia en la sentencia de un Tribunal de Canadá<sup>49</sup>, que sostuvo que si la madre hubiera estado seriamente preocupada por su hijo, no lo habría dejado al cuidado del padre en vacaciones luego de lo que ella afirmaba había sido un incidente grave. En este caso, se responsabiliza a la madre por los actos del padre, y se infiere de su inacción en lo inmediato que no había grave riesgo en restituir al niño. Se desplaza la responsabilidad del padre por sus supuestas acciones a la inacción de la madre frente a estas. La madre alegó que el padre representaba un peligro para los niños,

<sup>48</sup> Corte Suprema de Irlanda, A.S. v. P.S. (Child Abduction), 26 de marzo de 1998.

<sup>49</sup> Tribunal Superior de Québec, *Droit de la famille* 2675, N.º 200-04-003138-979, 22 de abril de 1997.



ya que, entre otras cosas, había abusado sexualmente de la hija. Al rechazar la acusación, el Tribunal destacó que la madre anteriormente había estado dispuesta a dejar a los niños al cuidado exclusivo del padre mientras ella viajaba al exterior. La decisión pareciera al menos escandalosa ya que, en lugar de realmente investigar la autenticidad de las alegaciones, el tribunal simplemente las desestimó por una inacción o falta de juicio de la madre. El abandono estatal se hace patente. Entiendo que la gravedad de estos casos amerita un examen exhaustivo de las alegaciones planteadas. Deben avizorarse todas las posibles consecuencias de la restitución y el foco no debe estar puesto en la conducta (correcta o incorrecta) de la madre, sino en la protección de los niños.

En contraste, el Tribunal Federal de Apelaciones para el Primer Circuito de los EE. UU. resolvió que debía tenerse extremo cuidado antes de restituir a un menor cuando existían pruebas contundentes de que había sido víctima de abuso sexual<sup>50</sup>. Asimismo, afirmó muy atinadamente que todo tribunal debería ser particularmente cauteloso acerca del uso de compromisos potencialmente no exigibles para intentar proteger a un niño.

En el caso *Re F. (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad)*, el niño había presenciado actos de violencia por parte del padre hacia la madre y también había sufrido maltratos él mismo. Más aún, el padre no había refutado estas afirmaciones. Sin embargo, el tribunal destacó que el comportamiento del padre en sí mismo no era suficiente para dar cumplimiento al requisito del artículo 13(1)(b). En cambio, se rechazó la restitución por la reacción del niño ante la posibilidad de ser restituido a Colorado con su padre. Particularmente, antes de ser trasladado, el niño había sufrido de enuresis nocturna, pesadillas y comportamientos agresivos en Estados Unidos. Se optó por hacer hincapié en la oposición del niño en vez de intentar probar el grave riesgo en base a la violencia. Con relación a la oposición del niño al regreso, se ha entendido en la jurisprudencia internacional, que debe evaluarse minuciosamente la opinión del niño a efectos de determinar que esta no haya sido indebidamente influenciada por el progenitor/a sustractor/a sino que sea formada y personal, que sea una opinión propia. No obstante ello, el tribunal supremo de Suiza adopta la postura de que las opiniones de los niños nunca son del todo independientes y que, por consiguiente, debe distinguirse una oposición manipulada de

---

<sup>50</sup> Tribunal Federal de Apelaciones para el Primer Circuito de los EE. UU, *Danaipour v. McLarey*, 3 de abril de 2002.



una oposición parcialmente autónoma, que puede ser genuina y merece ser tenida en cuenta. Personalmente, quiero destacar que el niño goza del derecho a ser oído y ello no debe perderse de vista, con arreglo al artículo 12 de la CDN. La visión paternalista de que la opinión del niño no resulta formada o está parcializada y por ello debe desestimarse está, con mucho mérito, en desuetudo, sin perjuicio de la detección de discursos “adultizados”.

Se ha entendido también, muy acertadamente, en un caso<sup>51</sup> en el que se determinó que hubo un grado considerable de violencia de parte del padre contra la madre (sobre la base de las declaraciones juradas de testigos y fotografías que mostraban significativas marcas de golpes en la espalda de la madre), que si bien el niño no corría riesgo alguno por parte del padre, teniendo en cuenta su edad, era completamente dependiente de su madre y no podía ser separado de ella. Al no poder regresar la madre por motivos obvios, se denegó la restitución del niño con el fundamento de su dependencia respecto de ella. Se priorizó la integridad de la madre (y, en consecuencia, la del niño) por sobre el interés del padre violento a que el niño regrese a su Estado de residencia habitual. A ello me refiero con la armonización de las Convenciones que amparan a los niños con aquellas que velan por los derechos de la mujer. Es interesante que en dicho caso se ordenó que una copia de la decisión fuera enviada a la Autoridad Central de Sudáfrica (el Estado de residencia habitual) junto con una nota explicativa, señalando que se trataba de una decisión inusual, no representativa del enfoque adoptado por Inglaterra (el Estado de refugio) respecto del Convenio de La Haya de 1980. Se torna evidente que los jueces y los funcionarios de las autoridades centrales son muy cautelosos con respecto a la inclusión de los derechos de la madre en la ponderación de un caso de restitución. Quizás los tiempos actuales demanden demostraciones de valentía más frecuentes.

Por último, para ilustrar la gravedad de la violencia doméstica y cómo las alegaciones al respecto deben ser consideradas con la máxima seriedad, en todos los procesos judiciales o administrativos y, específicamente, en los casos de restitución internacional,

---

<sup>51</sup> Sala Civil del Tribunal Federal de Apelaciones británico, *Re M. (Abduction: Leave to Appeal)*, 30 de marzo de 1999.

cabe mencionar un caso<sup>52</sup> en el que el tribunal, si bien reconoció la existencia de problemas, discusiones y peleas en la relación, entendió que las confrontaciones eran iniciadas por ambas partes y, por ende, ordenó la restitución de los dos hijos al padre, porque era buen padre con ellos y había asumido ciertos compromisos ante el tribunal, lo cual supelemente excluía el grave riesgo. Sin embargo, tras la restitución de los niños a los Estados Unidos, el padre no cumplió los compromisos, y, tras la puesta en marcha del procedimiento de divorcio, en el que luego se atribuyera la custodia provisional de los niños a la madre, la situación se agravó. En lugar de devolver los niños a su madre, el padre desapareció con ellos y, cuando un miembro de las fuerzas de seguridad intentó retirárselos, el padre disparó y mató a su hijo de diez años e hirió gravemente a su hija de doce. Ello podría haberse evitado si el tribunal hubiera realizado un examen exhaustivo de la gravedad de la violencia del padre.

Otro caso de restitución con resultados funestos que resultó en la trágica muerte de una madre que se encargaba del cuidado principal de sus hijos es el de Cassandra Hasanovic<sup>53</sup>. El tribunal australiano que entendió en el proceso ordenó la restitución de los niños sustraídos a Inglaterra, desestimando la excepción de grave riesgo opuesta por la madre en ocasión de la violencia ejercida sobre ella por el padre con la excusa de la imposición de “medidas de regreso seguro”, en donde el tribunal “se negó a presumir que las autoridades británicas serían incapaces de proteger a la madre tras su retorno”. La madre había huido con sus dos hijos menores a Australia luego de años de abuso doméstico, una medida de protección contra agresiones similar a la conocida restricción perimetral y prohibición de contacto/acercamiento (*non-molestation order*) que fue incumplida más de una vez, además de una agresión sexual a manos del padre de los niños tras la separación de la pareja. Para hacer valer la excepción contemplada en el artículo 13(1)(b), la madre denunció múltiples instancias de agresión física y varias amenazas de muerte proferidas por el padre contra su persona. El tribunal reconoció la violencia del padre, pero señaló que la madre tenía acceso a varias medidas de protección tras su regreso y que podía recurrir

---

<sup>52</sup> Tribunal Superior de Quebec, *Vera Vucerakovich c. Pedrag Perisic*, 26 de octubre de 2010. Véase, asimismo, el Informe de la CIDH respecto del caso “*Maria da Penha Fernandez Maia vs. Brasil*”, 16 de abril de 2001.

<sup>53</sup> Tribunal Federal de Familia de Sídney, Australia, *Department of Community Services v. Hadzic*, FamCA 1703, 4 de noviembre de 2007.

a las autoridades inglesas para que la asistieran. El tribunal también impuso compromisos y condiciones, entre ellos, prohibió al padre acercarse o contactar a la madre. Tras su regreso con los niños (ordenado por el Tribunal), el padre violó los compromisos y la medida cautelar, lo cual motivó la intervención de la policía y la instalación de una alarma de pánico en el hogar familiar. En julio de 2008, el padre fue condenado por la agresión sexual y corría el riesgo de ser expulsado del territorio. El 29 de julio de 2008, la madre solicitó que un policía la acompañara a un refugio de mujeres, lo cual le fue denegado, y, cuando iba en camino al refugio por su cuenta, el padre la atacó en su auto y la asesinó a puñaladas frente a sus dos hijos y su madre (la abuela de los niños)<sup>54</sup>.

Con estos ejemplos aberrantes reitero la suma importancia de la consideración y el análisis exhaustivo de las alegaciones de violencia doméstica, en aras de proteger a los niños y evitarles un trauma mayor al que ya hubieren sufrido. Resulta oportuno recordar la importancia de proteger el bienestar físico y la integridad psicológica de los niños en este tipo de casos, poniendo a disposición todas las medidas necesarias (con inclusión de la no restitución) para que no se vean expuestos a la violencia doméstica con todas sus posibles ramificaciones y espeluznantes consecuencias, pudiendo así gozar efectivamente de su derecho al desarrollo y a crecer en un libre de violencia.

## XI. Conclusión. Suma gravedad del asunto

La violencia de género y la violencia doméstica tienen consecuencias gravísimas para las mujeres y los niños que la sufren. Es por ello que entiendo que los tribunales del Estado

---

<sup>54</sup> Hay una herramienta validada del año 1985, que fue desarrollada por una instructora de enfermería especializada en violencia doméstica, conocida como Danger Assessment (Evaluación del peligro) de la que los jueces y los funcionarios pueden servirse para medir el riesgo de violencia letal de la mujer víctima de violencia de género. Consiste en 20 preguntas, entre ellas, las siguientes: “[...]a gravedad o frecuencia de los episodios de violencia física ha aumentado durante el último año? ¿El agresor tiene un arma? ¿Está desempleado? ¿Alguna vez usó el arma contra usted o la amenazó con usar un arma letal? ¿Amenaza con matarla? ¿Amenaza con hacer daño a sus hijos? ¿Alguna vez intentó ahogarla? ¿Consume drogas? ¿Controla la mayor parte de sus actividades diarias o todas ellas? (le dice de quién puede ser amiga, cuándo puede ver a su familia, cuánto dinero puede gastar o cuándo puede llevarse el auto) ¿Se muestra celoso de manera violenta y constante? ¿Alguna vez amenazó con suicidarse o lo intentó? ¿Cree usted que es capaz de matarla? ¿La sigue o la espía, le deja notas o mensajes de voz amenazadores, destruye sus pertenencias o la llama cuando usted no quiere que la llame?”.

Una respuesta negativa no implica un nivel de riesgo bajo, pero una respuesta afirmativa puede resultar sumamente significativa para determinar un alto riesgo de femicidio.

de refugio que tienen la tarea de dirimir el otorgamiento o el rechazo de la excepción de grave riesgo a fines de rechazar la restitución en el marco de un caso de sustracción o retención ilícita en contextos internacionales deben hacer un análisis minucioso y exhaustivo de la alegación de violencia doméstica, ya que una decisión incorrecta al respecto puede tener resultados fatales, tal como se ha demostrado con los casos reales expuestos.

### Bibliografía:

- CAMPBELL, Jacquelyn et al. (2009). "The Danger Assessment: Validation of a Lethality Risk Assessment Instrument for Intimate Partner Femicide". *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 24, N.º 4, pp. 653-74.
- (2017). "The Lethality Screen: The Predictive Value of an Intimate Partner Violence Risk Assessment for Use by First Responders". *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 32, N.º 2, pp. 205-226.
- DI CORLETO, Julieta (2006). "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de mujeres golpeadas". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, N.º 5.
- GOICOECHEA, Ignacio & RUBAJA, Nieve (2015). "Procedimiento de restitución internacional de niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional". *La Ley*, AR/DOC/2781/2015.
- MILLER, Susan & SMOLTER, Nicole (2011). "Paper Abuse: When All Else Fails, Batterers Use Procedural Stalking". *Violence Against Women* 17 (5), pp. 637-50.
- POLLAK, Robert (2002). "An intergenerational model of domestic violence". *National Bureau of Economic Research*, working papers.
- RUBAJA, Nieve (2012). *Derecho Internacional Privado de la Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- RUBAJA, Nieve & GORTARI WIRZ, Emilia (2020). Violencia de género. Restitución internacional de niños. CSJN. "V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños", 22 de octubre de 2020. *Revista Debates Sobre Derechos Humanos*, (5), pp. 51-69.
- SCHNEIDER, Elisabeth (2010). "La violencia de lo privado". En DI CORLETO, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Librería/Red Alas.
- SCHUZ, Rhona (2001). Habitual Residence of children under the Hague Child Abduction Convention - theory and practice. *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 13, p. 1.
- SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Ángeles (2006). La violencia de género como causa de maltrato infantil. *Cuad. Med. Forense*, n. 43-44, pp. 149-164.
- SIMÓN RUEDA, Cecilia, LÓPEZ TABOADA, José Luis & LINAZA IGLESIAS, José Luis (2000). *Maltrato y desarrollo infantil*. Madrid: Univ. Pontificia de Comillas.

- SCOTTI, Luciana (2014). “El proceso de restitución internacional de menores a la luz de las normas vigentes”. En SCOTTI, Luciana (dir.), *Restitución internacional de menores*, Buenos Aires: Ed. B de F.
- TOLEDO LARREA, Juana de los Ángeles (2015). *Mecanismos del Derecho Internacional Privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica usuarias de los recursos integrales de acogida y protección*. España: Universidad de Córdoba.
- TOUZA GARMA, Carmen (2005). “La familia y el aprendizaje de los malos tratos”. *Revista de Pedagogía de las Illes Balears, Educació i Cultura*, 18, pp. 215-224.
- VAN LOON, Hans (2017). *Protecting Children across Borders: the Interaction between the CRC and the Hague Children’s Conventions en The United Nations Convention on the Rights of the Child, Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*. Países Bajos: Brill/Nijhoff.
- WALKER, Lenore (2009). *The Battered Woman Syndrome*. Nueva York: Springer Publishing Company, 3ra ed.
- WEBSDALE, Neil (1999). *Understanding Domestic Homicide*. Reino Unido: Northeastern University Press.
- ZORZA, Joan (2000). “The UCCJEA: What Is It and How Does It Affect Battered Women in Child-Custody Disputes?”. *Fordham Urban Law Journal*, 37, pp. 909-935.

### Documentos y leyes:

- AUSTRALIA, National Domestic and Family Violence Benchbook.
- DYER, Adair (1977). Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents, Doc. Prel. 1.
- CIDH, Informe, Maria da Penha Fernandez Maia vs. Brasil, 16 de abril de 2001.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1).
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Guía de Buenas Prácticas, Parte VI, artículo 13(1)(b).

- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 y del Convenio de 1996 (2017). Doc. Prel. N.º 3.
- HART, Barbara (1990). *Gentle Jeopardy: The further endangerment of battered women and children in custody mediation*.
- HART, Barbara (1995). *Report of the Violence against Women Research Strategic Planning Workshop*. Estados Unidos de América: Instituto Nacional de Justicia y Departamento de Salud y Servicios Humanos.
- Ley 14.509/12 de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.
- Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños.
- Ley Nacional 26.061/2005 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Argentina.
- Ley Nacional 26.485/2009 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Argentina.
- Ley Orgánica 1/2004, España.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Niño, 28 de marzo de 1996.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de septiembre de 1990.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 3 de septiembre de 1981.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2005). *Estudio multipaís sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer: primer informe sobre los resultados sobre prevalencia, consecuencias para la salud y estrategias de manejo*. Ginebra.
- PÉREZ-VERA, Elisa (1981), "Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores". Madrid.

### **Jurisprudencia:**

- 12 UF 532/16, Tribunal Superior de Múnich (Oberlandesgericht München Senat für Familiensachen), 6 de julio de 2016. Referencia INCADAT: HC/E/DE 1405.
- A.S. v. P.S. (Child Abduction), Corte Suprema de Irlanda, 26 de marzo de 1998. Referencia INCADAT: HC/E/IE 389.
- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, Re S., Auto de 21 abril de 1997. Referencia INCADAT: HC/E/ES 244.
- B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de mayo de 2010.



- Baran v. Beaty, Tribunal de Apelaciones del Onceavo Circuito de los Estados Unidos de América, 9 de mayo de 2008. Referencia INCADAT: HC/E/US 1142.
- Danaipour v. McLarey, Tribunal Federal de Apelaciones para el Primer Circuito de los EE. UU, 3 de abril de 2002. Referencia INCADAT: HC/E/USf 459.
- Defensoría de Pobres y Ausentes Nro 1 s/restitución internacional de menor, Tribunal de Familia de Formosa, Sala B, Expte. 1627/2020, 3 de noviembre de 2020. Referencia INCADAT: HC/E/AR 1516.
- Department of Community Services v. Hadzic, FamCA 1703, Tribunal Federal de Familia de Sídney, Australia, 4 de noviembre de 2007.
- Droit de la famille 2675, N.º 200-04-003138-979, Tribunal Superior de Quebec, Canadá, 22 de abril de 1997. Referencia INCADAT: HC/E/CA 666.
- E., S. s/ reintegro de hijo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 183. XLVIII, 11 de junio de 2013. Referencia INCADAT: HC/E/AR 1305.
- FE v YE [2017] EWHC 2165 (Fam), Tribunal de Primera Instancia de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (High Court), 25 de agosto de 2017. Referencia INCADAT: HC/E/ES 244.
- Fernández Ortega y otros c. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2010.
- G. L. S. L C/ c. V. L. J. Restitución Internacional de Menores, Juzgado de Primera Instancia de Libertad de 2do turno, 8 de junio de 2020. Referencia INCADAT: HC/E/UY 1528.
- Gsponer v. Johnson, Tribunal de Familia de Australia en Melbourne en Pleno, 23 de diciembre de 1988. Referencia INCADAT: HC/E/AU 255.
- H. Z. v. Central Authority, Tribunal de Familia de Australia en Melbourne en Pleno, 7 de junio de 2006. Referencia INCADAT: HC/E/AU 876.
- J. c. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 2013.
- K. K. J. c/ P. C. S. s/ restitución internacional, Suprema Corte de Justicia, Sala Primera de la Provincia de Mendoza, 20 de febrero de 2020. Referencia INCADAT: HC/E/AR 1520.
- Miltiadous v. Tetervak, Tribunal Federal del Distrito Este de Pensilvania de los Estados Unidos de América, 19 de febrero de 2010. Referencia INCADAT: HC/E/US 1144.
- P. S., M. c/ S. M., M. V. s/ restitución internacional de menores de edad, Corte Suprema de Justicia de la Nación, expte. N° 9193105, 24 de mayo de 2022.
- Petrovic Silva Marko c/ Savasta Martínez Marianella Viviana s/ restitución internacional de menores, Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de la Pcia. de Córdoba, Argentina, 18 de febrero de 2021.
- Re L. (Abduction: Future Consent), Tribunal de Primera Instancia de Inglaterra y Gales (Sala de Familia) (High Court), 14 de septiembre de 2007. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 993.
- Re M. (Abduction: Leave to Appeal), Sala Civil del Tribunal Federal de Apelaciones británico, 30 de marzo de 1999. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 263.

- Rosendo Cantú y otra c. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2010.
- T. A. C. y E. K. A. C/ Dirección General de Migración, Extranjería y Otros S/ Habeas Corpus, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 13 de septiembre de 2011. Referencia INCADAT: HC/E/CR 1304.
- V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2020.
- Velázquez Paiz y otros c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 2015.
- Vera Vucerakovich c. Pedrag Perisic, Tribunal Superior de Quebec, Canadá, 26 de octubre de 2010.
- Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela. s/ Recurso de hecho, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995. Referencia INCADAT: HC/E/AR 362.
- X c. Letonia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de octubre de 2013.



## Migrantes y estereotipos interseccionales: algunos aportes a partir de dos casos judicializados

### Migration and Intersectional Stereotypes: Some Contributions Based on Two Legal Cases

Por Anahí González y Paula Buratovich

**Resumen:** El artículo aborda el tema del tratamiento judicial que reciben determinados grupos sociales desaventajados. Para ello, en primer lugar, definimos teóricamente las herramientas conceptuales de nuestro enfoque, para luego analizar dos casos judicializados a través de los elementos presentes en fallos en los que pueden evidenciarse: la re-producción de estereotipos de género, clase y étnico-nacionales; procesos de discriminación interseccional y también de desigualdad estructural. Partimos además del supuesto de que los discursos del poder judicial, sobre todo los presentes en las sentencias, se encuentran legitimados como una verdad incuestionada e incuestionable y como tal tienen carácter performativo e instituyente.

**Palabras claves:** estereotipo; interseccionalidad; desigualdad estructural; mujeres migrantes; poder judicial.

**Abstract:** This paper is about the judicial treatment of certain disadvantaged social groups. For that purposes, we first define theoretically the conceptual tools of our approach, and then analyse two judicial cases through sentences in which the following can be evidenced: the re-production of gender, class and ethno-national stereotypes; processes of intersectional discrimination and also structural inequality. We also start from the idea that the discourses of the judiciary, especially those present in the sentences, are legitimized as an unquestioned and unquestionable truth and as such have a performative and instituting character.

**Key words:** Stereotypes; Intersectionality; Structural inequality; Migrant women; Judicial system.

Fecha de recepción: 08/04/2023

Fecha de aceptación: 24/05/2023



## Migrantes y estereotipos interseccionales: algunos aportes a partir de dos casos judicializados

Por Anahí González\* y Paula Buratovich\*\*

### I. Introducción

Este trabajo propone una reflexión sobre el concepto de estereotipo y un abordaje de los diferentes usos que tiene en la construcción de razonamientos jurídicos y de prácticas de la justicia penal, recurriendo al análisis de casos que involucran a personas migrantes. Además, se asume un enfoque interseccional al considerar las múltiples discriminaciones que atraviesan a estos colectivos, intentando contextualizar los procesos judicializados individuales en los procesos históricos que han posicionado a estos grupos como desaventajados en la sociedad y las reactualizaciones de las representaciones sociales que se construyen en torno a los y las migrantes aún hoy.

En este sentido, partimos de considerar al estereotipo como un tipo de representación social (Tajfel, 1982), entendiendo a estas últimas como “...modalidades de pensamiento práctico orientadas a la comunicación, la comprensión y el dominio del entorno social, material e ideal” (Jodelet, 1986, p. 474). Dada su historicidad, las representaciones sociales deben ser analizadas en su contexto, contemplando el proceso y las condiciones materiales y sociohistóricas de su producción y reproducción, sus aspectos de re-creación y su tendencia de ser resistentes a cambios trascendentales (González, 2019). De esta manera, la vinculación del concepto de estereotipo con la noción de representación social posibilita reconstruir qué variables intervienen en la construcción de los primeros, como así también las implicancias de no advertirlos en ámbitos de ejercicio del poder, como lo es la institución judicial.

---

\* Instituto de Investigaciones Gino Germani, Universidad de Buenos Aires. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ORCID: 0000-0001-5074-5260. Correo electrónico: apgonzalez@sociales.uba.ar

\*\* Instituto de Investigaciones Sociales de América Latina ((IICSAL) e Instituto de Investigaciones Gino Germani (UBA). ORCID: 0000-0001-8258-940X. Correo electrónico: pburatovich@flacso.org.ar

Los conceptos que hemos mencionado hasta aquí (estereotipo, representación social e interseccionalidad) nos servirán como herramientas conceptuales para adentrarnos al analizar los casos, en un debate central dentro del ámbito judicial: el de la igualdad.

Subyace a nuestro planteo que, desde el poder judicial, se asume que la igualdad es el punto de partida, y no el punto de llegada ideal que podría alcanzarse luego de un proceso en el que se intersectan relaciones de poder y dominación.

A los efectos de abordar todas las cuestiones explicitadas anteriormente, iniciamos este artículo brindando una reconstrucción no exhaustiva del concepto de estereotipo a partir de los aportes de diversos autores provenientes de la sociología y la psicología social y sus vinculaciones con la noción de representación social. Se incluyen además algunas contribuciones que desde el campo del derecho se han hecho al debate acerca del uso de estereotipos en el ámbito judicial. Luego, presentaremos los conceptos de desigualdad estructural y discriminación interseccional, ya que entendemos que los estereotipos negativos que recaen sobre ciertos grupos sociales objetivan dichas desigualdades y discriminaciones a la vez que las refuerzan. Posteriormente, abordaremos dos casos judiciales que involucran a una mujer y a una mujer trans migrantes con el objetivo de ilustrar de qué modo, en la jurisprudencia analizada, se intersectan construcciones estereotipadas acerca de la 'identidad' de las migrantes; situaciones de desigualdad estructural cuyo origen es anterior al proceso judicial; y la manifestación de una clase concreta de discriminación, resultante de la interacción de más de dos tipos de discriminación, que subyace al enfoque interseccional. Para concluir, presentaremos una serie de reflexiones finales.

## II. Hacia una definición del concepto de estereotipo

Acuñado en el mundo de la imprenta del siglo XVIII para describir el molde empleado en la reproducción de un tipo original, el término estereotipo se convirtió en metáfora social para referir a “rasgos inmodificables devenidos del vínculo entre un registro, una imagen y las cualidades morales que le fueron atribuidas” (Vallejo & Miranda, 2021, p.1). A partir de la simplificación y la generalización, los estereotipos expresan, fundamentalmente, las creencias y prejuicios sobre los atributos y comportamientos de los

miembros de un grupo social particular (Hamilton & Sherman, citado en Ungaretti & Muller, 2018); y, gracias a su repetición y difusión, tienden a naturalizarse y presentarse como autoevidentes. No obstante, como el pensamiento categorial es inherente al modo en que los sujetos aprehenden el mundo — en tanto permite simplificarlo y reducir su ambigüedad e incertidumbre (Doise, 1986) — podemos partir de la premisa de que no hay ‘por fuera’ de las representaciones sociales y que toda práctica social se encuentra atravesada por ellas, pues no hay modo de experimentar el mundo social si no es a través de una representación del mismo.

La representación social, en cuanto herramienta clasificatoria, es una forma de conocimiento, una producción mental social, al igual que el mito, la opinión, la ideología y la ciencia, pero diferente de ellos (Moscovici, 1979). Aunque se experimentan individualmente, su producción es colectiva, por lo que intervienen en su constitución tanto aspectos psicológicos como sociales; experiencias presentes e historia. Las representaciones sociales no funcionan únicamente como sistemas duraderos de interpretación del mundo circundante, sino que comportan una dimensión productiva en tanto, en ese mismo acto de comprensión y atribución de sentido, construyen lo real. En tanto “recetas” para el accionar y la orientación de nuestra conducta cotidiana, no tienen, en sí mismas, una carga valorativa positiva o negativa. Sin embargo, es menester interpretarlas en su contexto de producción y reproducción para indagar qué sentidos construyen, ya que una representación social que tiende a la discriminación, estigmatización y sostenimiento de una determinada relación de poder o asimetría, no resulta inocua. Particularmente, y como veremos en el análisis de las sentencias judiciales, las representaciones sociales generadas y reproducidas desde instancias de poder tienen un efecto de gran magnitud a nivel simbólico y material. Y ello porque, en términos de Bourdieu (1995), si bien las palabras producen efectos, “la autoridad le es dada al lenguaje desde afuera” (p. 106).

En sintonía con la función orientadora de las representaciones sociales, el estereotipo comporta una lógica de funcionamiento por medio de la cual se atribuyen de antemano determinados atributos comunes a los miembros de un grupo. En este artículo, el foco de análisis se situará en aquellos vinculados al género, al origen etno-nacional y a la clase social. Al margen de la especificidad de los procesos históricos y sociales por medio de los cuales se han constituido las categorías que los atraviesan, resulta común a todos

ellos el hecho de que:

[...] en la medida en que un sujeto es adscrito a una categoría social, se le atribuyen determinadas características y se espera que piense, sienta y se comporte en coherencia con estas características. En consecuencia, los demás interactuarán con él a partir de las expectativas que tengan en relación a la categoría (Cruz Sousa, 2006, p. 46).

De ese modo, el estereotipo fija al sujeto en una cualidad atribuida, lo coloca en un lugar y determina que sea representado de un cierto modo (usualmente, como diferente, como inferior, o como desviado de la norma) a la vez que coadyuva a que permanezca en una situación de la que es improbable escaparse. Así, los estereotipos “reflejan (y refuerzan) la distribución desigualitaria de poder que pone a un colectivo en lugar de subordinación (dominación o sometimiento) y al otro, por su desmedro, en un lugar aventajado o de privilegio” (Clérico, 2018, p. 74). Tal como hemos señalado, la eficacia de estas representaciones radica en su capacidad de presentarse como evidentes o como si brotaran del orden natural de las cosas.

Becker (2009), en su análisis sobre el proceso social de producción de la etiqueta de “desviado” de la norma, invita a correrse del individuo señalado como tal, para pensar, en cambio, el proceso de desviación como resultado de una “transacción” entre el grupo social que asigna la etiqueta y el sujeto que es percibido por ese grupo como “rompe normas”. Es decir, la propuesta es que “el hecho de que un acto sea desviado o no, depende, en parte, de la naturaleza del acto en sí (vale decir, si viola o no una norma) y en parte de la respuesta de los demás” (Becker, 2009, p. 33), ya que es desviado “quien ha sido exitosamente etiquetado como tal, y el comportamiento desviado es el comportamiento que la gente etiqueta como tal” (Becker, 2009, pp. 28). En consecuencia, no todo sujeto tendrá las mismas probabilidades de ser etiquetado como desviado. De hecho, en el marco de la acción penal, específicamente, el ejercicio de la justicia es diferencial según quien cometa la infracción, proceso en el cual la variable de clase, de género y de etnia, entre otras, intervienen con suma potencia. Nuevamente, en relación con la función orientadora de las representaciones sociales, el proceso de construcción de la desviación produce una “profecía autocumplida” en tanto “pone en marcha una serie de mecanismos que conspiran para dar forma a la persona a imagen de lo que los demás ven en ella” (Becker, 2009, pp. 53).

Desde el interaccionismo simbólico, los aportes de Goffman (2006) a la teoría del estigma también ofrecen insumos fundamentales para reconstruir el modo en que, en los intercambios y negociaciones sociales, se construyen procesos de estigmatización sobre determinados grupos e individuos. Entre los atributos que pueden ser caracterizados como estigmas, además de las “abominaciones del cuerpo y los “defectos del carácter”, Goffman suma “los de la raza, la nación y la religión, susceptibles de ser transmitidos por herencia y contaminar por igual a todos los miembros de una familia” (p. 14).

No obstante, y en consonancia con lo propuesto por Becker, si bien el estigma refiere a un atributo desacreditador, es necesario evitar un punto de vista situado en dicho atributo, para construir un “lenguaje de relaciones” capaz de ilustrar el proceso de intercambio social donde se produce el etiquetamiento, o, específicamente, la atribución del estigma, que no es más que un tipo de relación entre un atributo y un estereotipo (Goffman, 2006).

En torno al sujeto estigmatizado — al que, a partir de su ‘estigma’, se atribuyen determinadas características y potenciales conductas — se construye una ‘teoría del estigma’ que permite explicar y justificar su inferioridad y, con ello, la puesta en práctica de procesos de discriminación que terminan cercenando concretamente sus derechos y posibilidades vitales.

En tanto representación construida y reproducida socialmente, el estereotipo debe ser considerado, además, en su condición de discurso. Sin embargo, dado que la capacidad de reproducir una construcción estereotipada acerca de un grupo social no está distribuida uniformemente, no todo discurso tiene el mismo poder instituyente. La especificidad del discurso judicial, como se verá, radica en su capacidad de presentarse como universal y como resultado de la búsqueda de la verdad. En ese sentido, deben recuperarse aquí los aportes que, desde la crítica feminista del derecho antidiscriminatorio liberal, ofrecen Ghidoni y Morondo Taramundi (2022), ya que ayudan a pensar el lugar que los estereotipos ocupan en las situaciones de desigualdad estructural y en los procesos de discriminación interseccional. Las autoras se alejan de aquellas definiciones que vinculan los estereotipos a elementos psicológicos y que se detienen en las intenciones de los agentes sociales, para avanzar hacia su comprensión en tanto mecanismos cognitivos neutros, lo que no implica afirmar que su función también lo sea.

En coincidencia con la teoría goffmaniana, Ghidoni y Morondo Taramundi evitan detenerse en el contenido del estereotipo (positivo, negativo, neutro), y en el hecho individual, esto es, en la clasificación específica de un individuo, cercana o lejana a lo que ese individuo efectivamente es, para considerar por qué se produce esa atribución de características y qué efectos tiene sobre el conjunto de los grupos. La propuesta es analizar el modo en que la atribución de determinadas características a miembros de un grupo puede obstaculizar su acceso a derechos. Y ello porque, más que reducir la complejidad del mundo social, el estereotipo tiene una función eminentemente justificativa que invisibiliza relaciones de opresión y estructuras de poder en las que se inscriben las relaciones sociales. Además, tienen una dimensión prescriptiva, pues en la misma narrativa que se crea para justificar la opresión a la que contribuye el estereotipo, se justifican también las normas y actitudes sociales que se basan en él, y los dispositivos normativos que se emplean para “controlar” a la población a la que se atribuye el estereotipo.

Tal como ha sido señalado previamente, en este artículo se retoman algunas de las principales perspectivas teóricas que ofrecen la sociología y la psicología social para el estudio de los estereotipos asociados al género, la clase, la etnia y la nacionalidad. No obstante, esta temática ha sido ampliamente abordada también desde el campo del derecho, fundamentalmente en lo que respecta al lugar de los estereotipos de género en la práctica y en la decisión judicial. Además de las autoras previamente citadas, es necesario incluir también los aportes de Timmer (2011), quien han destacado la imbricación mutua entre los estereotipos y la discriminación estructural, indicando que los primeros son causa y manifestación de la desigualdad estructural padecida por los grupos no dominantes. A partir del análisis específico de la discriminación de género, la autora propone que desde el ámbito supranacional se adopte un enfoque antiestereotipos que cuestione y critique su carácter “natural” y exija a los Estados un razonamiento que no esté basado en ellos. Arena (2019), por su parte, en su análisis de los esfuerzos de los tribunales internacionales por eliminar los efectos negativos del uso de estereotipos en los razonamientos judiciales, señaló la importancia de distinguir, en primer lugar, aquellos descriptivos — esto es, que ofrecen información sobre un grupo y sus miembros — de los normativos, orientados en cambio a la determinación de los roles que estos deben asumir. En el primer caso,

debe constatar si cuentan con base estadística, pues de lo contrario afectarían el principio de igualdad. No obstante, aún superada esta constatación, si su uso afecta los derechos de los grupos vulnerables, el estereotipo debe abandonarse, pues perpetúa la condición de ese grupo. En cuanto a los normativos, el autor subraya que su uso debe estar supeditado a la evaluación de la afectación de la autonomía personal que estos pudieran generar. Los estereotipos normativos opresivos, por lo tanto, deben evitarse, y debe cuestionarse todo tratamiento judicial que se apoye en ellos. Es admisible, por el contrario, acudir a estereotipos normativos aceptados por el mismo grupo.

En una línea similar, Cardoso Onofre de Alencar (2016) ha estudiado el uso de estereotipos por parte de las autoridades judiciales subrayando el carácter prescriptivo de aquellos vinculados al género y el modo en que estos limitan el ejercicio de los derechos humanos al perpetuar y reforzar la subordinación y discriminación de la que son víctimas las mujeres. Por su parte, Cook y Cusack (2012), a partir del análisis del derecho nacional e internacional y tomando como eje la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), argumentan que, en tanto los estereotipos implican discriminación de género en el plano jurídico, su eliminación es un paso ineludible en el camino de la abolición de todas las formas de discriminación contra la mujer. Con este fin, ofrecen ciertas ideas que pueden orientar estrategias para nombrarlos, identificar su carácter violatorio de derechos humanos e instar a los Estados a eliminarlos. Undurruga (2016) también ha explicitado la implicancia que el uso de estereotipos de género tiene en la violación de los derechos humanos, toda vez que estos forman parte de un sistema de género, construido socialmente, que asigna roles y posiciones de subordinación a las mujeres a partir de atributos que remiten a estos estereotipos, que pueden ser opresivos y disciplinadores. El esfuerzo por eliminarlos, en ese sentido, forma parte de la lucha por desmontar el sistema de género, y en esa línea se encuentran las obligaciones que tienen los Estados, contenidas en las convenciones de CEDAW y Belém do Pará, y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incorporado también a la Convención Americana.

En síntesis, desde diversos campos disciplinares existe una coincidencia en señalar la necesidad de correr el foco hacia el proceso mismo de estereotipación para analizar tanto la inscripción de los estereotipos en procesos de discriminación estructural como el



modo en que estos refuerzan y perpetúan narrativas justificadoras y prescriptivas de lugares de subordinación y exclusión, aspectos que serán descritos en el próximo apartado.

### III. Análisis de contexto: desigualdad estructural y discriminación interseccional

Entendemos que un análisis de la incidencia de los estereotipos en el ámbito judicial requiere de su estudio en contexto. Y ello porque, como ya hemos establecido, los estereotipos, en tanto una modalidad de representación social, no son por sí mismos discriminatorios. Para comprender los sentidos que subyacen a los mismos, en tanto generalización sobre una persona o grupo de sujetos, es imprescindible conocer el proceso de su generación, el desarrollo de su objetivación y anclaje en determinado tiempo y lugar, y las consecuencias que pueden tener sobre quienes son pensados estereotipadamente. En ese sentido es que nos interesa abordar en este apartado dos enfoques — el de desigualdad estructural e interseccionalidad — que se han estado desarrollando en la academia (Sosa, 2017; Expósito Molina, 2012; Viveros Vigoya, entre otras) y también, aunque incipientemente, a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Clérico, Ronconi & Aldao, 2013; Góngora Mera, 2020) para considerarlos en el análisis de los casos sobre los cuales focalizamos en el apartado siguiente.

La desigualdad estructural se vincula con la estereotipación en tanto ambos procesos requieren, para su mayor “eficacia”, de la (re)producción de mecanismos de exclusión a través de la historia. Es así que, a fuerza de repetición tanto a nivel de la acción como de las representaciones sociales, se incrementan los grados de marginación institucionalizada y naturalizada de determinados colectivos sociales, sobre los cuales en muchas ocasiones recae, además, la culpabilización de su propia condición. Por su parte, el enfoque interseccional resulta revelador en tiempos actuales para evidenciar las múltiples discriminaciones que recaen sobre aquellos sujetos que son encasillados por estereotipos cargados de prejuicios y que intentan fijarlos en “lo que son o no son” o “lo que pueden o no hacer”. En suma, como hemos señalado, los estereotipos son parte generadora de los procesos de desigualdad y discriminación estructural, a la vez que su manifestación. (Timmer, 2011)

En este sentido, la inclusión de estos enfoques permite problematizar definiciones

que han tenido un lugar hegemónico en los ámbitos judiciales y que, en líneas generales, aún conservan. Así, por ejemplo, la *igualdad formal o jurídica* tradicionalmente refiere a “... la igualdad ante la ley como igualdad de trato en igualdad de condiciones”. (Saba, 2005, p.130). Sustentada en una visión individualista que focaliza en el sujeto “libre”, propia del pensamiento liberal, suele ser la predominante en los debates acerca de la igualdad en el derecho. Apegada a “lo que dice la ley” y a la idea de garantía de igualdad ante la norma, no cuestiona la legitimidad del criterio de clasificación ni las razones de la selección de los grupos que son considerados dentro de la norma y, por tanto, tratados como “iguales” y aquellos que no.

Progresivamente, este enfoque mostraría sus contradicciones e inconsistencias, surgiendo así una nueva concepción de igualdad “...que no se conforma con que los ‘iguales’ sean tratados como ‘iguales’ sino que empieza a preguntarse sobre la ‘razonabilidad’ de la distinción” (Ronconi, 2018, p.108). Esta igualdad razonable, se basa en evaluar, no la forma de la ley sino su contenido y el modo en que se ajusta a la igualdad material. Este enfoque supone un avance y complejización en comparación a la igualdad formal, pero continúa apegado a “lo que la ley dice”, aunque ya no solo en la forma sino en su contenido, revisando que no existan tratos diferentes “injustificados”. Ahora bien, la determinación de cuándo un trato diferenciado está justificado inaugura otro capítulo en la discusión acerca de quién/es definen dicho asunto.

Por último, una tercera definición, ya emparentada con lo explicado sobre la desigualdad estructural que recae sobre ciertos grupos sociales, es la de *igualdad real, sociológica o de no sometimiento*, que parte del hecho de que existen colectivos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de sus derechos. Por lo tanto, la discriminación no proviene de la norma (o no solo de ella) sino de una situación realmente existente en la que se hallan esos grupos, antes de ser clasificados o seleccionados por la norma. (Clérico & Aldao, 2011). En esos casos, la aplicación (por parte del poder judicial u de otras instancias estatales) del modelo de igualdad formal no hace más que profundizar su exclusión y marginación. En esos casos, el Estado no solo “...no debe discriminar (igualdad como no discriminación) sino que debe eliminar aquellas barreras estructurales que impidan disfrutar de los derechos en condiciones de igualdad real” (Ronconi, 2018, p. 127).

Se trata de personas que sufren lo que se denomina injusticia estructural (Young,

2011) en la que confluyen desigualdades materiales con simbólicas, las cuales se potencian mutuamente. Orientada a identificar "...la pertenencia del individuo a un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos o prácticas sociales como consecuencia de ser de ese grupo" (Saba, 2005, p. 138), la desigualdad estructural supone considerar el contexto, así como comprender que su superación sólo es posible a través de la articulación de la redistribución, el reconocimiento y la participación de los grupos que se encuentran en una situación de desventaja dentro de la configuración social (Fraser, 1997).

La dimensión de redistribución refiere a aquella injusticia arraigada en la estructura socioeconómica de la sociedad, a la explotación y a la privación de bienes materiales. Por su parte, la exigencia por el reconocimiento se arraiga en los patrones sociales de la representación, en qué grupos son reconocidos como interlocutores válidos en la escena social (Fraser, 1997). Finalmente, la reivindicación de la paridad participativa del grupo (Fraser, 2006) supone la posibilidad de alzar la voz, de que los sujetos sean protagonistas en sus propias trayectorias de vida; en suma, de la participación política, un derecho que en el caso de los y las migrantes se encuentra cuando menos limitado, aun de modo legal.

Paralelamente, como dijimos, cuando se abordan casos judicializados en los que los sujetos involucrados forman parte de colectivos históricamente discriminados, resulta pertinente introducir una segunda herramienta conceptual de gran potencial: el enfoque de la interseccionalidad. Este intenta complejizar el análisis de procesos de exclusión en los que concurren diversas modalidades y factores de discriminación y contribuye a diseccionar con mayor precisión las diferentes realidades en las que se encuentran los sectores desaventajados. Sobre estos grupos recaen también imágenes estereotipadas que refuerzan y naturalizan tanto la posición de los dominados como de los dominadores.

Acuñado en el campo del litigio estratégico estadounidense a partir de la labor de la abogada afroestadounidense Kimberlé Crenshaw, quien intentaba evidenciar las invisibilidades jurídicas de las múltiples dimensiones de opresión que experimentaban las trabajadoras negras (Viveros Vigoya, 2016), la interseccionalidad debe su origen a un movimiento de "feminismos periféricos" o "feminismos de frontera" (Jabardo, 2008 en Expósito Molina, 2012, p. 2010) cuyas reivindicaciones distaban de las del feminismo occidental y blanco. En el campo académico ha ido desarrollándose como categoría teórica a partir de autoras como Hill Collins (2000) y Hancock (2007), entre otras, quienes advierten

acerca de que los procesos interseccionales de discriminación no deben entenderse desde una mirada aditiva de exclusiones, sino entendiendo que las causas de la discriminación actúan de manera concurrente y simultánea, y traen como resultado un tipo de discriminación que solo se produce si se combinan varios motivos. Es decir, la interseccionalidad nos permite comprender el modo en que se reconfiguran los espacios al interactuar diferentes ejes de opresión que se fortalecen mutuamente. (Ghidoni & Morondo Taramundi, 2022).

En suma, sin ser exhaustivas, a partir de las definiciones que se han realizado en este apartado sobre las concepciones de desigualdad estructural e interseccionalidad, y en combinación con la reconstrucción del concepto de estereotipo, abordaremos dos casos a través del análisis de sentencias judiciales que involucran a mujeres migrantes internacionales que residen en Argentina.

#### IV. Análisis de casos

Como hemos adelantado, en este apartado recorreremos dos casos judiciales (seleccionados por su carácter de *leading case*) incluyendo de modo central en el análisis a las sentencias dictadas por jueces de fueros penales de Argentina, pero recuperando también datos contextuales previos.

El objetivo principal es ilustrar la ocurrencia de construcciones estereotipadas en el ámbito de la justicia que pueden ocasionar, reforzar y/o coadyuvar en procesos de discriminación interseccional y que obligan, a su vez, a revisar o poner en duda la garantía de imparcialidad en la que se sustentarían las decisiones judiciales.

##### IV.1. Caso 1: Claudia Córdova Guerra

En mayo del año 2016, el Tribunal Oral Criminal Nro. 1 del Dto. Judicial de La Plata resolvió, de manera unipersonal, condenar a cinco años y tres meses de prisión, más una multa de 225 pesos argentinos, por venta de estupefacientes en la vía pública a Claudia Córdova Guerra, mujer trans, trabajadora sexual, de nacionalidad peruana.

Además de la sentencia condenatoria que analizaremos a continuación, resulta fundamental considerar el modo en que el tratamiento discrecional y discriminatorio del cual fue víctima la acusada, desde el momento mismo de su detención, resultó en el cercenamiento de sus derechos. Situación que se profundiza ante la desestimación que recibe el pedido de nulidad realizado por la defensa por tratamiento policial denigrante y violación de garantías constitucionales (debido proceso, derecho a la intimidad, derecho a la privacidad y derecho a la libre circulación).

Claudia fue detenida en 2014 en la vía pública — en la llamada “zona roja” de La Plata — por supuesta comercialización de estupefacientes. El acta de aprehensión, secuestro y requisa que consta en el fallo señala que se hallaba en un sitio donde “personas travestidas, simulando ejercer un servicio sexual a cambio de dinero, comercializarían estupefacientes” (Tribunal Oral Criminal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, 2016, p. 5). Así es cómo a partir de una presunción, Claudia es aprehendida bajo la acusación de “realizar maniobras sospechosas (...) consistentes en subir y bajar de automóviles para retirarse, y al cabo de unos segundos, volver a subir y luego bajar de los automóviles ocasionales” (Tribunal Oral Criminal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, 2016, p. 5). En la requisa que siguió a la detención se hallaron entre sus pertenencias nueve envoltorios que contenían, en total, un gramo y medio de cocaína. Solo por la forma en que estaban fraccionados, tanto el personal policial como la fiscalía presumieron que respondían a “maniobras previas de comercialización”. Aduciendo que el horario de nocturnidad y las características de los hechos producidos “justifican la aprehensión policial y la requisa practicada por razones de urgencia” (Tribunal Oral Criminal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, 2016, p. 2), Claudia fue detenida por personal policial no uniformado sin que medie orden judicial y llegó a juicio cumpliendo prisión domiciliaria.

Desde el inicio del caso es posible observar un conjunto de construcciones estereotipadas en torno al origen, clase, identidad de género y actividad de la acusada que coadyuvaron en su tratamiento prejuicioso y violatorio de derechos y garantías, tanto por parte de la institución policial como de la judicial. El modo en que los estereotipos atraviesan, o, en algún punto, constituyen esta sentencia, se vislumbra aún más en las circunstancias agravantes que se esgrimen, una de las cuales — su condición de extranjera — fue incorporada inicialmente por el fiscal del caso. A ello se suma que a lo largo de todo el fallo

se produce un incumplimiento de la Ley N° 26743 de identidad de género de Argentina, ya que el juez se refiere a la acusada sin respetar su identidad de género autopercebida, empleando términos masculinos y utilizando su nombre entrecomillado, como un alias.

A continuación, nos detendremos en el primer agravante mencionado en la sentencia, pues encierra, en su misma enunciación, una serie de representaciones sociales y estereotipos en torno a la división entre nacionales y extranjeros y en relación a la figura del/la migrante — fundamentalmente, del/la migrante pobre sudamericana/o — que consideramos necesario recuperar:

“[...] ¿Si agravar la pena de una persona que comete delitos comunes por ser extranjera es inconstitucional, por violar la igualdad ante la ley y de no discriminación? La doctrina dominante dice que sí (...) Va de suyo que no comparto esa opinión (...) el art. 2 de nuestra CN dice: “Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución...los ciudadanos por naturalización-punto intermedio entre extranjero y nacional-son libre de prestar o no este servicio (...) Es decir, mientras nuestros nietos, padres, hijos, hermanos y amigos, morían en el conflicto de Malvinas en defensa de la Patria, los extranjeros, que gozaban de todos los derechos (aunque no de todas las obligaciones, como se ve) veían desde la comodidad de su hogar el conflicto, sin temor a ser convocados. Me pregunto entonces si en este punto ¿existe igualdad ante la ley?” (Tribunal Oral Criminal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, 2016, p. 16).

“[...] Obviamente cargar las tintas sobre los extranjeros que delinquen, como si esto fuera la solución a nuestros males de inseguridad, es una utopía plagada de mentiras; pero lo cierto es que ya tenemos bastante con los propios, como para soportar, además, a los ajenos. No es la solución, pero sí un comienzo, para ir restaurando el orden social.” (Tribunal Oral Criminal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, 2016, pp. 20).

Subyace aquí una distinción esencial entre nacionales y extranjeros, que hace que, aunque llegue a ser tolerada, la presencia migrante siempre altera un orden *natural* que es necesario proteger, y llegado el caso, restaurar. La división se acentúa cuando a la cualidad de extranjero — condición relativa — se suma además la *extranjería* de la que es imbuido el migrante. A partir de ella se construye una mirada profética estructurada en torno a estereotipos y conjeturas elaboradas a través del tiempo acerca del colectivo nacional o étnico al que pertenece dicho migrante. Basada en un modelo de dominación que caracteriza las relaciones sociales entre nacionales y migrantes, esta mirada predice y anticipa comportamientos, y disciplina y enjuicia a ese individuo (Cohen, 2014) habilitando la sospecha, el control y el tratamiento diferencial.

Continuando con los motivos por los cuales la mentada igualdad ante la ley puede ceder, el fallo añade:

“[...] Así como Ella (la CN<sup>1</sup>), excepcionalmente, deja de lado el principio de igualdad entre un argentino y un extranjero, al pedirle al primero que de su vida por la patria; así también, excepcionalmente, deja de lado el principio de igualdad y de no discriminación entre un extranjero y un argentino, cuando el foráneo comete ‘delitos comunes’ en el país. (...) Pero esto se da, no por ser un extranjero, que quede claro, sino un delincuente que defraudó la confianza de la sociedad, pagó con ingratitud la gratitud brindada por el Estado Argentino, y se burló de la hospitalidad que le brindó el mismo. (...) Las conclusiones a las que arriba, aterran a más de uno y hablan de xenofobia. Nada más lejos de la verdad. ¿Quién de entre nosotros los argentinos, incluso el suscripto, no tiene un abuelo o abuela español, un nono o nona, un opa u oma, un grandfather o grandmather, etc. corriendo por la sangre de sus venas?” (Tribunal Oral Criminal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, 2016, p. 19).

En este conjunto de citas confluyen numerosas representaciones sociales en torno al modo histórico de gestión de la migración en la Argentina, a la figura del migrante considerado “tradicional” (europeo) en contraposición al migrante reciente (sudamericano), al lugar de la migración en la nación. Por un lado, subyace una imagen histórica de la Argentina como nación próspera y de “puertas abiertas” — la autoimagen de excepcionalidad sostenida por la élite política y cultural de la Argentina, dirá Briones (2004) — constituida por el componente migratorio europeo gracias a las políticas estatales liberales y proinmigratorias desde fines de siglo XIX, pero también a las cualidades propias de los migrantes de antaño. La visión netamente instrumental de la migración se relaciona aquí con la reproducción de una imagen idílica del migrante “tradicional”, humilde, honesto, agradecido y adaptable, con ansias de integrarse a la comunidad nacional que lo recibía, en contraposición al migrante actual, proveniente en su mayoría de países limítrofes, de Perú y del continente asiático, que, simulador y competidor desleal en la lucha por la apropiación de recursos escasos (Mármora, 2000), es considerado un visitante sospechoso y reciente, aunque las migraciones procedentes de esas latitudes tengan una larga historia en la Argentina.

En esta oposición entre el habitante legítimo y el “recién llegado”, subyace una noción de que la migración debe ser tolerada en tanto resulte conveniente y no trastoque

<sup>1</sup> Refiere a lo establecido en el artículo 25 de la CN argentina.



aquel orden *natural* que mencionamos, entendido como una cierta integridad y homogeneidad (De Lucas, 2002). En palabras de Sayad (2008), la migración es “la ocasión de realizar prácticamente, en el modo de la experiencia, la confrontación entre ‘nacional’ y ‘no nacional’” (p. 102), entre la diferencia de ‘naturaleza’ que separa al extranjero que arriba a una comunidad nacional y al nativo, habitante legítimo.

Recuperando la distinción propuesta por Sayad, en este aspecto también la defensa de “la patria” se presenta como un fin superior, ubicado incluso sobre la no discriminación:

“[...] En temas de nacionalidad, y de extranjeros, salvo que se establezca discriminación a una nacionalidad en particular “no hay discriminación por las medidas que tome un Estado respecto de los extranjeros que cometan delitos comunes en su territorio”. (...) Se puede considerar como un agravante de la pena en los términos de los arts. 40 y 41 del CP, que el hecho en análisis fuera cometido por un extranjero, por ser una medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad y el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.” (Tribunal Oral Criminal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, 2016, p. 23).

La condición de que la presencia migrante resulte beneficiosa y funcional para la sociedad de acogida va a la par de una caracterización recurrente del migrante como simulador, estereotipo que recorre toda la sentencia y que incluso es señalado como agravante en la condena. Desde la lógica de que el migrante está permanentemente dispuesto a fingir, la sociedad receptora debe permanecer alerta, ya que el beneficio de su presencia puede, en cualquier momento, demostrar su carácter fraudulento:

“[...] Querer aparentar otro trabajo, para disimular la venta de estupefacientes. Voy a valorarla también, como un agravante, puesto que, so pretexto de estar realizando una actividad, que no está prohibida por ley, como es el ejercicio de la prostitución; se valió o camufló en ella, para cometer delitos (...) son bien conocidas por todos, las luchas y sacrificios que, en pos de sus derechos, reclamaron travestis, lesbianas y transexuales, todos los cuales merecen el respeto y reconocimiento por su espíritu batallador, muchas veces, en desigualdad y plagadas de burlas de terceros. Por ello, el delito cometido por “Claudia” debe ser objeto de repudio por parte de aquellas trabajadoras de la noche (...) toda vez que tendió un halo de sospecha sobre las demás.” (Tribunal Oral Criminal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, 2016, p. 25).

La acusación de simulación se complejiza en este caso, además, mediante una operación por medio de la cual, por un lado, se vinculan determinadas identidades de género



con el trabajo sexual, y por otro, se extiende la sospecha sobre todo este grupo indiferenciadamente, por el mero hecho de existir como tal. A ello se suma la atribución de la responsabilidad de esta mirada prejuiciosa a la misma acusada.

La sentencia en su totalidad no solo carece de una perspectiva que tome en cuenta el contexto en que se halla la acusada, tanto por su origen, identidad de género, clase y actividad laboral — no por el trabajo sexual en sí, sino por las condiciones de vulnerabilidad y precarización en las que lo realiza, expuesta cotidianamente a la violencia institucional — sino que esta misma carencia es utilizada en el fallo como fundamento de una pretendida objetividad que solo se atiene a condenar un hecho delictivo y que describe al poder judicial como un aplicador neutral e imparcial de la ley.

Autosustentado en la clásica definición de igualdad formal que recorrimos previamente, el fallo invisibiliza la situación de discriminación estructural en la que se halla Claudia — que, tal como veremos también para el caso de Reina Maraz Bejarano, debiera ser parte central del tratamiento judicial — e insiste en que no tiene en cuenta ningún otro componente más allá del hecho delictivo en sí, negando la posibilidad de que la acusada haya recibido un trato diferencial, aun cuando el mismo fallo haya señalado como agravante su origen nacional, y añadido opiniones extrajurídicas del juez que criminalizan el trabajo sexual de la acusada, como ha sido señalado por Domeniconi (2017). Así, rechazando que la pertenencia de Claudia a un grupo socialmente marginado influya en su selección por parte el sistema penal, este fallo, cuya función, ha subrayado Galván (2018) no solo es represiva y criminalizadora, sino también disciplinadora, profundiza el trato discriminatorio, resultando a todas luces inconstitucional pues, pese a la discrecionalidad judicial que el Código Penal posibilita al momento de mesurar la pena, la consideración de la condición de extranjería como agravante transgrede con creces el principio de igualdad ante la ley (Domeniconi, 2017).

Finalmente, el 22 de noviembre de 2016, la Sala V del Tribunal de Casación Penal modificó la carátula del caso, limitándolo a “tenencia simple de estupefacientes” y respetando la identidad de género de Claudia. Con este nuevo fallo, que redujo su condena a dos años de prisión en suspenso, Claudia quedó en libertad. Al respecto, la Asociación Civil OTRANS ARGENTINA (2016) señaló:

“[...] A ella no la absuelven, sino que ya cumplió su condena, con lo cual le hicieron pagar los días bajo una causa relacionada a un plan sistemático de persecución y criminalización del colectivo Trans-Travesti de la ciudad de La Plata bajo la Ley 23.737, mecanismo denunciado ante la ONU y el Comité CEDAW”.

Asimismo, resulta importante destacar que, haciendo lugar a las acciones iniciadas por el Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires; la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) La Plata; la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FalGBT); la Asociación de Travestis Transexuales y Transgéneros de Argentina (Attta); María Rachid y la Comisión Provincial por la Memoria, el 16 de septiembre de 2019 el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios bonaerense llevó a juicio al juez Juan José Ruiz y resolvió su suspensión (Cecchi, 2019).

#### IV.2. Caso 2: Reina Maraz Bejarano

El segundo caso que nos interesa analizar en este artículo es el de Reina Maraz Bejarano. Este se inicia en 2010, cuando su esposo es encontrado muerto, y ella acusada de su homicidio. Este caso posibilita identificar diversos momentos en los que Reina es objeto de estereotipación, discriminación interseccional y desigualdad estructural.

En ese sentido, resulta importante considerar la trayectoria biográfica de Reina dado el enfoque que propugnamos en este escrito, basado en la importancia para el análisis de ciertos casos judicializados, de los datos de contexto<sup>2</sup> y cómo estos inciden en el trato que reciben determinadas personas por parte del sistema judicial.

Este aspecto contextual sí es considerado por los jueces en Casación, así lo establece el fallo absolutorio:

“[...] La ausencia de un análisis contextualizado afectó especialmente a la imputada en su condición de integrante mujer de una comunidad quechua, migrante, con poca instrucción, carente de recursos e impide establecer que en la sentencia haya habido un abordaje integral de las cuestiones correspondientes.” (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, 2016).

<sup>2</sup> Ver: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-9326-2014-11-28.html>

Someramente, podemos decir que Reina, al momento de ser sometida por el procedimiento, primero policial, y luego judicial, era una migrante de una zona rural de Bolivia, quechua parlante, analfabeta, pobre y que sufría violencia de género.

Para el análisis de algunos de los aspectos que evidencian un tratamiento diferencial del poder judicial en el caso que nos ocupa, recuperaremos una selección de citas de las sentencias del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1, Departamento judicial Quilmes, instancia en la cual la condenan en 2013<sup>3</sup>, y del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, que la absuelve en 2016<sup>4</sup>.

El fallo que en primera instancia condena a Reina a la pena de prisión perpetua se basó, en términos probatorios, fundamentalmente en lo relatado por su hijo de cinco años en Cámara Gesell. Esto fue luego criticado por distintas organizaciones de derechos humanos, como así también en la sentencia que la absuelve posteriormente, sobre todo por falta de idoneidad del profesional que había tomado la declaración y porque, según reportan diversas fuentes, el niño había sido inducido en las respuestas y no había podido, por su corta edad y por su origen quechua parlante, expresar con claridad sus ideas durante la declaración. Lo confuso y contradictorio de su relato no permitía clarificar quiénes habían estado presentes en el momento del hecho, y entraba en contradicción con otros testimonios. Asimismo, la sentencia de Casación señala la ausencia de un enfoque intercultural y respetuoso de los derechos del niño, según lo establecen los estándares internacionales de derechos humanos y la propia constitución nacional:

“[...] debe aplicarse la normativa mencionada acerca de analizar hechos y circunstancias con una perspectiva multicultural, en la que además se tenga en cuenta el concepto de “interés superior del niño” y los derechos del niño jerarquizados constitucionalmente.” (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, 2016).

En la sentencia condenatoria se menciona en varias oportunidades que Reina no contó con intérprete, y de ello, las juezas concluyen que ella entendía todo lo que se le comunicaba y solicitaba que firmara. Puede leerse en la sentencia que las magistradas

<sup>3</sup> Había estado privada de su libertad desde 2010, casi un año alojada en una comisaría estando embarazada.

<sup>4</sup> Algunos elementos para la reconstrucción del caso fueron recuperados del documental “La reina de los hornos”. Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=qX8fbcueD40>

tienen la *convicción* de que Reina no precisaba de un intérprete, que solo estaba simulando no comprender, dato que posteriormente fue probado como falso.

En este punto podemos preguntarnos en qué se sostenía dicha *convicción*. En relación a los migrantes suele pesar la idea de la sospecha eterna, de la desconfianza permanente y desde esa mirada siempre fundada se reproduce un movimiento espiralado de profecía autocumplida que refuerza determinados estereotipos como el de la *peligrosidad del migrante* (González, 2019). Es así que, en base a esta idea de la simulación, no solo se le negó un derecho fundamental en el procedimiento policial y dentro del sistema penitenciario donde estuvo recluida tres años, sino también en el proceso judicial. En la sentencia condenatoria se omite la consideración de la “voz” de la acusada y de su biografía personal (contexto). Recayó sobre Reina el estereotipo de la migrante sospechosa y engañadora que utiliza el recurso de “no entender” para evadir su culpa. En sintonía con nuestro planteo, el fallo que revoca la decisión del Tribunal Oral plantea que, en la sentencia condenatoria de primera instancia:

“[...] se evidencia una contextualización sociocultural y de género insuficientes en referencia a la acusada, que inevitablemente conduce a la formación de ciertos prejuicios sobre ella y cuyo resultado es una ausencia de credibilidad sobre su manejo del idioma castellano y acerca de la violencia de género de la que fuera víctima y, en consecuencia, sobre su versión de lo ocurrido la noche del hecho en cuestión. Es decir, tal presunción de mendacidad acerca de sus circunstancias personales influye en la construcción de su culpabilidad como coautora de la muerte de quien fuera su pareja.” (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, 2016).

Organizaciones de Derechos Humanos y la instancia judicial posterior que absuelve a Reina cuestionaron el hecho de que no tuvo acceso al derecho de contar con intérprete en un proceso en el que la acusada debió firmar diversos documentos que los funcionarios le presentaban durante los procedimientos, los cuales, lejos de librarla de responsabilidades, la involucraban aún más en el delito bajo investigación.

Tal como lo establecen diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, algunos de ellos citados en la sentencia absolutoria, la situación de las personas extranjeras (sobre todo de ciertos colectivos migratorios en los que se conjuga no solo la procedencia nacional, sino también la existencia de una barrera idiomática y sociocultural

evidente) exige un tratamiento acorde al respeto de la diversidad e interculturalidad. (CIDH, 2015)

En este contexto, resulta evidente que no solo en la etapa del juicio oral, sino también en las policiales y de investigación previas al juicio, Reina fue sometida a un sistema patriarcal, discriminatorio y reproductor de desigualdades que no respetó su derecho de acceso a la justicia culturalmente adecuado:

“Estas razones me llevan a la convicción de que Reina Maraz Bejarano comprende y puede expresarse perfectamente en el idioma castellano y que, con el argumento de que por su nacionalidad solo domina la lengua quechua, todo lo que ha pretendido durante este proceso es justificarse y eludir la responsabilidad que le cabe por el gravísimo hecho cometido en perjuicio de quien fuera su pareja, Limber Santos Villca.” (Tribunal Oral en lo Criminal Nº 1, Departamento judicial Quilmes).

En el tramo precedente se evidencia la mácula de sospecha que recae sobre Reina. Así, el discurso judicial plasmado en la sentencia legítima, desde su lugar de poder de enunciación, un tipo de subjetividad de quien se habla, y colabora en el reforzamiento de lugares y características consideradas inherentes a la persona. En el relato que se construye en la sentencia del Tribunal Oral se elabora la idea de peligrosidad y de desviación de quien es protagonista del relato, en este caso Reina.

Esta elaboración del sujeto peligroso se presenta en las sentencias de un modo menos burdo que en el caso de Claudia, pero no por ello con consecuencias muy distintas, en tanto y en cuanto los dichos y argumentos vertidos en el fallo han sido el soporte discursivo para identificarla como culpable. La retórica es más sutil, evitándose categorías propias de enunciaciones abiertamente xenófobas y racistas, pero de todas maneras se consume un discurso presentado como verdad que se sustenta en lo que Bourdieu (2000) llamó un acto de *magia social*, que solo es posible porque se trata de la *palabra pública y oficial* de la justicia, capaz de ser reconocida como universal, como enunciación de todos “nosotros”. De este modo, la convicción de las juezas es presentada como motivo suficiente para hacer una valoración moral acerca de los atributos de personalidad que caracterizarían a la acusada, pero que no quedan solo en la opinión, sino que repercuten en una decisión con consecuencias prejuiciosas para quien es juzgada, en este caso, una condena de privación de libertad.

Como hemos dicho, siguiendo a Becker en páginas precedentes, no todas las personas tendrán las mismas probabilidades de ser etiquetadas como desviadas. Ello se evidencia en el marco de las acciones penales como las que estamos analizando, en las que si quien comete la infracción es parte de una minoría sexual (mujeres y LGBTIQ+ por ejemplo), étnico-nacional (migrante regional) y de clase social baja, se incrementan las posibilidades de ser culpada, procesada y condenada.

Esto nos lleva a otro aspecto a evaluar que ya hemos mencionado brevemente, y es que la sentencia condenatoria no considera ninguno de los elementos de contexto, es decir, de injusticias y desigualdades estructurales que atravesaron la trayectoria de vida previa y durante el proceso judicial. Por el contrario, las instituciones del sistema penal (policial, penitenciaria y judicial) no hicieron más que profundizarlas. Un ejemplo de esta situación es que la sentencia desestima el informe de una perita, quien describe las condiciones de violencia de género que Reina sufría.

La posición subalterna se profundiza en el proceso judicial, siendo negada su posibilidad de expresarse, uno de los elementos que mencionamos como centrales en el apartado sobre interseccionalidad y desigualdad estructural. Participar y ser escuchada como interlocutora válida resulta vital en cualquier relación de poder, y sobre todo si ello implica consecuencias trascendentales como las que supone una sentencia. En este caso, esto resultó imposible, ya que ni siquiera existían los mismos códigos idiomáticos.

La sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal es apelada y posteriormente juzgada en alzada por el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires en 2016<sup>5</sup>.

Este fallo, que revierte la decisión de la instancia anterior y absuelve a Reina de los cargos, parte de un enfoque de desigualdad estructural e interseccional, al tiempo que deja en evidencia los prejuicios y estereotipos que atravesaban a la sentencia condenatoria.

“[...] nos enfrentamos a una causa en donde las condiciones personales de la imputada la ubican dentro de los denominados ‘grupos vulnerables,’ siendo que ésta pertenece a una comunidad indígena, es quechua parlante (...) víctima de violencia de género dentro del ámbito conyugal, analfabeta (fs. 60), y es inmigrante -con escasos recursos económi-

<sup>5</sup>Sentencia disponible en:  
<http://www.vocesporlajusticia.gob.ar/wp-content/uploads/2017/01/En-la-sentencia-de-37-páginas.pdf>

cos- del Estado Plurinacional de Bolivia, lugar en donde habitaba en una comunidad cuyas diferencias estructurales, organizacionales y culturales son imposibles de obviar a los efectos de la presente.” (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, 2016).

Como queda claro en este tramo del fallo, se parte de considerar que el efecto sinérgico de las discriminaciones que Reina sufría previo al proceso judicial y durante el mismo la posiciona en un lugar de desventaja, en una condición de vulnerabilidad. Dicha condición, claro está, no radica en características propias de Reina, sino en los procesos de discriminación que por su pertenencia a determinados grupos ha atravesado y le han sido infligidos. Asimismo, los jueces mencionan que “...todo ello merece un tratamiento diferenciado y supone incorporar perspectivas específicas”. Es en este punto que las definiciones de igualdad que hemos explicado anteriormente cobran significado. Específicamente, recuperando lo dicho por Clérico (2018), entre otros, sobre la igualdad real o de no sometimiento o su contraparte discriminación estructural — en las que se sostiene una situación de dominación en casos que involucran a personas pertenecientes a grupos desaventajados —, el poder judicial, no solo no debe discriminar sino que debe además eliminar las barreras estructurales que impidan que las personas puedan disfrutar de sus derechos en condiciones de igualdad real, aquí de todos los derechos procesales que deben asistir a la acusada. De esta manera, se ve reflejada esta cuestión en la sentencia absolutoria cuando se refieren a la intervención judicial del tribunal oral condenatorio: “discriminar es también no contextualizar las circunstancias particulares de una determinada persona cuya concepción y formación socio-cultural es totalmente diversa a la imperante en el ámbito que nos ocupa” (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, 2016)

En otros términos, la idea del tratamiento diferenciado y de incorporar perspectivas específicas (incluidas en tratados internacionales que forman parte de nuestro texto constitucional, dato que la sentencia también menciona) supone partir de la idea de que la discriminación nace en el hecho de que existen grupos sistemática e históricamente excluidos de sus derechos. Consecuentemente, el tratamiento diferenciado que Reina debía recibir en el proceso judicial, esto es: acceso a un intérprete, la consideración de su con-

dición de analfabetismo que le impedía comprender la documentación que firmaba, la imposibilidad de contar con abogados que la asistieran desde los primeros procedimientos policiales, la imposibilidad de ejercer su derecho a condiciones dignas y especiales dado su embarazo y luego crianza de su hija estando presa, entre otras múltiples privaciones de sus derechos y garantías de debido proceso, interpela a los sistemas judiciales acerca de sus prejuicios y ausencia de perspectiva interseccional (de género, intercultural y de derechos humanos en general). Contrariamente, el tratamiento judicial que recibió Reina Maraz profundizó las múltiples discriminaciones que atravesaron su corta trayectoria de vida, ya que cabe recordar que cuando es acusada tenía tan solo 22 años.

## V. Reflexiones finales

Este trabajo se propuso reflexionar acerca de los conceptos de estereotipo, (des) igualdad e interseccionalidad en el poder judicial, tomando como ejemplos paradigmáticos para el análisis dos casos de migrantes pertenecientes a minorías de género, étnico-nacionales y de clase social baja.

En ese sentido, identificar y analizar los estereotipos que recaen sobre los migrantes (así como de otros sectores desaventajados de la sociedad) forma parte de una invitación a colocar la mirada en los procesos contextuales de producción y reproducción de la desigualdad estructural, que "...contempla la pertenencia del individuo a un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos o prácticas sociales como consecuencia de ser de ese grupo" (Saba, 2005, p. 138). Tratos y prácticas que inciden en las posibilidades de participación de los migrantes en la sociedad hospitante y que los coloca, así como en otros tantos espacios, en desventaja frente al sistema judicial.

Abordar el análisis desde los discursos emanados por el sistema judicial nos permitió, además, reflexionar acerca de "verdades incuestionadas e incuestionables" que sostienen el *status quo* de dicho sistema y del mundo social en su conjunto. Una de estas verdades es el establecimiento de criterios neutrales para definir la concepción de igualdad y los graves efectos sobre ciertos grupos que supone (Ronconi, 2018).

El desafío pareciera estar en las reales posibilidades de quebrar los discursos hegemónicos que caracterizan al sistema penal, en particular, y al judicial, en general, en el que



priman los enfoques patriarcales, discriminatorios y escasamente proclives a las diversidades y a miradas interculturales capaces de problematizar las antiguas categorías de igualdad, insuficientes para una administración de justicia que logre alcanzar los estándares de derechos humanos que internacionalmente ha suscrito el Estado argentino. Al respecto, Lerussi (2021) subraya la imposibilidad de ejercer una auténtica “justicia interseccional” en el marco del derecho liberal, toda vez que es este mismo el que *produce* lo diferente a partir de maniobras que marcan a determinados sujetos y grupos sociales como exóticos y/o excepcionales — por oposición a un patrón definido como normal — y les aplican tratamientos judiciales que de ningún modo cuestionan esta capacidad productiva del derecho ni los privilegios de los que son excluidos, ni las desigualdades que los atraviesan.

Indubitablemente, restan por indagar múltiples aspectos sobre el tema aquí abordado. Además de cuestionar los discursos hegemónicos, resulta necesario considerar de qué modo estos enfoques, basados en la desarticulación de representaciones sociales prejuiciosas y estereotipadas, y en el desarrollo de una mirada proclive a visibilizar las diversidades y las desigualdades estructurales que pesan sobre ciertos colectivos históricamente discriminados, pueden impactar dentro de las estructuras de las instituciones judiciales. Lerussi (2021) insiste en este punto en la necesidad de revisar estas estructuras y poner en cuestión las fuentes de desigualdad epistémicas que posibilita el derecho, pues sin este esfuerzo la interseccionalidad está destinada al fracaso. Es preciso llevar a cabo un giro epistémico para cambiar nuestros modos de ver, para transformar el régimen de inteligibilidad del trabajo judicial en general, y de las sentencias en particular. Este giro implica el desarrollo de una experiencia jurídica situada — una experiencia interseccional, en términos de Crenshaw — que considere de modo concreto a los sujetos, sus relaciones, y las estructuras de poder en las que están inscriptos, que tenga en cuenta las circunstancias que subyacen a cada uno de los casos de modo tal de establecer conexiones entre el conflicto particular y la experiencia de discriminación estructural. El presente escrito ha tenido la pretensión de realizar aportes en esta línea, proponiendo nuevos interrogantes, pero también herramientas conceptuales para su profundización en futuros trabajos.

**Bibliografía:**

- ARENA, Federico (2019). "Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos". *Derecho y Control*, (2), pp. 11-44.
- BECKER, Howard (2009). *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- BOURDIEU, Pierre (1995). "La violencia simbólica". En BOURDIEU, Pierre & WACQUANT, Loïc. *Respuestas por una antropología reflexiva*. Barcelona: Grijalbo, pp. 101-125.
- (2000). "Elementos para una sociología del campo jurídico". En BOURDIEU, Pierre & TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, pp. 153-220.
- BRIONES, Claudia. (2004). "Construcciones de aboriginalidad en Argentina". *Bulletin de la Société Suisse Des Américanistes*. Ginebra, v 68, pp. 73-90.
- CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela (2016). "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (9), pp. 26-48.
- CECCHI, Horacio (2019). "El juez platense Juan José Ruiz va a juicio por xenófobo". *Página 12, Buenos Aires*, 19/09/2019.
- COLLINS, Patricia Hill (2009). *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*. Routledge: Nueva York.
- CLÉRICO, Laura & ALDAO, Martín (2011). "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de DD. HH". *Estudios Constitucionales*. Santiago de Chile, n 1, v 9, pp. 157-198.
- CLÉRICO, Laura, RONCONI, Laura & ALDAO, Martín. (2013). "Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento". *Revista Direito GV*. San Pablo, n 9, v 1, pp. 115-170.
- CLÉRICO, Laura (2018). "Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad". *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, v 41, pp. 67-96.
- COHEN, Néstor (2014). "Dominación y migraciones externas". *Boletín Onteaiken*. Córdoba, v 17.
- COLOMBERO, Paola (2020). "Ser o no ser. Reina Maraz ante la (in) justicia". *Revista Derechos en acción*. La Plata, n 16, v 16, pp. 690-713.
- COOK, Rebecca & CUSACK, Simone (2010). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.
- CRUZ SOUSA, Fátima (2006). *Género, psicología y desarrollo rural: la construcción de nuevas identidades - las representaciones sociales de las mujeres en el medio rural*. Madrid: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

- DE LUCAS, Javier (2002). "La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los DDHH en las políticas de inmigración". *Isegoría*. Madrid, v 26, pp. 59-84.
- DOMENICONI, Daniela (2018). "Uso de agravantes subjetivos en la determinación de la pena: análisis de un caso de arbitrariedad". En BOUVIER, Hernán, ARENA, Federico & PASQUALE, Florencia (ed.). *Derecho y control 2: problemáticas específicas. Análisis jurisprudencial*. Mendiolaza: Hernán Galo Bouvier.
- DOISE, Willem (1986). "Les représentations sociales: définition d'un concept". En DOISE, Willem & PALMONARI, Augusto (Eds.). *L'étude des représentations sociales*. Delachaux et Niestlé, pp. 81-94.
- EXPÓSITO MOLINA, Carmen (2012). "¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España". *Investigaciones feministas*. Madrid, v 3, pp. 203-222.
- FRASER, Nancy (1997). *Iustitia Interrupta*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores, – (2006). "La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación". En FRASER, Nancy & HONNETH, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid: Ediciones Morata.
- GALVÁN, Ezequiel (2018). "Identidad de género y dignidad. Derechos humanos, fallos y colectivo LGTTBIQ". *Derechos En Acción*. La Plata, n 8, v 8, pp. 271-301.
- GHIDONI, Elena & MORONDO TARAMUNDI, Dolores (2022). "El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio". *Discusiones*. 28(1), pp. 37-70.
- GOFFMAN, Erving (2006). *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- GONZÁLEZ, Anahí (2019). *La mirada prejuiciosa. Los migrantes y sus derechos humanos desde las representaciones sociales del sistema judicial*. Buenos Aires: EUDEBA.
- GÓNGORA MERA, Manuel (2020). "Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En MORALES ANTONIAZZI, Mariela, RONCONI, Liliana & CLÉRICO, Laura (Coords.). *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscus Pivaral de la Corte IDH*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, pp. 399-428.
- HANCOCK, Ange-Marie (2007). "Intersectionality as a normative and empirical paradigm". *Politics and Gender*. Cambridge, n 3, v 2, pp. 248-254.
- JODELET, Denise (1986). "La representación social: fenómenos, concepto y teoría". En MOSCOVICI, Serge (Comp.). *Psicología social II*. Buenos Aires: Editorial Paidós, pp. 469-494.
- LERUSSI, Romina (2021). "¿Por qué importa la interseccionalidad en el trabajo judicial? Anotaciones ius feministas". *Derechos En Acción*, 20(20), p. 547.
- MÁRMORA, Lelio (2000). *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires, Paidós – OIM.

- MOSCOVICI, Serge (1979). *El Psicoanálisis, su imagen y su público*. Buenos Aires: Editorial Huemul.
- OTRANS ARGENTINA (2016). Libertad para Claudia Córdova Guerra. Comunicado de prensa. 22/11/2016.
- RONCONI, Liliana (2018). "Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real". *Isonomía*. Ciudad de México, n 49, pp. 103-140.
- SABA, Roberto (2005). "(Des)igualdad estructural". *Revista Derecho y Humanidades*. Santiago de Chile, n 11, pp. 123-147.
- SAYAD, Abdelmalek (2008). "Estado, nación e inmigración". *Apuntes de investigación del CECYP*. Buenos Aires, n 13, pp. 101-116.
- SOSA, Lorena (2017). *Intersectionality in the human rights legal framework on violence against women: At the center or the margins?* Cambridge: Cambridge University Press.
- TAJFEL, Henri (1982). Social psychology of intergroup relations. *Annual Review of Psychology*, v. 33, pp. 1-39.
- TIMMER, Alexandra (2011). "Toward and Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights". *Human Rights Law Review*, 11(4), pp. 707-738.
- UNDURRAGA, Verónica (2016). "Gender Stereotyping in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights". En BREMS, Eva & TIMMER, Alexandra (Ed.). *Stereotypes and human rights law*. Cambridge: Intersentia, pp. 67-94.
- UNGARETTI, Joaquín & MULLER, Mariela (2018). "Estudios sobre el prejuicio hacia diferentes grupos sociales". En BARREIRO, Alicia (Ed.). *La comprensión del conocimiento social y moral: representaciones sociales, desarrollo cognitivo y relaciones inter-grupales*. Buenos Aires: UNIPE, pp. 233-254
- VALLEJO, Gustavo & MIRANDA, Marisa (2021). "Masculinidades y feminidades: estereotipos, estigmas e identidades colectivas (Latinoamérica en el siglo XX). Del arquetipo al estereotipo. Modelos generizados para normalizar sociedades modernas". *Historia y sociedad*. Medellín, n 41, pp. 8-14.
- VIVEROS VIGOYA, Mara (2016). Sexuality and Desire in racialised contexts. En AGGLETON, Peter; BOYCE, Paul; MOORE, Henrietta & PARKER, Richard (Eds.). *Understanding Global sexualities. New Frontiers*. Londres: Routledge, pp. 218-231.
- (2016). "La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación". *Debate Feminista*. Ciudad de México, v. 52, pp. 1-17.
- YOUNG, Iris. (2011). *Responsabilidad por la justicia*. Madrid: Morata.

#### Documentos:

CIDH. *Movilidad Humana. Estándares Interamericanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) (2000).

**Normas:**

Ley n° 23.737, Estupefacientes. Boletín oficial, 1989.

Ley n° 26.743, Identidad de género. Boletín oficial, 2012.

**Jurisprudencia:**

Sentencia condenatoria (10/05/2016), Tribunal en lo Criminal N°1, Departamento judicial La Plata. Ruiz, J. J. (Firmante)

Sentencia condenatoria 4586. Registro n° 189/2014 (S/D), Tribunal Oral en lo Criminal N° 1, Departamento judicial Quilmes. 28 de octubre de 2014. Etchemendi, S; Vissio, M. y Gutiérrez, M. (Firmantes).

Sentencia nro 627/2016, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, 29 de diciembre 2016. Maidana, R. R. y Kohan, M. E. (Firmantes)  
<http://www.vocesporlajusticia.gob.ar/wp-content/uploads/2017/01/En-la-sentencia-de-37-páginas.pdf>

## Mucho más que una vivienda: El derecho a la ciudad, al hábitat digno y a la igualdad en los barrios populares. Reflexiones para la integración socio-urbana

Much more than a house: the right to the city, to a fair habitat and equality in slums. Reflections for social integration

Por Juan Carlos Bautista Murillo

**Resumen:** Este trabajo tiene como objetivo general explorar y poner en discusión los paradigmas emergentes del derecho a la ciudad, el hábitat digno y el principio de igualdad de forma estructural, en torno a la situación y condiciones sociales que atraviesan a los barrios populares en Latinoamérica y Argentina. Sostenemos que estos nuevos enfoques conceptuales de derechos, frutos de la movilización y participación social, intentan de forma multidimensional dar cuenta de la compleja realidad social que atraviesa a los barrios populares y fenómenos conexos como la segregación socio-espacial y la desigualdad social presentes en todas las ciudades latinoamericanas. Así, los tradicionales marcos analíticos de vulneración de derechos sociales como la vivienda digna, la salud o la educación entre otros, son ponderados de forma agregativa y conjunta a otras dimensiones sociales más complejas y específicas que forman parte de las dinámicas de la ciudad. Estos emergentes jurídicos urbanos aportan reglas y principios novedosos que lentamente van permeando la implementación de normativas y políticas públicas en las ciudades de la región y de nuestro país.

**Palabras Clave:** Barrios populares; derecho a la ciudad; hábitat digno; igualdad

**Abstract:** This paper aims to explore and discuss the emerging paradigms of the right to the city, fair habitat and the principle of equal protection under a structural perspective, around the situation and social conditions that characterizes vulnerable neighborhoods or slums in Latin America and Argentina. We argue that these new rights approaches, fruits of social mobilization and participation, attempt in a multidimensional manner to account for the complex social reality that affects these neighborhoods and related phenomena such as socio-spatial segregation and social inequality in all Latin American cities. Thus, the traditional analytical frameworks about violations on social rights such as fair housing, access to health or education, among others, are weighted in an aggregative and joint way to other more complex and specific social dimensions that are part of the dynamics of the city. These urban and legal approaches bring novel rules and principles that are slowly permeating the implementation of regulations and public policies in the cities of the region and our country.

**Key Words:** Slums; right to the city; fair habitat; equality.

Fecha de recepción: 25/04/2023  
Fecha de aceptación: 31/05/2023



## Mucho más que una vivienda: El derecho a la ciudad, al hábitat digno y a la igualdad en los barrios populares. Reflexiones para la integración socio-urbana

Por Juan Carlos Bautista Murillo\*

### I. Introducción

El debate político y social sobre el acceso al hábitat, a la tierra y la vivienda en el espacio urbano de América Latina y en Argentina no es nuevo, sin embargo, en las últimas décadas ha tomado particular importancia y fuerza a raíz de diferentes iniciativas ciudadanas y del surgimiento de movimientos populares que demandan del Estado una respuesta a sus problemas.

Si bien la problemática del acceso al hábitat y el acceso a la ciudad en condiciones de igualdad es una dificultad que atraviesa a cada vez más sectores sociales, incluso a los sectores medios y asalariados de la economía formal, lo cierto es que uno de sus rasgos más preocupantes es la compleja realidad que caracteriza a los sectores populares. Estos sectores sociales, que se han asentado generalmente en las periferias de las grandes ciudades o en las centralidades más degradadas, dando lugar lo que conocemos como barrios populares, asentamientos informales o precarios, entre otras denominaciones, se encuentran en una situación que podemos resumir como completamente ajena al goce y ejercicio de los DDHH más esenciales y de sus contenidos mínimos.

En este contexto, característico de la ciudad latinoamericana y argentina, se inscriben iniciativas sociales de base, con gran apoyo académico, de organizaciones de la sociedad civil y de organizaciones de DDHH, que propugnan por una renovada visión del hábitat y de la ciudad. Al presionar al Estado por respuestas, estas renovadas fuerzas urbanas de la organización social popular, interpelan también al derecho a través de la demanda

---

\* Auxiliar Docente de en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán y becario doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) con lugar de trabajo en el Observatorio de Fenómenos Urbanos y Territoriales de la Universidad Nacional de Tucumán. Orcid: 0000-0002-5934-6415. Correo electrónico: juancabm.10@gmail.com



de nuevos marcos jurídicos y regulaciones que contengan los lineamientos para una gestión más democrática, igualitaria, humana, integral, eficiente y menos mercantilista del hábitat y de la ciudad.

Estos procesos de construcción del derecho desde abajo, persiguen superar viejos enfoques parciales o asistencialistas, al tiempo que persiguen superar visiones acotadas del derecho a la vivienda y fundamentalmente, de las políticas públicas que lo materializan, por visiones más robustas e integrales. En este punto es donde adquieren entidad en los ámbitos social, político, académico y también jurídico, las nociones del derecho a un hábitat digno y el derecho a la ciudad como renovados paradigmas que interpelan las nociones clásicas de DDHH, territorializando las demandas ciudadanas, especialmente, las demandas de los sectores populares y más desaventajados.

A partir de allí, la lucha por el espacio urbano y por los derechos humanos en la ciudad ha ganado paulatinamente espacio en las agendas públicas de los Estados de la región, logrando como resultado la sanción de diferentes marcos normativos dentro de los diversos niveles de gestión del Estado. Estos incluyen artículos constitucionales, leyes nacionales, leyes provinciales o de distrito y normativas locales. También son importantes las experiencias de políticas públicas que perfilan a los derechos como sus principales fundamentos, priorizando la dignidad humana, y la creación de condiciones para la igualdad real o estructural en el goce de derechos por sobre el lucro o la especulación.

## II. Organización, marco teórico-conceptual y metodología

La organización y exposición del trabajo es simple y está dividida en tres grandes apartados vinculados de forma teórica y procedimental, con el objeto de presentar los conceptos y argumentos utilizados a medida que son desarrollados. Luego de la introducción, la primera parte del artículo describe el panorama urbano latinoamericano respecto a la situación de lo que denominamos en este artículo como hábitat popular y cómo esta situación de extrema vulnerabilidad da lugar a las demandas de los movimientos sociales urbanos.

En una segunda parte nos dedicamos a analizar desde un enfoque teórico-conceptual, los nuevos paradigmas de derechos vinculados a la ciudad, estos son el derecho a un



hábitat digno y el derecho a la ciudad, junto a una interpretación del principio de igualdad de forma estructural. Finalmente, la tercera y última parte del artículo aborda el correlato normativo generado por estos nuevos paradigmas, revistando de forma breve los antecedentes de reformas legales más importantes de la región, y deteniéndonos con mayor énfasis analítico sobre cambios normativos más significativos que tuvieron lugar en Argentina.

En cuanto a los contornos teórico-conceptuales de la discusión propuesta, situamos a esta dentro de un marco de producción académica-científica regional, caracterizada como una tradición interdisciplinaria fecunda sobre los principales fenómenos sociales urbanos latinoamericanos. Dentro de este espectro de reconocidos autores y estudios, provenientes principalmente de las ciencias sociales urbanas, y en menor medida, del derecho, recogemos los debates, términos y conceptos utilizados, vinculados especialmente al hábitat popular, a los barrios populares o informales y fenómenos conexos como la fragmentación y segregación social del espacio (Fernández Wagner, 2008; Connolly, 2014).

La metodología utilizada incluye el examen y discusión teórico-conceptual interdisciplinaria, la revisión y análisis documental, y finalmente, el análisis y argumentación jurídica sobre normativa de diferentes fuentes.

### **III. Hábitat y barrios populares. Características de una realidad Latinoamericana y Argentina ajena a los DDHH**

La urbanización y hábitat popular<sup>1</sup> se ha consolidado como una realidad social preocupante y característica en la región, que afecta a decenas de millones de personas. Si bien con variada intensidad y alcance, esta situación persiste como un fenómeno negativo que

---

<sup>1</sup> Es válido aclarar que para este artículo usamos el término “hábitat popular” como sinónimo de otros términos como “barrios populares”, “asentamientos informales”, “asentamientos precarios”, entre otros. Entendemos que esta es una decisión conceptual válida sobre términos y conceptos sobre los que no existe un consenso en relación a su significación y alcance preciso, pero que remiten siempre, con mayor o menor amplitud a la forma que los sectores sociales populares se asientan en la ciudad y las estrategias materiales y sociales a las que recurren para habitar la ciudad (Varela & Cravino, 2008). Es común también encontrar en la literatura definiciones del término “hábitat popular”, como un fenómeno más amplio que abarca tanto a los barrios populares o asentamientos informales y otras situaciones como los conjuntos de vivienda social masiva creados por el Estado para los sectores de más bajos recursos (Miranda Gassull, 2017). También es común encontrar definiciones más simples y acotadas como la que proponemos en este artículo para la comprensión de un fenómeno específico (Connolly, 2014).

no ha recibido la suficiente atención y respuestas desde el Estado. En un continente que se caracteriza por ser el más urbanizado del mundo, la lucha por la ciudad, por el espacio urbano y el hábitat de los sectores más relegados, se entrelaza a otros dramas estructurales de la región como la enorme desigualdad por ingresos, elevadas tasas de informalidad del mercado laboral y la falta de un desarrollo económico-social sustentable (ONU-Habitat, 2012; CEPAL, 2017).

Existen muchas denominaciones para referirse al hábitat popular como un fenómeno que guarda rasgos característicos presentes en todas las ciudades latinoamericanas y con mayor alcance en sus grandes centros urbanos y metrópolis. Algunas de estas denominaciones son barrios populares<sup>2</sup>, asentamientos precarios, barrios marginales o tugurios, nuevos guetos, favelas, campamentos, entre otras (Varela & Cravino, 2008). Mientras que algunas de sus características más frecuentes<sup>3</sup> son la informalidad en la tenencia de la tierra, la precariedad de las construcciones de las viviendas, el hacinamiento, la falta de servicios básicos de red como agua, gas, luz, y cloacas, junto a ubicaciones periféricas mal conectadas con la ciudad o en centralidades degradadas y deprimidas (Cravino, 2006; Davis, 2007; CEPAL, 2016).

La magnitud de esta poco feliz caracterización, definida por la privación de recursos elementales para desarrollar una vida digna, puede ser comprendida en su real magnitud

---

<sup>2</sup> Esta es la denominación adoptada por la ley nacional 27.453/18, que toma la definición dada por el Decreto el Decreto Ejecutivo 358/17, que define a los barrios populares de la siguiente manera:

“aquellos barrios comúnmente denominados villas, asentamientos y urbanizaciones informales que se constituyeron mediante distintas estrategias de ocupación del suelo, que presentan diferentes grados de precariedad y hacinamiento, un déficit en el acceso formal a los servicios básicos y una situación dominial irregular en la tenencia del suelo, con un mínimo de OCHO (8) familias agrupadas o contiguas, en donde más de la mitad de sus habitantes no cuenta con título de propiedad del suelo, ni acceso regular a al menos DOS (2) de los servicios básicos (red de agua corriente, red de energía eléctrica con medidor domiciliario y/o red cloacal)”.

<sup>3</sup> ONU Hábitat, división especializada de Naciones Unidas sobre asentamientos urbanos y hábitat, a los fines de identificar el mismo fenómeno a nivel regional, define a los asentamientos o barrios informales a partir de las características de las viviendas allí presentes y su ubicación: “un grupo de personas que vive bajo el mismo techo en una zona urbana que carece de una o más de las siguientes condiciones:

1. Una vivienda durable de naturaleza permanente que proteja contra condiciones climáticas adversas;
2. Un espacio vital suficiente, lo que significa que no más de tres personas compartan una habitación;
3. Acceso fácil a agua potable en cantidad suficiente y a un precio razonable.;
4. Acceso a saneamiento adecuado: letrina privada o pública compartida con una cantidad razonable de personas.;
5. Tenencia segura para evitar los desalojos forzados. Además, agrega “Ubicados (...) generalmente en áreas periurbanas, áreas centrales deterioradas y áreas de riesgo ambiental, dentro y fuera de los límites urbanos” (ONU-Habitat, 2012, pág. 64)

a partir de algunos datos que ayudan en tal tarea. En esta línea, se estima que habitar en asentamientos informales alcanza al 21% de los hogares en promedio de la región (ONU-Habitat, 2012; CEPAL, 2017). Mientras que en nuestro país, de acuerdo al último relevamiento llevado a cabo por el Gobierno Nacional y organizaciones de la sociedad Civil en el marco del Registro Nacional de Barrios Populares, existen 5687 barrios, donde habitan 1.168.731 familias y se estima que alrededor de 5 millones de personas, lo que equivale aproximadamente al 11% de la población (TECHO, 2022; SISU - OBP, 2023)<sup>4</sup>.

En cuanto al origen de este fenómeno, existe un cierto consenso en la literatura regional (Janoschka, 2002; Portes & Roberts, 2005; Cravino, 2006; Zicardi, 2015; Fernández Wagner, 2008; Connoly, 2014) y en diversos estudios regionales (CEPAL, 2007; 2010; 2016; 2017) sobre las causas estructurales de la imposibilidad de los sectores populares de acceder a la ciudad. En una región con altos niveles de pobreza, junto a los masivos procesos de migración de personas hacia las ciudades, especialmente hacia las grandes metrópolis, en diferentes momentos históricos de cambios económicos profundos<sup>5</sup>, sumado ello a la desregulación de los mercados de tierra y la ausencia de oferta de suelo o vivienda asequible<sup>6</sup>, ha provocado que la única vía de acceso al hábitat para millones de personas sea mediante el asentamiento informal y precario en la ciudad.

---

<sup>4</sup> Para ver diferentes datos actualizados e informes oficiales sobre la situación de los barrios populares en Argentina puede consultarse el sitio web del Observatorio y el Monitor de Barrios Populares, dependiente de la Secretaría de Integración Socio-urbana de la Nación (SISU - OBP, 2023). Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/renabap/observatorio-de-barrios-populares>

<sup>5</sup> Los autores suelen marcar dos momentos históricos de cambios profundos en las estructuras productivas de la región que consolidaron y profundizaron el modelo de ciudad latinoamericana desigual y los asentamientos informales como su rasgo más preocupante. El primer momento es el llamado periodo de sustitución de importaciones que provocó primero la masiva migración del campo a las grandes ciudades de cada país, a las que luego se sumarían oleadas de migración urbana desde urbes pequeñas hacia los grandes aglomerados. El segundo momento es el auge de las políticas económicas neoliberales y la globalización que provocó la precarización e informalidad laboral como regla y con ello, la imposibilidad estructural de amplios sectores de la población de acceder a condiciones dignas de hábitat, debiendo nuevamente crear ciudad de manera informal en las periferias (Fernández Wagner, 2008; Cravino M. C., 2006; Connoly, 2014; Portes & Roberts, 2005).

<sup>6</sup> El déficit habitacional, tanto cuantitativamente en relación al stock insuficiente de viviendas disponibles, como también cualitativamente en relación a los estándares mínimos de habitabilidad que debe tener una vivienda, es un rasgo constante en la realidad latinoamericana y Argentina (ONU-Habitat, 2012; CEPAL, 2017). En este sentido, es recomendable la lectura de un estudio detallado (Morales, Diego; Zimerman, Silvina; et al., 2013), basado en un profundo análisis sobre las informaciones recogidas del censo nacional de 2010, el cual retrata que, a pesar de que en el periodo 2001-2010 creció el ingreso promedio de la población y hubo fuerte disminución de los niveles de pobreza y desigualdad, estos déficits se mantuvieron constantes o incluso aumentaron levemente en términos relativos. Un ejemplo es el incremento del hacinamiento fa-

Sin embargo, la complejidad del problema no termina allí, otras dimensiones relevantes no se relacionan sólo con la vivienda y su edificación, sino también con la calidad de vida y las oportunidades que ofrece el entorno socio-espacial a quienes habitan los barrios populares. La falta de acceso a servicios básicos como el agua, gas, luz, cloacas o incluso internet<sup>7</sup>, sumado a los impedimentos físicos y sociales para acceder igualitariamente a bienes sociales esenciales como la educación, trabajo o salud (Katzman, 2001; CEPAL, 2010; Cravino, 2008; Salvia & Bonfiglio, 2015) provocan una situación de extrema vulnerabilidad para los hogares de estos barrios. Estos barrios habitualmente se encuentran en zonas de difícil acceso y egreso por la falta de transporte público y de infraestructura básica como calles asfaltadas o iluminación, zonas que presentan déficits de equipamiento en materia de salud, educación y cuidado, que tampoco poseen espacios públicos de encuentro y esparcimiento. Por si ello fuera poco, además son frecuentes los estigmas e imaginarios negativos que son construidos y sostenidos por quienes no habitan estos territorios, dando lugar a situaciones de discriminación y exclusión a sus habitantes (Suarez, 2011; Soldano, 2014; Cravino, 2008).

En este sentido, el concepto y enfoque de segregación socio-espacial, permite entender con más claridad la gravedad de esta compleja trama de carencias (Sabatini, 2006) ya que a menudo los barrios populares se encuentran en zonas altamente segregadas de la ciudad, es decir separadas, tanto física como social y simbólicamente (Carman, Veira da Cunha, & Segura, 2013; Connolly, 2014; Segura, 2012; Caldeira, 2000). Siguiendo esta línea, de acuerdo a una amplia literatura en la materia, la separación y exclusión de la ciudad junto a la concentración masiva de grupos homogéneos de población vulnerable en territorios densamente poblados, genera efectos sociales que reproducen la desigualdad para acceder a estos bienes sociales esenciales (CEPAL, 2007; PNUD, 2009; Segura, 2014; Salvia & Bonfiglio, 2015).

---

miliar entre el Censo de 2001 y el Censo del 2010 (periodo donde se sensible mejoramiento de la distribución de ingresos y poder adquisitivo de las familias) casi que se duplicó, pasando de 6,5% de los hogares en 2001 al 12% de los hogares en 2010.

<sup>7</sup> Para una aproximación sobre la importancia del acceso a internet como servicio público elemental para los sectores populares en el contexto de la Pandemia de Covi-19, desde una perspectiva territorial y de derechos, ver Bautista Murillo, 2021.

Como evidencia de tal relación, una serie de estudios empíricos muestran la estrecha conexión negativa que existe entre el efecto vecindario provocado por la segregación y la formación educativa de las personas<sup>8</sup>, representada en variables como: el máximo nivel educativo alcanzado, el bajo rendimiento escolar o las elevadas tasas de abandono escolar (Katzman & Retamoso, 2007; Alves, Creso & Queiroz Ribeiro, 2008; PNUD, 2009)<sup>9</sup>. También existe evidencia sobre el efecto vecindario y el ámbito laboral, a través de variables como la dificultad para acceder a trabajos formales, incluso sobre la disparidad en los ingresos en relación a tareas similares con miembros de otros vecindarios (Katzman & Retamoso, 2005; Queiroz Ribeiro, 2004; Arim, 2008)<sup>10</sup>. En síntesis, los datos recolectados

<sup>8</sup> Es válido aclarar que todos los estudios e investigadores reconocen que otros factores como el entorno familiar o el entorno escolar, tienen una mayor influencia en los índices que la composición barrial. Sin embargo, mediante modelos de regresión estadística y control de variables, consiguen mostrar la incidencia que tiene la segregación del barrio en estas dimensiones sobre la educación de las personas.

<sup>9</sup> En relación a los resultados de estos estudios, un informe del PNUD (PNUD, 2009) sobre barrios populares en las 4 principales metrópolis de nuestro país, estima que existe una brecha de 10 puntos porcentuales en promedio en los rendimientos educativos entre niños provenientes de estos barrios segregados y niños de barrios no segregados. A resultados similares llegan Katzman y Retamoso (2007) en relación a los niños y los barrios pobres y segregados de Montevideo.

Respecto al rezago y abandono escolar, un estudio sobre las favelas de Río de Janeiro (Alvez, Creso, & Queiroz Ribeiro, 2008), encontró el riesgo de atraso escolar en jóvenes de octavo año escolar (14 años aproximadamente) era un 21% mayor si vivían en favelas y un 30% mayor si vivían en favelas en entornos próximos a barrios ricos, y en cuanto al abandono escolar entre niños de 14 a 17 años, el riesgo era de 57% mayor para quienes vivían en favelas en entornos populares y un 74% para quienes vivían en favelas en entornos ricos. Estos resultados también son sorprendentes porque aportan evidencias de que los contrastes y distancias sociales pueden ser más negativas que las distancias físicas entre pobres y ricos.

<sup>10</sup> Otros resultados sobre el mercado laboral y el efecto vecindario muestran que en relación a los ingresos pueden existir diferencias negativas de entre el 29% al 39% entre personas con igual nivel educativo que viven en favelas en ciudades como Río de Janeiro o San Pablo y quienes viven en otros barrios (Queiroz Ribeiro, 2004). Rodrigo Arim (2008) concluye que tales diferencias en el salario de las personas con igual nivel educativo entre barrios segregados y no segregados de Montevideo podían llegar hasta un 50%.

Respecto al tipo de inserción laboral o vínculo con el mercado de trabajo, Katzman y Retamoso (2005) hallaron notables diferencias negativas entre personas con igual nivel educativo que habitan en barrios populares y quienes habitan en barrios de nivel socioeconómico medio o alto. Por ejemplo, el % de personas ocupadas por cuenta propia (relación laboral de baja calidad) en barrios populares segregados (17%) es 10 puntos porcentuales mayor que en barrios de nivel alto (7,1%) y un 4 (12,6%) puntos porcentuales superior que en barrios de nivel medio. Otro ejemplo se da con el porcentaje de trabajadores en relación de dependencia, pero sin cobertura de salud (empleo informal o precario) en la cual los barrios populares superan por 20 puntos porcentuales a los barrios de nivel alto y por 13 puntos porcentuales a los barrios de nivel medio. Finalmente, la desafiliación institucional (no estudian ni trabajan) entre los jóvenes de 15 a 19 años es trece puntos superiores en barrios populares (26%) frente a barrios de nivel alto (13,8%) y 4 puntos superiores en relación a barrios de nivel medio (22%). En igual sentido, el informe del PNUD (2009) para las principales metrópolis argentina, concluye que existen fuertes relaciones de incidencia estadística entre la pertenencia a un barrio popular segregado y los indicadores laborales mencionados.

por estos trabajos ponen en evidencia cómo estos territorios de gran vulnerabilidad pueden transformarse en una trampa para la movilidad social, para la integración y para el acceso a derechos humanos esenciales.

Ante este complejo panorama social regional, que atraviesa al hábitat popular en todas sus dimensiones, es que diversos actores han generado movimientos sociales amplios para buscar una mejor y más humana solución a la problemática. Estos movimientos han transformado la evidente realidad de los sectores más desprotegidos de la ciudad en demandas propositivas y concretas hacia los Estados, a través de nuevos marcos conceptuales de derechos y de políticas públicas urbanas que orientan hacia una nueva forma de gestionar la urbe e integrar a los sectores sociales. Estas demandas no sólo han modificado de forma sustancial la visión de igualdad jurídica necesaria para mejorar la situación de los sectores más desaventajados de la ciudad, sino también, han implementado nuevas nociones integrales y paradigmáticas conocidas como el derecho al hábitat digno y el derecho a la ciudad.

#### **IV. Nuevos paradigmas de derechos y su vinculación con el hábitat popular. Más allá del derecho a la vivienda**

Como hemos señalado, la situación social descrita antes, revela una compleja trama de vulneraciones de derechos fundamentales. Es fácil advertir que estos derechos vulnerados son principalmente económicos y sociales como el derecho a una vivienda digna, al agua, al trabajo, a la educación, a la salud, a un medio ambiente sano, al desarrollo, entre otros, pero también los hay civiles y políticos como la participación ciudadana y política o el acceso a información.

Además, también es claro que el principio y derecho de igualdad se encuentran fuertemente tensionados ante esta realidad. La evidencia sobre que la pertenencia barrial sea una causa de discriminación constante y a la vez un factor decisivo para la reproducción y perpetuación de las desigualdades sociales para los grupos que allí habitan, muestran como juega la doble cara de este principio, entendido como prohibición de ser discriminado arbitrariamente, y de forma más robusta, como prohibición de subordinación de grupos, conocido también como igualdad estructural (Saba, 2016; Ronconi, 2019).

Sólo por dar un ejemplo de la relevancia jurídica de esta afirmación, podemos traer a colación lo afirmado por el Comité DESC en su Observación General N°20 (Comité DESC, 2009) al enumerar de forma ejemplificativa otros motivos de discriminación prohibidos basados en la cláusula abierta de no discriminación del Art. 2.2 del PIDESC, bajo el concepto de “otra condición social”, afirmando que:

“34. Lugar de residencia. El ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto no debe depender del lugar en que resida o haya residido una persona, ni estar determinado por él. Por ejemplo, no debe depender del hecho de vivir o estar inscrito en una zona urbana o rural o en un asentamiento formal o informal (...)”.

“39. Eliminación de la discriminación sistémica. Los Estados partes deben adoptar un enfoque proactivo para eliminar la segregación y la discriminación sistémicas en la práctica. Para combatir la discriminación será necesario, por lo general, un planteamiento integral que incluya una diversidad de leyes, políticas y programas, incluidas medidas especiales de carácter temporal. Los Estados partes deben considerar la posibilidad de emplear incentivos o sanciones para alentar a los actores públicos y privados a modificar su actitud y su comportamiento frente a los individuos y grupos de individuos que son objeto de discriminación sistémica” (Comité DESC, 2009).

A partir de estos estándares de derechos humanos sobre las obligaciones del Estado en materia de igualdad respecto a los sectores más desprotegidos, podemos identificar al menos dos paradigmas relacionados y complementarios que persiguen abordar de manera multidimensional la problemática del hábitat popular. Tanto la noción del derecho a un hábitat digno, como la del derecho a la ciudad emplean un enfoque de derechos en sus nociones fundamentales, y abordan explícitamente la compleja situación de amplios sectores de la población que encuentran en el territorio urbano barreras estructurales para el disfrute de sus derechos.

Como veremos, ambas nociones paradigmáticas tienen una génesis popular y participativa de diferentes actores sociales y un posterior correlato plasmado en marcos normativos de diferente valor y en diferentes contextos jurídicos de la región. En otras palabras, tanto el paradigma del derecho a un hábitat digno, como el derecho a la ciudad son expresiones de alternativas de creación del derecho desde abajo, desde la organización social multiactoral, hasta llegar a los órganos institucionales del Estado.



Comenzando por la idea del derecho a un hábitat digno, esta tiene sus orígenes en los trabajos académicos de Turner y Fichter, quienes habilitaron intelectualmente el debate sobre hábitat como un entorno integral y dignificante, más allá de la mera vivienda física. También fue, y sigue siendo notable, la influencia ejercida en la región por la Coalición Internacional para el Hábitat (HIC – AL por sus siglas en inglés), una organización internacional no gubernamental, conformada por actores sociales populares, académicos, organizaciones de derechos humanos (Fernández Wagner, 2008; Connoly, 2014). En nuestro país, este paradigma es representado por amplias coaliciones de actores sociales que incluyen, las organizaciones sociales de base, sectores académicos principalmente ligados a los estudios sociales urbanos (Scatolini, 2014; Lafranchi, Granero Realini & Duarte, 2018), y organizaciones de la sociedad civil y de derechos humanos (CELS, 2017). En todos los casos, la noción de hábitat digno es presentada como una respuesta superadora a las limitadas e inadecuadas prácticas de las políticas públicas en materia de vivienda y regulación urbanística en los últimos 30 o 40 años<sup>11</sup>.

Desde lo conceptual, la idea de hábitat digno o de derecho al hábitat, intenta en el plano axiológico y prospectivo poner de relieve la integralidad y multidimensionalidad que demandan las políticas de vivienda e integración urbana de los más vulnerables, que van más allá de un mero enfoque físico-habitacional. Bajo este modelo, la provisión de viviendas o su mejoramiento es solo una dimensión que debe complementarse con otras acciones como (Barreto, 2010; CELS, 2017):

- La efectiva seguridad en la tenencia;
- La provisión de servicios públicos de calidad, infraestructura y equipamiento urbano como calles asfaltadas, iluminación, espacios públicos de encuentro;
- Ubicación no periférica o con conexión y vinculación real a la trama urbana;

---

<sup>11</sup> La noción de hábitat digno realiza una fuerte crítica al denominado “viviendismo” (Echeverría Ramírez, 2003) como política parcial para solucionar el acceso al suelo y vivienda de amplios sectores sociales. Estas acciones públicas estatales, tanto en el enfoque neoliberal asistencialista y focalizado de los años 90 por medio de políticas de regulación y mejoramiento barrial, como en el enfoque orientado a la redistribución del ingreso y la construcción masiva de vivienda con fines de reactivación económica sin regulación del suelo, que caracterizó a la política pública durante el periodo de sustitución de importaciones y más recientemente, durante los gobiernos de centro izquierda a partir de los primeros años del siglo XXI (Barreto, 2012), han mostrado serias limitaciones para resolver el problema habitacional y socio-territorial de los más vulnerables (Barreto, 2010).



- Transporte público y movilidad eficiente y asequible;
- Disponibilidad de instituciones educativas, de salud, cuidado y de seguridad pública en las proximidades a los barrios;
  - Desarrollo socio-territorial integral para mejorar el acceso al trabajo formal, seguridad social e ingresos que garanticen una vida digna;
  - La participación política y ciudadana efectiva para incidir en las políticas habitacionales y barriales;
  - El acceso a la información y la justicia para reclamar por estos derechos.

En el ámbito internacional, esta noción encuentra respaldo institucional en ONU Hábitat<sup>12</sup>, división especializada de Naciones Unidas que realiza acciones de promoción, colaboración y asesoramiento para asegurar el derecho a un hábitat digno a millones de personas, especialmente quienes viven en tugurios o asentamientos informales.

En el año 2016 este organismo junto a la comunidad internacional, organizaciones civiles, académicos, gobiernos locales, y otros actores relevantes, en el marco de la 3er Conferencia sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III), lograron elaborar La Nueva Agenda Urbana (NUA), un valioso documento principio lógico, prospectivo y propositivo que luego sería aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>13</sup>, pasando a formar parte del *Soft Law* Internacional y por lo tanto, un instrumento válido para guiar e interpretar las obligaciones estatales en la materia.

En una clara referencia de la noción integral de hábitat digno desarrollada y en relación a la lucha contra la desigualdad y segregación socio-espacial, la NUA enuncia los siguientes compromisos de los Estados y gobiernos:

“32. Nos comprometemos a promover el desarrollo de políticas y enfoques habitacionales integrados que tengan en cuenta la edad y el género en todos los sectores, en particular en los ámbitos del empleo, la educación, la atención de la salud y la integración social, y a todos los niveles de gobierno; políticas y enfoques que incorporen la asignación de viviendas adecuadas, asequibles, accesibles, eficientes, seguras, resilientes, bien conectadas y bien ubicadas, prestando especial atención al factor de proximidad y al fortalecimiento de la relación espacial con el resto del entramado urbano y las esferas funcionales cercanas.

<sup>12</sup> Para más información sobre ONU hábitat, sus objetivos, programas y documentos trascendentes visitar: <https://unhabitat.org/es/node/2973>

<sup>13</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 25/01/2017 mediante Res.71/256. Disponible en: <https://uploads.habitat3.org/hb3/New-Urban-Agenda-GA-Adopted-68th-Plenary-N1646660-S.pdf>

33. Nos comprometemos a estimular la provisión de diversas opciones de vivienda adecuada que sean seguras, asequibles y accesibles para los miembros de diferentes grupos de ingresos de la sociedad, teniendo en cuenta la integración socioeconómica y cultural de las comunidades marginadas, las personas sin hogar y las personas en situaciones de vulnerabilidad y evitando la segregación. Adoptaremos medidas positivas para mejorar las condiciones de vida de las personas sin hogar, con miras a facilitar su plena participación en la sociedad, y para prevenir y eliminar la falta de hogar, así como para combatir y eliminar su penalización”.

En definitiva, la noción de hábitat digno viene a proponer un renovado concepto y análisis integrador sobre el acceso a la vivienda por parte de los diferentes grupos sociales, especialmente los grupos desaventajados. Esto se complementa de forma positiva con el contenido mismo del derecho humano a una vivienda digna, desarrollado por otros órganos internacionales relevantes como el Comité DESC en su Observación General N°4 sobre el derecho a la vivienda adecuada como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado<sup>14</sup>.

En un sentido similar, el derecho a la ciudad es un paradigma socio-político emergente, que ha tomado fuerza en las últimas dos décadas de la mano de los movimientos sociales urbanos con gran fuerza en Latinoamérica (Harvey, 2013). Esta idea paradigmática toma su nombre y algunos de sus fundamentos teóricos<sup>15</sup> de la clásica obra del francés Henri Lefebvre (1969). Como señala Pisarello (2011), en la actualidad este concepto es retomado allí donde los efectos de la desigualdad, la exclusión y segregación socio-espacial muestran su lado más agravante y donde las respuestas institucionales parecieran no estar funcionando.

---

<sup>14</sup> En este valioso y vinculante documento, el Comité DESC interpreta que el término “adecuada” refiere a estas características mínimas del derecho: 1) seguridad en la tenencia, 2) disponibilidad de servicios e infraestructura, 3) gastos soportables según el ingreso, 4) habitabilidad, 5) asequibilidad, 6) Lugar o ubicación adecuados, 7) adecuación cultural. Además, estos estándares específicos deben ser complementados con otros principios generales del PIDESC como la progresividad y no regresión de los DESC, su implementación hasta el máximo de los recursos disponibles y la prioridad de los grupos más vulnerables. Ver Comité DESC, Observación General N°4 El derecho a una vivienda adecuada (Art.11, Párr.1 del PIDESC), Observación General N°7 (...) Los desalojos forzosos: y Observación General N°3. La índole de las obligaciones de los Estados partes (art.2. Párr.1 del PIDESC)

<sup>15</sup> Según Lefebvre, las clases trabajadoras fueron condenadas a vivir en las periferias, en lugares insalubres, degradados y homogeneizantes, lejos del provecho y uso de la ciudad y los bienes sociales urbanos. Además, denuncia como la ciudad, sus centralidades y espacios públicos, pasaron de ser lugares del disfrute público, de la socialización e intercambio, para pasar a ser bienes de cambio, bienes mercantilizados del capitalismo. A esto se le llama el paso de la ciudad como un valor de uso a un valor de cambio.

Latinoamérica ha sido principal impulsora de un renovado movimiento que tiene en el derecho a la ciudad su consigna de base para una serie de demandas y propuestas normativas y de políticas públicas que permitan revertir los patrones estructurales de la urbanización mercantilizadora y excluyente de las últimas décadas (Levenzon & Tedeschi, 2017). La Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, adoptada por estos movimientos en el marco del Foro Social Mundial de Porto Alegre en el año 2005, es el documento más representativo y con mayor profundidad analítica y propositiva. Aunque en rigor este carezca de entidad jurídica vinculante para los Estados, ha servido como guía de base para los debates y propuestas que han permitido avanzar en la sanción de normas jurídicas sobre el derecho a la ciudad y sus instrumentos de intervención (Zicardi, 2016).

La carta define al derecho a la ciudad como:

“Art. 1 (...) el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado”.

El derecho a la ciudad como paradigma adopta un enfoque de derechos humanos, que incluye derechos civiles y políticos como sociales y económicos, auspiciando su plena vigencia y efectividad en el ámbito urbano, abrazando también el enfoque de género transversalmente en todas sus propuestas<sup>16</sup>. Además, reconoce principios y derechos urbanos específicos como:

- Democracia urbana y derecho a participar de la planificación y gestión de la ciudad;
- Función social y ambiental de la propiedad privada y la ciudad, es decir, la primacía del interés y beneficio colectivo urbano por sobre el particular;
- Derecho a participar de los beneficios que genera la urbanización;
- Derecho a un desarrollo urbano social y ambientalmente sostenible;
- Derecho a la movilidad y transporte urbano;

---

<sup>16</sup> Ver Art. 1 y 2 de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad. Disponible en: <https://hic-al.org/wp-content/uploads/2018/12/El-Derecho-a-la-Ciudad-en-el-Mundo.pdf>

- Derecho a la vivienda y hábitat desde una concepción integral que incluye los derechos a la integración socio-territorial de los grupos más vulnerables, la regularización y seguridad de la tenencia del suelo, y la provisión de los servicios y equipamientos públicos urbanos básicos;
- Derecho a acceder y usar los espacios públicos de forma culturalmente diversa y pacífica.

También es necesario destacar la concepción de igualdad que incluye La Carta. Muy en línea con los desarrollos más actuales de los DDHH (Saba, 2016; Ronconi, 2019; CIDH, 2019), la igualdad en relación al derecho a la ciudad no solo requiere su reconocimiento formal para todas las personas sin discriminación, sino que además, implica un enfoque estructural que obliga a poner en marcha medidas especiales en favor de los grupos vulnerables con el fin de garantizar el aprovechamiento pleno de la ciudad<sup>17</sup>.

Teniendo en cuenta esta visión de igualdad, junto a los derechos a la integración socio-territorial del hábitat, creemos que muchas de estas medidas especiales o afirmativas a las que refiere La Carta, deben estar orientadas con un criterio socio-territorial en favor de los habitantes de los barrios populares o asentamientos informales. Entender que el territorio mismo, el barrio y sus condicionantes, pueden ser un factor de desigualdad estructural que genera desventajas sociales y barreras al ejercicio de los derechos, es una interpretación válida y necesaria.

Finalmente, es posible afirmar que tanto la idea del derecho a un hábitat digno como el derecho a la ciudad, concebidos como construcciones sociales, han permeado en las últimas décadas los marcos normativos de diferentes países de la región, y en diferentes niveles de gobierno hacia dentro de estos Estados. Así, en los siguientes párrafos veremos brevemente algunos de los antecedentes más importantes de la región, para detenernos de manera más profunda en las transformaciones legales ocurridas en nuestro país a causa de la irrupción de estos paradigmas de derechos.

---

<sup>17</sup> Ver Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, Art. 3: Igualdad y no Discriminación y Art.4: Protección especial de grupos y personas en situación de vulnerabilidad.

## V. Una nueva agenda de derechos. Normativas y políticas públicas para garantizar para el acceso al hábitat digno y el derecho a la ciudad

Como anticipamos, la apremiante situación social de los sectores que conforman el hábitat popular en la región y nuestro país, junto a las demandas y agendas propositivas por parte de los movimientos sociales, luego de arduos debates y luchas, han logrado permear los marcos jurídicos de gestión urbana en diferentes Estados y ciudades de la región (Levenzon & Tedeschi, 2017). En una suerte de construcción del derecho desde abajo, desde la sociedad y sus demandas, el hábitat digno y el derecho a la ciudad como enfoques integrales de derechos humanos, han logrado reformas legales en favor de los grupos urbanos más desaventajados.

Algunos de los ejemplos más resonantes en la región de estas transformaciones jurídicas son:

- La incorporación del derecho a la ciudad como derecho fundamental en la Constitución Ecuatoriana<sup>18</sup>, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano.
- Ley de Ordenamiento Territorial<sup>19</sup> de Colombia, la cual incorpora muchos de estos principios, junto a sus mundialmente conocidas políticas de urbanismo social llevado a cabo en ciudades como Medellín y Bogotá (Montaner & Muxí, 2011).
- La Carta por el Derecho a la Ciudad de México<sup>20</sup>, que, si bien es un instrumento declarativo, fue adoptado por un gobierno local en una ciudad de gran importancia.
- El Estatuto de la Ciudad<sup>21</sup> en Brasil, ley federal que reglamenta parte del título VII de la Constitución de Brasilera, dedicado a la política y gestión urbana<sup>22</sup>. Este es un caso

<sup>18</sup> Ver Art. 31 de la Constitución de Ecuador, modificada y sancionada en el año 2008. Disponible en: [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

<sup>19</sup> Ver ley 388 de 1997 Congreso de la República de Colombia. Disponible en: [https://www.minambiente.gov.co/images/normativa/leyes/1997/ley\\_0388\\_1997.pdf](https://www.minambiente.gov.co/images/normativa/leyes/1997/ley_0388_1997.pdf)

<sup>20</sup> Ver Carta por el Derecho a la Ciudad de México. Disponible en: <https://hic-al.org/wp-content/uploads/2018/12/El-Derecho-a-la-Ciudad-en-el-Mundo.pdf>

<sup>21</sup> Ley Federal 10257 del 2001. Disponible en: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70317/000070317.pdf>

<sup>22</sup> Ver Art. 182 y subsiguientes de la Constitución de Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.

paradigmático en la región que reafirma el derecho a la ciudad, junto a otros principios<sup>23</sup> e instrumentos de gestión<sup>24</sup>, centrales para lograr ciudades más justas.

Al igual que en estos casos del ámbito regional, la influencia de los nuevos paradigmas urbanos con enfoque de derechos también es posible rastrearla hacia dentro de nuestro país con algunos ejemplos muy significativos. Así, el derecho a un hábitat digno y el derecho a la ciudad son conceptos jurídicos posibles de encontrar en diversas normas en los diferentes niveles de gobierno de nuestro Estado federal, algunas de ellas con alcance nacional, provincial y local<sup>25</sup>.

Si bien al interior de diferentes provincias y municipios estos paradigmas pueden ser parte, y estar siendo parte, de reformas en los marcos urbanísticos, para este trabajo sólo analizaremos 3 casos que consideramos son los más significativos por su alcance geográfico, la cantidad de personas involucradas, por la relevancia pública que han tomado sus debates y fundamentalmente por ser fruto de las demandas ciudadanas y la construcción social del derecho:

- Primero, consideraremos a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que tuvo lugar en el año 1996 luego de amplios debates participativos en el seno de su asamblea constituyente.

---

<sup>23</sup> Otros principios centrales legislados son el de función social y ambiental de la propiedad privada, el suelo urbano como recurso social escaso y de la ciudad como bien colectivo. Tal como lo relata Fernandes (2010), estos principios representan un modelo de derechos y de democracia urbana, que desafían la tradición del liberalismo jurídico civilista y las concepciones absolutistas sobre la propiedad privada sobre el suelo y la ciudad.

<sup>24</sup> Otros grandes méritos y transformaciones de esta ley es el principio de descentralización y refuerzo de las capacidades locales para la gestión de las ciudades. También son muy significativos los instrumentos normativos de gestión que apuntan a redistribuir de forma más equitativa las cargas y beneficios generados por la urbanización, mediante tributos para captar las plusvalías urbanas y/o generar la movilización de suelo ocioso o vacante. De forma más específica a las demandas de los sectores populares, esta ley también genera instrumentos novedosos para la regularización e integración socio-territorial de los barrios más vulnerables, como la reserva de suelo con fines de vivienda social, la prescripción especial breve con fines de vivienda única, entre otros.

<sup>25</sup> Llamativamente la Constitución Nacional guarda silencio sobre la cuestión urbana, sobre los derechos y políticas públicas para reducir las desigualdades en materia de hábitat. La interpretación aceptada es que estas políticas forman parte de las competencias no delegadas por las provincias.

Lo más cercano es el art. 14.bis que consagra el derecho a una vivienda digna y otros derechos sociales, o el art. 75. inc. 23 que habla sobre la potestad de legislar en materia de acciones afirmativas para lograr la igualdad de oportunidades en favor de los grupos vulnerables, que podría ser utilizado para legislar en favor de políticas a favor de un hábitat urbano más equitativo y menos socio-espacialmente segregado.

- Segundo, analizaremos la Ley de Acceso Justo al Hábitat de la Provincia de Buenos Aires del año 2013, la cual fue el resultado de una gran movilización social multiactoral que perseguía modificar la normativa urbana heredada de la dictadura militar.
- Finalmente trataremos la ley 27.453 de Régimen de regularización dominial para la integración socio-urbana, como el ejemplo más reciente de la construcción jurídica participativa desde abajo, que persigue mejorar la situación para los sectores sociales que conforman el hábitat popular.

Comenzando por el primer caso, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su Capítulo Quinto dedicado al Hábitat, y más precisamente en su art. 31, consagra de forma explícita y amplia “El derecho a una vivienda digna y al hábitat adecuado”<sup>26</sup>. Además, como parte integrante y materialización de este derecho, prescribe una serie de compromisos de políticas públicas tales como resolver “progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”. Por si fuera poco, la Carta Magna también prescribe que “auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva”.

La amplitud e integralidad dada por el constituyente porteño es tributaria de los marcos conceptuales vistos en el apartado anterior referida al derecho a un hábitat digno. De hecho, el concepto de hábitat adecuado que se registran en los diarios de sesiones de la asamblea es muy similar a las nociones y elementos repasados<sup>27</sup>. Este artículo fue fruto de amplios debates e intervenciones con la participación de la sociedad civil y de organizaciones sociales que lograron un hito significativo con su incorporación (Aldao, Baldiviezo, Sanchez, & Kulekdjian, 2018).

<sup>26</sup> Ver art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=166](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=166)

<sup>27</sup> En las Actas de la Asamblea Constituyente de la Ciudad es definido como “(...) como el entorno donde el grupo familiar desarrolla sus actividades, comprendiendo la vivienda y la infraestructura que sirve a la misma como agua potable, electricidad, gas, desagües pluviales y cloacales, pavimento, alumbrado público, recolección de residuos, transportes y comunicaciones, etcétera”. Diario de Sesiones: Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Jusbaire, Buenos Aires, 2016, v.2, p.835.



No obstante, también es cierto que pese la gran amplitud en materia de derechos y protección de los grupos sociales urbanos marginados que promueve la Constitución porteña, el Tribunal Superior de Justicia de CABA, máximo tribunal de esa jurisdicción e intérprete de la Constitución local, ha manifestado en diversos casos judiciales una postura conservadora, formalista y nada protectoria de los derechos mencionados, revelando una preocupante falta de ineffectividad judicial de la norma (Gargarella & Maurino, 2011)<sup>28</sup>.

El siguiente caso es el de la Ley de Acceso Justo al Hábitat (LAJH) de la Provincia de Buenos Aires<sup>29</sup>. Esta iniciativa con inspiración en el Estatuto de las Ciudades de Brasil, fue también fruto las demandas de la sociedad civil y movimientos sociales, para la modificación de los marcos urbanísticos heredados de la dictadura militar y la posterior construcción de una política de estado provincial más en línea con los desarrollos actuales (Reese, Bascary, & et. al., 2015). Desde los primeros artículos de esta ley, relativo a sus objetivos, puede verse el cambio de orientación en la gestión urbana (Scatolini, 2014): “La presente ley tiene por objeto la promoción del derecho a la vivienda y a un hábitat digno y sustentable conforme el art. 36 inc. 7 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (...)” (artículo 1). Mientras que entre sus objetivos específicos se destacan:

“a) Promover la generación y facilitar la gestión de proyectos habitacionales, de urbanizaciones sociales y de procesos de regularización de barrios informales; b) Abordar y atender integralmente la diversidad y complejidad de la demanda urbano habitacional; y c) Generar nuevos recursos a través de instrumentos que permitan, al mismo tiempo, reducir las expectativas especulativas de valorización del suelo”. Art. 1 Ley 14449.”

Otros aspectos destacables de la LAJH son la consagración de verdaderos derechos subjetivos y colectivos de naturaleza urbana en cabeza de las personas y de los grupos sociales. Estos incluyen el derecho a una vivienda y hábitat digno (Art. 3) y principios

<sup>28</sup> El caso Alba Quintana es uno de los más significativos en esta línea del Tribunal Superior de CABA. Sin embargo, también es justo mencionar que esta línea jurisprudencia restrictiva originó un pronunciamiento contrario por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Caso Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad. Allí la CSJN revocó un pronunciamiento de su par porteño, para dar una respuesta habitacional a una madre y su hijo con una severa discapacidad que no encontraron respuestas adecuadas en las políticas del gobierno porteño ni en la protección judicial local (Sabsay, 2012).

<sup>29</sup> Ver Ley 14449 de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/0ZYlKhqV.pdf>



rectores de la ley (Art. 10) como el derecho a la ciudad (Art. 11)<sup>30</sup>, el principio de función social de la propiedad y la ciudad (Art.12)<sup>31</sup>, el principio de gestión democrática de la ciudad (Art. 13) y la distribución equitativa de las cargas y beneficios urbanos (Art. 14). En concordancia con esto, La Ley establece mecanismos y derechos de participación (Art. 57 y Art. 58), de acceso a la información (Art. 59) y también el acceso a la justicia para reclamar los derechos que consagra (Art. 57).

Sin dudas esta ley es un modelo que presenta una alternativa interesante para llevar a cabo políticas públicas con enfoque de derechos (Pautassi, 2008), establece instrumentos que rompen con la igualdad formal y buscan la redistribución y reconocimiento en favor de los grupos desaventajados de la ciudad. No obstante, es cierto que su implementación y efectividad está plagada de complejidades, algunas relacionadas a la institucionalidad y distribución de competencias, por ejemplo, a la hora de coordinar y lograr su adopción por parte de los municipios, a quienes verdaderamente les corresponde la gestión de la ciudad en esa provincia (Scatolini, 2014).

Finalmente, el último instrumento que podemos destacar es la Ley Nacional 27.453 de Régimen Regularización Dominial para la Integración Socio-Urbana<sup>32</sup>, que también fue fruto del trabajo conjunto entre el Estado y organizaciones sociales, logrando un amplio consenso para su aprobación (Tedeschi, 2018). Si bien la ley no menciona el derecho a la ciudad o a un hábitat digno, claramente su orientación dirigida a promover la integración socio-espacial de los barrios populares y a lograr el mejoramiento integral de su calidad de vida remite con otros términos a los mismos elementos y principios.

Esta ley tiene como objetivo mediano establecer un régimen de integración socio urbana dirigido a los barrios populares que se encuentran dentro del Registro Nacional de

---

<sup>30</sup> Artículo 11. – Derecho a la Ciudad y a la Vivienda. Todos los habitantes de la Provincia tienen garantizado el derecho al uso y goce de la ciudad y de la vivienda, entendiendo a éstos como el derecho a: a) un lugar adecuado para vivir en condiciones que favorezcan la integración plena a la vida urbana; b) acceder a los equipamientos sociales, a las infraestructuras y a los servicios; c) desenvolver apropiadamente las actividades sociales y económicas; y d) usufructuar de un hábitat culturalmente rico y diversificado.

<sup>31</sup> Artículo 12. – Función social de la propiedad inmueble. La propiedad inmueble cumple su función social cuando respeta las exigencias y determinaciones expresadas en las leyes y normas generales, así como en los planes, proyectos y reglamentaciones que regulan la producción del hábitat, con el fin de garantizar la calidad de vida, el uso ambientalmente sostenible del territorio y la justicia social

<sup>32</sup> Ver Ley Nacional 27453. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/315739/norma.htm>

Barrios Populares (RENABAP) creado por decreto 358/17, donde también se establece una definición normativa de estos<sup>33</sup>. La ley en su Art.1, define como integración socio urbana:

“(...) al conjunto de acciones orientadas a la mejora y ampliación del equipamiento social y de la infraestructura, el acceso a los servicios, el tratamiento de los espacios libres y públicos, la eliminación de barreras urbanas, la mejora en la accesibilidad y conectividad, el saneamiento y mitigación ambiental, el fortalecimiento de las actividades económicas familiares, el redimensionamiento parcelario, la seguridad en la tenencia y la regularización dominial. Tales acciones deberán ser progresivas, integrales, participativas y con enfoque de género y diversidad”.

De forma inmediata, la ley tiene como objetivo principal la regularización dominial de los barrios populares mediante la declaración de utilidad pública y sujetos a expropiación a los inmuebles que estén dentro de los barrios identificados en el RENABAP. Más allá de esta acción concreta como parte del programa de integración y de los pretenciosos objetivos de la ley, lo cierto es que ésta no profundiza en las complejidades y múltiples dimensiones sociales que atraviesan la trama del hábitat popular o informal. El escueto articulado de la norma, junto a una aún más escueta reglamentación son pruebas claras que la complejidad social no ha sido suficientemente abordada y problematizada para su solución.

En términos de su alcance real e implementación, la ley se presenta como un instrumento limitado que sólo establece mecanismos para la regularización dominial por medio del registro y luego expropiación de todos los barrios populares que cumplen con determinados parámetros. La norma no regula ni establece los parámetros mínimos para llevar a cabo los proyectos de integración socio-urbana que menciona, que como hemos visto, involucran múltiples y complejos elementos que superan por mucho la sola titulación de la tierra. Quedando estos últimos sujetos a la discrecionalidad política de los gobiernos de turno, lo que dista mucho de una política de estado capaz de afrontar la enorme magnitud del problema.

---

<sup>33</sup> Ver nota N°2 de este trabajo.

Más allá que hasta la fecha no se ha avanzado mucho en su implementación, sobre todo en lo que refiere a la efectiva regulación dominial de los barrios populares, este limitado objetivo y el escueto texto de la norma, han despertado muchas críticas. Una de los reproches más repetidos se relacionan a los antecedentes que tienen estas políticas de regulación en la región, que ya fueron experimentadas en el pasado, fundamentalmente en los años del neoliberalismo latinoamericano, en países como Perú donde se aplicó a gran escala con escasos y negativos resultados en base a efectos contraproducentes de esta política (Barreto, 2018; Fernández Wagner, 2008)<sup>34</sup>.

Con esto no queremos desmerecer totalmente una normativa y política pública que ha producido buenos resultados y avances como lo son el efectivo registro, medición y publicación de datos certeros sobre la cantidad de barrios populares y las condiciones socio-espaciales en las que habitan. Además, con las limitaciones señaladas se han puesto en marcha algunos procesos de regulación dominial y mejoramiento barrial que siempre son valorables, aunque es muestren aún limitados para cambiar una realidad que sigue siendo apremiante y requiere mayores y mejores esfuerzos.

## VI. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos intentado evidenciar la complejidad y multidimensionalidad que atraviesa la trama urbana y del hábitat en los sectores y barrios populares. Los procesos de exclusión sistemática y segregación socio-espacial demandan políticas públicas complejas, que deben ser fruto de la acción coordinada entre la sociedad civil, los grupos vulnerados y excluidos de sus derechos y el Estado. Los paradigmas o modelos de políticas públicas con enfoque de derechos como el derecho a un hábitat digno o el derecho a la ciudad, intentan transitar ese camino a través de enfoques sociales e integrales del problema y con propuestas concretas para su resolución progresiva.

---

<sup>34</sup> Una de esos efectos es lo que Harvey (2005) llama acumulación por desposesión, que consiste en políticas que terminan por volver a mercantilizar y colocar en el mercado el suelo que habitan los sectores populares, propiciando un nuevo desplazamiento por las fuerzas del mercado y un nuevo proceso de informalidad en otras áreas más degradadas y periféricas de la ciudad.

Luego, su puesta en práctica mediante normativas y políticas públicas concretas parece ser más dificultosa, encontrar resistencias en la práctica y avanzar lentamente. No obstante, estos marcos de acción indican el camino correcto para romper las barreras estructurales que perpetúan la desigualdad socio-espacial en la ciudad y tienen como resultado la continua creación y mantenimiento de los barrios populares en condiciones que son completamente ajenas al disfrute de los derechos humanos y sus contenidos más elementales.

Más allá de que aún estamos lejos de una resolución, o de políticas de estado sólidas, perdurables y efectivas, creemos que la discusión es fecunda, que la organización social, y fundamentalmente las coaliciones entre actores, son el medio para avanzar en la construcción del derecho y los derechos desde abajo y así romper con las estructuras de sometimiento social que han creado castas permanentes y socio-espacialmente relegadas del disfrute de la ciudad y sus beneficios (Bautista Murillo, 2022).

### Bibliografía:

- ALDAO, Martín, BALDIVIESO, Jonatan, SANCHEZ, Sandra Inés, & KULEKDJIAN, Federico (2018). "El artículo 31 como clave interpretativa de los principios de igualdad y autonomía". En AZRAK, Damián (coord.), *Pensar la ciudad: comentarios a la Constitución porteña desde la igualdad, autonomía personal y derechos sociales*. Buenos Aires: ADA - Librería editora platense, pp. 593-613.
- ALVEZ, Fátima, CRESO, Franco & QUEIROZ RIBEIRO, Luiz Cesar (2008). "Segregación residencial y rezago escolar en Río de Janeiro". *Revista de la CEPAL* 94, pp. 133-148.
- ARIM, Rodrigo (2008). "Crisis económica, segregación residencial y exclusión social". En ZICCARDI, Alicia (coord). *Procesos de urbanización de la pobreza y nuevas formas de exclusión social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Clacso-Crop, pp. 71-98.
- (2012). "Cambios y continuidades en la política de vivienda argentina (2003-2007)". *Cuadernos de vivienda y urbanismo. Vol 5. Núm. 9.*, pp. 12-30.
- (2018). "Un régimen con nombre engañoso". *Hábitat Inclusivo* núm. 11.
- (2010). "El concepto de "Hábitat digno" como meta de una política integral de áreas urbanas deficitarias críticas, para la integración social desde los Derechos Humanos". *Invi* núm. 69, Vol núm. 25, pp. 161-187.
- BAUTISTA MURILLO, Juan Carlos (2021). "El lugar importa: brecha digital y desigualdades territoriales en tiempos de covid-19. Una revisión comparativa sobre la realidad argentina, sus provincias y principales centros urbanos". *Argumentos. Revista de crítica social. N°24*, pp. 66-100.

- (2022). “La construcción del derecho a la ciudad en Argentina frente a la desigualdad socio-espacial”. *Mundo Urbano / UNQ / Urbared*, Dossier N°53 Hábitat y Ciudad..
- CARMAN, María, VEIRA DA CUNHA, Neiva & SEGURA, Ramiro (2013). *Segregación y Diferencia en la Ciudad*. Quito: FLACSO - Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda de Ecuador.
- CELS (2017). *Consenso Nacional para un Hábitat Digno. Diez propuestas de políticas públicas*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.
- CEPAL (2007). Pobreza urbana y segregación residencial. En CEPAL, *Panorama Social de América Latina 2007*. Santiago de Chile, pp. 80-92.
- (2010). El lugar importa: disparidades y convergencias territoriales. Capítulo IV. En CEPAL, *La hora de la igualdad: brechas por cerrar, caminos por abrir*. Santiago de Chile, pp. 131-157.
- (2016). Desigualdades sociales en clave territorial. En CEPAL, *La matriz de la desigualdad social en América Latina*. Santiago de Chile, pp. 59-76.
- (2017). *Panorama multidimensional del desarrollo urbano en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile.
- CIDH (2019). *Compendio sobre la igualdad y no discriminación: estándares interamericanos*. Washington DC: CIDH - OEA.
- Comité DESC (2009). *Observación General N°20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. Ginebra: Naciones Unidas .
- CONNOLLY, Priscilla (2014). “La Ciudad y el Hábitat Popular”. En RAMIREZ VELAZQUEZ, Blanca Rebeca y PRADILLA COBOS, Emilio (comps.) *Teorías sobre la Ciudad en América Latina*. México DF: Editorial Ink- Universidad Metropolitana, pp. 299-331.
- CRAVINO, María Cristina (2008). “Análisis cuali-cuantitativo de casos en el Gran Buenos Aires”. En CRAVINO, María Cristina (coord.) et. al., *Los mil barrios (in)formales: aportes para la construcción de un observatorio del hábitat popular del área metropolitana de Buenos Aires*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, pp. 153-199.
- (2006). *Las villas de la ciudad. Mercado e informalidad urbana*. Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento.
- DAVIS, Mike (2007). *Planeta de ciudades miseria*. Madrid: Akal.
- ECHEVERRÍA RAMÍREZ, María Clara (2003). “Hábitat versus vivienda. Mirada crítica sobre el viviendismo”. *La construcción del hábitat popular: experiencias de intervenciones urbanas, arquitectónicas, tecnológicas y pedagógicas*. Santa Fe de Bogotá: Universidad de la Gran Colombia.
- FERNANDES, Edésio (2010). “La Construcción del Derecho a la Ciudad en Brasil”. En SANTOS CARVALHO, Celso & ROSSBACH, Anaclaudia (organizadores), *El Estatuto de la Ciudad: un comentario*. San Pablo: Ministerio de las Ciudades de Brasil, pp. 494-518.
- FERNANDEZ WAGNER, Raúl (2008). “Los asentamientos informales como cuestión. Revisión de algunos debates”. En CRAVINO et. al. (coords.), *Los mil barrios (in)formales:*

- aportes para la construcción de un observatorio del hábitat popular del área metropolitana de Buenos Aires*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, pp. 13-44.
- GARGARELLA, Roberto & MAURINO, Gustavo (2011). "Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC". *Lecciones y Ensayos*, nro. 89. Derecho UBA, pp. 329-350.
- HARVEY, David (2005). *El "nuevo" imperialismo: Acumulación por desposesión*. CLACSO. – (2013). *Ciudades Rebeldes, Del Derecho a la Ciudad a la Revolución Urbana*. Madrid: Akal.
- JANOSCHKA, Michael (2002). El nuevo modelo de la ciudad latinoamericana: fragmentación y privatización. *Eure - Vol XXVIII N° 85*, pp. 11-29.
- KAZTMAN, Rubén (2001). Seducidos y abandonados. El aislamiento social de los pobres urbanos. *Revista de la CEPAL 75*, 16-57.
- KAZTMAN, Rubén & RETAMOSO, Alejandro (2005). Segregación residencial, empleo y pobreza en Montevideo. *Revista CEPAL 85*, 131-148. / (2007). Efectos de la segregación urbana sobre la educación en Montevideo. *Revista CEPAL 91*, 133-152.
- LAFRANCHI, Gabriel; GRANERO REALINI, Guadalupe & DUARTE, Juan Ignacio (2018). *Hacia una agenda del hábitat en Argentina*. Buenos Aires: CIPPEC - Documento de políticas públicas.
- LEFEBVRE, Henri. (1969). *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Ediciones Península.
- LEVENZON, María Fernanda, & TEDESCHI, Sebastián (2017). "La construcción del Derecho a la Ciudad Inclusiva: Tendencias en los marcos legales urbanísticos en Argentina y América Latina". En SCHREIBER, Guillermo, ALONSO VIDAL, Martha et al. *Cuestiones de Derecho Urbano*. Buenos Aires.: ADA. Librería Editora Platense, pp.129-154.
- MIRANDA GASSULL, Virginia (2017). "El hábitat popular. Algunos aportes teóricos de la realidad habitacional de los sectores desposeídos". *Territorios (36)*, pp. 217 - 238.
- MONTANER, Josep María & MUXÍ, Zaida (2011). "Ciudades Alternativas: Curitiba, Seattle, Bogotá y Medellín". En MONTANER, Josep María & MUXÍ, Zaida, *Arquitectura y Política. Ensayos para mundos alternativos*. Barcelona: Gustavo Gili, pp. 128-142.
- MORALES, Diego & ZIMERMAN, Silvina; et al. (2013). "Vivienda adecuada y déficit habitacional. Intervenciones complejas y necesarias". *CELS. Derechos Humanos en Argentina. Informe 2013*, pp. 341-388.
- ONU-Habitat. (2012). *El estado de las ciudades en América Latina y el Caribe 2012. Rumbo a una nueva transición urbana*. Naciones Unidas.
- OSZLAK, Oscar. (2017). *Merecer la ciudad. Los pobres y el derecho al espacio urbano (2a ed. ampliada)*. Buenos Aires: EDUNTREF.
- PAUTASSI, Laura (2008). "La articulación entre políticas públicas y derechos, vínculos difusos". En *Políticas públicas para un Estado social de derechos. El paradigma de los*



- derechos universales*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, Fundación Henry Dunant América Latina, pp. 89-116.
- PISARELLO, Gerardo (2011). "Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: avatares de una historia". En PAREJA MORTE et al., *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, pp. 29-51.
- PNUD (2009). *Aportes para el desarrollo humano en Argentina 2009. Segregación residencial en Argentina*. Buenos Aires: PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo) Argentina.
- PORTES, Alejandro & ROBERTS, Bryan R. (2005). *Ciudades latinoamericanas. Un análisis comparativo en el umbral del nuevo siglo*. Buenos Aires: Prometeo.
- QUEIROZ RIBEIRO, Luiz César (2004). Segregación residencial y segmentación social: el efecto vecindario en las metrópolis brasileñas. En ÁLVAREZ LEGUIZAMÓN, Sonia, *Trabajo y producción de la pobreza en América Latina y el Caribe. Estructura, discursos y actores*. Buenos Aires: CLACSO LIBROS, pp. 137-156.
- REESE, Eduardo, BASCARY, Lourdes, GALINDO MARIN, Camilo & POTOCKO, Alejandra (2015). "Una perspectiva de derechos sobre las políticas de desarrollo y de acceso justo al hábitat". *CELS. Derechos Humanos en Argentina. Informe 2015*, 441-465.
- RONCONI, Liliana (2019). "Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real". *Isonomía Núm. 49*, 103-140.
- SABA, Roberto. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- SABATINI, Francisco. (2006). *La segregación social del espacio en las ciudades de América Latina*. Washington D.C.: BID.
- SABSAY, Daniel A. (2012). "El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". *Pensar en Derecho- Derecho UBA*, pp. 265-282.
- SALVIA, Agustín, & BONFIGLIO, Juan Ignacio. (2015). *Informalidad urbana en la Argentina en la primera década del siglo XXI*. Buenos Aires: Observatorio de la Deuda Social Argentina - Pontificia Universidad Católica Argentina.
- SCATOLINI, Juan Luciano (2014). *Hábitat. Hacia un nuevo paradigma urbano*. Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación.
- SEGURA, Ramiro (2012). "Elementos para una crítica de la noción de segregación residencial socio-económica: desigualdades, desplazamientos e interacciones en la periferia de la Plata". *QUID 16 N°2. Revista del área de estudios urbanos del Instituto de Investigaciones Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales UBA*, pp. 106-132.
- (2014). "El espacio urbano y la (re)producción de desigualdades sociales". *Desigualdades.net Working Paper N° 65*, pp. 1-31.
- SISU - OBP. (05 de Mayo de 2023). *Observatorio de Barrios Populares - Monitor de Barrios Populares*. Obtenido del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación - Secretaría de Integración Socio Urbana.

- SOLDANO, Daniela (2014). La desigualdad social en contextos de relegación urbana. En DI VIRGILIO, Mercedes & PERELMAN, Mariano (coords.), *Ciudades latinoamericanas: desigualdad, segregación y tolerancia*. Buenos Aires: CLACSO, pp. 27 - 55.
- SUÁREZ, Ana Lourdes (2011). “Segregación residencial en la región metropolitana de Buenos Aires”. En BALIAN DE TAGTACHIAN, Beatriz & SUÁREZ, Ana Lourdes (comps.), *Pobreza y solidaridad social en Argentina. Aportes desde el enfoque de las capacidades humanas*. Buenos Aires: EDUCA.
- TECHO. (31 de 07 de 2022). *Miradas y análisis. Registro Nacional de Barrios Populares 2022*.
- TEDESCHI, Sebastián (2018). Sobre el proyecto de regularización de barrios populares. *Revista Hábitat Inclusivo* núm. 11.
- VARELA, Omar David & CRAVINO, María Cristina (2008). “Mil nombres para mil barrios. Los asentamientos y villas como categorías de análisis e intervención”. En CRAVINO, María Cristina et al., *Los mil barrios (in)formales: aportes para la construcción de un observatorio del hábitat popular del área metropolitana de Buenos Aires*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, pp. 45-64.
- ZICCARDI, Alicia (2016). “Las nuevas políticas urbanas y el derecho a la ciudad”. Conferencia presentada en la Universidad General Sarmiento. Buenos Aires.
- (5 de abril de 2015). La dimensión urbana de la desigualdad. *El País*.



## Pobreza y derecho a la asistencia judicial en litigios civiles durante la época colonial (Buenos Aires, siglo XVIII)

Poverty and the right to judicial assistance in civil disputes during the colonial era (Buenos Aires, 18th century)

Por Lucas Rebagliati

**Resumen:** A lo largo del siglo XVIII la ciudad de Buenos Aires y su campaña circundante experimentaron un intenso crecimiento demográfico y económico. Sin embargo, esta era de prosperidad fue acompañada de ciertas tensiones sociales. A la desigualdad jurídica inherente al orden colonial, se le sumaron una serie de procesos que profundizaron situaciones de vulnerabilidad y marginación social en amplios sectores de la población. ¿Qué mecanismos posibilitaron que estos grupos empobrecidos pudieran defender sus derechos en las instancias judiciales? ¿De qué forma individuos analfabetos y con múltiples carencias accedían a la justicia colonial? El presente artículo pretende brindar algunas claves explicativas a estos interrogantes mediante el estudio de una temática concreta: el patrocinio jurídico gratuito brindado por el Defensor de pobres del cabildo a personas necesitadas en el marco de litigios de carácter civil. Se examinará la regulación normativa de la época al respecto, pero también la praxis judicial de los actores, en pos de desentrañar algunas particularidades del derecho de Antiguo Régimen imperante en el rincón más austral del imperio español en América.

**Palabras Clave:** Buenos Aires; época colonial; pobreza; patrocinio jurídico, litigios civiles.

**Abstract:** Throughout the 18th century, the city of Buenos Aires and its surrounding countryside experienced an intense demographic and economic growth. However, this era of prosperity at the same time was accompanied by certain social problems. In addition to the legal inequality inherent in the colonial order, a series of processes deepened situations of vulnerability and social marginalization in broad sectors of the population. What mechanisms made it possible for these impoverished groups to ask to defend their rights in the courts? How did poor and illiterate people have access to colonial justice? This article aims to provide some explanatory clues to these questions by studying a specific topic: the free legal aid provided by the “Defensor de pobres” of the city hall to people in need in the context of civil litigation. The normative regulation of the time in this regard will be examined, but also the judicial praxis of the actors, in order to unravel some particularities of the Old Regime law prevailing in the southernmost corner of the Spanish empire in America.

**Keywords:** Buenos Aires; colonial period; poverty; legal patronage; civil litigation.

Fecha de recepción: 13/05/2023  
Fecha de aceptación: 26/07/2023



## Pobreza y derecho a la asistencia judicial en litigios civiles durante la época colonial (Buenos Aires, siglo XVIII)

Por Lucas Rebagliati\*

### I. Introducción

A lo largo del siglo XVIII, Buenos Aires experimentó un ascenso meteórico. Entre 1744 y 1778 la población urbana y rural en su conjunto se duplicó, y hasta las postrimerías del régimen colonial este crecimiento poblacional mantuvo su ritmo (Johnson & Socolow, 1980; Gelman, 2012). Múltiples corrientes migratorias contribuyeron a ello: peninsulares de toda condición, miles de africanos esclavizados, y migrantes del interior en busca de un futuro mejor. La atlantización de la economía, la existencia de una frontera abierta y la escasez de trabajadores se combinaban para ofrecer mejores condiciones laborales que las existentes en otras comarcas del interior. Pese a que los alimentos eran baratos –por la disponibilidad de tierras y la abundancia de ganado–, y los salarios relativamente altos –por la escasez de brazos–, la pobreza estaba a la orden del día. Los viajeros extranjeros se asombraban de la cantidad de mendigos que pululaban por las calles de la ciudad y las puertas de las iglesias pidiendo limosna<sup>1</sup>.

Si bien las crisis de alimentos no fueron una realidad frecuente como sí lo eran en algunas ciudades europeas para la misma época, existían factores estructurales que provocaban el empobrecimiento de ciertos segmentos poblacionales. Uno de ellos era el ciclo de vida. Tanto las familias con numerosos hijos pequeños como los ancianos solían pasar necesidades, en una sociedad donde no existía una moderna seguridad social estatal. También viudas, huérfanos, enfermos y discapacitados eran pasibles de ser víctimas de la pobreza, sobre todo si integraban el mundo de las clases populares o si no tenían una red relacional que pudiera actuar como un paliativo a su situación de vulnerabilidad. La pobreza no era solamente un fenómeno económico que estaba reducido al nivel de ingresos,

---

\* Universidad de Buenos Aires (UBA), Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ORCID: 0000-0003-4711-9765. Correo electrónico: lucasrebagliati@hotmail.com

<sup>1</sup> Essex Vidal (1999, p. 98); Robertson & Robertson (2000, pp. 325-326); Un inglés (2002, pp. 139, 189); Gillespie (1986, p. 72).

sino que se imbricaba con las líneas de género, étnicas, jurídicas y culturales de diferenciación social que estructuraban una sociedad colonial donde la desigualdad era la norma<sup>2</sup>. Así fue que indígenas, esclavos, negros y mulatos libres, mestizos y presos entre otros grupos eran considerados *miserables, desvalidos* o *desamparados* por las autoridades, por las carencias que experimentaban.

¿Qué mecanismos posibilitaron que estos grupos empobrecidos pudieran defender sus derechos en las instancias judiciales? ¿De qué forma individuos analfabetos y con múltiples carencias accedían a la justicia colonial? El presente artículo pretende responder estos interrogantes analizando el patrocinio jurídico gratuito brindado por el Defensor de pobres del cabildo a personas necesitadas en el marco de litigios de carácter civil. El estudio de esta problemática nos permitirá echar luz sobre algunas de las características del derecho de Antiguo Régimen que imperaba en la jurisdicción de Buenos Aires durante la época colonial. El enfoque adoptado para dar cuenta de nuestro objeto de estudio es el de una “historia social de la justicia”<sup>3</sup>. Por una cuestión de disponibilidad documental, el marco temporal elegido es el siglo XVIII. Las fuentes analizadas son: testimonios de viajeros, diccionarios de la época, actas de sesiones del cabildo, documentos administrativos, legislación y expedientes judiciales.

## II. De Protectores de naturales, Defensores de menores, Defensores de pobres y Procuradores

Luego de las cruentas guerras de conquista, pronto se tornó evidente para la corona española que gobernar un imperio tan extenso por el solo recurso de la fuerza era prácticamente imposible. En razón de ello la justicia ocupó un rol central en la ingeniería de gobierno que el imperio español desplegó en América (Zorraquín Becú, 1952). Las instancias judiciales –guiadas por el fin de “dar a cada uno lo suyo”– se convirtieron en un ámbito flexible en el cual tenían lugar acuerdos, pactos de gobernabilidad e instituciones

---

<sup>2</sup> Una de las pioneras en abordar la pobreza en el Virreinato del Río de la Plata fue Silvia Mallo (2004). Luego fueron apareciendo estudios más focalizados geográficamente de la pobreza, centrados en Tucumán, Jujuy y Buenos Aires. Véase Parolo (2005-2006); Cruz (2008); Moreno (2000); Paura (1999); Rebagliati (2013). La historiografía europea dedicada al tema es amplísima y citarla excede los límites del presente trabajo.

<sup>3</sup> Para una definición de este campo de estudios ver Barrera (2019, pp. 163-202).

específicas en las cuales diversos sectores peticionaban por sus intereses y derechos, incluidos los indígenas y los esclavos (McFarlane, 2008; Gelman, 2000)<sup>4</sup>. Así, la mediación y la negociación impregnaron una lógica de gobierno que consideró a la costumbre como una fuente del derecho, y que estableció mecanismos informales que permitieron la inobservancia de algunas de las leyes que generaban descontento, bajo el lema: “se obedece pero no se cumple” (Tau Anzoátegui, 2001; Martiré, 2005)<sup>5</sup>. La relación causal entre el acceso a la justicia por parte de los grupos más desamparados y el mantenimiento del orden público estaba fuera de duda en los diccionarios de la época. Se designaba como *desvalido* al “Desamparado, desfavorecido, destituido de ayuda y socorro” y se aclaraba que la tarea de los tribunales era fundamental “para mantener en paz un reino, administrando justicia y deshaciendo agravios, y amparando a los desvalidos”<sup>6</sup>.

¿Qué agentes de justicia eran los encargados de patrocinar y asistir judicialmente a los pobres y *miserables* de Buenos Aires a lo largo del siglo XVIII? La administración de justicia a los menesterosos no era algo que fuera indiferente a los miembros del cabildo que ejercían el gobierno local. Por ello en 1716 se recordó a los alcaldes entrantes –los cuales desde que tomaban posesión del cargo oficiaban de jueces de primera instancia– que tenían la obligación de garantizar la administración de justicia en “las causas de pobres, menores y viudas”<sup>7</sup>. Pero estos magistrados no se encontraban solos para cumplir con este cometido. A partir de 1642 el ayuntamiento designaba a uno de los regidores como Defensor de menores, encargándole la administración de los bienes y la persona de los menores huérfanos, supervisando a sus tutores. También representaba judicialmente a estos huérfanos en caso que no tuvieran tutor (Pugliese, 1996).

---

<sup>4</sup> La bibliografía que se ha dedicado a estos temas es sencillamente inabarcable y la enumeración siguiente no pretende ser exhaustiva. Sobre los indígenas y su acceso a la justicia algunas referencias significativas son: Borah (1985); Stern (1986); Cutter (1986); Serulnikov (2006). Acerca de los esclavos hispanoamericanos como litigantes se puede consultar: Aguirre (1995); De la Fuente (2004); Scott (1989); Gallego (2005).

<sup>5</sup> Lo dicho no implica ignorar el uso de la fuerza armada y las ejecuciones con las que fueron reprimidas las rebeliones que experimentó el orden implantado por la corona española. Sino considerar algunos de los elementos –además del ejercicio de la coerción– que permitieron que dicho sistema colonial se extendiera por casi tres siglos.

<sup>6</sup> *Diccionario de Autoridades*, edición de 1732. Disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>7</sup> *Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires* (En adelante *AECEBA*) (1925-1933), Tomo III, Serie II, pp. 261-262.

Si los menores tenían de esta forma un agente encargado de velar por sus intereses en la arena judicial, lo mismo puede decirse respecto a los indígenas y los africanos o afrodescendientes –tanto libres como esclavos–. Desde los primeros años del siglo XVIII los gobernadores del Río de la Plata –residentes en Buenos Aires– nombraban a un individuo que detentaba el cargo de “Protector de los naturales y personas pobres y miserables y negros y mulatos”. La enumeración de personas a las cuales debía asistir este funcionario era significativa, sobre todo teniendo en cuenta que su jurisdicción abarcaba a todas las provincias de la Gobernación del Río de la Plata. Su función primordial era la “protestatoria y defensa de los indios”, pero también debía asistir a los “pobres y miserables” y a “negros” y “mulatos” que siendo libres tenían riesgo de ser esclavizados ilegalmente. El patrocinio a estos sectores comprendía “todas sus causas ziviles y criminales”<sup>8</sup>. Dicho funcionario cobraba un salario anual, y su título debía obtener el reconocimiento del ayuntamiento. Por lo menos desde la década de 1730 han quedado registros de que el Protector de Naturales desempeñó el patrocinio judicial de indígenas cuando eran imputados de algún delito, pero también si eran víctimas. Sin embargo, sobre su labor en representación de los demás grupos mencionados no han quedado pruebas. Seguramente esta situación obedecía a que desde 1721 en adelante, hizo su aparición el oficio del Defensor de pobres del cabildo. Por unos años –de 1760 a 1764–, dicho cargo estuvo fusionado con el de Defensor de Menores, pero después ambas funciones volvieron a recaer en personas separadas. Desempeñada por uno de los regidores, la labor de Defensor de pobres era de duración anual y tenía un carácter lego y no remunerado. Era ejercida por vecinos adinerados que no cobraban por su labor ni tenían conocimiento en leyes. Se ocupaban entre otras cosas de supervisar las condiciones de detención de los presos que habitaban los calabozos del cabildo. Al participar de las visitas de cárcel también se interiorizaban de la marcha de sus causas judiciales y realizaban gestiones ante las autoridades (Pugliese, 1996; Levaggi, 2002; Rebagliati, 2017). Además, si estos reos no tenían medios sociales y

---

<sup>8</sup> Nombramientos de los Protectores de naturales a lo largo de buena parte de la centuria en: *AECBA* (1925-1933), Serie II, Tomo I, pp. 161-163. Tomo II, pp. 335-336. Tomo III, pp. 54-55, 461, 636, 565. Tomo VII, p. 512. Tomo VIII, pp. 380, 449. Tomo IX, p. 131. La figura de los Protectores de indios o naturales de otras regiones de Hispanoamérica ha concitado numerosos estudios. Algunos de ellos son: Acevedo (1990), Bayle (1945), Bonnett (1992), Cuenca Boy (1998), Cunill (2012), Cutter (1986), Luque Colombres (1990), Novoa (2016), Ruigómez Gómez (1988), Saravia Salazar (2012).

económicos para contrarrestar las acusaciones que pesaban sobre sus espaldas, el regidor en cuestión se encargaba de defenderlos en el juicio (Rebagliati, 2016). En la segunda mitad de la centuria estos defensores también representaron en los tribunales a un número creciente de esclavos que demandaban judicialmente a sus amos por malos tratos u otros motivos (Levaggi, 1973; Bernand, 2001; Johnson, 2007; Zapata de Barry, 2013; Rebagliati, 2019). Si presos y esclavos eran los asistidos por excelencia del “regidor defensor general de pobres”, a mediados de siglo se sumaría un tercer grupo: los *pobres solemnes*, es decir aquellas personas en situación de pobreza cuya condición vulnerable había sido reconocida por las autoridades. El gobernador Joseph de Andonaegui dictaminó en 1755 que: “Y si alguna persona pretestando pobreza dijere que no tiene abogado que defienda dando ynformacion de serlo ocurra al defensor de pobres que para este fin se nombra anualmente...”<sup>9</sup>.

En 1785 la instalación de un tribunal superior de justicia en Buenos Aires –la Real Audiencia– introdujo algunos cambios en este apretado panorama que acabamos de brindar sobre los agentes de justicia que asistían a los *miserables y desvalidos*.<sup>10</sup> En primer lugar, la tarea de patrocinar a los indígenas a partir de ese año recayó sobre uno de los fiscales de este nuevo tribunal, quien a su vez era denominado Protector de Naturales en los casos de este tipo en los que tomaba intervención (Levaggi, 2008). En segundo término, en el seno de la Real Audiencia empezaron a actuar Procuradores de pobres, quienes se encargaban de la representación judicial de los necesitados en segunda instancia, es decir en las causas que eran apeladas y elevadas a este tribunal supremo. Ambos cargos, el de fiscal/protector de naturales y el de Procurador de pobres, eran rentados, dependían de la Real Audiencia, tenían un carácter fijo y eran ocupados por letrados, a diferencia de los oficios de Defensor de Menores y de Pobres del ayuntamiento. Por último, el hecho de que Buenos Aires se convirtiera en sede de una Real Audiencia modificó el mecanismo mediante el cual las autoridades otorgaban la declaratoria de pobreza. Esta certificación habilitaba a que un litigante no abonara las costas de un juicio y pudiera solicitar

<sup>9</sup> *Bandos de los virreyes y gobernadores del Río de la Plata (1741-1809)*, Don Joseph de Andonaegui, Buenos Aires, 12 de junio de 1755, Archivo General de la Nación (en adelante AGN), Sala IX 8-10-2, folios 116-117.

<sup>10</sup> Acerca del impacto que tuvo la instalación de la Real Audiencia en Buenos Aires en lo concerniente a la praxis procesal, y el conflicto jurisdiccional entre jueces letrados y justicia menores legas ver Casagrande (2012).

el patrocinio jurídico gratuito del Defensor de pobres del ayuntamiento. Antes de 1785 se tramitaba en el transcurso del litigio mismo ante la voluntad del interesado, quien debía presentar tres testigos que acreditaran su condición de *miserable*. El juez interviniente evaluaba dichos testimonios, aprobaba o no la solicitud y el juicio seguía su curso. Este trámite tenía lugar en juicios de carácter civil, ya que en los llamados litigios “criminales” –de naturaleza penal– la prisión del reo era prueba suficiente de su miserabilidad. Desde 1785 esta certificación de pobreza –denominada “información” o “declaratoria” de pobreza– pasó a ser expedida por la Real Audiencia. Quien quisiera ser declarado *pobre solemne* debía por medio del Procurador de pobres de este tribunal elevar su solicitud y presentar tres testigos.

¿Qué condiciones debía reunir alguien que aspirase a ser considerado oficialmente pobre, y en consecuencia ser asistido y litigar sin costos en la justicia colonial? En 1790 los funcionarios subalternos de la Real Audiencia se encargaron de explicitar que el beneficio le correspondía únicamente a los “miserables encarcelados, tullidos, ancianos o mujeres solas honestas y recogidas”<sup>11</sup>. Las autoridades judiciales se hacían eco de una concepción flexible de pobreza, que tomaba en cuenta diversos factores, y que podía incluir a sujetos y familias de diferentes sectores sociales. Había personas plebeyas que arrastraban toda una vida de privaciones y necesidades, pero también había quienes provenían de sectores medios o acomodados y habían experimentado un descenso social abrupto. La mayoría de quienes lograban ser declarados oficialmente pobres eran “españoles” –peninsulares o descendientes de peninsulares considerados blancos–, con cierto arraigo, e insertos en una red de relaciones sociales que incluía a benefactores, patrones, vecinos y familiares. Sin embargo, no faltaron a fines del siglo XVIII unos pocos “negros” y “pardos” libres que reclamaron para sí dicha condición y tuvieron éxito en su reclamo (Rebagliati, 2013). Las pocas solicitudes de pobreza que fueron rechazadas se debieron a que los/as solicitantes poseían bienes o tenían aptitud para trabajar. Esto último no era casual, ya

---

<sup>11</sup> Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires (en adelante AHPBA.), Real Audiencia, Informaciones de pobreza, 7.5.8.99, 1790. En un estudio sobre las informaciones de pobreza tramitadas en la Real Audiencia de Quito para la misma época se ha postulado que el mecanismo en principio buscaba apuntalar las jerarquías sociales, ya que se excluía a mestizos, indígenas y afroamericanos libres del mismo. Pero hacia fines del siglo XVIII, la concesión del beneficio se democratizó, muchos plebeyos acudieron al máximo tribunal con éxito y lograron ser declarados *pobres solemnes* (Milton, 2007).



que en las últimas décadas del siglo XVIII estaban en auge los discursos que distinguían a los pobres verdaderos de los falsos indigentes, quienes eran acusados de fingir pobreza para no trabajar, pedir limosna y vivir en el ocio. Estos “vagos y mal entretenidos” según las autoridades eran potenciales delincuentes e indignos de todo tipo de asistencia. Sobre ellos recayó todo un dispositivo de estigmatización y criminalización estatal.

### III. Los asistidos y el requerimiento de patrocinio jurídico

Algunos de los escasos estudios que han abordado las funciones llevadas a cabo por los Defensores de pobres, han señalado que, en 1786, y gracias a una disposición, éstos lograron ser eximidos de defender a los pobres en sus causas civiles si no estaban encarcelados (Sáenz Valiente, 1950, p. 274; Zorraquín Becú, 1956, p. 40; Pugliese, 1996, p. 495, 2000, p. 57-63; Del Valle, 2014, p. 169). Sin embargo, una serie de interrogantes merecen ser analizados con mayor profundidad. ¿Cuáles fueron las causas por las que los defensores fueron liberados de esta responsabilidad? ¿Tuvo esta normativa un cumplimiento efectivo en la realidad? ¿Qué características asumió el patrocinio prestado por el Defensor de pobres a los *miserables* en sus litigios civiles mientras duró?

Hemos localizado un total de 26 expedientes en los cuales los Defensores de Pobres representaron a pobres que gozaban de libertad, mayoritariamente en litigios civiles<sup>12</sup>. Este escaso número obedece a varias razones. En primer lugar, a diferencia de los expedientes que involucraban a los esclavos o a los encarcelados, los litigios en los que estaban involucrados pobres de solemnidad se encuentran diseminados en una enorme cantidad de fondos documentales, lo cual dificulta su identificación. Además, los Defensores de pobres no intervenían en todos aquellos juicios en los que alguien había sido declarado pobre, no sólo porque a veces estos justiciables prescindían de la labor de este agente de justicia y se las arreglaban por su cuenta, sino porque como veremos más adelante los defensores se mostraron renuentes a ejercer esta tarea, logrando finalmente ser eximidos de ella. Por ello, si bien creemos que probablemente estas pocas causas no agotan el uni-

---

<sup>12</sup> Estos expedientes abarcan el período 1772-1802, y fueron localizados en diversos fondos documentales tanto del Archivo General de la Nación como del Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires.

verso de expedientes de este tipo en los que intervinieron estos agentes de justicia, también suponemos que esta forma de intervención era la menos frecuente de todas las que desempeñaba este regidor en cuestión. ¿Cómo se defendían en el ámbito judicial las personas que habían logrado la certificación de pobreza pero que a la hora de litigar preferían prescindir de los servicios del defensor? Algunos elegían ejercer su propia defensa porque al menos sabían leer y escribir. En otros casos, los pobres se valían de apoderados o de abogados letrados, aunque estos casos eran una minoría. En general lo que predominaba era que un tercero –conocido, familiar, vecino, amigo o escribiente–, les redactaba y firmaba los escritos “a ruego”. En síntesis, los Defensores de pobres estaban lejos de monopolizar la relación que los pobres entablaban con los tribunales.

¿Quiénes fueron los asistidos por los Defensores de pobres? ¿Cómo se iniciaba el patrocinio de este agente de justicia? La gran mayoría de las personas asistidas –19– eran mujeres, y un poco menos de la mitad de ellas se autodenominaban como *Doñas*, lo cual denotaba cierto arraigo y prestigio social. Todas eran “españolas” con excepción de cuatro que eran negras o mulatas libres. Entre los hombres los pardos y negros libres eran tres, la mitad de los pocos que hemos encontrado. Una comparación entre el conjunto de los sujetos declarados pobres de solemnidad por la Real Audiencia –luego Cámara de Apelaciones– entre 1785 y 1821 y nuestra muestra de asistidos arroja una primera conclusión<sup>13</sup>. A pesar de que el recorte temporal de ambas muestras es levemente diferente, pueden observarse algunos contrastes. Mientras que en el universo de los pobres solemnes en su totalidad las mujeres representan el 50 % del total y las castas solo el 6 %, en la pequeña muestra de asistidos por el Defensor de pobres las mujeres ascienden al 76 % y los negros y mulatos al 28 %. Esto significa que los Defensores de pobres asistían preferentemente a los *pobres solemnes* más plebeyos, entre los que se contaban las mujeres y las castas. En otras palabras, no todos los pobres reconocidos por las autoridades eran representados por los Defensores de pobres, pero si quien litigaba era mujer o africano/afrodescendiente, las posibilidades de ser asistidos por este regidor aumentaban considerablemente.

---

<sup>13</sup> Los datos sobre la muestra general de *pobres solemnes* –que asciende a 625 personas– han sido tomados de Rebagliati (2013).

Muchos de estos asistidos por los Defensores de pobres, al momento que estaban tramitando su declaratoria de pobreza explícitamente declaraban que anhelaban ser asistidos por este agente de justicia. La persona que le redactó un escrito a ruego a Doña Petrona Morales, quien estaba demandando a Andrea “la gallega” por injurias, imploró que: “...se reciba informacion de los hechos y que esta sea auxiliada por el Defensor de pobres...”<sup>14</sup>. Doña María del Carmen Troncoso por su parte, quien demandaba a su marido por maltrato, por su parte adujo ante el alcalde de 2º voto que: “el allarme sin facultades para seguirlo no puede dejarme indefensa, cuando en las piadosas disposiciones del soberano el asilo de los pobres desvalidos, pues para el efecto se me destinara un publico defensor para nro alivio” pidiendo se le reciba “información de pobre de solemnidad”.<sup>15</sup> Antonio Flores, fue claro al solicitarle al alcalde de 1º voto que le admitiese la información de pobreza que estaba presto a brindar:

“por ser un pobre que ni puedo costear ni contribuir los derechos, ocurro a la integridad de V. M. a fin de que se sirva admitirme la correspondiente información de pobreza...y constando de sus declaraciones mi insolvencia, ordenar me proteja el Defensor de pobres...”<sup>16</sup>.

Las hermanas Doña Jacinta y Doña María Lara en 1772 también solicitaron al juez que les “admita una información de pobreza que estamos prontas a dar y ejecutada se declare nos patrocine el defensor”<sup>17</sup>. En todos los casos mencionados la petición de los y las litigantes para que se admitiese la información de pobreza fue aprobada, el trámite culminó con éxito y se dio intervención al Defensor de pobres correspondiente. Incluso una parda libre –Pasquala Almandoz– que denunció a un sujeto por una golpiza fue aún más lejos, ya que ante su pobreza manifiesta requirió los servicios del defensor sin haber presentado testigos de su pobreza, lo cual le fue concedido. Primero había acudido al Virrey, pero éste la derivó al alcalde de segundo voto. Sus primeros memoriales fueron firmados a ruego por terceras personas, pero en uno de ellos Pasquala le informó al alcalde que no solo había gastado mucho dinero en curarse sino que además había quedado im-

<sup>14</sup> AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-10-41, 1780.

<sup>15</sup> AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-26, 1784.

<sup>16</sup> AGN, Sala IX, Tribunales-expedientes sin letra, 36-9-4, exp. 11, 1772-1776.

<sup>17</sup> AGN, Sala IX Tribunales-expedientes con letra, 41-5-2, exp. 15, 1772-1779.

posibilitada de trabajar y proporcionarse alimentos y vestuario, En consecuencia, se autodenominaba pobre de solemnidad y solicitaba al magistrado: “se ha de servir mandar que me auxilie y proteja en esta demanda tan justa el defensor que para los pobres de solemnidad tiene destinado el pueblo...”<sup>18</sup>.

Cuando en 1785 se instaló la Real Audiencia en Buenos Aires, como mencionamos la declaratoria de pobreza pasó a ser competencia de este tribunal superior. Los pobres que iniciaron el trámite a partir de ese año, siguieron haciendo explícitos pedidos para ser asistidos por el Defensor de pobres. Manuel Mateo Bueno, peninsular que estaba litigando contra su ex socio, pidió que se le admitiera: “la información de pobreza que ofresco dar y que...se me señale al defensor general de pobres para que me proteja en el asunto”<sup>19</sup>. La viuda Juana Velasco, también fue explícita al momento de iniciar el trámite: “Se ha de servir la constante justificación equitativa de V. A. declararme por pobre de solemnidad y que en virtud me defienda para lo restante de mi demanda el defensor gral de pobres sin llevarme derechos a aquel juzgado”<sup>20</sup>. Estas menciones explícitas al Defensor general de pobres corresponden a los primeros dos años de creación de la Real Audiencia pero desaparecen en los años siguientes. Seguramente este hecho estaba relacionado con las discusiones que se estaban dando por esos años en el ayuntamiento acerca de si era atribución o no de los defensores la asistencia a los *pobres solemnes* en causas civiles.

#### IV. El debate sobre la asistencia jurídica gratuita a los pobres en causas civiles

En octubre de 1780 Antonio José de Escalada inició un expediente y titulándose “regidor y defensor general de los pobres encarcelados” solicitó que se le entregara una copia de las ordenanzas del ayuntamiento de 1695, junto con todas las disposiciones posteriores relativas al ejercicio del oficio. Inmediatamente se cumplió con su pedido y se trans-

<sup>18</sup> AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-10-50, 1780.

<sup>19</sup> AHPBA, Real Audiencia, Informaciones de pobreza, 7.5.8.62, 1785.

<sup>20</sup> AHPBA, Real Audiencia, Informaciones de pobreza, 7.5.8.76, 1786. Otros casos similares: AHPBA, Real Audiencia, Informaciones de pobreza, 7.5.8.70, 1786. AHPBA, Real Audiencia, Informaciones de pobreza, 7.5.8.49, 1786.

cribió el artículo 44 de dicha normativa, el cual solo establecía que un regidor debía participar de la visita de cárcel y reclamar por la soltura de los presos. Escalada entonces presentó un largo escrito donde explicó que:

“quando se erigió este empleo de rejidor defensor de pobres solo se tubo por objeto redimir de la prisión a los encarcelados con el preciso cargo de asistir a las visitas de cárcel y pedir en ellas a su nombre la soltura de las prisiones y promover el fenecimiento de sus causas; este es el objeto explicito vuelve a decir el defensor que se tuvo en la erección y creación de este empleo, graduándose por carga o pension concejil circunscripta solamente a el alivio de los pobres que existen en prisiones, pero de ninguna suerte se tubo por objeto en esta ciudad quando se formaron las Ordenanzas ni quando se confirmaron por S. M. gravar a el regidor defensor con otras pensiones como con las que oy se ve gravado a saber la protección y tutela de aquellos pobres que no están encarcelados y de todas aquellas causas civiles que se promueven por los pobres...”<sup>21</sup>.

El regidor continuaba diciendo que si los defensores en el pasado habían tomado a su cargo la última de las tareas mencionadas ello se debía a una “piedad mal entendida”. Agregaba que era “imposible a las fuerzas naturales de el defensor socorrer a tantos pobres” y que además era injusto que quienes desempeñaban el oficio tuvieran que abandonar sus negocios particulares “por atender a los de los pobres”. Luego repasó los gastos en los que incurrían los Defensores de pobres en el ejercicio de su función, para afirmar que cuando se creó el oficio “no se tubo por objeto gravar al defensor en su peculio sino en su persona” y que si ocurría lo primero debía dársele una gratificación anual. Culminó su petición pidiendo que se lo eximiese de las causas civiles de los excarcelados y que el ayuntamiento le nombrase un abogado y un procurador –ambos rentados– para que lo auxiliaran en sus múltiples tareas. Ante el pedido de Escalada, El Síndico Procurador dio su parecer y explicó que lo conveniente era nombrar dos Defensores de pobres al año, uno encargado de las causas criminales y otro de las causas civiles. A su vez, cada uno de los defensores tendría un abogado que lo auxiliase en forma gratuita. Mientras el primero podía acudir a los servicios del doctor Pedro Vicente Cañete, quien se había ofrecido gratuitamente para ello, el segundo podía ser auxiliado –también sin costo alguno– por un abogado que designase el juez para cada causa. Otro regidor –Gregorio Ramos Mejía– opinó que al Defensor de pobres “por ordenanza no se le obliga a mas defensa que las

---

<sup>21</sup> AGN, Sala IX, Tribunales-expedientes con letra, 40-8-2, exp. 2, 1780.

criminales y no a las zibiles”, y que los pedidos anteriores que habían hecho estos regidores para que se les nombrara abogados como auxiliares habían sido denegados. Sobre los gastos de papel sellado y de abogados para cada causa que debían costear de su bolsillo, recordó que junto con el Teniente General se había acordado arbitrar los medios para que los defensores no corrieran con estos gastos, pero que nada se había hecho al respecto. En síntesis, Ramos Mexía era de la opinión de que debía seguir nombrándose un solo Defensor de pobres, pero que éste debía estar encargado únicamente de las “causas criminales de los pobres encarzelados”. Y que los gastos en los que incurría –abogado y papel sellado– debían ser cubiertos con un impuesto cobrado a los mercachifles que tenían puestos en la plaza. Para la atención de las causas civiles de los pobres, recomendaba que los jueces nombrasen abogados de la ciudad por cada causa, para que asistieran a los pobres en forma gratuita.

Producto de que varios regidores se encontraban ausentes, la resolución del asunto pasó a la siguiente reunión capitular. En dicha sesión el regidor Agustín Lascano elaboró una propuesta que de alguna manera sintetizaba las anteriores. Declaró que era conveniente que un Defensor de pobres se ocupase de los encarzelados y otro regidor con igual cargo de los pobres que no estaban en prisión, pagándoles a cada uno el estipendio de trescientos pesos anuales, financiando este gasto con un impuesto a los vendedores de la plaza. Todos los regidores presentes expresaron su acuerdo con la solución propuesta, y la misma fue elevada al Virrey para su aprobación<sup>22</sup>. Como vemos, existía un consenso de que las tareas del Defensor de pobres se habían tornado absorbentes y demandaban gastos frecuentes. La solución consensuada buscaba actuar en dos frentes. Por un lado, aliviar las tareas desempeñadas por los defensores para no desatender “aquella vigilancia y actividad que exige el recomendable piadoso ministerio de proteger a los desvalidos”. Y por el otro, eximirlos de tener que costear de su propio bolsillo los gastos que acarreaba el desempeño del oficio<sup>23</sup>. A juzgar por las actas capitulares de los años siguientes, el desdoblamiento de la Defensoría de pobres y su financiamiento no tuvieron lugar, ya que siguió nombrándose un solo regidor bajo esta denominación. El único paliativo fue una resolución del Teniente de Gobernador, de 1785. Allí se recordó la obligación de que los escritos

<sup>22</sup> *AECBA* (1925-1933), Tomo VI, Serie III, pp. 599-611.

<sup>23</sup> *AECBA* (1925-1933), Tomo VI, Serie III, pp. 605.

de los Defensores de pobres estuvieran rubricados con la firma de un letrado. Pero añadió que la labor del abogado no debía ser costeadada por el defensor, dado que los doctores en leyes “tienen hecho juramento de defender a los pobres sin interés”<sup>24</sup>.

El problema de la sobrecarga de trabajo de los Defensores de pobres volvió a emerger en 1786. El Defensor de pobres Francisco Javier Carvajal, al igual que Antonio José de Escalada seis años antes, se quejó formalmente de las abrumadoras tareas que desempeñaba. Denunció tener a su cargo el patrocinio de pobres en aproximadamente ciento treinta causas criminales repartidas en distintos tribunales inferiores como la Intendencia, el juzgado de provincia, el juzgado eclesiástico, y los de los alcaldes ordinarios. Además de estos litigios, Carvajal afirmó que se le había corrido traslado de unas pocas causas civiles, que pese a no ser tantas en número, constaban de cientos de fojas. Estas causas en general eran sobre partición de bienes, cobro de pesos o disputas de tierras y el defensor concluía su escrito diciendo que no podía atenderlas como era debido. Para evitar perjudicar a los interesados ocurría a:

“la gran piedad de V. A. a fin de que se digne mandar que las de esta clase no se entiendan con el, pues su ministerio parece no deber entenderse a otra cosa que a la defensa de los reos criminales que se hallen presos así en la real cárcel como en los presidios de esta capital.”<sup>25</sup>

En apoyo de su solicitud en el siguiente escrito solicitó que se agregara al expediente el capítulo de las Ordenanzas capitulares de 1695 donde en teoría se fijaban las obligaciones del Defensor de pobres. El fiscal de la Real Audiencia, Marqués del Plata, agregó el mencionado documento y además pidió que el ayuntamiento se expidiera sobre el tema. La solicitud del Defensor de pobres fue discutida en la sesión del 30 de Junio, y los regidores acordaron con la pretensión de este regidor<sup>26</sup>. Como consecuencia de este apoyo, el Síndico Procurador del Cabildo dirigió un escrito apoyando la moción del Defensor de pobres. Pero fue aún más lejos. En su escrito argumentó que:

“En su concepto no solo es justa la solicitud sino que con igual justicia se debe extender a libertarle de la defensa en las causas criminales porque como resulta de las ordenanzas de esta ciudad aprobadas por el Rey nuestro señor en cuia consecuencia procede V: A. ha

<sup>24</sup> *AECBA* (1925-1933), Tomo VII, Serie III, pp. 530-531.

<sup>25</sup> AHPBA, Superintendencia Provincial, 7.2.11.25, 1786-1804.

<sup>26</sup> *AECBA* (1925-1933), Tomo VIII, Serie III, p. 114.



hacer la elección de defensor no tiene este ni debe tener la pension con que en la actualidad se halla gravado sino únicamente la de asistir a las visitas generales y particulares de cárcel, pedir en ellas la soltura de los presos después de haverse informado de sus causas, y practicar con los ministros las diligencias oportunas para su breve despacho. Esto que consta expresamente de el testimonio agregado al expediente convenze que el defensor no tiene obligacion de emprehender defensas de los pobres en negocios civiles, pero ni en los criminales, porque a la verdad no hay otro documento en que se afiance la elección del defensor ni otra disposición en que se funde la necesidad de que haga todas las defensas en estas causas”<sup>27</sup>.

El cabildo iba por más, ahora pedía que al Defensor de pobres se lo eximiera tanto de las causas civiles como de las criminales. Solo debía asistir a las visitas de cárcel. El capítulo de las Ordenanzas referido al tema apoyaba esta pretensión. Los defensores que habían ido tomando estas atribuciones de manera informal, lo habían hecho “movidos de su celo” según el Síndico Procurador. Pero esto no constituía obligación para los futuros defensores, y el patrocinio de los pobres en litigios civiles y de los reos en sus juicios criminales debía correr por cuenta de los procuradores de la Real Audiencia. El ayuntamiento propuso que también podían encargarse de estas defensas los abogados de la ciudad, quienes habían hecho juramento de defender a los pobres sin cobrar por ello. En un nuevo dictamen, el fiscal de la Real Audiencia, Marqués del Plata, en una discutible interpretación adujo que el capítulo 44 de las Ordenanzas de la ciudad hacía referencia “en todas sus partes a las causas criminales de los reos que se hallan encarcelados”. De esta forma daba por tierra con la pretensión de eximir al defensor de intervenir en causas penales. Respecto al pedido de eximición en causas civiles, el fiscal sostuvo que:

“le parece arreglada y conforme la solicitud que ha entablado el citado regidor defensor y que podrá V. A. siendo servido acceder a ella y mandar que para las causas civiles de pobres en los tribunales inferiores se nombre anualmente uno o dos procuradores de los de numero, y que las defensas se hagan por el abogado o abogados que se nombren por ellos...”<sup>28</sup>.

Dada la conformidad expresada por el Marqués del Plata respecto a la eximición de las causas civiles, los oidores finalmente resolvieron:

---

<sup>27</sup> AHPBA, Superintendencia Provincial, 7.2.11.25, 1786-1804.

<sup>28</sup> AHPBA, Superintendencia Provincial, 7.2.11.25, 1786-1804.

“Vistos: declarase que el defensor de pobres, debe defenderlos en sus causas civiles y criminales hallándose en prisión y que por lo respectivo a las civiles ordinarias, debe el juez en cada una nombrar el defensor o letrado que los defienda...”<sup>29</sup>.

De esta manera terminaba la discusión sobre si los Defensores de pobres debían representar a los pobres excarcelados en causas civiles o no. En adelante quedaban eximidos de ello. Por lo pronto, el ayuntamiento en 1786 no se contentó con la resolución de la Real Audiencia. En noviembre de ese mismo año solicitó al Gobernador Intendente en un informe donde se proponían nuevos arbitrios, que al Defensor de pobres se le asignara una partida de 300 pesos anuales para afrontar los gastos de abogado y papel sellado, pese a que ya había sido eximido de las causas civiles. Los regidores argumentaban que el oficio de Defensor de pobres:

“Se ha hecho tan gravoso que necesita el que le sirve consumir de su peculio bastantes pesos; Su erección no tuvo otro objeto que la de crear un agente condecorado que removiese la demora en las causas civiles y criminales de los pobres, pero la costumbre y la piedad ha puesto al oficio oy día en la clase de una formal defensoria con suyo motivo tiene el defensor necesidad de pagar con sus bienes un abogado, y un procurador, papel sellado y otros gastos. El actual hizo instancia a S. A. con el objeto de eximirse de los negocios civiles, atendiendo a que los criminales son infinitos, difíciles de evacuar por una sola persona... no se halla razón justa para que a el que le sirva este oficio no se le considere alguna gratificación..., y así conceptua que se le deven asignar trescientos pesos anuales con los referidos precisos fines”<sup>30</sup>.

No tenemos constancia de que se haya accedido a la pensión de trescientos pesos anuales solicitada. Ya se había conseguido demasiado. El Defensor de pobres podía negarse a partir de ese momento a defender a los pobres de solemnidad, puesto que la Real Audiencia había resuelto que esta no era su responsabilidad. En teoría los Defensores de pobres no deberían haber asistido a ningún pobre en litigios civiles de allí en adelante.

Sin embargo, una instancia promovida por el defensor Gabriel Real de Azúa en 1804 –casi veinte años más tarde– nos revela que esta disposición no se cumplió a rajatabla. En otras palabras, pese a que por una disposición de la Real Audiencia los defensores no tenían obligación de defender a los pobres de solemnidad, algunos lo siguieron haciendo. En una representación a la Real Audiencia, Real de Azúa decía que en el juzgado de primer

<sup>29</sup> AHPBA, Superintendencia Provincial, 7.2.11.25, 1786-1804.

<sup>30</sup> AECBA (1925-1933), Tomo VIII, Serie III, p. 203.

voto se había dudado de la existencia de esta disposición del máximo tribunal, por lo que solicitaba una copia de la misma para entregársela a los alcaldes ordinarios y velar por su cumplimiento. El problema había surgido porque su antecesor en el cargo le había pasado un listado de las causas pendientes que debía tomar a su cargo. Y entre ellas se hallaban varias de naturaleza civil que estaban muy retrasadas. El Defensor de pobres declaró que estas causas no eran de su competencia, mencionando los argumentos que se habían expuesto ya en 1780 y en 1786. Esta obligación no estaba prevista en las Ordenanzas de la ciudad, y la atención de las causas civiles le robaba tiempo para dedicarse a los verdaderamente merecedores de su asistencia: los encarcelados. Además, la Real Audiencia ya se había pronunciado al respecto casi veinte años antes, en ocasión de la instancia iniciada por Francisco Javier Carbajal. Todo hacía presagiar que el Defensor de pobres llevaba las de ganar. Pero la resolución del Virrey fue de algún modo imprevista. Dictaminó que el Defensor de pobres debía cumplir “con ejercitar su ministerio a favor de los interesados que lo han implorado por razón de su notoria pobreza...”<sup>31</sup>. El defensor no retrocedió en su opinión pese a este primer revés. Y apeló esta resolución con los argumentos de siempre. Solo agregó como novedad que a él no se le podía obligar a intervenir en las causas civiles porque en el juramento que había hecho al tomar posesión del oficio esta tarea no había sido explicitada. Finalmente, la Real Audiencia revocó la resolución del Virrey, dándole la razón al regidor y declarando la vigencia de lo resuelto en 1786<sup>32</sup>. Unos días después, Gabriel Real de Azúa llevó una copia de esta resolución a una de las reuniones del ayuntamiento “para su observancia en lo sucesivo”.<sup>33</sup>

## V. Los Defensores de pobres en acción: naturaleza de las causas y desempeño

¿Qué sucedía en la realidad más allá de las prescripciones normativas? ¿Qué características asumió la representación de los *pobres solemnes* por parte del Defensor de pobres mientras duró? ¿En qué tipo de litigios estaban implicados los asistidos por los de-

<sup>31</sup> AHPBA, Superintendencia Provincial, 7.2.11.25, 1786-1804.

<sup>32</sup> AHPBA, Superintendencia Provincial, 7.2.11.25, 1786-1804.

<sup>33</sup> AGN, Sala IX, Archivo del Cabildo, 19-5-3, folio 84-86, 1804. *AECBA* (1925-1933), Tomo I, Serie IV, p. 413.

fensores? Dos de las causas bajo estudio estaban relacionadas con disputas entre cónyuges. Una era una demanda de divorcio y la otra una querrela por alimentos. El Defensor de pobres en ambos casos asistió a la mujer como veremos en el siguiente ejemplo. Felipa Alvarez había sido acusada por su marido en 1793 de ausentarse del hogar. Pedro –el denunciante– decía que Felipa había llegado incluso a residir en la casa de otro hombre. El marido la acusaba de “mancebía”, “malos procedimientos y desarreglada conducta”. No sorprendió que el Defensor de pobres tomara a su cargo la asistencia de la acusada. Sin embargo, pronto el defensor se vió desempeñando el papel de querellante, instando al marido denunciante a que cumpliera con sus obligaciones maritales. El defensor Josef Santos de Inchaurregui acusó a Pedro de no proveer de alimentos y vestido a su esposa y dijo que la casa en la que estaba viviendo era la que había elegido como “depósito” el eclesiástico que entendía en el pleito de divorcio. Argumentó que el denunciante debería haber esperado a la resolución de la demanda de divorcio que tenía iniciada en la justicia eclesiástica, antes de hacer abandono de sus obligaciones como esposo. Las gestiones del defensor fueron exitosas y se obligó a Pedro Pequeño a contribuir con los alimentos para su esposa<sup>34</sup>.

Sebastiana Calvo también era otra mujer que se había hecho a la fuga de su casa. En un primer escrito aseveró que su decisión estaba motivada por el maltrato físico y verbal que sufría a manos de su marido. El marido deploraba el libertinaje con el cual –según él– se movía su esposa desde que había abandonado la morada que compartían:

“mi mujer se separo voluntariamente de mi lado protestando motivos justos para un formal divorcio y baxo este maquinado arbitrio vive y se pasea con la libertad que ella misma renuncio al pie del altar y a presencia del mismo dios en la selebrasion de nuestro matrimonio... faltando a la ley y a sus deberes... Doña Sebastiana Calvo ha tomado por reclusion la casa que le ha parecido y ha sido de su eleccion y no de la mia, ella entra y sale, va y viene, corre y se divierte, sea de dia y de noche...”<sup>35</sup>.

El Defensor de pobres produjo prueba a favor de su asistida. Pero luego el patrocinio del defensor se interrumpió por razones que desconocemos y Sebastiana pasó a ejercer su defensa por su cuenta. Después de obtener una primera sentencia adversa, volvió

<sup>34</sup> AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-18-26, 1793.

<sup>35</sup> AGN, Sala IX, Tribunales con letra, 40-7-1, exp. 26, 1799.

a acudir a la asistencia del Defensor de pobres. El resto del pleito giró en torno a si Sebastiana debía volver a casa de su marido, a la institución de la Residencia hasta la conclusión del pleito –como quería éste–, o si por el contrario debía ser resguardada en una casa de “depósito” como ella anhelaba<sup>36</sup>. La litigante sufrió sucesivos reveses judiciales –por ejemplo se determinó que debía reintegrarse al lecho conyugal– y en la etapa final del juicio fue asistida por el Dr. Ezquerrenea<sup>37</sup>.

El resto de los litigios civiles eran conflictos relacionados con dinero o bienes: cobro de pesos, propiedad de terrenos, casas y daños y perjuicios. Un excelente ejemplo sobre el primer tipo de pleito lo proporciona la demanda iniciada por Antonio Flores –administrador de una pulpería– y su esposa Leonarda Albarracín contra el propietario del negocio. El litigio duró cuatro años. Los querellantes afirmaban que el trato al que habían llegado con su empleador era que Antonio le administraba la pulpería y su esposa además se ocupaba de la cocina y el lavado. Y a cambio además del sueldo podían gozar de parte de las utilidades de una quinta anexa a la pulpería. Pero la otra parte decía desconocer este último trato, aseverando que sólo debía pagarles los sueldos<sup>38</sup>. Antonio y su esposa fueron asistidos por varios Defensores de pobres. A lo largo del pleito estos regidores intentaron concitar la piedad de los magistrados que intervinieron en la causa. Uno de ellos se refirió a los demandantes como “unos pobres infelices que viven con la miseria y orfandad y destituidos de todo humano socorro”. El último de los defensores que los patrocinó fue Manuel Rodríguez de la Vega, quien buscó apelar a las leyes divinas citando pasajes de la Biblia en beneficio de sus asistidos<sup>39</sup>. Lamentablemente de nada valieron estas invocaciones a Dios ya que la sentencia fue favorable al patrón.

La línea divisoria que separaba a los litigios civiles de los penales era delgada y maleable. Muchas conductas que podrían encuadrarse como delitos según los estándares de la época, en el transcurso del juicio podían no ser tratadas estrictamente como tales y

---

<sup>36</sup> La Casa de la Residencia fue una institución que abrió sus puertas en 1773 para recluir a las “mujeres de mal vivir y entregadas al libertinaje”, según el decir del Virrey Juan José de Vértiz. Estas mujeres en general habían desobedecido a su esposo u otra autoridad masculina. Por ello mayoritariamente eran enviados por requerimiento de sus maridos, aunque también había padres, patrones y amos que solicitaban el encierro de ellas (de Palma, 2009).

<sup>37</sup> AGN, Sala IX, Tribunales con letra, 40-7-1, exp. 26, 1799.

<sup>38</sup> AGN, Sala IX, Tribunales sin letra, 36-9-4, exp. 11, 1772-1776.

<sup>39</sup> AGN, Sala IX, Tribunales sin letra, 36-9-4, exp. 11, 1772-1776.

culminaban con arreglo de partes o con alguna compensación civil. Sin embargo, el tratamiento penal de algunos comportamientos era bien claro cuando el litigio finalizaba con la imposición de algún castigo al infractor. Contrariamente a lo que esperábamos, los Defensores de pobres no solo asistieron a los *pobres solemnes* en litigios civiles. Sino también en unos pocos pleitos penales. Pero lo que caracterizaba a este patrocinio en estos casos excepcionales era que el Defensor de pobres no actuaba como representante de un reo sospechado de haber cometido un delito como solía ser frecuente. Sino como querellante o acusador de una víctima. Cuatro litigios eran por golpes o heridas, otros tres por amenazas e insultos, dos eran denuncias de adulterio y en los tres pleitos restantes las acusaciones se dividían en partes iguales entre injurias, estupro y maltrato. Los conflictos conyugales, que en la muestra de expedientes civiles eran minoría, en esta muestra de causas penales claramente eran mayoría<sup>40</sup>. Ana Centurión, con la ayuda del Defensor de pobres, logró que se encarcelara provisoriamente a su ex marido, quien disgustado con la separación la estaba acosando al punto que la había amenazado de muerte con un cuchillo en mano. Él la acusaba de querer “vivir una vida libre y suelta”<sup>41</sup>.

Juana Narvaez en cambio, todavía seguía casada con Manuel Caballero cuando éste la hirió gravemente en la cabeza con un garrote<sup>42</sup>. Producto de este episodio él fue rápidamente encarcelado y ella enviada primero a la Casa de la Residencia y luego “en depósito” a una casa particular. Pero a ojos del juez la relación víctima-victimario se invirtió ya que el marido fue liberado y ella fue recluida en la Casa de la Residencia bajo la sospecha de tener “tratos ilícitos” con varios hombres. El defensor Manuel de la Piedra alegó que todo consistía en “chismes y embustes sobre el honor y estimación de su mujer” difundidos por el marido golpeador. Finalmente el regidor logró que la mujer no fuera obligada

---

<sup>40</sup> Sobre este tipo de disputas ver Kluger (2003), Mayo (2004), Mallo (1990). Ricardo Cicerchia ha señalado que las mujeres simultáneamente demandaban criminalmente a sus maridos por malos tratos y a su vez tramitaban el divorcio en los tribunales eclesiásticos. Según el autor, esta estrategia de las esposas golpeadas se producía debido a que “la justicia ofrecía una vía apropiada de compensación de los más débiles” (Cicerchia, 2000).

<sup>41</sup> AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-9-39, 1778.

<sup>42</sup> Muchas veces la violencia ejercida por los jefes de familia sobre sus esposas encontraba su legitimación en la potestad doméstica –denominada en la época *oeconomica*–, o capacidad de mando que los primeros tenían sobre las mujeres, los esclavos, los hijos y otros dependientes que habitaban el hogar (Zamora, 2017). A su vez, uno de los pilares de la hombría –entendida como el honor y la reputación masculina– lo representaba el férreo control sobre las mujeres y su concepción como “propiedad” del varón (Fernández, 2016).

a vivir con su marido hasta tanto no se resolviera la situación marital de los litigantes<sup>43</sup>. En otro caso, María Thomasa denunció que su segundo esposo la golpeaba en forma recurrente, sobre todo cuando bebía aguardiente. A través del Defensor de pobres Juan Antonio Zelaya solicitó que su esposo cumpliera con las obligaciones de su estado, siendo depositada mientras tanto en una casa particular. Como el denunciado volvió a increpar a la mujer cuando se la encontró casualmente en la calle, fue encarcelado. En un escrito posterior volvió a resaltar que la vida de su asistida corría peligro si se liberaba al reo, producto del resentimiento y su afición por la bebida. Solicitaba entonces que se lo desterrase fuera de la provincia por unos años<sup>44</sup>. Los únicos dos hombres que fueron representados por el Defensor de pobres en calidad de querellantes tenían en común que acusaban a sus mujeres de adulterio<sup>45</sup>. Los litigios restantes eran variados. Pasquala Almandoz decía haber sido golpeada por un artesano<sup>46</sup>. Doña Petrona Morales acusaba a Andrea “la gallega” por palabras indecorosas. Y de paso la acusaba de vivir en “libertinaje...con toda clase de jentes”<sup>47</sup>. María Cristina González decía que José “el puntano” con sus continuas amenazas no la dejaba vivir en paz con su marido<sup>48</sup>. Y Tadea Carmona, por medio del defensor, acusó a Santiago José Arista de haber cometido estupro con ella bajo palabra de casamiento, sin después cumplir con su promesa<sup>49</sup>.

¿En qué años se concentran los expedientes en los que tuvo participación el Defensor de pobres? La mayoría de ellos –15 sobre un total de 26–, son posteriores a 1786. Recordemos que en este año luego de agrias discusiones finalmente se había eximido a los defensores de asistir a los *pobres solemnes*. Por lo que vemos, la disposición tuvo poco efecto, ya que estos regidores siguieron asistiendo a personas empobrecidas que no estaban recluidas en los calabozos capitulares ni eran esclavos. Cobra sentido así el pedido de Gabriel Real de Azúa en 1804 para que se revalidara la resolución de la Real Audiencia de 1786. Con posterioridad a 1804 no hemos encontrado intervenciones de los Defensores de pobres de este tipo. Recién una vez que los litigantes obtenían la aprobación del trámite

<sup>43</sup> AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-25-10, 1800.

<sup>44</sup> AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-27-6, 1802.

<sup>45</sup> AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-16-33/1, 1790. AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-18-27, 1794.

<sup>46</sup> AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-10-50, 1780.

<sup>47</sup> AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-10-41, 1780.

<sup>48</sup> AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-24-54, 1799.

<sup>49</sup> AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-11-12, 1781.



podían ser asistidos por el defensor. En algunos casos los litigantes eran representados por el Defensor de pobres desde el inicio del pleito. Pero en otras ocasiones como el trámite de información de pobreza se retrasaba, debían iniciar la demanda por sus propios medios. Recién en el transcurso del pleito, cuando obtenían la certificación de pobreza por parte de la Real Audiencia, eran auxiliados por el defensor en cuestión. María de las Nieves Andújar en 1778 era una de las 38 personas esclavizadas propiedad del Deán de la catedral de Buenos Aires. Sus hijos estaban en idéntica situación<sup>50</sup>. La máxima autoridad religiosa de la ciudad al momento de morir decidió liberar a ella y su familia mediante testamento, y además legarles algunos bienes. La cuestión es que María de las Nieves –ya libre– desde 1786 estaba inmersa en un interminable litigio con la testamentaria de su difunto amo, la cual buscaba desconocer el testamento y sus cláusulas. Primero, consiguió que alguien le redactara los escritos. Luego fue asistida por el Procurador de pobres de la Real Audiencia, quien al tiempo dejó de ejercer su labor. Hasta que finalmente fue declarada pobre por el máximo tribunal y pudo solicitar el patrocinio del Defensor de pobres<sup>51</sup>.

¿Era necesaria e indispensable la certificación de pobreza para ser asistido por el Defensor de pobres? Sí en la mayoría de los casos, pero no siempre. Vimos que una parda libre –Pasquala Almandoz– fue eximida de presentar este documento en 1780. En otra ocasión, el defensor Manuel Ortiz de Basualdo, en representación de María Tomasa, aseveró que esta mujer “había ocurrido a su ministerio...sin certificación de pobreza, pero en aspecto de ser una miserable implorando su interposición...” había decidido por su cuenta asistirla en la demanda que le había iniciado a su marido por maltrato físico<sup>52</sup>. Otra litigante, Sebastiana Calvo, para reclamar la asistencia del Defensor de pobres, argumentó que ya había iniciado la información de pobreza ante la real Audiencia, pero que el trámite duraba mucho y que mientras tanto no podía quedar desamparada:

“...que al mismo tiempo que sigo información de pobreza en el regio tribunal de la Real Audiencia tengo entablado juicio de divorcio en la curia eclesiástica por la sevicia de mi expresado marido...pido que en el interin se substancia aquella se encomiende por pronto remedio la defensa y amparo de una infeliz desvalida y forastera qual soy yo, el

<sup>50</sup> *Documentos para la historia argentina...* (1919, p. 164).

<sup>51</sup> AHPBA, Real Audiencia, Informaciones de pobreza, 7.5.7.90, 1794. AHPBA, Civil Provincial, 5.1.12.3, 1786.

<sup>52</sup> AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-27-6, 1802.

regidor Defensor gral de pobres que es justicia que espero implorando el noble oficio de V. S...”<sup>53</sup>.

En el transcurso de ese año, Sebastiana obtuvo su certificación de pobreza por parte de la Real Audiencia, convalidando la asistencia de la que ya gozaba por parte del Defensor de pobres<sup>54</sup>.

A veces los pedidos de los litigantes implorando la asistencia de los defensores revelaban cierta desesperación, pero no tenían éxito. María del Carmen era una parda libre que tenía como esposo a José Pacheco, un “negro esclavo” que era maltratado por su amo. Esta mujer denunciaba que desde que ella se había mudado de la campaña a la ciudad no había cesado el amo de su marido de “castigarlo, ponerlo en prisiones y azerle otros ultrajes”. El amo por su parte acusaba a la mulata de escribir “insolentes memoriales”. En realidad, los memoriales no habían sido escritos por la mulata, sino que había logrado que un tercero se los redactara “a ruego”. En determinado momento María del Carmen, solicitó la asistencia del defensor oficial. Pidió que al amo de su marido:

“se le saquen los autos por apremio y se entienda la contextacion de esta causa con el defensor de pobres como tengo pedido en mi anterior escrito, respecto a ser una pobre de solemnidad y hallarme enteramente destituida de todo bien temporal, sin tener con que poder defenderme...”<sup>55</sup>.

Su pedido fue infructuoso. Se hizo caso omiso a su solicitud, y la mulata no tuvo otro remedio que valerse de los servicios que por caridad le brindó un desinteresado vecino de la ciudad. Vemos que en el testimonio de María del Carmen, el vocablo *pobre de solemnidad* no hacía referencia a la certificación de la Real Audiencia sino que era una forma de autoadscripción que tenía como objetivo resaltar la notoriedad de la condición de orfandad, independientemente del reconocimiento de las autoridades.

María Josefa Alcaraz –una mujer que había sido herida en una reyerta con un zapatero– también requirió el patrocinio del Defensor de pobres. En un escrito donde decía ser “viuda y pobre miserable” denunciaba que producto de la herida que le habían infligido había quedado manca y no podía trabajar. También dijo que:

<sup>53</sup> AGN, Sala IX, Tribunales con letra, 40-7-1, 1799. El subrayado es nuestro.

<sup>54</sup> AHPBA, AHPBA, Real Audiencia, Informaciones de pobreza, 7.5.8.105, 1799.

<sup>55</sup> AGN, Sala IX, Tribunales sin letra, 36-4-6, 1780.

“habiendo ocurrido al Defensor general de pobres a fin de que entendiase y mirase por la causa en que se trata por ser notoriamente una pobre de solemnidad, le ha respondido este que esta defendiendo a la otra parte por haver presentado que era pobre y no podía al mismo tiempo ser defensor de ambos”<sup>56</sup>.

En efecto, Manuel José de Acosta, el acusado, unos días antes le había dicho al juez que era “un pobre sin mas patrimonio que mi trabajo personal del que carezco” y a continuación había solicitado que el magistrado “se sirva mandar que el defensor general de pobres que para tales tiene nombrado esta mui noble y muy ilustre ciudad se haga cargo de mi defensa”. El reo le había ganado de mano a su querellante y el Defensor de pobres en el litigio finalmente asistió únicamente al acusado<sup>57</sup>. En este caso la excusación del Defensor de pobres se basó en el argumento de que no podía representar a las dos partes por intereses contrapuestos. Pero en otros casos los defensores para excusarse utilizaban otras estrategias. El defensor Manuel del Cerro Sáenz, en su única intervención a favor de María Magdalena Escobar, suplicó al juez que:

“se sirva también mandar que la defensa de Maria Magdalena Escobar se entienda con el Dr. Don José Antonio Arias Idalgo quien habiéndola tenido hasta el presente a su cargo puede tal vez tener otras nociones que no alcanzadas por el ministerio pueden hacerla expedita...”<sup>58</sup>.

Si Manuel del Cerro Sáenz alegó que un letrado podía ejercer la defensa de esta *miserable* mucho mejor que él mismo, otros defensores en cambio utilizaban las mismas armas que habían esgrimido los defensores que habían logrado ser eximidos de asistir a los *pobres solemnes* en 1786 y en 1804. Argumentaban que su labor estaba reservada para los “pobres encarcelados”. Esto le sucedió al negro libre Tadeo Gómez. Había sido declarado *pobre solemne* en 1791 y venía siendo representado por los defensores Anselmo Sáenz Valiente y Antonio Zelaya<sup>59</sup>. Pero en un momento del litigio su esposa in-

<sup>56</sup> AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-9-18, 1777.

<sup>57</sup> AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-9-18, 1777.

<sup>58</sup> AGN, Sala IX, Tribunales sin letra, 39-4-5, 1790.

<sup>59</sup> AHPBA, Real Audiencia, Informaciones de pobreza, 7.5.8.90, 1791.

formó al juez que el nuevo Defensor de pobres se había negado a continuar su patrocinio<sup>60</sup>. En consecuencia, el letrado Feliciano Chiclana fue quien se hizo cargo de la defensa de Tadeo Gómez y su esposa durante el resto del pleito a pedido de los interesados.

Ya mencionamos que no todos los pobres de solemnidad eran asistidos por el Defensor de pobres. Y aún aquellos que si eran asistidos en muchos casos no recibían este patrocinio de principio a fin del litigio. Las idas y vueltas que experimentaba la relación entre estos litigantes y los regidores que ocupaban el cargo se debía a muchos motivos. Como vimos, algunos empezaban a litigar por su cuenta y luego de que alguien a ruego les redactara algunos escritos lograban la asistencia del defensor de pobres. Pero en otros casos, los litigantes recorrían el camino inverso. Empezaban siendo representados por el defensor y en algún momento del pleito reasumían su propia defensa, generalmente auxiliados por alguien. Este fue el caso de Esteban Antonio Aldao, quien cansado de que el desempeño de los defensores no diera los resultados esperados, en el medio del litigio reasumió su defensa. El litigante luego de haber sido asistido por cuatro Defensores de pobres, en un escrito firmado por el mismo se quejó al juez de que su pleito estaba inconcluso hacía años y que él se encontraba enfermo y postrado en la cama, por lo que pedía que le acercaran los autos para ejercer su propia defensa<sup>61</sup>.

Las dos situaciones podían combinarse en un mismo caso. La negra María Toribia empezó litigando con el auxilio de un tercero. Después logró ser representada por el Defensor de pobres. Pero luego de ser asistida por cuatro defensores distintos, tomó la determinación de volver a ser asistida por un tercero<sup>62</sup>. Este caso, al igual que el de María de las Nieves Andújar –asistida primero por un tercero, luego por el Procurador de pobres, después por otro benefactor, y por último por el Defensor de pobres–, nos revelan que el patrocinio del regidor bajo estudio era un recurso más entre otros para las clases populares de la capital. Podía ser requerido en determinado momento, pero desechado en otro de acuerdo a circunstancias cambiantes que se iban sucediendo a lo largo del pleito. En algunos casos, la interrupción del patrocinio del defensor se debía a que éste se excusaba de seguir realizando su labor, como vimos en el caso del negro libre Tadeo Gómez. En

---

<sup>60</sup> AGN, Sala IX, Tribunales con letra, 41-3-3, exp. 10, 1796.

<sup>61</sup> AGN, Sala IX, Tribunales con letra, 40-2-6, exp. 3, 1776.

<sup>62</sup> AGN, Sala IX, Tribunales-expedientes. Sin letra, 35-7-3, exp. 11, 1766-1785.

otros casos, era bastante claro que el motivo de las idas y venidas respondía a la iniciativa del litigante. Sebastiana Calvo empezó a litigar redactando ella misma sus escritos. Una vez que logró ser asistida por el Defensor de pobres, desistió de los servicios del mismo en el medio del pleito. Cuando obtuvo una primera sentencia adversa, volvió a acudir a los servicios del nuevo Defensor de pobres. Pese a que los escritos de los defensores evidencian una defensa comprometida, una segunda sentencia volvió a ser adversa para Sebastiana. Inmediatamente asumió su propia defensa por un tiempo hasta que decidió que lo mejor era delegar dicha tarea en el letrado Ezquerrenea<sup>63</sup>.

¿Tenían razón los Defensores de pobres cuando se quejaban de que la atención de las causas de los *pobres solemnes* les demandaba mucho trabajo? Al respecto conviene discriminar según el tipo de litigio. En aquellos de naturaleza penal donde actuaban en calidad de querellantes o acusadores las intervenciones no solían ser numerosas. El promedio arroja un poco más de dos escritos redactados por pleito. Pero en los de carácter civil la situación era bien distinta. El promedio era de nueve escritos. La cantidad de intervenciones tenía directa relación con la extensión del pleito. Y algunos de ellos eran verdaderamente extensos. Ocupaban cientos de fojas. Antonio Flores fue asistido por cinco Defensores de pobres, que en total redactaron diecinueve escritos en su favor. A Esteban Antonio Aldao lo patrocinaron cuatro defensores, pero en su conjunto tuvieron más intervenciones, veinticinco. El récord en nuestra muestra lo ostenta María de las Nieves Andújar, a quien los defensores le redactaron veintisiete escritos en su favor. Cuando Francisco Javier Carbajal se quejó en 1786 de que las causas civiles eran pocas en comparación con las penales pero que solían ser muy extensas y demandaban mucho trabajo, razón no le faltaba.

Las estrategias retóricas de los defensores en este tipo de litigios eran múltiples. Solían denominar a sus asistidos como “miserables” o “pobres infelices” y apelaban a múltiples órdenes normativos para obtener una sentencia favorable. No solo Rodríguez de la Vega podía mencionar ciertos pasajes de la biblia y hablar de las leyes divinas para argumentar sobre la legitimidad del reclamo de su asistido. Uno de los tantos defensores que representó a Esteban Antonio Aldao se quejó de las tácticas dilatorias de la otra parte,

---

<sup>63</sup> AGN, Sala IX, Tribunales con letra, 40-7-1, exp. 26, 1799.

utilizando un argumento netamente procesal<sup>64</sup>. En los casos de disputas entre cónyuges, los defensores a favor de sus defendidas solían argumentar que los esposos no cumplían con las obligaciones inherentes a su estado. Y los defensores que actuaban de querellantes en procesos penales cuando solicitaban que se condenara a los reos acusados, señalaban que existían pruebas suficientes del delito cometido. Si bien hemos observado que unos pocos defensores abandonaban a sus asistidos en medio del litigio, lo cierto es que la mayoría redactaba largos y elaborados escritos, producían prueba y apelaban las sentencias adversas. La mayoría de los pleitos se conservan inconclusos, pero en unos pocos puede verse que los defensores lograban sentencias favorables a sus asistidos<sup>65</sup>. Por supuesto, también existían las sentencias adversas a los planteos de los defensores. Por último, no faltaban aquellos pleitos en los que se arribaba a un arreglo entre las partes.

## VI. Conclusiones

El oficio de Defensor de pobres se caracterizó en 1721 desde su nacimiento por su indeterminación normativa. No existía ninguna ley que definiera claramente cuáles eran sus funciones. Sus asistidos por excelencia fueron los encarcelados, habida cuenta que las ordenanzas capitulares de fines del siglo XVII ordenaban que era tarea de un regidor asistir a las visitas de cárcel y procurar la finalización de los pleitos criminales en los que estaban involucrados los reos. Como vemos, ni siquiera aparecía en este documento la denominación Defensor de pobres. Estos regidores a su vez con el tiempo empezaron a asistir judicialmente a las personas esclavizadas que demandaban a sus amos, ya que estaba fuera de duda que formaban parte del grupo de *miserables* de la ciudad. ¿Qué sucedía con aquellos pobres y desamparados que no eran esclavos ni presos? ¿Cómo podían defender sus derechos en la arena judicial? Una norma del gobernador rioplatense a mediados de la centuria zanjó esta cuestión y ordenó que debían ser asistidos también por el Defensor de pobres, luego de haber certificado judicialmente su situación de pobreza. Pero no pa-

---

<sup>64</sup> AGN, Sala IX, Tribunales con letra, 40-2-6, exp. 3, 1776.

<sup>65</sup> AGN, Juzgado del Crimen, 34-1-18-26, 1793. AGN, Juzgado del Crimen, 34-2-24-54, 1799. AGN, Sala IX, Tribunales con letra, 40-8-3, exp. 5, 1788.

sería mucho tiempo para que los defensores impugnaran esta resolución. No estaba contemplado en las ordenanzas capitulares que ellos asistieran judicialmente a los *pobres solemnes* en sus causas civiles. Al mismo tiempo, muchos de ellos no parecían estar en una condición de desamparo y miseria similar a la de las personas esclavizadas. Así fue que petitionaron a las autoridades para que los liberaran de esta tarea y lograron su cometido en 1786. Los argumentos de las partes en este debate sacaron a la luz la precariedad institucional que exhibía la defensoría “pública” oficial destinada a asistir a los pobres por aquellos años. Desempeñada usualmente por un vecino distinguido que no tenía conocimiento en leyes ni cobraba por su labor, esto ponía límites bien claros a su labor, sobre todo debido al aumento demográfico de la región y a la multiplicación de personas sin recursos de variados sectores sociales<sup>66</sup>. Pero si las ordenanzas capitulares habían delineado la imagen de un simple agente que procurase la finalización de las causas judiciales de los pleitos de los encarcelados, la creación del oficio de Defensor de pobres con el tiempo se transformó en una formal defensoría que patrocinaba judicialmente a presos, pobres y esclavos, y corría con los gastos de abogado y papel sellado. Según un defensor, lo que había motivado este proceso era la “costumbre” y la “piedad” de quienes ejercieron el oficio, lo que evidencia el peso del derecho local –constituido por múltiples órdenes normativos– en la administración de justicia (Tau Anzoátegui y Agüero, 2013). La costumbre de asistir a los *pobres solemnes* en sus causas civiles, y la piedad de los vecinos más notables de Buenos Aires a la hora de ejercer el oficio de Defensor de pobres demostraron tener plena vigencia cuando a pesar de la eximición de defender a los pobres en sus causas civiles, los pobres siguieron contando con la asistencia jurídica gratuita de estos defensores. Al punto que la resolución de 1786 tuvo que ser reafirmada en 1804. Fueron los defensores quienes pidieron ser eximidos de esta función –objetivo que finalmente lograron– pero fueron ellos mismos quienes luego desconocieron la normativa y continuaron asistiendo a los pobres por décadas.

¿Cómo puede explicarse esta ambivalencia? La fuerza de toda una tradición que reservaba ciertos privilegios y prerrogativas a los *miserables* no podía ser borrada de un

---

<sup>66</sup> Unas décadas más tarde, el carácter *ad-honorem* de los cargos de regidores también ocasionaría quejas por parte de los vecinos cordobeses quienes en un contexto de crisis económica intentarían evadir las “cargas concejiles” negándose a ocupar los oficios capitulares en forma cada vez más frecuente, para no desatender sus negocios privados (Agüero, 2012).



plumazo por una simple resolución. El conjunto de personas *miserables* de ninguna manera podía ser reducido a los encarcelados y a los esclavos. Las fronteras que definían quien entraba en ese grupo humano digno de piedad y conmiseración siempre habían sido difusas. Y los preceptos morales y religiosos que conminaban a las autoridades y a las personas poderosas a apiadarse de los pobres seguían teniendo plena vigencia, toda vez que la administración de justicia se entrelazaba con una “economía de la salvación” en la cual el amparo y la asistencia a los más necesitados ocupaba un rol central. Para estos pobres, que a diferencia de los encarcelados y los esclavos gozaban de libertad, el recurso al Defensor de pobres era uno más entre otros. Entre ellos se encontraban mujeres golpeadas por sus maridos, trabajadores defraudados en sus salarios, viudas que se aferraban a los pocos bienes que les quedaban, y africanos y afrodescendientes libres que litigaban contra individuos de mayor rango y poder. Todos sabían bien cómo expresar el derecho que tenían a ser asistidos por el Defensor de pobres del ayuntamiento, pero también en ocasiones podían arreglárselas por otros medios. En definitiva, al pelear por ser considerados *pobres y miserables* apelando a heterogéneas estrategias, contribuían a moldear, modificar y retroalimentar una cultura jurídica en interacción con otros actores sociales. Así encontraban su lugar bajo la retórica de piedad y justicia que legitimaba las distintas instancias de poder, pero también brindaba resquicios a los más débiles para defender sus derechos, entre los que se contaba el de la asistencia judicial.

### **Bibliografía:**

- ACEVEDO, Edberto Oscar (1991). “El protector de indios en el Perú (hacia fines del régimen español)”, en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 5 a 10 de febrero de 1990: actas y estudios, v. 2., Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, pp. 29-54.
- AGÜERO, Alejandro (2012). “La extinción del cabildo en la república de Córdoba, 1815-1824”, *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, 37, pp. 43-84.
- AGUIRRE, Carlos (1995). *Agentes de su propia libertad. Los esclavos de Lima y la desintegración de la esclavitud 1821-1854*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BARRIERA, Darío (2019). *Historia y justicia. Cultura, política y sociedad en el Río de la Plata (Siglos XVI-XIX)*. Buenos Aires: Prometeo.

- BAYLE, Constantino (1945). *El Protector de Indios*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispanoamericanos.
- BERNAND, Carmen (2001). *Negros esclavos y libres en las ciudades hispanoamericanas*. Madrid: Fundación Histórica Tavera.
- BONNETT, Diana (1992). *El protector de naturales en la Audiencia de Quito, siglos XVII y XVIII*. Quito: Flacso.
- BORAH, Woodrow (1985). *El juzgado general de indios de la Nueva España*. México: Fondo de Cultura Económica.
- CASAGRANDE, Agustín (2012). "Erradicando los rústicos juzgamientos. La Real Audiencia y las "justicias menores" de Buenos Aires durante 1785-1787", *SudHistoria*, 5, pp. 15-40.
- CICERCHIA, Ricardo (2000). "Formas y estrategias familiares en la sociedad colonial", en TANDETER, Enrique (dir.), *Nueva Historia Argentina, Tomo II, La sociedad colonial*, Buenos Aires, Sudamericana, pp. 331-354.
- CRUZ, Enrique Normando (2008). "Pobreza, pobres y política en el Río de la Plata", *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, 30, pp. 101-117.
- CUENA BOY, Francisco (1998). "El "defensor civitatis" y el protector de indios breve ilustración en paralelo", *Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, 7, pp. 179-196.
- CUNILL, Caroline (2012). *Los defensores de indios de Yucatán y el acceso de los mayas a la justicia colonial, 1540-1600*. Mérida: Centro Peninsular en Humanidades y Ciencias Sociales-Universidad Nacional Autónoma de México.
- CUTTER, Charles (1986). *The Protector de Indios in colonial New Mexico 1659-1821*, Albuquerque, University of New Mexico Press.
- DE LA FUENTE, Alejandro (2004). "Su único derecho: los esclavos y la ley", *Debate y perspectivas*, 4. Madrid: Fundación Mapfre Tavera.
- DE PALMA, Marina (2009) *Recluidas y marginadas. El recogimiento de mujeres en el Buenos Aires colonial*, Buenos Aires, Tesis de Licenciatura, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Mimeo.
- DEL VALLE, Laura Cristina (2014). *Los hijos del poder. De la élite capitular a la Revolución de Mayo. Buenos Aires 1776-1810*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- FERNÁNDEZ, María Alejandra (2016). "Reputaciones masculinas y definiciones socioculturales de la hombría. Buenos Aires, 1750-1810", *Temas Americanistas*, 37, pp. 105-128.
- GALLEGO, José Andrés (2005). "La esclavitud en la monarquía hispánica: Un estudio comparativo", en GALLEGO, José Andrés (dir.), *Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica: ensayos y monografías: Derecho y Justicia en la historia de Iberoamérica: Afroamérica, la tercera raíz: Impacto en América de la expulsión de los jesuitas* (CD-Rom con 51 monografías). Madrid: Fundación Histórica Tavera.

- GELMAN, Jorge (2000). "La lucha por el control del Estado: administración y elites coloniales en Hispanoamérica", en TANDETER, Enrique (dir.), *Historia General de América Latina, Tomo IV "Procesos americanos hacia la redefinición colonial*, Madrid, Ediciones UNESCO/Editorial Trotta, pp. 251-264.
- GELMAN, Jorge (2012). "La economía de Buenos Aires" en Fradkin, Raúl Osvaldo (dir.), *Historia de la provincia de Buenos Aires, Tomo 2. De la conquista a la crisis de 1820*, Buenos Aires, Edhasa, pp. 85-122.
- JOHNSON, Lyman (2007). "A lack of legitimate Obedience and Respect: Slaves and their Masters in the Courts of Late Colonial Buenos Aires", *Hispanic American Historical Review* 87 (4), pp. 631-657.
- JOHNSON, Lyman y SOCOLOW, Susan (1980). "Población y espacio en el Buenos Aires del siglo XVIII", *Desarrollo Económico*, 20 (79), pp. 329-349.
- KLUGER, Viviana (2003). *Escenas de la vida conyugal. Los conflictos matrimoniales en la sociedad virreinal rioplatense*. Buenos Aires: Editorial Quorum.
- LEVAGGI, Abelardo (1973). "La condición jurídica del esclavo en la época hispánica", *Revista de Historia del Derecho*, 1, pp. 83-175.
- (2002). *Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII y XIX) Teoría y realidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- (2008). *Francisco Manuel de Herrera, fiscal de la Audiencia de Buenos Aires (1789-1799). Derecho, asuntos indígenas, religión, administración, economía*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires.
- LUQUE COLOMBRES, Carlos (1990). "La protección de los naturales en Córdoba del Tucumán", *Revista chilena de Historia del Derecho*, 16, pp. 229-242.
- MALLO, Silvia (1990). "La mujer rioplatense a fines del siglo XVIII, ideales y realidad", *Anuario IEHS*, 5, pp. 117-132.
- (2004). "Pobreza y formas de subsistencia en el Virreinato del Río de la Plata a fines del siglo XVIII", en MALLO, Silvia, *La sociedad rioplatense ante la justicia*, La Plata, Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires Dr. Ricardo Levene, pp. 21-61.
- MAYO, Carlos (2004). *Porque la quiero tanto: Historia del amor en la sociedad rioplatense (1750-1860)*. Buenos Aires: Biblos.
- MARTIRÉ, Eduardo (2005). "La tolerancia como regla de gobierno de la Monarquía española en las Indias (siglos XVI-XVIII)", en ESCUDERO, José Antonio (ed.) *Intolerancia e Inquisición*, Madrid, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, pp. 31-46.
- McFARLANE, Anthony (2008). "Los ejércitos coloniales y la crisis del imperio español, 1808-1810", *Historia Mexicana*, 229, pp. 229-288.
- MILTON, Cynthia (2007). *The many meanings of poverty. Colonialism, Social Compacts, and Assistance in Eighteenth-Century Ecuador*. Stanford, California: Stanford University Press.

- MORENO, José Luis (comp.). *La política social antes de la política social (caridad, beneficencia y política social en Buenos Aires, siglos XVII a XX)*. Buenos Aires: Prometeo.
- NOVOA, Mauricio (2016). *The protectors of indians in the Royal Audience of Lima. History Careers and Legal Culture, 1575-1775*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff.
- PAROLO, María Paula (2005-2006). "Nociones de pobreza y políticas hacia los pobres en Tucumán en la primera mitad del siglo XIX", *Población & Sociedad*, 12-13, pp. 133-163.
- PAURA, Vilma (1999). "El problema de la pobreza en Buenos Aires, 1778-1820", *Estudios Sociales*, 17 Segundo Semestre, pp. 49-68.
- PUGLIESE, María Rosa (1996). "Los defensores de pobres y menores en el período indiano", en *500 años de Hispanoamérica, 1492 -Congreso Internacional- 1992*, vol. II, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo-Facultad de Filosofía y Letras, pp. 477-499.
- (2000). *De la justicia lega a la justicia letrada*. Buenos Aires: Junta de estudios históricos de San José de Flores.
- REBAGLIATI, Lucas (2013). "Los pobres ante la Justicia: discursos, prácticas y estrategias de subsistencia en Buenos Aires (1785-1821)", *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, 3<sup>o</sup> Serie 38, pp. 11-42.
- (2016). "Estrategias retóricas y cultura jurídica en el Buenos Aires virreinal: los defensores de pobres en procesos criminales (1776-1809)", *Revista de historia del derecho*, 51, pp. 127-163.
- (2017). "Presos y Defensores de pobres en Buenos Aires (1776-1810): Condiciones de vida y peticiones de libertad", *Revista de historia americana y argentina*, 52 (1), pp. 33-69.
- (2019). "Dios y el rey son contentos que los siervos lleguen a su libertad. Esclavos y Defensores de pobres en el Buenos Aires tardocolonial", *Prohistoria*, 32, pp. 35-67.
- RUIGÓMEZ GÓMEZ, Carmen (1988). *Una política indigenista de los Habsburgo: el protector de indios en el Perú*. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica.
- SÁENZ VALIENTE, José María (1950). *Bajo la campana del Cabildo, Organización y funcionamiento del Cabildo de Buenos Aires después de la revolución de Mayo (1810-1821)*. Buenos Aires: Kraft.
- SARAVIA SALAZAR, Javier Iván (2011-2012). "La evolución de un cargo: la Protectoría de Indios en el virreinato peruano", *Desde el Sur*, 4 (1), pp. 27-56.
- SCOTT, Rebecca (1989). *La emancipación de los esclavos en Cuba: La transición al trabajo libre, 1860-1899*. México: Fondo de Cultura Económica.
- SERULNIKOV, Sergio (2006). *Conflictos sociales e insurrección en el mundo colonial andino: El norte de Potosí en el siglo XVIII*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- STERN, Steve (1986). *Los Pueblos indígenas del Perú y el desafío de la conquista española*, Madrid: Alianza.

- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (2001). *El poder de la costumbre. Estudios sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor & AGÜERO, Alejandro (coords.). (2013) *El Derecho local en la periferia de la monarquía hispana. Río de la Plata, Tucumán y Cuyo. Siglos XVI-XVIII*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- ZAMORA, Romina (2017). *Casa poblada y buen gobierno: economía católica y servicio personal en San Miguel de Tucumán, siglo XVIII*. Buenos Aires: Prometeo libros.
- ZAPATA de BARRY, Ana María (2013). *El defensor de pobres como defensor de esclavos (1722 a 1839)*. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur.
- ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo (1952). *La organización judicial argentina en el período hispánico*. Buenos Aires: Librería del Plata.
- (1956). *Los cabildos argentinos*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad.

#### Fuentes consultadas:

- Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires* (1925-1933), Serie II, Tomos I-IX (1701-1750), Serie III, Tomos I-XI (1751-1800). Serie IV, Tomo I (1801-1804). Buenos Aires: Kraft.
- Archivo General de la Nación, Sala IX, Tribunales-expedientes sin letra, 35-7-3, exp. 11, 1766-1785. 36-9-4, exp. 11, 1772-1776.
- Archivo General de la Nación, Sala IX, Tribunales sin letra, 36-4-6, 1780. 39-4-5, 1790.
- Archivo General de la Nación, Sala IX Tribunales-expedientes con letra, 41-5-2, exp. 15, 1772-1779. 40-2-6. exp. 3, 1776. 40-8-2, exp. 2, 1780. 40-8-3, exp. 5, 1788. 41-3-3, exp. 10, 1796. 40-7-1, exp. 26, 1799.
- Archivo General de la Nación, Sala IX, Archivo del Cabildo, 19-5-3, folio 84-86, 1804.
- Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Real Audiencia, Informaciones de pobreza, 7.5.8.49, 1786. 7.5.8.62, 1785. 7.5.8.70, 1786. 7.5.8.76, 1786. 7.5.8.99, 1790. 7.5.8.90, 1791. 7.5.7.90, 1794. 7.5.8.105, 1799.
- Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Juzgado del Crimen, 34-1-9-18, 1777. 34-1-9-39, 1778. 34-1-10-41, 1780. 34-1-10-50, 1780. 34-1-11-12, 1781. 34-1-13-26, 1784. 34-1-16-33/1, 1790. 34-1-18-26, 1793. 34-1-18-27, 1794. 34-2-24-54, 1799. 34-2-25-10, 1800. 34-2-27-6, 1802.
- Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Superintendencia Provincial, 7.2.11.25, 1786-1804.
- Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Civil Provincial, 5.1.12.3, 1786.
- Bandos de los virreyes y gobernadores del Río de la Plata* (1741-1809), Don Joseph de Andonaegui, Buenos Aires, 12 de junio de 1755, Archivo General de la Nación, Sala IX 8-10-2, folios 116-117.
- Diccionario de Autoridades*, edición de 1732. Disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es)

- Documentos para la historia argentina. Vol. XI. Territorio y población: Padrón de la ciudad de Buenos Aires (1778)* (1919). Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras-Universidad de Buenos Aires.
- ESSEX VIDAL, Emeric (1999). *Buenos Aires y Montevideo*. Buenos Aires: Emecé.
- GILLESPIE, Alexander (1986) *Buenos Aires y el interior*, Buenos Aires: Hyspamérica.
- PARISH ROBERTSON, John & PARISH ROBERTSON William (2000). *Cartas de Sudamérica*. Buenos Aires: Emecé.
- UN INGLÉS (2002). *Cinco años en Buenos Aires (1820-1825)*. Buenos Aires: Taurus.



**Aaron Benanav (2021). La automatización y el futuro del trabajo. Madrid: Traficantes de Sueños. ISBN: 978-84-123398-6-4, 193 páginas**

Por Carla Roggi\*

Fecha de recepción: 13/09/2023  
Fecha de aceptación: 26/10/2023



Ante un escenario de constante avance tecnológico que transforma e incide en la manera en la que vivimos y trabajamos, Benanav<sup>1</sup> esboza una respuesta distinta a la de los teóricos de la automatización que sostienen que el “galopante cambio tecnológico está destruyendo empleos” (Benanav, 2021, p. 14) y que el masivo desempleo sólo podrá paliarse con una renta básica universal<sup>2</sup>. Por el contrario, para él, la subdemanda crónica de mano de obra, las recuperaciones económicas sin creación de empleo, el estancamiento de los salarios y la inseguridad laboral responden a otra causa: la ralentización de la productividad del trabajo debido a una crisis de inversión a consecuencia de la poca rentabilidad industrial y del sector de servicios, provocada por décadas sucesivas de exceso de capacidad y competencia.

Bajo esta premisa, el autor recorre la economía mundial y su fuerza laboral durante los último cincuenta años, haciendo foco en los bajos niveles de demanda de trabajo; analiza las propuestas políticas que plantean respuestas al problema y presenta una alternativa propia que apunta hacia un mundo post escasez -que el autor define como aquel en el que todos los individuos tengan garantizado todo lo necesario para vivir- y de seguridad material.

---

\* Abogada y Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). ORCID: 0009-0005-4663-0221. Correo electrónico: carlaroggi@derecho.uba.ar. Agradezco las lecturas generosas y aportes constructivos de Héctor Omar García y Jorge Afarian.

<sup>1</sup> Historiador económico y teórico social. Sus líneas de investigación incluyen la historia económica mundial de los siglos XIX y XX, el desarrollo económico, la dinámica del mercado laboral, el desempleo y la desigualdad.

<sup>2</sup> Dentro de quienes sostienen este discurso, el autor cita –entre otros- a Claire Cain Miller, Andy Kessler, Eduardo Porter, Kevin Roose, Andrew Yang, Andy Stern.



En el primer capítulo titulado “El discurso de la automatización”, Benanav analiza las cuatro proposiciones sobre las que, él afirma, descansa el discurso de la automatización: i) el “desempleo tecnológico” provocado por el desplazamiento de trabajadores debido a la utilización de máquinas cada vez más avanzadas; ii) a consecuencia de lo anterior, nos encontramos al límite de la sociedad automatizada en la que prácticamente todo el trabajo será realizado por máquinas y ordenadores inteligentes; iii) aunque la automatización debería suponer la liberación del trabajo de la humanidad, eso no se configura en la práctica ya que la mayoría de las personas debe trabajar para poder vivir; iv) la respuesta ante un escenario de desempleo masivo es la renta básica universal (incluso tenida en cuenta por las élites de Silicon Valley: Bill Gates, Mark Zuckerberg, Elon Musk), que quiebre el nexo entre ingreso y trabajo (Benanav, 2021, p. 25). En respuesta a estas posiciones, Benanav sostiene sus cuatro contraargumentos: i) no es la innovación tecnológica la causa de la disminución sostenida de la demanda de mano de obra de las últimas décadas, sino un cambio técnico continuo en un contexto de profundo estancamiento tecnológico; ii) la subdemanda de mano de obra no se manifiesta como desempleo masivo, sino como subempleo; iii) el trabajo mal pago seguirá siendo aceptado por parte de las élites y, por lo tanto, los avances tecnológicos no supondrán la implementación llana de soluciones como la renta básica universal; iv) la respuesta debe ser a través de la lucha social para alcanzar un mundo de abundancia (Benanav, 2021, p. 41).

En el segundo capítulo, “La desindustrialización global del trabajo”, Benanav explica por qué es errada la idea sostenida por los teóricos de la automatización de que “se producen más bienes, pero con menos trabajadores” (Benanav, 2021, p. 49). Por el contrario, afirma -siguiendo al economista Robert Brenner- que la desindustrialización se origina gradualmente luego de la Segunda Guerra Mundial, a consecuencia de la sobrecapacidad de productos manufactureros de los mercados mundiales. En el caso de los países de renta alta, se produjo a finales de 1960, cuando los niveles de ingresos per cápita de Estados Unidos, Japón y Europa se volvieron similares. Luego, el proceso de desindustrialización se extendió a los países de renta media y baja: a finales de 1970 llegó al sur de Europa, gran parte de América Latina y partes de Asia oriental y sudoriental, y

durante 1980 y 1990 al sur de África. Para fines del siglo XX, la desindustrialización era un mal propagado a nivel global.

Siguiendo su tesis (desindustrialización a causa de sobrecapacidad global), el autor afirma que la sobrecapacidad permite explicar el motivo por el cual la desindustrialización estuvo acompañada por un continuo empeño por desarrollo tecnológico que permitiera ahorrar costo de mano de obra y, además, por la constitución de cadenas de distribución que implicaran reducción de costo de mano de obra y mayor impacto ambiental negativo. En ese sentido, destaca que, a partir de 1960, cuando los productos japoneses y alemanes de bajo costo invadieron el mercado estadounidense, la alta productividad laboral no era una barrera local suficiente para hacer frente a la competencia contra otros países con salarios más bajos. La reacción de las multinacionales estadounidenses fue globalizar la producción, construyendo cadenas de suministro internacionales, trasladando la producción a “zonas donde se pagaban salarios más bajos y se utilizaba menos tecnología, beneficiándose también de unas legislaciones más laxas en cuanto a contaminación y seguridad laboral” (Benanav, 2021, p.67). Esta tendencia fue seguida por otros países y, a medida que las cadenas de suministro internacionales de diferentes países crecían, las empresas de cada vez más países fueron eyectadas a la competencia del mercado mundial.

En el capítulo tercero, titulado “A la sombra del estancamiento”, el autor afirma que desde 1970, cuando el sector manufacturero se fue estancando a nivel global, ningún otro sector reemplazó a la industria como motor del crecimiento económico y se produjo un aumento de la cantidad de trabajadores acumulados en empleos poco productivos, mayoritariamente en el sector de servicios. Al mismo tiempo, el autor apunta que la desindustrialización vino acompañada de una acumulación de capital financiero en busca de rendimientos de activos líquidos en lugar de inversiones a largo plazo de capital fijo. Estas burbujas financieras crean un “efecto riqueza” a medida que van creciendo, pero cuando estallan generan largos períodos de crisis económicas y una lenta recuperación y crecimiento que evidencia “la ausencia de un motor sostenible de crecimiento alternativo a la manufactura” (Benanav, 2021, p. 82).

Sobre la incidencia de los cambios tecnológicos, Benanav sostiene que pueden provocar, como causa secundaria, la destrucción de empleo en masa en una economía que

crece lentamente, aunque efectúa algunas consideraciones respecto a su incidencia en la pérdida de empleo para explicar “por qué hablar de <automatización> puede ser un término engañoso para la manera en que habitualmente se produce esa pérdida” (p. 90). En ese sentido, afirma que el objetivo de las empresas es desarrollar tecnologías que les permitan obtener resultados rentables. Y que estas tecnologías distan de ser <socialmente neutras>; “el control del capital sobre el proceso de trabajo sigue siendo fundamental” (Benanav, 2021, p. 92). Es decir, el autor resalta la importancia de distinguir qué senderos toman las empresas a la hora de invertir en desarrollos tecnológicos, y afirma que antes de promover desarrollos que permitan empoderar a los trabajadores, se privilegian los desarrollos que permiten una detallada vigilancia sobre estos.

En el cuarto capítulo, titulado “Una baja demanda de trabajo”, el autor describe cómo han sido los procesos de subdemanda de trabajo, a escala global, a consecuencia de la desaceleración del crecimiento económico, para pasar, desde 1970 a la actualidad, del desempleo a formas de subempleo o empleo precario. Con distintas particularidades en Estados Unidos, Europa, Asia, Latinoamérica y China, Benanav expone cómo en el crecimiento estancado de las economías, el trabajo “estándar” con protección laboral ha disminuido dando paso, no ya al desempleo, sino a otras formas de trabajo “no estándar” caracterizado por la inseguridad y la desprotección laboral.

En “¿Balas de plata?”, el quinto capítulo, Benanav se aboca al análisis crítico de las alternativas postuladas para dar respuesta a qué hacer frente a la economía global caracterizada por la baja demanda de trabajo. Por un lado, analiza la propuesta del “keynesianismo reactivado”, sostenida por los keynesianos radicales, que apunta a inducir niveles elevados de inversión pública y legislar una reducción de la semana laboral para absorber el excedente global de trabajo. Por el otro, analiza la propuesta de la renta básica universal sostenida por los teóricos de la automatización, tanto desde concepciones de derecha extrema -que resalta el individualismo y la formación de “asociaciones voluntarias” que sustituyan las instituciones estatales que dan respuesta a determinadas demandas sociales- como de izquierda extrema -que abona la idea de una vida más allá del trabajo asalariado, la renta básica universal como camino a hacia el pleno *desempleo*, un mundo completamente automatizado, un umbral elevado de ingresos que

permita a los trabajadores negarse a trabajar y tener la libertad de dedicarse a sus aficiones.

Luego del análisis crítico de ambas propuestas, que a su criterio no cuestionan el funcionamiento propio del capitalismo, Benanav concluye en que ambas encuentran la misma limitación: la huelga de capitales, es decir, “la prerrogativa de los dueños del capital de arrojar a la sociedad al caos por medio de la desinversión y la huida del capital” (Benanav, 2021, p. 160). Desde esa perspectiva, finaliza el capítulo introduciendo su propia propuesta: la conquista de la producción como camino posible hacia el futuro de la post escasez.

En el sexto y último capítulo, titulado “Necesidad y libertad”, Benanav presenta su perspectiva, a partir de las oportunidades y tensiones que definen el desarrollo tecnológico bajo el sistema capitalista, de un mundo potencial en el cual -aunque la automatización no necesariamente sea predominante- se pueda aligerar significativamente la carga laboral mediante la utilización de la tecnología disponible, al mismo tiempo que se distribuyan y compartan de manera justa y equitativa las labores que aún deban llevarse a cabo. De esta forma, se abre la posibilidad para que todas las personas puedan realizar las actividades que verdaderamente deseen y decidan qué hacer con su propio tiempo. A partir de autores como Marx, Moro, Cabet y Kropotkin, el autor esboza la idea de reorganización social en dos esferas interrelacionadas: la de la necesidad y la de la libertad, con abolición de la propiedad privada y el dinero, el abandono de distinción entre trabajo asalariado y no asalariado, la utilización de tecnología para reducir la cantidad de trabajo necesario y el fortalecimiento del aspecto comunitario y las organizaciones sociales. En sus palabras, “sobre la base de la conquista de la producción, unos individuos plenamente capacitados podrían resolver el problema contemporáneo de la persistente sobredemanda de trabajo en una dirección socialmente emancipadora” (Benanav, 2021, p.172).

Finalmente, en el epílogo “Agentes de cambio”, el autor hace hincapié en el rol de los movimientos sociales para una reestructuración radical de la vida social, puesto que aquel mundo post escasez que él presenta no va a surgir del avance tecnológico ni de reformas tecnocráticas. En esa línea, sostiene que solo la clase trabajadora, junto con los demás grupos de explotados y oprimidos (y cita como ejemplo al movimiento piquetero

argentino) (Benanav, 2021, p.192), puede llevar adelante la disputa del control de la producción -hoy en manos de capitalistas- que, lejos de utilizar los avances tecnológicos para la liberación del trabajo, los convierte en herramientas en contra de la clase trabajadora.

A lo largo de la obra, el autor respalda sus afirmaciones de manera minuciosa mediante el uso de datos, gráficos e informes, presentando una explicación sólidamente fundamentada. Su hipótesis sostiene que la destrucción de empleos no se debe principalmente a la automatización, sino más bien al estancamiento económico por saturación global de mercados, a la insuficiente creación de puestos de trabajo y a su falta de calidad. Esto no implica que Benanav subestime la relevancia de la automatización, sino que la ve como un factor secundario. Tal vez su propuesta política para la transición hacia el mundo post escasez no termina de desarrollar en profundidad el “cómo” de la conquista de la producción para alcanzar un nuevo modo de existencia social. Sin embargo, Benanav ofrece en este libro un estudio contemporáneo y perspicaz en el que problematiza la idea de la automatización como flagelo del trabajo, a la vez que propone una interesante perspectiva que merece la atención de aquellas personas que se sienten interpeladas frente al escenario económico global, la tecnología, las crisis del empleo e interesadas en el devenir del trabajo.

### **Bibliografía:**

BENANAV, Aaron (2021). *La automatización y el futuro del trabajo*. Madrid: Traficantes de Sueños.

**Cecilia Marcela Hopp (2023). Maternidades enjuiciadas. Delitos de comisión por omisión, Buenos Aires: Argentina, Ediciones Didot, 452 páginas**

Por Lucía Montenegro\*

Fecha de recepción: 20/11/2023

Fecha de aceptación: 2/12/2023



Este libro es la culminación de muchos años de investigación que derivaron en esta tesis doctoral de Cecilia Hopp. Es una obra que, en palabras de su codirectora de tesis Julieta Di Coletto constituye “...un estudio profundo sobre derecho penal y procesal penal que, con las herramientas metodológicas de la teoría legal feminista, reflexiona sobre las implicancias del juzgamiento en el ejercicio de la función maternal”. Por ese motivo, se erige como una herramienta fundamental para pensar los casos de mujeres imputadas por delitos de comisión por omisión, una estructura que de forma estereotipada y a través de procesos propios de la discriminación por motivos de género, culpabiliza, condena y encarcela mujeres por ser “malas madres” (Hopp, 2023, p. 11).

En la obra Hopp analiza, desde múltiples aspectos, los mecanismos jurídicos, mujeres que maternan de acuerdo a un sistema de imputación que se limita a reproducir las mismas lógicas patriarcales. En este sentido, su trabajo visibiliza las grietas de una teoría del delito que, utilizando los estereotipos de género clásicos aplicados al rol de las mujeres en la maternidad y las tareas de cuidado, las condena por haber omitido realizar conductas de prevención o salvamento que no tenían la capacidad física de realizar o que sólo podrían haber actuado con un gran peligro para sí mismas.

La Dra. Hopp comienza su obra relatando dos casos que, contrapuestos, dan cuenta de una justicia que condena a mujeres que defienden a sus hijos, pero también las condena cuando no lo hacen. Estos ejemplos dan cuenta, desde las primeras líneas de la obra, de

---

\* Profesora adjunta interina del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora titular, Universidad Nacional Madres de Plaza de Mayo (UNMa). Integrante de la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho de la UBA. ORCID: 0009-0007-3957-5812. Correo electrónico: luciamontenegro@derecho.uba.ar

las falencias que posee la justicia (patriarcal) a la hora de analizar, conforme a los estándares legales y constitucionales, la imputación a las “malas madres”. En sus propias palabras, su libro “propone un diálogo entre la teoría del delito, en particular la dogmática sobre los delitos de omisión y los estudios sobre el debido proceso penal, con los aportes realizados por los estudios feministas”. Es por este motivo que la obra funciona como un verdadero aporte que toma un viejo y muy utilizado concepto de los estudios de género: la mirada a través de los “lentes violetas”. En efecto, el análisis detallado y minucioso que realiza magistralmente la autora en la obra, nos permite incorporar múltiples herramientas teóricas y conceptuales para el análisis y litigio de los casos que relata y, a la vez, para repensar por completo y con un marco teórico fuerte, la división sexual del trabajo en materia de responsabilidad por los cuidados de hijos e hijas.

En este sentido, la autora parte de la hipótesis de que “los estándares tradicionales de imputación de los delitos de omisión y las reglas básicas del debido proceso penal podrían ser desplazados por la aplicación de estereotipos e idealizaciones acerca del comportamiento que debe observar una ‘buena madre’” (Hopp, 2023, p. 25). De este modo, se generan estándares diferenciados de imputación que derivan en prácticas discriminatorias, asociadas a la necesidad de impedir la impunidad de la violencia extrema contra niños y niñas (Hopp, id.).

En el capítulo 1, “Maternidad y derechos de las mujeres”, la autora analiza la evolución en el reconocimiento y conquista de los derechos de las mujeres en distintos ámbitos de la vida civil y política. En particular, aborda los campos de la educación, el sufragio, el derecho al trabajo (especialmente el acceso a licencias por maternidad y las particularidades de la jornada laboral), la filiación y las responsabilidades parentales como modeladoras de la posición social de las mujeres; el derecho a la salud y, finalmente, la relación entre maternidad y derecho penal. En el segundo capítulo, “Estereotipos sobre la maternidad: juzgar a las madres desde perspectivas idealizadas”, Hopp recaba los distintos estereotipos que pesan sobre las mujeres madres y los estigmas que se forman sobre sus capacidades, posibilidades y expectativas de su rol en la sociedad. Este apartado, fundamental para su hipótesis de trabajo, es determinante a la hora de comprender las bases sobre las cuales la autora analizará los más de 50 casos que recabó para esta tesis. Particularmente, reúne los estereotipos sobre las mujeres madres definidos en la



literatura feminista: la madre que todo lo sacrifica, la madre que todo lo sabe, la madre que todo lo puede y la madre cuidadora. Asimismo, realiza una lograda interpretación sobre la pobreza en relación con la “mala maternidad”, para concluir que, en adición a los preconceptos organizados en torno a la maternidad, se espera de las mujeres que tengan un nivel de educación y acceso a servicios básicos tal que, de no tenerlo, eso supone mayor peligro para sus hijos e hijas y, por ende, una exposición mayor a imputaciones penales. Finalmente, en este apartado la autora considera los casos de mujeres imputadas como derivación de la muerte de sus hijos e hijas recién nacidas en partos no asistidos y ocurridos en un contexto de higiene y salubridad no aptos para su supervivencia.

En el tercer capítulo, “Violencia y espacio privado: las dinámicas y los efectos de la violencia en las relaciones íntimas”, la autora estudia el fenómeno de la violencia de género en las relaciones de pareja o intrafamiliares, contexto en el cual ocurren muchos de los casos que desde la dogmática penal analizamos desde la óptica de la comisión por omisión. En este sentido, las exigencias sobre las mujeres madres que se encuentran en contexto de violencia se suman a aquellas que tienen por su rol: se espera de ellas que se retiren del hogar y terminen la relación con su agresor. Así, desde el derecho se desconoce la situación de violencia psicológica, económica en la que se encuentran inmersas las mujeres y la maternidad se suma como condición de vulnerabilidad a la ya presente teniendo en cuenta el contexto mismo de violencia de género. Por último, este apartado también da cuenta de los casos de femicidios vinculados, es decir, aquellos en los que se da muerte a personas que tienen un vínculo afectivo o familiar con las mujeres, con el objetivo de castigarlas y destruirlas psicológicamente.

En el cuarto capítulo, “Discriminación en la imputación penal”, la Dra. Hopp aborda de forma pormenorizada las trampas de la neutralidad de la teoría del delito. En esta línea, analiza la forma en la que la doctrina penal clásica alemana, de la que deriva en gran parte la nuestra, no sólo dista de ser neutra, sino que para los delitos de omisión utiliza la figura de la madre y su relación con sus hijos e hijas de forma estereotipada y sesgada, poniendo en sus hombros las tareas de cuidado y provisión de los medios de supervivencia de niños y niñas. Este es, a mi juicio, el capítulo central de la tesis de Hopp. Aquí, se ha dedicado a desarmar y analizar de forma pormenorizada cada una de las categorías de la teoría del delito y sus subcategorías para dar cuenta de cómo el derecho penal condena a las mujeres

incluso por fuera de aquellas interpretaciones que se utilizarían en cualquier otro caso de omisión que no involucrara a mujeres madres. Este capítulo, aparte de su riqueza conceptual, es una verdadera herramienta para el litigio y análisis de los casos de mujeres que no satisfacen los roles estereotipados de “buenas madres” y que son imputadas a título de “comisión por omisión”, pues permite abordar cada uno de los aspectos y requisitos establecidos en la ley o creados por doctrina y jurisprudencia desde una perspectiva de género transversal.

En el quinto capítulo, “Discriminación en el proceso penal”, la autora analiza la existencia de diversos prejuicios, estereotipos y sesgos en la investigación de los casos, la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar de coerción y, especialmente, en la ineficacia de la defensa que las asistía. En esta línea, la Dra. Hopp detectó en su investigación una enorme cantidad de irregularidades en los procesos que analizó en profundidad, demostrando que las prácticas discriminatorias no se reducen al análisis de la teoría del delito y los problemas de imputación, sino que se convierten en una serie de violaciones a la garantía del debido proceso, la defensa en juicio y el *in dubio pro reo*, entre otras.

En el sexto capítulo, “La criminalización de las madres como política de desprotección de la niñez”, Hopp aborda el problema de la ausencia del Estado a la hora de proteger a las niñas, desprotección que luego, es suplida y teóricamente compensada con la persecución de las mujeres que no pudieron sustraer a sus hijos e hijas de una violencia que el Estado, incumpliendo su deber de diligencia reforzada, no hizo nada para evitar. En particular, estudia las políticas públicas en materia de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres en los múltiples poderes estatales y el marco legal local e internacional. A su vez, considera nuevamente el cuidado y la protección de niños y niñas como un problema históricamente privado y sus múltiples interacciones con el mundo de lo público, en particular con la educación, la salud y la pobreza como condición de desprotección.

Por último, en el capítulo final de su tesis, “La lucha contra la violencia de género y la criminalización de las madres en Estados Unidos y Argentina”, la autora examina y pondera la producción académica norteamericana como fundamental para la construcción de sentido y análisis de los casos que seleccionó para su tesis. Así, compara

y contrasta casos de la jurisprudencia argentina y de la norteamericana, explicando las similitudes entre los procesos legales, sociales y políticos en ambos países y las consecuencias sobre el tratamiento de los casos de “malas madres”. De este modo, realiza un cotejo de casos y situaciones que ayuda a entender la similitud de las formas de imputación sobre la base de estereotipos; las faltas y fallas en el proceso de investigación entre otras cuestiones que nos alejan de las históricas diferencias entre el tratamiento del derecho anglosajón y el del continental europeo y da cuenta de mayores cercanías de las pensadas.

En resumen, la tesis de Cecilia Hopp constituye una pieza fundamental para el estudio del derecho penal y procesal penal con perspectiva de género en uno de los problemas que, hasta ahora, no había sido investigado con este nivel de profundidad y meticulosidad. Su trabajo, en palabras de Di Corleto “muestra la fragilidad teórica de muchos de los estamentos de la teoría del delito, en especial de los delitos de omisión; ilumina las fisuras de un aparato conceptual que es muy permeable a la discriminación de género y, finalmente, llama la atención sobre las consecuencias discriminatorias que tiene el proceso cuando el ideal de maternidad tiene un rol clave en la construcción de la imputación penal” (Hopp, 2023, p. 25).

### **Bibliografía:**

- HOPP, Cecilia (2023). *Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- (2017) “‘Buena madre’, ‘buena esposa’, ‘buena mujer’. Abstracciones y estereotipos en la imputación penal”. En DI CORLETO, JULIETA (comp.), *Género y Justicia Penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot.