

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

SUMARIO

Presentación. *Omar Carranza*

Prefacio. Nihil intentatum. *Gustavo E. Barbarán*

INVESTIGACIONES

El principio de libre determinación de los pueblos y su aplicación en el caso de los pueblos originarios. *Gustavo Barbarán / Víctor Toledo*

Análisis del marco institucional vinculado a la implementación de salvaguardas REDD + en la Provincia de Salta. *Elizabeth Safar*

Infancia, niñez en riesgo, vulnerabilidad infantil, ¿Qué reflejan estos conceptos? *Silvina Abud Rodríguez*

Educación y desigualdad. Desarrollo progresivo del derecho a la educación y su situación en Argentina. *Federico Alejandro De Singlau*

Abordando la seguridad pública desde la Filosofía del Derecho. *Mariano Gialdino*

El trabajo: construcción socio-histórica y su importancia para la vida social. *Melisa Languasco*

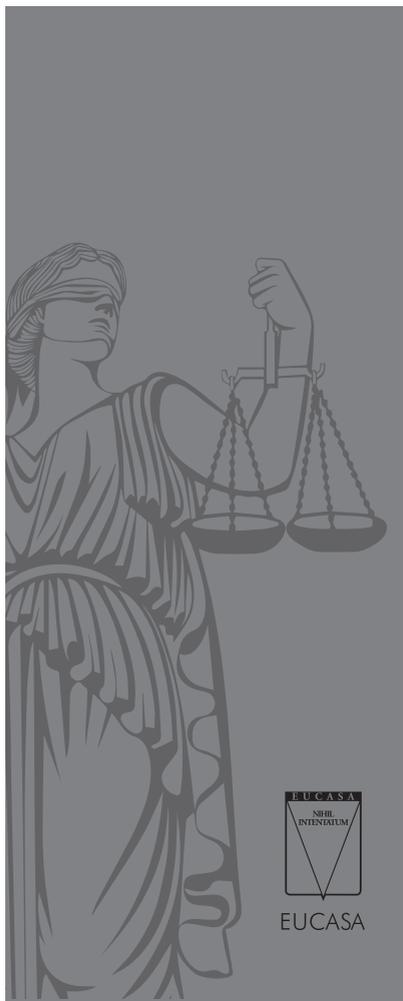
JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Dilemas de la argumentación jurídica ante la protección constitucional/convencional de los derechos humanos. Una reflexión desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Renato Rabbi Baldi*

Situación de adoptabilidad: "Cuando ser de la familia no es suficiente (comentario a un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta). *Ivanna Chamale de Reyna*

RESEÑAS

Los derechos de la Persona en el nuevo Código Civil y Comercial - Aproximación a algunos aspectos novedosos. *Beatriz Escudero*



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA
(UCASAL)

OMNIA. Derecho y Sociedad
Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas
Nº 1 | 2018

CONSEJO EDITOR

Director: Ab. Omar Carranza / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Secretario: Mg. Lic. Victor F. Toledo / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

- Dra. Úrsula Basset / Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina / Miembro del Comité Directivo de la International Academy of the Jurisprudence of the Family
- Dra. Cecilia Blanco / Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Nacional de Córdoba - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS)
- Mg. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas / Grupo Persona, Instituciones y Exigencias Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia
- Lic. Martín Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) -CONICET
- Lic. Roberto Washington González / Licenciatura en Criminalística y Perito en Accidentología de la UCASAL
- Ab. Juan Carlos Pérsico / Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata - Instituto de Derecho Internacional Público del Colegio de Abogados de La Plata (CALP)
- Lic. Alejandro Gabriel Safarov / Licenciatura en Relaciones Internacionales, Universidad Católica de Santiago del Estero
- Dra. Irene Vasilachis de Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

COMITÉ EVALUADOR

- Mg. Prof. Mariela Elsa Capaldo / Escuela de Formación y Perfeccionamiento Docente de la UCASAL
- Mg. Neli Amalia Sarmiento / Secretaría General de la UCASAL
- Ab. Marta Tejerizo / Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán - Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino
- Mg. Lic. Paula Ulivarri / Facultad de Artes y Ciencias de la UCASAL
- Mg. Claudina del Valle Xamena / Poder Judicial de la Provincia de Salta - Secretaría de Primera Instancia del Fuero de Concursos, Quiebras y Sociedades

ISSN xxxx-xxxx (on line)

ISSN xxxx-xxxx (papel)

Domicilio editorial: Campus Universitario Castaños - 4400 Salta - Argentina

Tel./fax: (54-387) 4268609

E-mail: revistaomnia@ucasal.edu.ar

web: www.ucasal.edu.ar/eucasa

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Nº 1 • 2018



EDICIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA
SALTA - ARGENTINA

Omnia. Derecho y sociedad es la revista científica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, Argentina, creada en el año 2018 y publicada bajo el sello EUCASA (Ediciones Universidad Católica de Salta). Es una publicación de periodicidad anual que reúne colaboraciones que versan sobre temas de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Se recogen en ella artículos científicos, ensayos, textos sobre jurisprudencia y doctrina y reseñas de libros. La revista cuenta con las siguientes secciones: investigaciones, jurisprudencia, doctrina y reseñas de libros.

El nombre de la revista, *Omnia*, obedece a dos razones. En primer lugar, se trata de una publicación que involucra a todas las carreras que se imparten en la Facultad. En segundo lugar, se busca dar cabida al más amplio abordaje de los temas de interés de la revista. La denominación “derecho y sociedad” define un contenido disciplinar propio de las ciencias sociales.

Esta publicación ha sido creada con el fin de promover la divulgación del conocimiento generado en la Facultad de Ciencias Jurídicas como producto de sus funciones sustantivas de investigación, docencia y extensión, así como favorecer la construcción de vínculos con otras instituciones nacionales e internacionales.

Omnia. Derecho y Sociedad is the scientific journal of the Faculty of Legal Sciences of Universidad Católica de Salta, Argentina. It was created in 2018 and published under the EUCASA seal (Universidad Católica de Salta). It is an annual publication that brings together collaborations that deal with issues of legal, political and social sciences. It includes scientific articles, essays, texts on jurisprudence and doctrine and book reviews. The magazine has the following sections: Research, Jurisprudence, Doctrine and Book Reviews.

There are two reasons behind *Omnia*, the name of the journal. In the first place, the publication involves all the degree courses that are taught in the Faculty. Secondly, it seeks to provide extensive treatment of topics of interest for the journal. The denomination *Law and Society* defines disciplinary content within the social sciences.

This publication has been created with the purpose of promoting the dissemination of knowledge generated in the Faculty of Legal Sciences as a result of its substantive functions: research, teaching and extension, as well as favoring the building of links with other national and international institutions.

Sumario

Presentación	5
Omar Carranza	

Prefacio. <i>Nihil intentatum</i>	7
Gustavo E. Barbarán	

INVESTIGACIONES

<i>El principio de libre determinación de los pueblos y su aplicación en el caso de los pueblos originarios</i>	11
Gustavo Barbarán / Víctor Toledo	

<i>Análisis del marco institucional vinculado a la implementación de salvaguardas REDD + en la Provincia de Salta</i>	29
Elizabeth Safar	

<i>Infancia, niñez en riesgo, vulnerabilidad infantil, ¿Qué reflejan estos conceptos?</i>	51
Silvina Abud Rodríguez	

<i>Educación y desigualdad. Desarrollo progresivo del derecho a la educación y su situación en Argentina</i>	63
Federico Alejandro De Singlau	

<i>Abordando la seguridad pública desde la Filosofía del Derecho</i>	87
Mariano Gialdino	

<i>El trabajo: construcción socio-histórica y su importancia para la vida social</i>	105
Melisa Languasco	

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

<i>Dilemas de la argumentación jurídica ante la protección constitucional/convencional de los derechos humanos. Una reflexión desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	113
Renato Rabbi Baldi	

Situación de adoptabilidad: “Cuando ser de la familia no es suficiente (comentario a un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta) 127
Ivanna Chamale de Reyna

RESEÑAS

Los derechos de la Persona en el nuevo Código Civil y Comercial – Aproximación a algunos aspectos novedosos 137
Beatriz Escudero

PERFIL ACADÉMICO-PROFESIONAL DE LOS AUTORES

GUÍA PARA AUTORES

Presentación

O*mnia. Derecho y Sociedad* es la publicación a través de la cual la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta se propone difundir la producción científica y académica de sus investigadores, docentes y estudiantes de la Facultad así como de los externos a ella.

La difusión del conocimiento científico es una actividad indispensable para su validación. *Omnia. Derecho y Sociedad* tiene el propósito de constituirse en un canal que visibilice y legitime la actividad científica y académica desarrollada por las distintas carreras que se imparten en la Facultad, llevando adelante una política de publicaciones de forma sistemática y continua.

En este primer número, contamos con el aporte de investigadores y docentes cuyos tra-

bajos son el resultado de trabajos en curso o concluidos; ensayos científicos; análisis de doctrina y jurisprudencia y reseñas bibliográficas. Sus propuestas y reflexiones nos animan a continuar el camino iniciado.

Del mismo modo, invitamos a quienes deseen efectuar publicaciones en consonancia con los objetivos propuestos, para que acerquen sus colaboraciones a fin de que estas sean incluidas en los próximos números de la revista.

Agradecemos especialmente a los autores de los trabajos presentados, así como a los integrantes del Consejo Editor y del Comité Evaluador, quienes generosamente acompañan a la Facultad en esta empresa y la respaldan con su prestigio y compromiso.

El Director

Nihil intentatum

Existen diversas formas de afianzar la calidad académica de las universidades. Una de ellas, y de primera magnitud, es la publicación de artículos científicos cuya autoría corresponda a los integrantes del claustro docente.

Mientras la Universidad Católica de Salta va acreditando paulatinamente distintas carreras de grado, resulta imprescindible contar con una publicación que haga de la necesidad, virtud. Las evaluaciones —como se sabe— abarcan docencia, investigación y extensión. Por ende, el sano ejercicio de volcar comentarios, reflexiones, experiencias, posturas o críticas en trabajos pacientemente elaborados, contribuye invariablemente a elevar el nivel de las tres dimensiones mencionadas, íntimamente entrelazadas. Asimismo permite medir la propia calidad mediante la compulsión con experiencias similares, sin otro objeto que mejorar un poco cada día.

La Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL, en formato digital, nos permitirá interactuar con expresiones simila-

res, perseverando presencia en la red. Por tal razón, y al efecto de compatibilizar con los estándares internacionales, también queda abierta a docentes e investigadores de todo el mundo. Particular interés adquiere en este tiempo, ya que la Carrera de Abogacía se encuentra en proceso de acreditación ante la CONEAU.

Su destinataria inmediata es nuestra comunidad universitaria, la cual, dada la amplitud geográfica de la UCASAL, abarca prácticamente a docentes y alumnos de todo el país. En materia digital, ya nada puede asombrar, y eso es a la vez fortaleza y oportunidad.

Seamos los docentes, entonces, encargados de asumir el desafío de mantener su continuidad y perfeccionarla sin pausa.

Hemos titulado este prefacio con el lema de la UCASAL, cuyo profundo sentido proviene del pensamiento theillardiano. Y nunca más oportuno al inicio de este camino.

Ab. Prof. Gustavo E. Barbarán
Jefe de la Carrera de Abogacía

Investigaciones

El principio de libre determinación de los pueblos y su aplicación en el caso de los pueblos originarios

The Principle of Self-determination of Peoples and its Application in the Case of Indigenous Peoples

Gustavo E. Barbarán y Víctor F. Toledo¹

Resumen

El presente trabajo constituye un avance del proyecto de investigación titulado “La aplicación del principio de libre determinación de los pueblos a los pueblos originarios de América del Sur”. Dicho proyecto tiene como objetivo general analizar la aplicación del principio de libre determinación en el caso de los pueblos originarios de América del Sur, así como analizar sus implicancias políticas y jurídicas.

La hipótesis del trabajo plantea que la aplicación del principio de libre determinación a los pueblos originarios de América del Sur puede ocasionar situaciones conflictivas en torno al concepto de soberanía, tanto a nivel nacional como regional, con potencialidad de generar inestabilidad política en distintos países.

Palabras clave: indigenismo - libre determinación - soberanía - identidad cultural - pueblos originarios - integridad territorial

Abstract

This paper reflects progress made in the research project “Application of the Principle of Self-determination of Peoples to Indigenous Peoples in South America”. The general objective of the research project is to analyze the application of the principle of self-determination to South American Indigenous peoples together with its political and legal implications. The research hypothesis is that the application of the principle of self-determination to South American Indigenous peoples may give rise to conflict relating the concept of sovereignty, both at national and regional levels, with the potential to cause political instability in different countries.

Keywords: Indigenism - self-determination - sovereignty - cultural identity - Indigenous peoples - territorial integrity

Derecho-Relaciones Internacionales / artículo científico

Citar: Barbarán, G.; Toledo V. (2018) El principio de libre determinación de los pueblos y su aplicación en el caso de los pueblos originarios. *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 11-27.

1 Instituto de Derecho Internacional (IDI) de la Universidad Católica de Salta. Este artículo es resultado del proyecto de investigación “La aplicación del principio de libre determinación de los pueblos originarios de América del Sur”, aprobado por Resolución Rectoral 277/09. El equipo de investigación estuvo conformado por Gustavo E. Barbarán (director); Federico A. de Singlau; Melisa Languasco; Víctor F. Toledo y contó con la participación de Susana Miño y Sofía González, entonces estudiantes avanzadas de la carrera de Abogacía.

INTRODUCCIÓN

El principio de libre determinación de los pueblos fue introducido en la Carta de las Naciones Unidas, en el art. 1 párrafo 2, como uno de los propósitos de la organización. Se lo expone de este modo: “Fomentar entre las Naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos [...]”. Por su parte, la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG ONU) — XXV—, lo menciona específicamente como un principio de derecho internacional, indicando que “[...] todos los pueblos tienen el derecho a determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”.

Este principio se inscribe en el contexto político del proceso de descolonización de la década de 1960, aunque entonces no se limitaba exclusivamente a la situación de pueblos coloniales sino a “todos los pueblos”, por lo que —tal como señala M. Díez de Velasco— se hace muy difícil establecer un criterio para “identificar a una población como pueblo en un contexto no colonial” (2006:181). Ciertamente, el principio no se aplica de manera indiscriminada, pues la misma Resolución 2625 plantea, como límite para su aplicación, el principio de “integridad territorial” al establecer que

Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que se autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de

Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color.

El 13 de septiembre de 2007 se aprobó en la Asamblea General de las Naciones Unidas la “Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, con fuerte oposición de Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, todos países con algún nivel de conflicto con sus respectivas poblaciones indígenas. La Declaración consagra, entre otros, el derecho a la libre determinación (art. 3) y a la autonomía —“autogobierno”— (art. 4). Puesto que se trata de una “declaración” y no de un tratado, y por tanto carece de fuerza jurídicamente obligatoria, abrió las puertas a la problemática de los pueblos no coloniales. Esa Declaración, a su vez, guarda relación con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), denominado “Convenio Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (aprobado por Ley 24071, del 4 de marzo de 1992), de enorme incidencia en esta cuestión.

¿Constituye esta descripción argumento suficiente para los grupos —indígenas o no— que reclaman la libre determinación de los pueblos originarios en algunos países de América del Sur? ¿Qué implicancias podría tener?, ¿qué potencialidades tiene para producir desestabilizaciones políticas en la región?, ¿cuál es la situación al respecto en Argentina? Estos, entre otros, son los interrogantes que se plantearon en el trabajo de investigación realizado².

² Por cierto, el proyecto se inició y concluyó antes de la aparición del grupo radicalizado Resistencia Ancestral Mapuche (RAM) en la provincia de Chubut.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA CUESTIÓN INDÍGENA

Analizar la cuestión de los pueblos indígenas en el marco referencial del derecho internacional público es una tarea complicada. Esto, a causa de dos motivos complementarios. En efecto, a aquellos se les aplica *ab initio* la respectiva legislación nacional del país de su residencia —en tanto existen pueblos originarios argentinos, bolivianos, peruanos, mexicanos, etcétera— y, a la vez, son titulares de un derecho internacional específico de su problemática, independiente del grado de recepción interna de tratados multilaterales, declaraciones y resoluciones de organismos internacionales. En suma y para simplificar: ¿qué prevalece, las constituciones nacionales o la Declaración Universal? Mirado de esta manera, resulta necesario incursionar en elementos del derecho internacional y de los viejos y nuevos principios que lo conforman.

Del mismo modo, y como hipótesis de trabajo, cabe enmarcar la problemática en lo que en otra ocasión hemos denominado “un cambio epocal”:

Cada vez más se considera en ámbitos especializados que la política mundial ha entrado ya en tiempos de acomodamientos inexorables. La necesidad de evitar una confrontación letal entre intereses nacionales o de bloques terminará por definir —tarde o temprano— un nuevo orden internacional y su correspondiente esquema de seguridad. Lo cual implica, desde luego, desplegar un desgastante juego de poder, en el cual cada Estado preparará su estrategia geopolítica —para el largo plazo, por definición— movilizándolo recursos tangibles e intangibles en un contexto de constante interdependencia y crecientes escaseces. [...] En verdad,

hay claros signos que convocan a pensar en un tiempo de mutaciones: cambio de época y por ende de paradigmas; pero ¿cuáles? Sin entrar a debatir la precisión de la expresión, el *cambio epocal* presupone un giro de 180° en el comportamiento de los Estados nacionales, cuya vigencia histórica fue puesta en tela de juicio pero continúan siendo sujetos y actores principales del derecho y la política internacionales. No puede haber comunidad internacional sin estados [...]. Tampoco puede negarse la incidencia en los asuntos mundiales de nuevos actores no estatales, no todos surgidos en buena ley, cuya presencia obliga a registrarlos a la hora de tomar decisiones políticas (Barbarán, 2011).

La visibilidad de la problemática de los pueblos indígenas es, si se quiere, un subproducto del proceso de descolonización, que reconoce un impulso indetenible con el establecimiento del Régimen de Administración Fiduciaria en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (capítulos XII y XIII). Como en tantos temas vinculados a la vigencia y aplicación de un sistema internacional de protección de los derechos humanos, los pueblos indígenas, patrocinados muchas veces por organizaciones no gubernamentales (ONG), instituyeron su propia agenda de trabajo y plazos para ir definiendo sus estrategias y cumplimentando sus reclamos, habida cuenta del nivel de marginalidad de muchos de ellos y del poco interés de sus gobiernos en mejorarles su calidad de vida. No se trataba solo de la inclusión social sino de reconocimiento explícito y sin condicionamientos de sus particularidades étnicas, lingüísticas y religiosas.

El intercambio entre dirigentes indígenas y sus grupos de apoyo (ONG, credos religiosos, instituciones gubernamentales e inte-

restatales) habilitó para un salto cualitativo con el correr de los años. En efecto, los reclamos de autonomía han sido posteriores a los pedidos de asistencia económico-social de alcance nacional o provincial. Hasta los '80, cuando las minorías étnicas de campesinos, artesanos o lo que fuera (que procuraban su reconocimiento vía integración a la sociedad mayoritaria), advierten que las respuestas tardaban en llegar o bien nunca llegarían infraestructura, maquinarias, créditos blandos, luz o agua potable, decidieron abroquelarse en su identidad etnolingüística. De allí a reclamar la autonomía restaba apenas un paso. Desde entonces se erigió en una consigna casi innegociable, salvo para acordar sus modalidades y extensión (Barbarán, 2010a).

En esa evolución tuvieron bastante que ver la antropología y la sociología. Conceptos como “cultura”, “identidad”, “etnicidad”, “interculturalismo” o “mestizaje” se hicieron indispensables para abordar en completitud las demandas de los pueblos indígenas de todo el mundo. Si bien es cierto que hay una suerte de base común en todos los reclamos, es obvio que no es la misma situación la de los nativos de Chiapas, del Altiplano boliviano o de los wichís del Pilcomayo que la de los inuit de Groenlandia.

La vigencia de un derecho internacional general ha sido y sigue siendo motivo de arduo debate y de preocupación, a partir de esta pregunta: ¿existen normas de derecho internacional tan universales que la Comunidad Internacional se sienta obligada por ellas? Esa pregunta conduce a las cuestiones referidas a la obligatoriedad del derecho internacional y a la problemática de sus fuentes y principios.

El derecho público nacional se ha ocupado del Estado en cuanto tal; el derecho internacional del entramado de reglas surgidas con el

tiempo, necesarias para el relacionamiento con otros Estados. Pero las tres ramas han surgido por la misma época y con el mismo objeto de estudio. De allí se puede concluir que existe el derecho internacional porque existen los Estados, y aquel se deriva del derecho público interno de estos. Digamos, entonces, que hay principios comunes para el derecho político, el derecho constitucional y el derecho internacional, aunque posean su propia metodología y campo de acción.

Ciertos conceptos del derecho público se fueron trasladando al plano internacional; conceptos que estaban invariablemente relacionados a la noción de “soberanía”. En efecto, es imposible hablar de una entidad soberana que no sea independiente de cualquier otra dominación externa; si así ocurre es porque exhibe los tres elementos esenciales —población, territorio, gobierno—, de modo que si se altera cualquiera de estos componentes el Estado no deja de existir, lo cual conforma el principio de identidad del Estado.

Si hay un elemento fundamental para cualquier país es su territorio, base de su poder, y el derecho internacional se ocupó de asegurarlo con el principio de integridad territorial, que garantiza la supervivencia de una población dentro de ciertos límites. Nada de esto es posible si el Estado no ejercita su libre determinación, o sea, la facultad de darse el sistema institucional que mejor le convenga y que su pueblo decida. Por el juego de todos esos principios, el Estado sostendrá también el derecho a su jurisdicción exclusiva, o sea, su facultad de someter a su ley interna a todas las personas, nativas o extranjeras, y cosas que se encuentren dentro de su territorio. Estas reglas se corresponden con los derechos y obligaciones de los Estados. Con el correr de los años y como consecuencia del ejercicio de la soberanía en el plano externo, se sumaron otras.

En este último ámbito, las reglas mencionadas necesitaron de otras, igual de imprescindibles, para una convivencia interestatal pacífica. Los siguientes principios son corolarios de la soberanía: no intervención en los asuntos internos de otro Estado, solución pacífica de las controversias, cooperación internacional y, finalmente —y concluyendo una ajetreada evolución— el principio de no uso de la fuerza o de la amenaza de su uso para imponer políticas nacionales.

De lo expuesto surge evidente que el derecho internacional es una creación europea y responde —aún hoy— a los caracteres de la comunidad internacional a partir de la Paz de Westfalia³. Ello no es un dato menor y obliga a reflexionar sobre su destino en un mundo de cambio epocal que, como se dijo antes, implicará a mediano plazo un nuevo orden internacional necesitado de mejores reglas para hacer realidad un orden internacional pacífico, justo y responsable.

De entre los principios del derecho internacional verificables, hay un grupo reducido, los identificados como *generales*, una categoría asimilable al carácter de orden público de ciertas normas del derecho interno nacional. Eso es el *ius cogens* previsto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969: ningún tratado puede ir en contra de una norma imperativa de derecho internacional general, entendiendo por tal aquella reconocida por el conjunto de la comunidad

internacional que no admite acuerdo en contrario y solo puede ser remplazada por otra regla de igual categoría.

Los principios mencionados en esta investigación son precisamente de *ius cogens*, rezeptados en la Carta de las Naciones Unidas y descritos en la Resolución 2625 (AG ONU XXV)⁴. Su no observancia seguramente acarreará tensiones políticas de evolución y resultados imprevisibles, además de hacer insanablemente nulos los tratados que los contradigan.

La dinámica de situaciones mal atendidas puede concluir en el reclamo de su aplicación y hay sectores indígenas muy activos que lo están exigiendo. Al respecto, a nivel internacional adquiere relevancia la Resolución 1514 (AG ONU XV) arriba referida, cuyo párrafo segundo propone: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

A su vez, el principio de libre determinación ha sido definido con amplitud en la Resolución 2625 (AG ONU XXV), de esta manera:

El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo, constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo.

³ La Paz de Westfalia —concretada en las conferencias diplomáticas de Münster y Osnabrück— reordenó el sistema de poder en Europa iniciando una nueva era. La Guerra de los Treinta Años había involucrado a las principales dinastías de entonces, en particular las dos más poderosas, la Casa de Borbón de Francia y la Casa de Habsburgo, que controlaba entonces el Imperio Español y partes del Sacro Imperio Romano Germánico. En ese contexto ocurrió también la Guerra de los Ochenta Años (1568-1648) entre España y las provincias que constituían los Países Bajos. La paz inició al orden eurocéntrico, basado en el concepto de separación del poder religioso y el temporal, de soberanía nacional, autodeterminación y equilibrio de poderes.

⁴ Su texto fue adoptado por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970, y su anexo contiene la célebre “Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Sin embargo, constituyendo todavía los Estados la base de la comunidad internacional, la Resolución 1514 sigue garantizando la estabilidad política de los países con alto porcentaje de población indígena, con el resguardo de la unidad nacional y la integridad territorial; según ya se expuso en el capítulo precedente.

PUEBLO O POBLACIÓN. TIERRA O TERRITORIO

Es habitual asumir que los pueblos originarios de América son comunidades homogéneas. No obstante, si hay algo que los caracteriza es más bien la heterogeneidad, pues las transformaciones que han sufrido en su composición han sido notorias, a tal punto que los habitantes de esas comunidades no presentan hoy los mismos rasgos que tenían en el siglo XVI o el siglo XII, o antes: “Su antigüedad, que se remonta a los momentos finales de la última Edad de Hielo [nos demuestra] gran diversidad, heterogeneidad, profundos cambios a lo largo del tiempo, complejidad social y cultural (Mandrini, 2012:12).

Abordar la evolución histórica de las comunidades indígenas de la región y sus transformaciones no es el objetivo principal de esta investigación, pero sí lo es mostrar que no se trata de grupos homogéneos pues, especialmente a partir del dominio colonial hispánico, el mestizaje aparece como un hecho singular en todo el continente, una categoría propia del “hecho americano” (López, 2012:9), que a su vez refleja la mezcla de diversidades en todo el continente. “Además del blanco, indio y negro, existían el mestizo y nuevos tipos sociales productos de los cruzamientos raciales: cholos, zambos, mestizos, mulatos, etc.” (Mires, 1998:20-21).

La mención del mestizaje en este trabajo resultó crucial, pues el art. 1.2 del Convenio 169 introduce una fórmula amplia para caracterizar qué es la identidad indígena o tribal: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

De hecho, aquel dominio europeo no fue aceptado de manera unánime ni mucho menos. En distintas épocas y regiones se produjo la resistencia cultural de estos grupos indígenas, aunque tal resistencia procuraba mantener una cierta identidad que “ya no era originaria, pues había sido permeada por la dominación europea y luego lo fue por su sucesora criolla” (Ansaldi; Giordano, 2012: 124-125).

De todas formas, las disputas entre indígenas y españoles tenían como eje central el dominio de la tierra y, hasta el presente, el centro de conflicto o las reivindicaciones indígenas sigue siendo el mismo. Hay quienes cuestionan esta afirmación al entender que se trata de un conflicto identitario. Pero, en esa identidad, la tierra cumplía y cumple un papel primordial.

Siguiendo a Almeida, no afirmamos ni sugerimos que el indio se transformó en campesino (2008:26); pero no se puede negar que la mayoría de los miembros de las comunidades indígenas eran estructuralmente labradores. Esta situación continuó hasta avanzado el siglo XX: “Hasta la década de los 60, se podría hablar de que la gran mayoría de la población indígena era campesina, entendiendo que su actividad económica y productiva principal era la agraria (Ayala et al, 1992:154).

Ninguna de las constituciones de los países estudiados para esta investigación plantea

la cuestión de la libre determinación⁵. La problemática surge a partir de que la incorporación de la palabra “pueblos”, consagrada en el mencionado Convenio 169 y replicada luego en los distintos órdenes jurídicos locales, pareciera dar lugar a la libre determinación tal como está contemplada en la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas —“Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”—, que también juega en la interpretación del principio analizado.

Sin embargo, hay una interpretación errónea, sesgada o intencionada. En primer lugar cabe tener presente que la Res. 1514 (XV) no admite que su aplicación implique el quebrantamiento total o parcial de la unidad nacional y la integridad territorial. Además, el Convenio 169 expresa claramente que la utilización del vocablo “pueblo” no debe entenderse en el sentido que lo considera el derecho internacional.

La Parte II del Convenio 169 está dedicada a la cuestión territorial. El art. 17.1, por caso, dispone que los gobiernos deben respetar “las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidas por dichos pueblos”, lo cual implica la obviedad de tener muy bien ubicadas cuáles son las tierras que ancestral y tradicionalmente han ocupado⁶.

En su comprensible lucha, ciertos grupos indigenistas han aumentado su apuesta reclamando el reconocimiento de una mayor autonomía, esto es, la posibilidad de manejar cier-

tas situaciones comunitarias con reglas propias basadas en usos, costumbres y tradiciones. La delegación de facultades autonómicas —en los tres niveles de gobierno— varía según el país y la cantidad de población indígena que tenga. Tal vez los casos de Bolivia y México sean paradigmáticos. De todos modos, ningún gobierno ha interferido para dirimir jefaturas y representaciones tribales.

En suma: si no son “población” sino “pueblos”, si no ocupan “tierras” sino “territorios” y, además, si se les reconoce su derecho a regirse con normas propias, entonces están presentados los elementos constitutivos de un Estado. Y a la subjetividad “pueblo” les asiste el derecho de autodeterminación. Pero, ¿con qué alcance o extensión?

BREVE INCURSIÓN POR EL DERECHO COMPARADO

La realidad de los pueblos indígenas de nuestra América es diversa, no solo por las particularidades de cada país en que estos viven, sino también por las diferencias culturales y lingüísticas, así como por su mayor o menor adhesión o participación en la vida de las distintas sociedades nacionales del continente.

Es obvio que muchos de ellos poseen una visión ancestral distinta de lo territorial, ya que sus tierras también estuvieron sometidas a los cambios impuestos por razas conquistadoras (mayas, aztecas o incas) e “imperialistas”, en

⁵ La Constitución mexicana, por caso, prevé en su art. 2 que “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional”. Ese mismo artículo empieza con esta frase: “La Nación Mexicana es única e indivisible”. De allí se puede deducir que la norma apunta al ejercicio de cierta autonomía de las comunidades indígenas.

⁶ Hubo presiones de sectores indigenistas y partidos de izquierda, reclamando que el Congreso Nacional otorgara jerarquía constitucional a ese convenio. Si así ocurriera, la operatividad de sus disposiciones haría más complicado imaginar opciones distintas al marco por él impuesto.

el sentido luego usado en la cultura política occidental. De modo que resulta complicado delimitar cuál es territorio diaguita, guaraní, aimara o mapuche. Sí se sabe que gente de estas etnias ha vivido desparramada en las actuales Argentina, Paraguay, Bolivia, Perú y Chile.

Un occidente conquistado por Europa usó su legislación para delimitar territorios como le pareciera al adelantado de turno. En nuestro caso, las reales cédulas españolas establecieron circunscripciones extensas y las subdividieron en México, Perú o el Río de la Plata, de las cuales derivaron nuestras actuales fronteras mediante la aplicación del principio del *uti possidetis iuris* de 1810. Con todas sus limitaciones, sirvió de criterio demarcador; evitando así guerras y conflictos generalizados en nuestro continente⁷.

Por lo demás, no es la misma situación la de las comunidades indígenas norteamericanas, centroamericanas y suramericanas. La cantidad de personas que se reconocen a sí mismas como descendientes de un pueblo originario no llega al tres por ciento en Argentina, supera el 60 por ciento en Bolivia y oscila el 15 por ciento en México. En consecuencia, cada Estado americano debió adecuar su legislación en función de la realidad de cada grupo diferenciado dentro del respectivo país.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han introducido cambios significativos en la percepción del problema indígena, sobre todo a partir del concepto de “control de convencionalidad”, el cual implica imponer criterios especiales en los derechos internos sobre cómo encarar y resolver los planteos de los pueblos indígenas.

Las constituciones decimonónicas de América Latina fueron concebidas en un contexto

de conformación y/o consolidación de los Estados Nacionales. En tal sentido, resultaba lógico que en ellas no hubiese referencia o alusión alguna a los pueblos originarios, pues con ellos se disputaba el territorio —elemento esencial del Estado en formación—.

Recién en el último tercio del siglo XX hubo un cambio notorio. Mucho tuvo que ver el Convenio 169 de la OIT, como así también del clima de los 500 años del “descubrimiento” de América. Las corrientes revisionistas ejercieron una fuerte influencia en torno a la concepción de la llegada de los colonizadores europeos y la situación en la que encontraron a los pueblos originarios.

En cuadro de la página siguiente refleja la situación de algunas reformas constitucionales de países latinoamericanos y las disposiciones con respecto al reconocimiento de los pueblos indígenas.

Es necesario destacar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas hablan de “pueblos indígenas”, siguiendo la denominación del Convenio 169, y no de “pueblos originarios”, término que se difundió más bien a partir de mediados de la década de 1990. La situación de los pueblos indígenas, desde el punto de vista del reconocimiento constitucional, es, no obstante, muy variada. En un estudio comparativo publicado por *Peace International Law Review Online Companion* (2010) se considera que países como Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay y Venezuela tienen un reconocimiento constitucional “alto” de los pueblos indígenas, mientras que en Argentina, Brasil, Guatemala, Panamá y Perú dicho reconocimiento es “medio”; finalmente, en Costa Rica, El Salvador y Honduras, es “bajo”.

⁷ Tensiones hubo, por cierto, pero felizmente resueltas por algún medio pacífico de solución de controversias. El caso del entredicho por el canal Beagle entre nuestro país y Chile es un claro ejemplo.

Fecha de promulgación de la Constitución	País/Reconocimiento
1986 (Reformada en 1993)	Guatemala reconoce el derecho a la identidad cultural de las personas y las comunidades (art. 58), protege a grupos étnicos (art. 66) y a sus tierras y cooperativas agrícolas (art. 67). La sección tercera, "Comunidades Indígenas" (título II, capítulo II), contiene cinco artículos específicos sobre el tema (arts. 66-70).
1987 (Reformada en 1995)	Nicaragua asume oficialmente su naturaleza multiétnica (art. 8) y les reconoce a las comunidades de la Costa Atlántica el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural (art. 89). Reconoce también las formas comunales de propiedad de las tierras y el uso y disfrute de las comunidades de la costa atlántica (título IV). Comprende tres artículos (arts. 89-91).
1991 (Reformada en 2001)	Colombia reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7), las tierras de resguardo son declaradas inalienables (art. 63), se les permite a las autoridades indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales (art. 246) y se erigen entidades territoriales indígenas (art. 286).
1992 (Reformada posterior)	México declara su composición multicultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas (art. 4), reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población indígena y protege la integridad de las tierras de los grupos indígenas (art. 27, VII). Con otra reforma en 2001, México amplía los preceptos a favor de los pueblos indígenas (art. 2).
1993	Perú reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación (art.2, 19º, título III, capítulo II). En el capítulo del "Régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas" (arts. 88-89) el Estado garantiza el derecho de su propiedad imprescriptible (pero no inajenable) y reconoce la personería jurídica de las comunidades. También se les reconoce a las autoridades indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales (art. 149).
1995 (Reformada)	Bolivia se declara multiétnica y pluricultural (art. 1), reconoce los derechos de los pueblos indígenas respecto de sus tierras comunitarias de origen, su personalidad jurídica, y ejercicio de aplicación de normas (art. 171).
1996/1998	Ecuador se proclama en 1996 Estado soberano, independiente, democrático, unitario, descentralizado, pluricultural y multiétnico (art. 1). Dos años después repite en una nueva constitución el carácter pluricultural y multiétnico de la nación (art. 1) y desarrolla un articulado amplio con múltiples referencias, contenidas especialmente en la sección primera De los pueblos indígenas y negros afroecuatorianos (título III, capítulo V): mantener la identidad, de conservar la propiedad imprescriptible, participar en el uso y la administración de los recursos naturales renovables (art. 84). También instaure circunscripciones indígenas (art. 224) y reconoce a las autoridades indígenas ejercer funciones de justicia (art. 191).

Fuente: Barié, C. (2004). *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. La Paz: BID (citado en López Fuentes, 2007:38-39).

La situación es diferente en América del Norte, particularmente en los Estados Unidos, donde luego de la expansión del Estado —desde las Trece Colonias a expensas de las tribus locales que fueron reducidas en reservas— fue abriéndose, desde fines de los años '20 un tímido panorama de reconocimiento de ciertos derechos. Constitucionalmente, sin em-

bargo, la particularidad de Estados Unidos hace que la constitución no sea "reformada" como en el resto de los países del continente, sino "enmendada"; de allí que el abordaje se realizará incluyendo las enmiendas constitucionales y la implementación de normativas que complementen dichas disposiciones de la ley suprema.

LA CUESTIÓN INDÍGENA EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Actualmente, la Constitución de la Nación Argentina contempla instituciones y derechos de las comunidades indígenas que habitan el suelo de nuestro país, en el art. 75, inc. 17:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

A continuación, desglosamos dicho artículo para un abordaje detallado de su contenido y alcance.

En primer lugar, destacamos que el reconocimiento jurídico se concede en virtud de la pre-existencia y está limitado a que los pueblos sean indígenas y argentinos. Por tal motivo, se requiere un estudio antropológico e histórico —detallado y casuístico, en lo probatorio y testimonial— de cada uno de los pueblos involucrados, sumado al criterio que preceptúa la norma.

Lo novedoso del precepto constitucional transcrito es que a través del reconocimiento

de la preexistencia jurídica, los pueblos indígenas argentinos pasan a formar parte del orden normativo nacional a título y nombre propio. A partir de ese dato, deben preverse regulaciones destinadas para aquellos, pero adaptadas a las instituciones y al derecho vigente. Según lo preceptúa nuestra Carta Magna, los pueblos indígenas tendrán espacio de actuación conformándose como personas de carácter público no estatal. El criterio de reconocimiento jurídico es claramente una política de Estado y, por ende, de ejercicio soberano, que en nuestro país reúne la combinación de dos factores: el fenómeno histórico de la preexistencia y el fenómeno político relativamente nuevo de la existencia nacional.

Si se reconoce la personalidad de los pueblos indígenas argentinos, con fundamento en su preexistencia étnica y cultural, la personería de sus comunidades debe ser reconocida.

En este sentido, es útil distinguir otras dos cuestiones: la relación entre las comunidades indígenas y el Estado, y el desarrollo interno de las vinculaciones políticas, productivas, de parentesco, rituales o espirituales que se dan en el seno de estas. La organización concreta de su diario vivir y de acuerdo a modos consuetudinarios son aspectos íntimos y domésticos de la comunidad, ajenos a la intromisión estatal; aunque sus posteriores manifestaciones y consecuencias en el plano de las relaciones socioeconómicas deben ser receptadas por el conjunto de instituciones creadas por el Estado, tratando de conservar el contorno propio y distintivo de su perfil identitario.

El Poder Ejecutivo Nacional, mediante Decreto 155 del 17 de febrero de 1989, reglamentario de la Ley 23302⁸ (sancionada el 30 de septiembre de 1985, o sea, varios años

⁸ Se trata de la Ley sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, cuyo contenido abarca diversos temas atinentes a las comunidades indígenas, a más de crear el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI).

antes de la reforma constitucional de 1994), encuadra la personería de las comunidades inscriptas reconociéndolas como personas jurídicas de derecho privado.

El art. 4 dispone, a su vez, que las relaciones entre los miembros de las comunidades con personería jurídica reconocida se rijan de acuerdo a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente. Asimismo, la comunidad indígena debe estar caracterizada por relaciones de familia entre sus miembros (“que constituyan un núcleo de por lo menos tres (3) familias asentadas o reasentadas”, art. 20 párrafo “f” del Decreto 155. Por tanto, la comunidad (o agrupación) no incluye a miembros no familiares en la toma de decisiones y en la participación en los beneficios. Finalmente, la personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguirá mediante su cancelación (art. 2, Ley 23302).

El art. 2 de la Resolución 4811 de la Secretaría de Desarrollo Social de la Presidencia de la Nación (del 8 de octubre de 1996) estableció como requisitos para la inscripción: 1- nombre y ubicación geográfica de la comunidad; 2- reseña que acredite su origen étnico-cultural e histórico, con presentación de la documentación disponible; 3- descripción de sus pautas de organización y de los mecanismos de designación y remoción de autoridades; 4- nómina de integrantes con grado de parentesco; 5- mecanismos de integración y exclusión de miembros. Sin embargo, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) puede exigir discrecionalmente otros requisitos (art. 20 del citado decreto reglamentario).

La mayoría de las Provincias adhirió a la Ley 23302 y reconoce plenamente la validez de las inscripciones efectuadas en el registro llevado por el INAI. Otras provincias, en

cambio, constituyeron registros locales para la inscripción de las comunidades indígenas radicadas en su territorio, firmando con el INAI convenios por los cuales este organismo reconoce las anotaciones provinciales, brindándoles de este modo eficacia nacional. Dicha posibilidad surge de las funciones reconocidas al INAI por el art. 16 del decreto reglamentario.

El Registro Nacional de Comunidades Indígenas —de naturaleza pública— forma parte de la estructura del Instituto y mantiene actualizada la nómina de comunidades indígenas inscriptas y no inscriptas; asimismo, coordina su acción con los existentes en las jurisdicciones provinciales y municipales, pudiendo establecer registros locales en las provincias o convivir con ellas su funcionamiento.

Por lo demás, la Constitución Nacional también se refiere al patrimonio de los pueblos indígenas. ¿A qué se refiere? Siguiendo a la Dra. Teodora Zamudio, podemos decir que:

El patrimonio consiste fundamentalmente en el conjunto de derechos sobre bienes determinados que tiene un sujeto para utilizar y/o percibir los frutos de ellos (los bienes), así como para enajenarlos cuando así convenga a sus intereses. El patrimonio de los Pueblos Indígenas —de acuerdo con la norma constitucional— incluye:

- Diseños, alegorías, signos gráficos, música o cualquier otro tipo de producciones comunes, que fueran creados o usados ancestralmente por el pueblo (CN art. 75 inciso 17 “Garantizar el respeto a su identidad [...]”)
- Recursos naturales tradicionalmente domesticados por el pueblo; incluyendo los recursos genéticos (Íd. “Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan [...]”);

- Conocimientos y prácticas culturales (Íd. “Asegurar su participación en la gestión referida... a los demás intereses que los afectan [...]”);
- Contribuciones de sus miembros;
- Ganancias que en cualquier concepto se devenguen de la explotación de los bienes de su patrimonio;
- Sumas que el Congreso de la Nación les debería fijar en el Presupuesto Anual de la Nación, en razón de constituir personas de carácter público. [...] (2006: 109-110)

Además, como los derechos patrimoniales indígenas son de carácter comunitario, es necesario contar con legislación que precise quienes están legitimados para disponer de ellos. Siguiendo a la autora, es necesario aclarar que la noción de patrimonio⁹ incluye otros bienes que pueden no estar disponibles desde el punto de vista económico o cuya disposición sea restringida, por ejemplo

- Restos arqueológicos que por su pasado y destino ritual o fúnebre, tienen una especial consideración para los pueblos indígenas, trátense de restos humanos, documentales, arquitectónicos y/o artísticos (Íd. “Garantizar el respeto a su identidad [...]”);
- Tierras efectivamente poseídas, sus frutos y productos (Íd. “Reconocer...la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para

el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos...” (Zamudio, 2006:109-110).

El recurso “tierra” es de vital trascendencia para los pueblos indígenas, debido a la particular relación que mantienen con el espacio sobre el cual despliegan su organización grupal o comunitaria, su vida de relación con los demás pueblos y la relación con la naturaleza y sus recursos.

Para la Constitución argentina, el requisito primordial para la atribución de tierras estará siempre fundado en la identidad, aspecto o factor de atribución que perdura para siempre. La atribución es de tipo histórico-reivindicativa (“posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”) y la propiedad es comunitaria. No existe una definición legal ni se han elaborado conceptos coincidentes sobre la naturaleza jurídica de la propiedad comunitaria. Sin embargo, se infiere que el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos tiene rango constitucional y está organizado con un temperamento marcadamente distinto a las relaciones de derecho privado que se suscitan sobre la propiedad de las cosas.

Consiguientemente, según el art. 75 inciso 17, deben entregarse en propiedad comunitaria las tierras que tradicionalmente ocupan, con el debido recaudo de no pretender asimilar lo tradicional a lo ancestral, sino entendiendo lo tradicional como el espacio donde efecti-

⁹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación asigna doctrinariamente a la propiedad un sentido amplio: “Todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad” (Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de Capital). La violación de este derecho queda configurado cuando: “... sea poco o mucho aquello que se quita al propietario por acción de la ley, ya no es posible conciliar a esta con el artículo 17 de la Constitución Nacional, que ampara la propiedad contra los actos de los particulares y contra la acción de los poderes públicos; que protege todo aquello que forma el patrimonio del habitante de la Nación, trátense de derechos reales o de derechos personales de bienes materiales o inmateriales, que todo eso es propiedad, a los efectos de la garantía constitucional...” (Horta, José c/ Harguindeguy, Ernesto s/ consignación de alquileres).

vamente viene desarrollándose la cultura de cada núcleo familiar o comunitario, en un sentido de ocupación dinámica, determinado por el influjo de condicionamientos históricos, políticos y/o económicos, pasados y actuales y que se delimita de un modo consensual.

Si bien las tierras deben estar dentro una zona geográfica determinada con los requisitos que sostiene el derecho común, la ocupación tradicional halla sus límites, sentido y significación en el tratamiento habitual que sobre determinados territorios, más o menos vastos, desarrollan los pueblos involucrados, según las finalidades perseguidas y de acuerdo a las características específicas del suelo, resultando sumamente valiosos los indicios de presencia actual y crecimiento demográfico futuro, costumbres productivas, incidencia porcentual en la composición poblacional, incidencia y consideración de cuestiones estratégicas, entre otros. Luego, dentro de cada territorio, la asignación en concreto a cada familia en singular, debería tratarse de una facultad delegada a las autoridades generales de cada pueblo indígena (asamblea, cacique o consejo de ancianos), según su propio ordenamiento consuetudinario.

Los recursos naturales disponibles dentro del marco territorial indígena son reconocidos constitucionalmente bajo la gestión del pueblo indígena, sin que sea necesaria una inscripción inmobiliaria precisa y adicional al respecto. A pesar de eso, debe compatibilizarse armoniosamente esa ocupación territorial tradicional con la actual situación jurisdiccional, en la que cohabitan tanto otros pueblos indígenas nativos como así también otros grupos socioculturales (“criollos”).

Las evoluciones geográficas que experimentaron algunos pueblos indígenas a raíz de traslados masivos, motivados principalmente por guerras y por el desenvolvimiento progresivo de explotaciones agrícolas-ganaderas,

forestales y mineras —e inclusive los desplazamientos individuales que efectuaron algunas familias en casos concretos y particulares por causas económicas o laborales locales— deben distinguirse claramente de aquellos núcleos de indígenas que surgen y se conforman alejados del territorio tradicional del pueblo al que pertenecen. Estos últimos directamente no están en consideración de la norma constitucional, aunque podría llegar a admitírseles como “potenciales retornantes a sus espacios originales o primitivos”.

Finalmente, la norma constitucional establece que se debe regular la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, con sustento en el criterio económico-demográfico.

La Ley 23302 también puntualiza sobre el recurso de la tierra. Conforme se deduce de su articulado, para la adjudicación de tierras a las comunidades indígenas argentinas se exige la inscripción registral como persona jurídica de carácter privado. La atribución de la tierra se realiza persiguiendo un propósito asistencial, con preferencia hacia las comunidades que carezcan de tierras o las tengan insuficientes (art. 7). La propiedad es cooperativa o individual a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares; asimismo, depende de una inclusión o participación registral (pública o privada) y debe cumplimentar la carga de radicación personal en ella, a más de desempeñar un trabajo económico obligatorio, destinando las tierras a explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especialidades, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias que dicte la autoridad de aplicación, relativas al uso y explotación de las unidades adjudicadas (art. 10).

En orden de prelación excluyente, la titularidad de la tierra se asigna a las comunida-

des inscriptas como tales en el INAI y con adecuación a una figura asociativa, o a la “familia indígena” —a nombre de la cabeza o jefe de familia— sin adecuación a una figura asociativa, o a un indígena individual sin adecuación a una figura asociativa.

Por todo lo explicado precedentemente, la regulación global en torno a la problemática de la tierra indígena ha sido desacertada y depende, en la mayoría de los conflictos que se han suscitado, de laudos administrativos o sentencias judiciales. Muchos planteos han llegado a la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

En cuanto a la “Participación en la gestión referida a sus cursos naturales y a los demás intereses que los afecta”, el basamento de esa frase constitucional proviene del Convenio 169 de la OIT, que explicita las facultades básicas que deben reconocerse a los pueblos indígenas respecto del aprovechamiento de sus recursos naturales, a fin de propender a su progreso. Según el art. 15 de este Convenio, a los pueblos indígenas se les debe dar derecho a la protección de los recursos naturales existentes en sus tierras, la participación en su utilización, administración y conservación, la consulta previa para evaluar posibles perjuicios y la participación, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten esas actividades.

Por su parte, la Ley General del Ambiente 25675 -del 6 de noviembre de 2002- dispone la necesidad de consulta e intervención de la población afectada, territorial y ambientalmente por un emprendimiento. Esta participación también se concede a las comunidades indígenas y sugiere un enfoque “ecosistémico”, que supone el encadenamiento de acciones y efectos en el territorio, más allá de su estricta demarcación.

Asimismo, en octubre de 1994, la Argentina aprobó el Convenio de Diversidad Biológica

mediante la Ley 24375, comprometiéndose también a “respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas” con el fin de “promover su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de las comunidades indígenas y fomentar que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente” (art. 8 inciso j del Convenio). Este escenario no ha sido examinado técnicamente aún, ni por el legislador ni por la doctrina nacional.

Finalmente, la normativa garantiza el respeto a la identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural:

La cultura se transmite a través de diferentes mecanismos y por medio de diversos agentes. Parte de la cultura se autotransmite en función de su propia dinámica, mientras que otra parte es transmitida en instituciones especializadas —las escuelas y establecimientos que brindan instrucción— que enfatizan los aspectos más formales de ella y los valores tenidos como dominantes o caracterizantes de la misma. Sin embargo, la no aceptación, por parte de las minorías étnicas, de las prácticas de aculturación y asimilación a las que se encuentran sometidas en el contacto con las culturas mayoritarias, se han impuesto universalmente, no solo como un derecho de dichas minorías sino porque la diversidad cultural constituye un factor de enriquecimiento de la sociedad toda (Zamudio, 2006: 184).

La Constitución de la Nación afirma este pensamiento al asegurar a los pueblos indígenas argentinos el derecho a una educación bilingüe e intercultural.

La Ley de Educación Nacional 26206, vigente desde el año 2006, apunta hacia una

multiculturalidad nacional que tome nota de las diferencias en la composición étnica y cultural de nuestra sociedad, y no recepta una integración por asimilación. Tal postura implica ir más allá de la innovación específica de incorporar una educación en lengua indígena; comprende la responsabilidad estatal de implementar todas las medidas que satisfagan las necesidades básicas de aprendizaje y formación de los educandos indígenas, la participación de los pueblos indígenas en la formulación y ejecución de los planes educativos y el derecho a que sean respetados sus propios medios e instituciones en lo concerniente a lo educativo. Todo ello siempre que se verifiquen los presupuestos mínimos establecidos por la autoridad competente.

CONCLUSIONES

Los pueblos indígenas reclaman una protección jurídica basada en la no discriminación racial y el reconocimiento de derechos singulares para ser ejercidos de manera colectiva, más en su condición de minorías étnicas que en función de una ciudadanía determinada; pero sin perjuicio de los derechos y garantías que toda constitución nacional reconoce a sus habitantes.

Esta es una faceta del problema: por causa de tanto maltrato histórico, un indígena hoy se asume como tal antes que como boliviano, mexicano o peruano. Las poblaciones indígenas plantearon reclamos reivindicando su condición de grupos diferenciados de la mayoría de los componentes dominantes de la sociedad nacional en que residen. La exigencia es la de ser considerados “pueblos” con historia, instituciones y cultura propias y, en consecuencia, capaces de administrarse conforme a sus tradiciones, usos y costumbres.

José Bengoa (1999) considera que en la *cuestión nacional* —surgida durante los procesos de independencia y descolonización, distinta de la *cuestión étnica* — el problema central era la independencia territorial. La distinción entre etnia y nacionalidad importa en tanto la cuestión étnica apunta a la autonomía, la cual se pudo encauzar, en el caso boliviano, a través de la constitución de un Estado plurinacional.

Como dijimos arriba, el art. 1.3 del Convenio 169 prescribe expresamente que el uso del término “pueblo” no debe interpretarse en el sentido del derecho internacional. Para este, “pueblo” tiene una connotación específica: grupo humano con un origen común étnico, cultural, lingüístico, religioso, asentado en un territorio específico; de allí la prevención de muchos Estados para adherirse a ese convenio. La reserva terminológica opera como mínima garantía para la gobernabilidad de los Estados con poblaciones indígenas movilizadas, según ocurrió a lo largo y ancho de América.

El mismo recelo apareja la distinción entre “tierra” y “territorio”. La Constitución argentina hace referencia a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos originarios. Estos tienden a fundar sus derechos en un ideario mítico reconstruido con perseverancia en el último medio siglo y rechazan el concepto de propiedad privada expresado en el Código Civil y Comercial, pues las tierras no son para apropiación individual sino para el destino comunitario.

En esa línea de razonamiento, resulta impropio hablar de “tierra” sino que corresponde referirse al “territorio”. Se han promovido numerosas acciones judiciales en varias provincias que apuntan a la propiedad comunitaria, basadas en la cosmovisión de que “el hombre es para la tierra” —por ejemplo, “Comunidad Mapuche Huayquilán c/ Celos Brescia s/ prescripción adquisitiva” en Neuquén, o “Comuni-

dad Aborigen de Quera y Aguas Calientes c/ Prov. de Jujuy” — (Barbarán, 2010b).

Hasta la actual etapa de avances realizada en la investigación, ni el análisis documental ni las entrevistas han permitido aseverar que esos conflictos tengan la “potencialidad de generar desestabilizaciones en el subcontinente”. Sin embargo, el relevamiento bibliográfico, así como la observación de casos concretos en Brasil, Chile, Argentina y Bolivia, por ejemplo, permiten aseverar que la cuestión estudiada, en distintas magnitudes, puede generar conflictos potencialmente desestabilizantes. También se puede afirmar que, en general, son conflictos relacionados más con la propiedad de la tierra que con la identidad étnica o cultural, aunque suelen entrelazarse.

A medida que avanzaba este proyecto de investigación, se hicieron evidentes aspectos de la problemática que exceden el ámbito de la ciencia jurídica y penetran en los terrenos de la antropología, la sociología o la psicología social, vinculados a la cuestión de la identidad de las etnias y de las nacionalidades. Avanzando en esa línea, pareció necesario realizar alguna alusión al respecto, porque en la base identitaria de los pueblos originarios está el sentimiento de pertenencia, lo cual está recogido en el Convenio 169 de la OIT, art. 1.2. Lo notable es que las percepciones pueden ser distintas según qué escuela, autor o doctrina se siga al respecto. Así, por ejemplo, el multiculturalismo que propone la “política del reconocimiento” de Charles Taylor (2012) no posee muchos puntos de contacto con quienes sostienen, por ejemplo, la mirada del mestizaje biológico y cultural. Resolver esta cuestión es de importancia pues si mestizos somos todos, ¿cuál es la identidad originaria de un pueblo? Dicho de otro modo, ¿hasta qué instancia o época resulta invocable la “mezcla”?

Estamos, en resumen, involucrados en una problemática con final abierto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida, I. (2008). *El Estado Plurinacional. Valor histórico y libertad política para los indígenas ecuatorianos*. Quito: Aby-Yala.
- Alterini, J.; Corna, P.; Vázquez, G. (2005). *Propiedad indígena*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina.
- Anaya, S. J. (2005) *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ansaldi, W.; Giordano, V. (2012). *América Latina. La construcción del Orden*. T. I. Buenos Aires: Ariel.
- Antal, E. (Ed.) (2005). “Nuevos Actores en América del Norte. Identidades culturales y políticas”. (Volumen II). Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones sobre América del Norte.
- Ayala, E.; De la Cruz, R., Dowi, A.; Maldonado, L.; Ortiz, G.; Quimbo, J.; Ramón, G.; Sánchez Párraga, J.; Trujillo, J.C.; Wray, A. (1992). *Pueblos Indios, Estado y Derecho*. Quito: CORPEA.
- Barbarán, G. E. (2011). “Cambio de época, ¿cambio de paradigmas?: resultados inciertos”. Revista *Claves* nº 205. Salta.
- . (2010a). “La cuestión indígena en la Argentina del Bicentenario - 1ª parte”. Revista *Claves* nº 191. Salta.
- . (2010b). “La cuestión indígena en la Argentina del Bicentenario - 2ª parte”. Revista *Claves* nº 192. Salta.
- Bengoa, J. (2007). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago de Chile: F.C.E.
- Bengoa, J. (1999). “Los derechos de las minorías y los pueblos indígenas: debate internacional”. Revista *Diplomacia*. Santiago de Chile.

- Constitución de la Nación Argentina. Antecedentes, Leyes Constitucionales y Derechos Humanos.* (1999). 15^o ed. Buenos Aires: A-Z.
- Diez de Velasco, M. (2006). *Las organizaciones internacionales.* 10^a ed. Madrid: Tecnos.
- García Ghirelli, J. (Comp.) (2003). *Tratados y Documentos Internacionales.* Buenos Aires: Zavalía.
- García Canclini, N. (2012). *Culturas Híbridas.* Buenos Aires: Paidós.
- Grimson, A. (2012). *Los límites de la cultura. Crítica de las teorías de la identidad.* Buenos Aires: Siglo XXI.
- Heller, H. (1995). *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional.* México DF: Fondo de Cultura Económica.
- López, D. (2012). "En nuestra América, mestizos somos todos". *Claves.* XIII, 221, pgs. 8-9. Salta.
- López Bárcenas et al (2002). *Los derechos indígenas y la reforma Constitucional en México.* México DF: Ediciones Casa Vieja.
- López Fuentes, J.L. (2007). *El derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas en Bolivia.* Oruro: CEPA.
- Mandrini, R. (2012). *La Argentina aborígen. De los primeros pobladores a 1910.* Buenos Aires: Siglo XXI.
- Mires, F. (1988). *La rebelión permanente. Las revoluciones sociales en América Latina.* México DF: Siglo XX.
- Peña Jumpa, A.; Cabedo Mallol, V.; López Bárcenas, F. (2002). *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Piossek Prebisch, L. (2008). *Argentina: identidad y utopía.* EDUNT, San Miguel de Tucumán.
- Rey Caro, E.; Salas, G. (2006). *Tratados y Textos Internacionales.* 4^a Edición. Córdoba: Advocatus.
- Taylor, C. (2012). *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento".* México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Zamudio, T. (2006). *Derecho de los Pueblos Indígenas.* Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Indígena, Salta. Pgs.109-110.

Sitios de Internet

- Naciones Unidas. "Carta de la Organización de las Naciones Unidas". Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/charter/>
- Organización Internacional del Trabajo. "Convenio 169". Disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm>
- Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI): www.desarrollosocial.gob.ar/inai. Información estadística extraída de la encuesta complementaria de pueblos indígenas 2004-2005 realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC): www.indec.gob.ar.
- Organización de los Estados Americanos. (1997). "Proyecto de Declaración de Derechos Pueblos Indígenas". Disponible en: <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.2g.htm>.

Análisis del marco institucional vinculado a la implementación de salvaguardas REDD+ en la Provincia de Salta

Analysis of the Institutional Framework Linked to the Implementation of REDD+ Safeguards in the Province of Salta

Elizabeth Safar¹

Resumen

El Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad, dependiente de la Facultad de Ciencias Jurídicas, presentó ante la Universidad Católica de Salta el proyecto de Investigación titulado “Análisis del marco institucional vinculado a la implementación de salvaguardas REDD+ en la Provincia de Salta”. Dicho proyecto fue aprobado a través de la Resolución Rectoral 1735/16. El propósito de su desarrollo es efectuar recomendaciones vinculadas a la implementación de las salvaguardas REDD+, considerando principalmente la gran deforestación de los últimos años en la Provincia, con una mirada insoslayable hacia población de las comunidades originarias, como así también hacia toda la población ubicada en el área de influencia de los desmontes. Por

Abstract

The Institute of Environmental Law and Sustainability, under the Faculty of Legal Sciences, submitted to Universidad Católica de Salta the research project entitled “Analysis of the Institutional Framework Linked to the Implementation of REDD+ Safeguards in the Province of Salta”. The project was approved through Rectoral Resolution 1735/16. The aim of the project is to make recommendations related to the implementation of REDD+ safeguards, considering mainly the great deforestation rates over the last years in the Province, with special consideration given to the population of indigenous communities, as well as the entire population located in the area of influence of the clearings. Specifica-

Derecho / artículo científico

Citar: Safar, E. (2018). Análisis del marco institucional vinculado a la implementación de salvaguardas REDD + en la Provincia de Salta. *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 29-50.

¹ Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad (IDEAS), UCASAL. Este artículo es producto de un informe de avance de investigación del proyecto “Análisis del marco institucional vinculado a la implementación de salvaguardas REDD + en la Provincia de Salta”, aprobado por Resolución Rectoral 1735/16. El equipo estuvo integrado por la Dra. María Cristina Garros Martínez (directora) y los abogados Silvina Borla, Mariángeles Finetti, Diego Méndez Macías, Elizabeth Safar, Jorge Tejerina y Rosa Inés Torres Fernández. También participaron los alumnos María Tatiana Miralpeix, Guadalupe Valencia y Franco Emanuel Visgarra.

su parte, el objetivo de este artículo es dar a conocer a la comunidad los alcances e implicancias de este programa, y el impacto efectivo que tiene en nuestra “casa común”.

Palabras clave: comunidades originarias - deforestación - REDD - REDD+ -salvaguardas

lly, the aim of this article is to inform the community about the scope and implications of the program, and the effective impact it has on our “common home”.

Keywords: deforestation - indigenous communities - REDD - REDD+ - safeguards

INTRODUCCIÓN

El Programa de colaboración de las Naciones Unidas para la Reducción de Emisiones de la Deforestación y la Degradación de los bosques en los países en desarrollo (Programa ONU-REDD) se lanzó en el año 2008. Se basa en el poder organizador y los conocimientos técnicos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

La FAO es el principal socio que ofrece asistencia a los países en el desarrollo de sus capacidades de medición, notificación y verificación de las emisiones de gases de efecto invernadero y en la construcción de Sistemas Nacionales de Seguimiento Forestal (SNSF), lo que responde al mismo tiempo a las necesidades más amplias de seguimiento para el desarrollo sostenible.

La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación realiza las siguientes tareas:

- Ayuda a los países para la creación de capacidades institucionales para apoyar el diseño e implementación de los inventarios forestales de usos múltiples que comprenden también las estimaciones de carbono forestal.
- Apoya a la aplicación de políticas y medidas identificadas por los países como esenciales para REDD+.
- Brinda asistencia a las evaluaciones de la go-

bernanza, la preparación jurídica, la tenencia de la tierra, las salvaguardias y la ordenación forestal sostenible.

- Facilita los intercambios sur-sur y la generación de conocimiento mediante el uso de buenas prácticas y lecciones extraídas, así como las aplicaciones de software y material de orientación para asistir con la supervisión y con los inventarios forestales y de gases de efecto invernadero nacionales (FAO, 2018).

En diciembre de 2005, en la Décimo Primera Conferencia de las Partes (COP 11) celebrada en la ciudad de Montreal, Canadá, se incluyó un ítem en la agenda –por iniciativa de Costa Rica y Papúa Nueva Guinea– sobre la “reducción de emisiones por deforestación en países en desarrollo y acercamientos para estimular la acción sobre el tema”. A partir de entonces, en 2007 el Panel Internacional sobre el Cambio Climático (IPCC) estimó que las emisiones provenientes de la deforestación en la década del noventa fueron de 5.8GtCO₂/año, y resaltó que reducir o prevenir la deforestación y prevenir la liberación de las emisiones de carbono a la atmósfera era la estrategia de mitigación con el mayor y más inmediato impacto sobre las reservas de carbono en el corto plazo, por unidad de hectárea y por año, a nivel global (Metz *et al*, 2007, Nabuurs *et al*, 2007). En el mismo sentido se expresó Stern (2006) al mencionar el costo-eficiencia de este tipo de proyectos para combatir el cambio climático.

Las diferentes partes signatarias adoptaron en la ciudad de Bali, Indonesia, en 2007, la Decisión 2/CP.13, “Reducción de emisiones por deforestación en países en desarrollo”. Por esta razón, de manera paralela se comenzó a desarrollar todo un conjunto de esfuerzos por parte de diversas instituciones para aportar, dentro de la lógica de los mercados voluntarios, al impulso en la implementación de este tipo de actividades REDD+, siendo los avances de los estándares voluntarios de carbono (VCS) y la Alianza para el Clima, Comunidad y Biodiversidad (CCBA), los esfuerzos más importantes que se han logrado. Asimismo, también como fruto de este mensaje político de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC, se generaron diferentes dispositivos para facilitar la preparación de los países en desarrollo para el mecanismo REDD+, siendo el programa ONU-REDD+ y el Fondo Cooperativo del Carbono de los Bosques (FCPF), del Banco Mundial, los desarrollos más importantes. Posteriormente, y gracias al Acuerdo de Cancún (COP16) se animó a los países en desarrollo a contribuir a la mitigación mediante las siguientes actividades de REDD+, en función de sus circunstancias nacionales y capacidades, y de manera relevante se solicitó que se promovieran y respaldaran salvaguardas de tipo social y ambiental en el desarrollo de actividades REDD+: las denominadas “Salvaguardas de Cancún”.

Más tarde, durante la COP 19 en Varsovia, se adoptó el “Marco de Varsovia para REDD+”, COP 19, donde se aprobaron siete decisiones relacionadas al tema de REDD+.

SALVAGUARDAS REDD+

Estos institutos funcionan como un instrumento a través del cual se incorporan linea-

mientos para evaluar, categorizar y confeccionar planes de manejo ambiental y social a fin de prevenir y mitigar oportunamente los posibles impactos sociales y ambientales que puedan emerger de la ejecución de un proyecto determinado.

Las salvaguardas ambientales y sociales permiten establecer un marco de reglas claras que constituyen principios, criterios e indicadores que definen los temas de interés y los niveles pertinentes, acompañados de un proceso de continuo monitoreo, reporte y verificación que permita garantizar la calidad de las evaluaciones.

Se reconoció que la implementación de REDD+ podía plantear riesgos ambientales y sociales significativos, así como una oportunidad para promover beneficios múltiples.

Los posibles riesgos que presenta REDD+ incluyen, entre otros:

- La apropiación tierras de los pueblos indígenas y de las comunidades locales (desplazamiento involuntario).
- Otras violaciones a los derechos humanos.
- La pérdida de la biodiversidad.

De no abordarse correctamente las deficiencias en la gobernanza forestal, o de no mitigar el riesgo de los efectos sociales negativos de las actividades REDD+, se podría impedir el logro de los objetivos a largo plazo de REDD+ de reducir de manera sostenible las emisiones de gases de efecto invernadero provenientes de la deforestación y degradación de los bosques, así como de obtener otros beneficios.

A fin de hacer frente a estas preocupaciones y de promover eficientemente los múltiples beneficios que REDD+ puede lograr, las Partes de la CMNUCC acordaron siete salvaguardas, que se identificaron con el nombre de “Salvaguardas REDD+ de la CMNUCC”.

Gráfico 1. Salvaguardas REDD+



Fuente: Curso de e-learning “Fortaleciendo capacidades para el diseño de un sistema nacional de salvaguardas REDD+ en los países de la CCAD”. Véase lista de referencias.

Dichas Salvaguardas van más allá de la mera garantía de que las actividades no causarán algún daño a las personas ni a los ecosistemas vulnerables, sino que además requieren acciones positivas para hacer efectivos los derechos comprendidos en ellas, especialmente los derechos de los pueblos indígenas.

En este punto, es menester señalar los objetivos del trabajo:

a. Objetivos Generales

- Establecer el estado actual de la situación vinculado a la implementación de las salvaguardas REDD+ en la Provincia de Salta.
- Efectuar recomendaciones con relación a la aplicación de programas REDD+ en la

Provincia de Salta, aplicando los objetivos planteados en la COP París 2015.

b. Objetivos específicos

- Identificar el marco legal aplicable a la Provincia en relación a los REDD+, como así también las necesidades de adecuación y/o modificación e implementación efectiva.
- Identificar las entidades e instituciones en la Provincia de Salta destinadas a aplicar e implementar las políticas, leyes, reglamentos e instrumentos jurídicos relevantes vinculados a las salvaguardas REDD+, y establecer las funciones y capacidades existentes en dichos organismos.
- Identificar las instituciones no estatales

destinadas a aplicar e implementar las salvaguardas REDD+ en el contexto provincial.

- Identificar los vacíos y debilidades del marco legal e institucional provincial en relación al abordaje y respeto de las salvaguardas de REDD+.
- Elaborar recomendaciones que permitan a la Provincia fortalecer sus capacidades en la implementación de las salvaguardas REDD+ en sus diversos instrumentos.

IDENTIFICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO

Resulta necesario señalar los plexos normativos que se vinculan con el desarrollo del proyecto. En este sentido, dentro de las normas de orden nacional se destacan:

Constitución Nacional de la República Argentina: en su artículo 41 consagra el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Asimismo, establece el deber de preservarlo. El artículo 75, inciso 17, faculta al Congreso Nacional a reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Ley 24375: Aprueba el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Ley 22351: Se refiere a parques, reservas y monumentos nacionales.

Ley 22421: Declara de interés público la fauna silvestre que temporal o permanentemente habita el territorio de la República, así como su protección, conservación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional.

Ley 25675: Establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y

protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Ley 25688: Determina los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas.

Ley 23302: Declara de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. Dispone la implementación de planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes.

Ley 26160: Declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, registradas en legal forma por cuatro años y ordena un relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades (el plazo original de tres años se prorrogó sucesivamente).

Ley 24071: Aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Ley 24544: Aprueba el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe.

Ley 26331: Establece las pautas básicas para el enriquecimiento, la restauración, la conservación, el aprovechamiento y el manejo sostenible de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que estos brindan a la sociedad, e indica la realización de un ordenamiento de bosques nativos con base en

criterios de sustentabilidad establecidos en la norma.

Ley 25080: Instituye un régimen de promoción de las inversiones en bosques cultivados que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en ampliaciones de los bosques existentes, siempre que aumente la oferta maderera por medio de la implantación de nuevos bosques.

Ley 25509: Crea el derecho real de superficie forestal, que puede ser constituido por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura. Dicho derecho otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes.

Ley 25841: Aprueba el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Ley 25438: Aprueba el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

Ley 24295: Aprueba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

Ley 24701: Aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre la Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, el aprovechamiento y uso racional de los recursos.

Ley 23919: Aprueba el Convenio relativo a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas.

Decreto 891/16: Crea el Gabinete Nacional de Cambio dependiente de la Secretaría de Política Ambiental.

Por su parte, dentro de las normas provinciales se destacan:

Constitución de la Provincia de Salta: Especialmente el artículo 15, en el que la Provin-

cia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen su territorio; el artículo 30, que establece que todos tienen el deber de conservar el medio ambiente equilibrado y armonioso, así como el derecho a disfrutarlo; asimismo, en este artículo se señala que “los poderes públicos defienden y resguardan el medio ambiente en procura de mejorar la calidad de vida, previenen la contaminación ambiental y sancionan las conductas contrarias”; el artículo 80, que determina que es obligación del Estado y de toda persona proteger los procesos ecológicos esenciales y los sistemas de vida, de los que dependen el desarrollo y la supervivencia humana. Este artículo indica que “los poderes públicos sancionan una ley general de recursos naturales que prevé los medios y estímulos para alcanzar los objetivos señalados y sanciona los actos u omisiones que los contraríen”; y el artículo 84, que norma que los poderes públicos promueven el aprovechamiento racional de los bosques, resguardan la supervivencia, conservación, mejoramiento de las especies y reposición de aquéllas de mayor interés, a través de la forestación y reforestación. Además, señala que para alcanzar tales fines, los poderes públicos ejercen las facultades inherentes al poder de policía.

Ley 5242/78, Riqueza Forestal: Adhesión a Ley Nacional 13273/48 de Promoción Forestal.

- Decreto 2127/90 Sistema de Guías Forestales.
- Resolución 969/12 de la Secretaría de Ambiente: Se habilita el Registro de Empresas Desmotadoras creado por esta ley, que establece la obligación de inscribirse las personas físicas y jurídicas que realicen en el territorio provincial, en forma eventual o permanente, las actividades de desmonte relacionadas con la ejecución de planes de

manejo y/o aprovechamiento forestal, cambio de uso de suelo para uso productivo, picadas perimetrales para la delimitación de propiedades, picadas cortafuego y cualquier otra actividad que implique la eliminación o modificación de la cobertura vegetal boscosa. Previo al inicio de cualquiera de las actividades arriba enumeradas, el titular de la autorización de la actividad y el encargado de ejecutar el desmonte deberán presentar ante la Secretaría de Ambiente, el formulario correspondiente a fin de comunicar las acciones a realizar.

Ley 7070/00 de Protección del Medio Ambiente.

- Decreto 3097/00 reglamentario de la Ley 7070
- Decreto 1587/03 modifica el Decreto 3097/00
- Decreto 617/18 modifica el Decreto 3097/00
- Resolución 068/06: Modifica el nombre del Registro de Infractores a la Ley de Protección del Medio Ambiente y demás normas concordantes; denominándola “Registro de Infractores y Reincidentes a la Ley de Protección del Medio Ambiente y demás normas concordantes”.

Ley 7107/00: Sistema Provincial de Áreas Protegidas.

- Decreto 2019/10 reglamentario de la Ley 7107.
- Resolución 616/18: Aumenta las hectáreas al Sistema Provincial de Áreas Protegidas, determinando las matrículas correspondientes y dando un plazo de 180 días para su categorización. Establece que el Fondo Nacional para el Enriquecimiento y Preservación de los Bosques Nativos se destine preferentemente a optimizar la calidad de vida, el acceso y el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales de los pequeños

productores, familias criollas y comunidades indígenas que habiten las áreas incorporadas al sistema.

Ley 7121/00: Desarrollo de los Pueblos Indígenas de Salta.

Ley 7135/01: Código Contravencional, modificada por la Ley 7914/15.

Ley 7543/08: Ley de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos.

- Decreto 2785/09: Aprueba el soporte cartográfico como elemento de orientación y referencia, indicando que forman parte de este:

(...) el Mapa donde se indican con valor de referencia las tres Categorías de Conservación y el Documento Técnico de apoyo al Plan de Ordenamiento Territorial de las Áreas Boscosas de la Provincia de Salta (POT), que contiene las diferentes capas de información utilizadas para la ponderación de los distintos criterios de sustentabilidad ambiental contenidos en la ley. Dicha información se encuentra organizada en un Sistema de Información Geográfico (SIG) que administrará la Autoridad de Aplicación y será utilizado como referencia obligada para la elaboración de los Planes a que se refieren los artículos 10º, 12º y 15º del presente Decreto Reglamentario; de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) a que se refiere el artículo 23º de la Ley N° 7543 y 20º del presente Decreto y para el otorgamiento del correspondiente Certificado de Aptitud Ambiental y Social que debe emitir la Autoridad de Aplicación para la realización de las actividades permitidas por la Ley dentro de las distintas Categorías de Conservación.

Además, establece que este deberá actualizarse cada cinco años.

- Decreto 3676/09: Crea el Consejo Asesor

de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos.

- Decreto 2211/10: Procedimiento para el análisis de proyectos a escala predial.
- Decreto 3133/11: Declara de interés provincial el uso, conservación y recuperación sustentable de los suelos en todo el territorio de la provincia
- Decreto 3136/11: Modifica el Decreto 2211/10 de Ordenamiento Territorial y establece generalidades para la clasificación de proyectos de uso de los bosques nativos.
- Resolución 381/14: Suspende nuevas recategorizaciones.
- Decreto 3749/14:
 1. Deroga el Decreto 2211/10, imposibilita nuevas recategorizaciones.
 2. Crea, en el marco del Ministerio de Ambiente y Producción Sustentable (MAPS), el Consejo Asesor de Revisión del Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos (OTBN). Este estará integrado por todas aquellas organizaciones y/o asociaciones vinculadas al ambiente que manifiesten formalmente su voluntad de integrarlo.
Además, establece que el Consejo será de consulta permanente y obligatoria en forma previa a las acciones de “incorporar al OTBN salteño Áreas de Valor de Conservación conectadas por corredores ecológicos, incluyendo la previsión de zonas de amortiguamiento para una mejor protección de las áreas protegidas ya existentes”, y de “identificar, delimitar y desarrollar ‘paisajes sustentables’ atendiendo a las distintas situaciones ambientales, sociales y productivas de Salta a fin de asegurar una óptima combinación entre conservación de la biodiversidad, solución de temas territoriales y producción”.
- Decreto 614/18: Aprueba el Convenio Marco de colaboración para la creación de la promoción de la Actividad Productiva Sustentable de los Bosques de Salta entre Nación y la Provincia de Salta y su acta complementaria suscripta entre Nación, Salta y diferentes organizaciones productivas de Salta, con las siguientes premisas:
 1. Determinación de criterios de ordenamiento territorial.
 2. Promoción y apoyo de actividades sustentable en zona amarilla
 3. Implementación de Planes de Reforestación y Restauración.
Asimismo, propugna el aprovechamiento forestal sustentable en zona amarilla, establece la restauración de las zonas degradadas permitiendo aplicar medidas de compensación ambiental, y busca evaluar y verificar la ejecución de los proyectos autorizados por la provincia y alcanzados por las Resolución 56/18 y 19/18 en un plazo de 30 días.
- Decreto 617/18:
Crea la Agencia de Protección Ambiental de Salta (APAS) como autoridad de aplicación del título VI, “Régimen de Control Fiscalización y Sanciones” (capítulos I y II) Ley 7070, y del título V, “Régimen Sancionatorio” Ley 7543.
Establece la obligación de recomponer (artículo 2)
Establece las funciones de la APAS, entre ellas evaluar, controlar y resolver la situación de las autorizaciones observadas por las resoluciones E 56/18 y 19/18, posibilitando la restauración o compensación para estas últimas.
Modifica los arts. 274, 280, 284, 289, 291 y 293 del decreto 3097/00, estableciendo plazos más exiguos.
- Resolución 812/14: Según el artículo 1

se aprueba con los alcances del artículo 15 de la Ley 7543 y artículo 15 del Decreto Reglamentario 2785/09 el procedimiento para la presentación de proyectos de cambio de uso de suelo (PCUS) en áreas de la categoría de conservación III (verde) del Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos.

- Resolución Nacional E56/18 del Ministerio de Ambiente de la Nación:

(...) establece que las autorizaciones de re-categorización de Uso Predial y Cambio de Uso del Suelo, otorgadas por la Autoridad Local de Aplicación de la Provincia de SALTA en el marco de los Decretos provinciales N° 2211/10 y N° 3136/10 resultan incompatibles con las disposiciones de la Ley N° 26331 y complementarias, por modificar regresivamente y de manera relevante el Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos aprobado por Ley provincial N° 7543 y su normativa complementaria.

- Resolución Provincial 19/18: Ordena suspender la ejecución de las autorizaciones de recategorización de Uso Predial y Cambio de Uso del Suelo que se individualizan en el anexo I de la Resolución; además, hacer conocer —a través de la Secretaría de Ambiente— a los titulares de las autorizaciones suspendidas por el artículo 1, el contenido de la Resolución E56/18 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Convenio Marco de Colaboración para la creación de la Actividad Productiva Sustentable de los bosques de Salta, y su respectiva Acta Complementaria.

Ley N° 7585/09: En su artículo 1 establece que:

Durante el plazo de vigencia de la Ley N° 26160, no podrán ejecutarse las autorizaciones de desmontes pendientes de realización, en aquellas propiedades incluidas en la Categoría II (amarillo) definida por la Ley N° 7543 y su reglamentación, que, a la fecha de este instrumento, se encuentren sometidas a un reclamo formal por parte de Comunidades Indígenas con personería inscripta en los registros de ley, prohibición que regirá hasta tanto se realice el Relevamiento Técnico-Jurídico-Catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por tales Comunidades, conforme a la Ley N° 26160 y se resuelvan por la Autoridad Competente sus reclamos”; Art. 2 “(...) las áreas boscosas que ocupan y/o utilizan actualmente y respecto de las cuales las Comunidades hayan realizado su reclamo formal... serán consideradas de manera precautoria en la Categoría II (amarillo), según el art 5° de la Ley 7543. Al finalizar el relevamiento, con la participación de las comunidades afectadas, se decidirá la delimitación definitiva y la categorización final del área.

Ley 7658/10: Define en su artículo 1 los siguientes objetivos:

Reconocer y proteger la identidad cultural de los pequeños productores agropecuarios y familias que habitan en zonas rurales de la provincia de Salta; Insertar mecanismos para promover una igualdad real de oportunidades; Reconocer el vínculo que estas personas tienen con la tierra y regular las consecuencias jurídicas que de él derivan; Proteger y garantizar el respeto de sus derechos humanos conforme al medio en el que viven los pequeños productores agropecuarios y las familias rurales; Brindar seguridad jurídica sobre los derechos de posesión y,

en su caso, propiedad que tuvieran sobre las tierras en las que habitan; Evitar desalojos de pequeños productores y familias rurales de las tierras en las que habitan a base de documentos firmados con ardid o engaño.

- Decreto N° 1005/17: Crea, en su artículo 4, el Registro Provincial de Peque-

ños Productores Agropecuarios y Familias Rurales de la Provincia de Salta (RePPASa).

La normativa expuesta precedentemente ha sido considerada en el Proyecto de Investigación en cuanto se relaciona con el seguimiento de las salvaguardas.

Instituciones estatales vinculadas a las Salvaguardas REDD +

Actores	Alineamiento con políticas (nacional e internacional)	Gobernanza forestal (transparencia y eficacia)	Conocimiento y derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales	Participación plena y efectiva de las partes interesadas en particular los pueblos indígenas y comunidades locales	Bosques naturales, biodiversidad y beneficios sociales y ambientales	Riesgos de reversiones	Reducción del desplazamiento de emisiones
Jefatura de Gabinete de Ministros	X						
Gobierno, Derechos Humanos y Justicia		X					
Primera Infancia	X	X	X	X	X	X	X
Asuntos Indígenas y Desarrollo Social		X					
Educación, Ciencia y Tecnología		X					
Cultura, Turismo y Deporte		X					
Salud Pública		X					
Producción, Trabajo y Desarrollo Sustentable		X					
Seguridad		X					
Infraestructura, Tierra y Vivienda		X					
Economía		X					
Universidad Nacional de Salta		X					

Análisis del marco institucional vinculado a la implementación de salvaguardas REDD+

Salvaguardas Actores	Alineamiento con políticas (nacional e internacional)	Gobernanza forestal (transparencia y eficacia)	Conocimiento y derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales	Participación plena y efectiva de las partes interesadas en particular los pueblos indígenas y comunidades locales	Bosques naturales, biodiversidad y beneficios sociales y ambientales	Riesgos de reversiones	Reducción del desplazamiento de emisiones
Universidad Católica de Salta	X	X	X	X	X	X	X
IPPIS (Inst. Prov. De Pueblos Indígenas)							
INTA							
Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación	X		X	X	X	X	X
Administración de Parques Nacionales	X		X	X			
COFEMA	X		X	X			
INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas)	X		X	X			
Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación. Sec. De Infraestructura Urbana (ex Hábitat)	X		X	X			
Ministerio de Acción Social de Nación	X		X	X			

Fuente: Elaboración propia

Instituciones no estatales vinculadas a las Salvaguardas REDD+ en el ámbito provincial

A continuación se listan las instituciones no estatales relevadas que actúan en la Provincia de Salta y que se encuentran vinculadas de alguna manera a las Salvaguardas REDD+:

Salvaguardas Actores	Alineamiento con políticas (nacional e internacional)	Gobernanza forestal (transparencia y eficacia)	Conocimiento y derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales	Participación plena y efectiva de las partes interesadas en particular los pueblos indígenas y comunidades locales	Bosques naturales, biodiversidad y beneficios sociales y ambientales	Riesgos de reversiones	Reducción del desplazamiento de emisiones
Prograno		X					
Sociedad Rural de Salta		X					
ONG Ambientales Salta (según registro oficial)	X	X	X	X	X	X	X
Asociación de obreros Tartagal y Orán		X					
Grupo CREA Anta		X					
Grupo CREA Bermejo		X					
Asociación de Productores de Legumbres del NOA		X					
Unión de Cañeros Independientes de Jujuy y Salta		X					
Cámara Regional de la Producción		X					
Integración Social Forestal del Chaco Salteño (ISFACSA)		X					
Federación de Entidades Rurales de Salta (FEDERSAL)		X					

Análisis del marco institucional vinculado a la implementación de salvaguardas REDD+

Salvaguardas Actores	Alineamiento con políticas (nacional e internacional)	Gobernanza forestal (transparencia y eficacia)	Conocimiento y derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales	Participación plena y efectiva de las partes interesadas en particular los pueblos indígenas y comunidades locales	Bosques naturales, biodiversidad y beneficios sociales y ambientales	Riesgos de reversiones	Reducción del desplazamiento de emisiones
Asociación de Productores Foresto Industriales y Comerciales de la Provincia de Salta (Aproficsa)		X					
FUNAFU, Fundación naturaleza para el futuro	X	X	X	X	X	X	X
Wildlife Conservation Society	X	X	X	X	X	X	X
Red Yaguareté	X	X	X	X	X	X	
Fundesnoa	X	X	X		X	X	X
Organización Campesina El Ocultar		X	X	X	X		
Asociación de Rivadavia		X	X	X	X		
Pequeños productores de la Colonia Santa Rosa		X	X	X	X		
Asociación Pequeños Productores de Fiscal 26		X	X	X	X		
Asociación de Ganaderos La Unión		X	X	X	X		
Asociación Aguas Verdes		X	X	X	X		
Asociación El Vinalar		X	X	X	X		
El Teuquito		X	X	X	X		
Costeños Unidos		X	X	X	X		

Salvaguardas Actores	Alineamiento con políticas (nacional e internacional)	Gobernanza forestal (transparencia y eficacia)	Conocimiento y derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales	Participación plena y efectiva de las partes interesadas en particular los pueblos indígenas y comunidades locales	Bosques naturales, biodiversidad y beneficios sociales y ambientales	Riesgos de reversiones	Reducción del desplazamiento de emisiones
Asociación Apícola Los Algarrobos		X	X	X	X		
Fundación Greenpeace	X	X	X	X	X		
Fundación Vida Silvestre	X	X	X	X	X		
Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN)	X	X	X	X	X		
Asociana	X	X	X	X	X	X	
Fundapaz	X	X	X	X	X	X	
Fundación Gran Chaco	X	X	X	X	X	X	
Fundación Urundeí	X	X	X	X	X	X	
OFC (Organización de Familias Criollas)		X	X	X	X		
OIKOS	X	X	X	X	X		
Coordinadora de Tierras de Ruta 81		X	X	X	X		
Raíces Norteñas		X	X	X	X		
Unión y Progreso		X	X	X	X		
Asociación de Pequeños Productores del Chaco Salteño		X	X	X	X		
Asociación Zonal de Criollos de Los Blancos		X	X	X	X		
Fundación Acercar			X	X	X		
Zonal Wichí de Los Blancos		X	X	X	X		

Fuente: Elaboración propia

Este análisis constitucional se efectúa a los fines de entender la razón por la que las provincias argentinas, entre ellas Salta, deben cumplir con las obligaciones y compromisos asumidos con organismos internacionales –entre los cuales se encuentran reducir las emisiones de gases efecto invernadero, y cumplir con las salvaguardas REDD+–. Esta normativa es la que ha determinado el sistema de gobierno federal, tanto en la Constitución Nacional como en la de la Provincia de Salta.

La Nación Argentina adopta como sistema de gobierno el representativo, republicano y federal. Este sistema fue dispuesto en la primera constitución sancionada en el año 1853, y se mantuvo en el tiempo hasta ahora, no siendo modificado en ninguna de las reformas constitucionales posteriores (1860, 1866, 1898, 1957 y la última, de 1994).

En ella, el artículo 5 señala:

Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

A su turno, el artículo 31 determina que:

La Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales,

salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Manteniendo y ratificando el sistema federal, en la reforma del año 1994 se introduce el artículo 41, que consigna las competencias nacional y federal o provincial en relación al ambiente sano. Específicamente determina la facultad de la Nación de sancionar leyes que contemplen los presupuestos mínimos, y facultar a las provincias para dictar normas necesarias para complementarlas, lo que significa que pueden mejorar la protección ambiental pero no reducirla. Además, establece que las leyes nacionales no pueden alterar las jurisdicciones locales.

Es dable destacar que en el capítulo de las atribuciones del Congreso de la Nación con la reforma del año 1994 se incorpora al artículo 75, inciso 17, el reconocimiento a la preexistencia de los pueblos indígenas, al establecer que es competencia del Congreso:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

El inciso 22 de dicho artículo incorpora los tratados internacionales con jerarquía superior a las leyes.

Esta incorporación es fundamental, porque proporciona jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos mencionados ex-

plícitamente y a los que se incorporen con un voto calificado.

Corresponde señalar que esta Constitución, en el capítulo segundo, reconoce inexorablemente la preexistencia de las provincias, y que fueron estas las que delegaron los poderes a la Nación. Además, señala que las constituciones provinciales deben estar adecuadas a la Constitución Nacional.

Es menester mencionar que se reconoce el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio (artículo 121).

En lo que respecta a la Constitución de la Provincia de Salta, puede afirmarse que existe armonía con las disposiciones nacionales. Así, es interesante señalar que ya desde el preámbulo se indica al ambiente como un valor a proteger. Ello, al decir que:

Nos, los representantes del pueblo de la Provincia de Salta, reunidos en Convención Constituyente, con el fin de exaltar y garantizar la vida, la libertad, la igualdad, la justicia y los demás derechos humanos; ratificar los inalterables valores de la solidaridad, la paz y la cultura nacional; proteger la salud (...) *el medio ambiente y los recursos naturales (...)*².

Queda claro que se asigna un valor superlativo al preámbulo, al referenciarlo como fuente de interpretación en el artículo 9:

El Preámbulo resume los fines del Estado Provincial y las aspiraciones comunes de sus habitantes. Su texto es fuente de interpretación y orientación para establecer el alcance, significado y finalidad de todas las cláusulas de esta Constitución. No puede

ser invocado para ampliar las competencias de los poderes públicos.

En la reforma constitucional provincial de 1986 se incluyen también los derechos de los pueblos indígenas: la protección del medio ambiente y la obligación de proteger los procesos ecológicos (artículos 15, 30 y 80).

Esto es muy importante, porque da los fundamentos y respalda las acciones que se tomen en orden a esta norma constitucional y que luego vienen siendo sostenidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Asimismo, la Constitución provincial establece normas de procedimiento para ejercer estos derechos. Lo que aparenta ser un exceso en los constituyentes, fue debidamente fundamentado por aquellos cuando señalaron que lo que se pretendió con la norma constitucional fue evitar que, so pretexto de reglamentación o interpretación, tanto por legisladores o jueces, se disminuyan o restrinjan derechos reconocidos por la Constitución (artículo 87).

Lo que queda bajo la órbita de las leyes es la legitimación procesal, procurando que la acción, si no prospera, sea seguida por el Ministerio Público; pero que no caiga. Así lo establece en los artículos 91 y 166.

Dentro del sistema federal es preciso destacar el reconocimiento expreso a los municipios, y la función que estos tienen en relación al medio ambiente, expresamente de su competencia originaria como intervención obligatoria (artículo 176).

Este primer análisis de lo que son las normas máximas en la República Argentina nos permite luego realizar un estudio de las leyes que, en congruencia con estas, se fueron dictando referidas al medio ambiente o ambien-

² El énfasis es nuestro.

te, a los derechos de los pueblos originarios, y a la adhesión a los acuerdos y tratados internacionales que realizó la Nación —precisamente basada en lo señalado por la Constitución Nacional—.

De este análisis de las normas, surge que el gobierno nacional firma o adhiere, entre otros, a determinados acuerdos nacionales relacionados con los derechos humanos y con el cuidado del ambiente, y las provincias reconocen esa prerrogativa de la Nación. Así lo hizo la Constitución de la Provincia de Salta, y también lo ratificó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosos fallos, como el caso “Salas, Dino vs la Provincia de Salta”.

De allí que se señalan y analizan expresamente tratados internacionales, las constituciones, las leyes provinciales, las resoluciones ministeriales y las ordenanzas municipales. En este trabajo se trata de relacionarlas, coordinarlas y ver quién las aplica y cómo se aplican. En este caso, interesan aquellas referidas al ambiente, al cambio climático y a las obligaciones que como país se asumen y que deben cumplirse.

El análisis fue realizado desde la obligación de la transparencia, la participación de originarios y criollos en el proceso de dictados de las normas, en la educación y formación, en la ejecución de los procedimientos, en el control y en el seguimiento. En consecuencia, en el cuidado de la vida, de la “casa común”, tal como menciona la Encíclica *Laudato si'* del Papa Francisco (2015).

En relación al trabajo de validación, el Ministerio de Ambiente de la Nación realizó reuniones regionales, explicitando que los consensos con las provincias se realizan a través Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA).

El COFEMA nace el 31 de agosto de 1990 como un organismo que tiene personería jurídica de derecho público y que coordina la elabo-

ración de las políticas ambientales de los Estados miembros, o sea, las provincias argentinas. Es el lugar donde las provincias están representadas para hacer realidad el federalismo, lugar donde se debaten y se concretan las políticas nacionales conforme a lo previsto por la Constitución Nacional en la reforma de 1994 (de acuerdo con lo que señalamos al realizar en análisis constitucional).

En el caso concreto del cambio climático, existe un programa especial en el Ministerio de Ambiente de la Nación. Todas las políticas ambientales son consensuadas con las provincias en el COFEMA, así como también las políticas vinculadas con este, es decir, las Salvaguardas REDD+.

TRABAJO DE CAMPO

Entre las diversas tareas que se llevaron a cabo en relación a este trabajo se pueden mencionar las siguientes acciones:

A) Se entrevistó a:

- Ing. Marcelo Rodríguez Faraldo, del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA).
- Biólogo Julio Nasser, de la Universidad Nacional de Salta.
- Dra. Dolores Duvergues, Fernando Alcobe, Magali Tourian y Alejandro Páez, del Ministerio de Ambiente de la Nación.
- Dr. Luis Gómez Almaras, Ex Ministerio de Asuntos Indígenas y Desarrollo Comunitario de la Provincia de Salta.
- Director Ejecutivo Gabriel Seghezzeo y Hermana Silvia Reynaga, de FUNDAPAZ.

B) Se visitó a:

- Centro de Salud de Los Blancos: Rafael Cardozo, supervisor intermedio de atención

permanente primaria de la salud (APPS); Liliana Montes, agente sanitario, y Herminia Agüero, encargada de farmacia.

- Capitán Pagés, Comunidad Wichí: Rafael Quintana, Sergio Ibáñez y Gelasio Cacique.
- Centro de formación Asociación Civil Zonal Campesina “Los Blancos”.
- Comunidad Wichí Lote 8, Los Blancos.

C) Se cursaron diversas notas para contar con información oficial/institucional sobre la problemática a investigar:

- Nota al secretario de Recursos Hídricos de la Provincia de Salta, ingeniero Alfredo Fuertes. Expediente 0090034-195717-0.
- Nota a la secretaria de Ambiente de la Provincia de Salta, procuradora Irene Soler. Expediente 136-16864/17.
- Nota al Foro de Intendentes de la Provincia de Salta, dirigida al señor Mario Cuenca.
- Nota al INTA.
- Nota al Ministerio de Asuntos Indígenas y Desarrollo Comunitario de la Provincia de Salta, y específicamente al doctor Luis Gómez Almaraz. Expediente 1090234-111672/2017-1.
- Notas a diversos municipios de la Provincia de Salta.

D) Se participó en diversas actividades académicas:

- VI Jornadas de Actualización Ambiental “Ambiente & Delitos Ambientales”, el 30 de junio del año 2017.
- “Encuentro de Diálogo Multisectorial: Hacia la Implementación del Plan de Acción Nacional de Bosques y Cambio Climático”, efectuado los días 13 y 14 de junio de 2018, en la ciudad de Santiago del Estero. Participó la doctora María Cristina Garros Martínez.
- X Foro Internacional de Derecho Ambiental,

realizado el 8 de junio de 2018. Participó la doctora María Cristina Garros Martínez.

Es dable mencionar que lo manifestado precedentemente se encuentra documentado e incorporado, mediante anexos, en el trabajo presentado ante el Consejo de Investigaciones de la Universidad Católica de Salta. Dicho trabajo se completa, además, con gráficos, cuadros, estadísticas, mapas, etc.

CONCLUSIONES

Acerca del trabajo de investigación realizado, que en esta instancia se presenta como un resumen, puede puntualizarse lo siguiente:

Se evidencia gran dificultad para acceder a información actualizada, veraz y en un formato asequible sobre la situación de los bosques nativos en la provincia de Salta y sobre el conocimiento y la implementación de las Salvaguardas REDD+.

Existe un marcado desconocimiento, así como capacitación en relación al significado e importancia de dichas salvaguardas. Asimismo, si bien son de fácil acceso y entendimiento, su capacitación y explicación se evidencian solamente a nivel nacional, con algunos talleres regionales; pero no han llegado a niveles provinciales y/o municipales.

Los programas, acciones y actividades desarrollados por las instituciones estatales y no estatales apuntan, algunas veces en forma inconexa y superpuesta, a dar cumplimiento a las salvaguardas pero, al momento de la consulta, no se vislumbra que dichos actores relacionen lo desarrollado con las salvaguardas. Esto, aparentemente, tendría relación directa con lo evidenciado más arriba. Además, tiene como consecuencia una dispersión en las acciones y recursos públicos.

La mayoría de los municipios y organismos consultados no contestaron la solicitud de información que se les realizó, lo que mostraría una falta de conocimiento en relación al alcance de la normativa de acceso a la información ambiental. Esta obliga a dar respuestas a los organismos públicos en relación a la información requerida, aun si esto supone informar que el organismo no cuenta con aquello que se le requiere.

Aparentemente, la existencia de acciones no evaluadas o no planificadas en torno a las actividades vinculadas a las Salvaguardas generan acciones esporádicas y, como resultado, se advierten contradicciones que llevan a conflictos normativos, generando así una aparente inseguridad jurídica vs la recategorización predial y la posterior suspensión de las autorizaciones otorgadas, con base en la sugerencia de Nación y como consecuencia de los informes de Auditoría de la Nación. Todo ello conlleva un marco de incertidumbre sobre la política provincial de bosques nativos, que queda plasmado en el análisis que realiza el Ministerio de Ambiente de la Nación (Resolución E56/18) donde señala que la Provincia a través del ministerio pertinente viene realizando autorizaciones de desmontes que resultan incompatibles con la normativa nacional y la propia normativa local. Esto llevó a una decisión provincial de retrocesión, lo que no propicia un ámbito de seguridad jurídica.

Se advierte un régimen sancionatorio ineficaz e ineficiente por guardar una marcada desigualdad entre los beneficios recibidos con los incumplimientos normativos y los perjuicios que las sanciones producen al infractor. Esta desigualdad genera que se prefiera hacer y/o avanzar frente a las sanciones antes que adecuarse a la normativa. Ejemplo de ello es el nuevo Decreto 617/18 que establece en su artículo 2 la obligación genérica de recomponer ante las infracciones cometidas. Sin embargo,

seguidamente en el artículo 3 otorga a la APAS la función de evaluar, controlar y resolver la situación de las autorizaciones observadas por las resoluciones E56/18 y 19/2018, posibilitando la restauración o compensación para estos últimos. Es pertinente recordar que las autorizaciones observadas lo son por aparentes incumplimientos en los procedimientos legales, o sea, posibles infractores.

El desarrollo y discusión sobre el Plan de Cambio Climático y Bosques Nativos por parte de Nación resulta un gran avance, ya que se trata de un plan concreto para el cumplimiento de las salvaguardas e involucra a las provincias en su ejecución.

La puesta en discusión social de la temática sobre Bosques Nativos a través de ONG configura un avance y permite visibilizar las diferentes posiciones de los actores sociales involucrados.

En consonancia con el punto anterior, en el plano de instituciones no estatales se evidencia que existen variedad de organizaciones que de una manera u otra inciden en las salvaguardas con diferentes miradas (productivista, conservacionista y proteccionista de las comunidades aborígenes o criollas).

Desde la óptica institucional se evidencia la necesidad de adecuar las distintas acciones a las normativas existentes, de fortalecer los organismos de fiscalización y control y el APAS, como así también de evaluar la eficacia y eficiencia de los mecanismos sancionatorios existentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución de la Nación Argentina. Antecedentes. Leyes Constitucionales. Derechos Humanos (1999). 15ª ed. Buenos Aires: A-Z Editora.

Constitución de la Provincia de Salta (2010). Salta: Hanne.

Finanzas Carbono. Plataforma sobre financiamiento climático para Latinoamérica y El Caribe (s.d). "Reducción de emisiones por deforestación y degradación (REDD+). Origen y Avances". <http://finanzascarbono.org/nuevos-mecanismos-de-mitigacion/redd/origen-y-avances/>

"Fortaleciendo capacidades para el diseño de un sistema nacional de salvaguardas REDD+ en los países de la CCAD". Módulo II: Análisis de las Salvaguardas REDD+ de la CMNUCC y su intersección con el derecho internacional relevante y aplicable. (Curso de e-learning). En http://www.reddccadgiz.org/salvaguardascap/modulo_2/leccion_1.html

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (2018). "REDD + Reducción de las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques. En <http://www.fao.org/redd/initiatives/un-redd/es/>

Papa Francisco (2015). *Carta Encíclica Laudato sí': Sobre el cuidado de la casa común*. Buenos Aires: Conferencia Episcopal Argentina.

Legislación Consultada:

Nacional:

Ley 22351/80: Parques Nacionales.

Ley 22421/81: Conservación de la fauna.

Ley 23919/91: Aprobación del Convenio relativo a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas.

Ley 24071/92: Aprobación del Convenio 169

de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Ley 24295/93: Aprobación del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

Ley 24375/94: Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Ley 23302/95: Política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes. Objetivos. comunidades indígenas. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Adjudicación de tierras. Planes de educación, salud y vivienda.

Ley 24544/95: Aprobación del Convenio constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe.

Ley 24701/96: Aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular África.

Ley 25080/98: Ley de Inversiones para Bosques Cultivados.

Ley 25438/01: Aprobación del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

Ley 25509/01: Ley de Derecho Real de Superficie Forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura.

Ley 25675/02: Política ambiental nacional. Presupuestos mínimos para gestión sustentable.

Ley 25688/02: Régimen de Gestión Ambiental de Aguas.

25841/04: Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

- Ley 26160/06: Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistentes.
- Ley 26331/07: Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos.
- Decreto 891/16: Creación del Gabinete Nacional de Cambio dependiente de la Secretaría de Política Ambiental.
- Resolución Nacional E56/18 del Ministerio de Ambiente de la Nación.
- Provincial:**
- Ley 5242/78: Adhesión a Ley Nacional 13273/48 de Promoción Forestal.
- Ley 7070/00: Protección del Medio Ambiente.
- Ley 7107/00: Sistema Provincial de Áreas Protegidas.
- Ley 7121/00: Desarrollo de los Pueblos Indígenas de Salta.
- Ley 7135/01: Código Contravencional de la Provincia de Salta
- Ley 7543/08: Ley de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos.
- Ley 7585/09: Plazo de vigencia de la ley 26160.
- Ley 7658/2010: Programa de regularización dominial para pequeños productores agropecuarios y familias rurales.
- Decreto 2127/90 Sistema de Guías Forestales.
- Decreto 3097/00: Reglamentación de la Ley 7070/00.
- Decreto 1587/03: Modificación del Decreto 3097/00.
- Decreto 2785/09: Aprobación del soporte cartográfico.
- Decreto 3676/09: Creación del Consejo Asesor de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos.
- Decreto 2019/10: Reglamentación de la Ley 7107/00.
- Decreto 2211/10: Procedimiento para el análisis de proyectos a escala predial.
- Decreto 3133/11: Declaración de interés provincial del uso, conservación y recuperación sustentable de los suelos en todo el territorio de la provincia de Salta.
- Decreto 3136/11: Modificación del Decreto 2211/10 de Ordenamiento Territorial.
- Decreto 3749/14: Creación de Consejo Asesor de Revisión del Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos (OTBN).
- Decreto 617/18: Modificación el Decreto 3097/00.
- Decreto 614/18: Aprobación del Convenio Marco de colaboración para la creación de la promoción de la actividad productiva sustentable de los bosques de Salta entre Nación y la Provincia de Salta.
- Decreto N° 1005/17: Creación del Registro Provincial de Pequeños Productores Agropecuarios y Familias Rurales de la Provincia de Salta (RePPASa).
- Decreto 617/18: Creación de la Agencia de Protección Ambiental de Salta (APAS).
- Resolución 969/12 de la Secretaría de Ambiente: Habilitación del Registro de Empresas Desmotadoras.
- Resolución 068/06: Modificación del nombre del Registro de Infractores a la Ley de Protección del Medio Ambiente.
- Resolución 616/18: Sistema Provincial de Áreas Protegidas.
- Resolución 381/14: Suspensión de nuevas recategorizaciones.
- Resolución 812/14: Procedimiento para la presentación de proyectos de cambio de uso de suelo (PCUS) en áreas de la ca-

tegoría de conservación III (verde) del
Ordenamiento Territorial de Bosques
Nativos.

Resolución Provincial 19/18: Suspensión de la
ejecución de las autorizaciones de reca-
tegorización de Uso Predial y Cambio de
Uso del Suelo.

Infancia, niñez en riesgo, vulnerabilidad infantil, ¿qué reflejan estos conceptos?

Childhood, Children at Risk, Children's Vulnerability: What do these Concepts Reflect?

Silvina V. Abud¹

Resumen

La infancia es el período en el que las personas necesitan especial cuidado y contención, porque es la etapa donde van a sentarse las bases para el desarrollo de sus capacidades, habilidades y potencialidades. Por lo tanto, durante su desarrollo y crecimiento deben contar con un sistema público de protección social adecuado. Este artículo se desarrolla en el marco del proyecto de investigación "El impacto de las políticas sociales destinadas a niños y niñas de barrios en situación de vulnerabilidad de la Ciudad de Salta". Es necesaria una aproximación conceptual hacia los términos "infancia", "riesgos" y "situaciones de vulnerabilidad", con el objeto de comprender cómo se vinculan así como su incidencia en el desarrollo de los niños y niñas en edad temprana.

Palabras clave: infancia - niñez en riesgo - políticas sociales - vulnerabilidad social

Abstract

Childhood is a time in which children need special care and containment because it is the period of their greatest vulnerability. Therefore, during their development and growth they must have an adequate public system of social protection. This article is developed within the framework of the research project "The Impact of Social Policies Aimed at Children from Vulnerable Neighborhoods in the City of Salta". A conceptual approach to the terms "childhood", "risks" and "situations of vulnerability" is needed, in order to understand how they are linked together, as well as their impact on the development of children at an early age.

Keywords: childhood - children at risk - social policies - social vulnerability

Sociedad / artículo científico

Citar: Abud Rodríguez, S. (2018). Infancia, niñez en riesgo, vulnerabilidad infantil, ¿Qué reflejan estos conceptos? *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 51-62.

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas. Relaciones Internacionales. Universidad Católica de Salta. Instituto de Relaciones Internacionales y Ciencias Políticas. El artículo es producto de un informe de avances del proyecto de investigación "El impacto de las políticas sociales destinadas a niños y niñas de barrios en situación de vulnerabilidad de la Ciudad de Salta", aprobado por Resolución Rectoral N° 1735/16. El equipo de investigación está integrado por el Mgtr. Víctor F. Toledo (director); la Lic. Silvina Abud y el Lic. Federico de Singlau.

INTRODUCCIÓN

El Estado como principal actor y garante de los derechos de cada individuo es el responsable de velar por estos desde el inicio de la existencia de la persona humana. Tal como señala Federico de Singlau en su artículo sobre educación y vulnerabilidad presentado en esta misma publicación, si bien el derecho a la educación puede remontarse a la Revolución Francesa, es recién a partir del siglo XIX cuando se ha hecho especial hincapié en proteger el derecho de los niños. Desde entonces, y fundamentalmente desde la Declaración de los Derechos del Niño, se ha trabajado de manera ardua para ampliar su espacio de protección, para resguardarlos de cualquier peligro, abuso o exposición que se vea traducido en un menor desarrollo de sus plenas capacidades o goce de sus derechos.

Con la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el Estado Argentino busca paliar algunas de las situaciones de vulnerabilidad, como la exclusión y la falta de desarrollo y puesta en acción de políticas públicas.

La puesta en marcha del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia ha sido, sin dudas, uno de los más importantes aportes a la nueva institucionalidad creada en la última década. Se ha consolidado como instancia de debate, participación y concertación de las autoridades de los órganos de protección de derechos de todas las provincias del país, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, 2015).

Dentro del marco del proyecto de investigación aludido, y que tiene como objetivo primordial analizar el impacto educativo de los programas sociales destinados a niños y niñas en barrios vulnerables, es necesario primero acotar

qué se entenderá por “infancia”, por “riesgo” y por “vulnerabilidad”, y por qué se puso el énfasis en el impacto de dichas variables en el ámbito educativo.

CONCEPTUALIZACIÓN DEL TÉRMINO “NIÑEZ”

Como una primera aproximación, podemos entender a la niñez como a la etapa que

...se sitúa entre los 6 y 12 años. Corresponde al ingreso del niño a la escuela, este acontecimiento significa la convivencia con seres de su misma edad. Se le conoce también como “periodo de la latencia”, pues se caracteriza por una especie de reposo de los impulsos institucionales para convertirse en un ser totalmente social. Cuando el niño, ingresa a la escuela desarrolla sus funciones cognitivas, afectivas y sociales (Enfoque en familia, 2012).

En la Argentina, hubo que atravesar diversos cambios respecto a la concepción de la niñez hasta arribar a la actual perspectiva integral. La idea predominante durante el siglo XX en relación con este grupo etario tenía que ver con la idea de “menor” y con una mirada caritativa-tutelar del accionar del Estado respecto a los niños. Además, se fue acuñando un concepto ligado a la “marginalidad infantil”, es decir, a los niños que carecían de una familia funcional regular o que no estaban incorporados a la escuela. Los niños huérfanos, los que quedaban fuera de la institución escolar, entre otros, terminaban siendo estigmatizados como “menores”. Esta mirada continuó siendo predominante durante los años siguientes, a pesar de los cambios introducidos respecto a las políticas públicas. La reforma constitucional

de 1994 incorporó con jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (art. 75, inc. 22), pero es recién con la sanción de la Ley 26061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes cuando se logró consagrar el paradigma de la protección integral de los niños y niñas, y su visualización ya no como objetos de protección sino como sujetos de derechos.

La sanción de la Ley 26579, promulgada en diciembre de 2009, introduce cambios en la mayoría de edad, pasando esta de los 21 a 18 años; con esta reforma, la Argentina se equiparó a la definición de “niño” que sostiene la CDN. Así, el artículo 126 de la mencionada ley sostiene que: “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho (18) años”.

NIÑEZ EN RIESGO

La estructura social, y junto con ella los espacios de identidad, adquieren contenido según la sociedad en la que los individuos se hallen inmersos. Esto es, poseen una dimensión histórica que involucra una serie de valores, normas, saberes y creencias que son legitimadas por los actores involucrados. Esta categoría, “niñez”, tiene la característica de ser un espacio identitario por el que pasan todos los seres humanos pero, en algún momento, dejan de estar en ella para pasar a otra categoría etaria. La forma en que cada uno atraviesa por este espacio de identidad que dibuja la niñez sienta las bases de la manera en que se vivirán los restantes espacios de identidad; de allí su importancia. En definitiva, la niñez no resulta por sí misma un campo identitario sino un campo de contrastes donde comienzan a fundarse elementos que remiten a identidades di-

versas. Existe, por tanto, una categoría cultural de la niñez.

Como señala María Belén Noceti (2011: 147), entre las dimensiones de esta categoría cultural están aquellas que se conjugan en torno a variables de tipo etario, étnico, jurídico, socioeconómico, religioso y territorial.

La misma autora señala que “riesgo” es un sustantivo, pero que “en riesgo” es una frase que funciona como adjetivo calificativo de ciertos sujetos que, dadas sus condiciones de vida, ponen en peligro el orden social establecido en una sociedad espacial y temporalmente acotada. En consecuencia, la frase reviste el carácter de construcción cultural, edificada sobre ideas determinadas de moral y justicia, y se involucra en un sistema ético determinado que cataloga ciertos aspectos sociales como “peligrosos” al mismo tiempo que ignora otros. Como señala Noceti, calificar a algunos sujetos miembros de una sociedad como sujetos en riesgo legitima la acción del Estado y “(...) tal acción supone orientar sobre ellos políticas diversas que permitan controlar el desarrollo de la vida de estos individuos y, a su vez, proteger al resto de la sociedad de las plausibles acciones que los primeros pudieran realizar” (2011:149).

¿QUÉ SE ENTIENDE POR INFANCIA?

Según la Real Academia Española (RAE), se entiende por infancia al “período de la vida humana desde el nacimiento hasta la pubertad”². De acuerdo con Unicef, el concepto es más profundo, ya que consiste en

...la época en la que los niños y niñas tienen que estar en la escuela y en los lugares de recreo, crecer fuertes y seguros de sí mismos y

² Véase lista de referencias.

recibir el amor y el estímulo de sus familias y de una comunidad amplia de adultos. Es una época valiosa en la que los niños y las niñas deben vivir sin miedo, seguros frente a la violencia, protegidos contra los malos tratos y la explotación. Como tal, la infancia significa mucho más que el tiempo que transcurre entre el nacimiento y la edad adulta. Se refiere al estado y la condición de la vida de un niño, a la calidad de esos años” (Unicef, 2005).

La CDN define a la infancia como un “espacio separado de la edad adulta”. Históricamente, las necesidades y las obligaciones de los niños y las niñas nunca habían estado perfectamente diferenciadas de las de los adultos. Tal como estos últimos, los niños y niñas en buen estado de salud han realizado tradicionalmente trabajos arduos y, a menudo, han sido combatientes en el campo de batalla. Pero la Convención, citando los “cuidados y asistencia especiales” que necesitan los niños y las niñas, reconoce que lo que resulta apropiado para los adultos puede no ser adecuado para la infancia (Unicef, 2004:3).

LA VULNERABILIDAD SOCIAL

Según el informe de Unicef *Para cada niño un mejor comienzo*, bajo el término “vulnerabilidad social” se engloban a las condiciones de riesgo social, a los problemas para satisfacer las necesidades básicas, sociales y de participación e integración que afectan a la persona y a la familia (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, 2010:113).

La vulnerabilidad abarca a toda la problemática social que existe en nuestro país y excede,

conceptualmente, a la definición de “pobreza”. Está relacionada con causas externas (evolución del mercado de trabajo, recortes en los recursos de protección social, inseguridad ciudadana, deterioro ambiental, clima social, etcétera), pero también con la apreciación e interiorización subjetiva de la propia vulnerabilidad (incertidumbre, miedo, sensación de inseguridad, pérdida de autoestima y confianza en las propias capacidades, etc.) (González et al, 2014:18).

Teniendo en cuenta esta doble dimensión, externa e interna, puede afirmarse que en las condiciones sociales actuales no solo crece el número de personas que son vulnerables porque experimentan el deterioro de sus condiciones materiales de vida; también crece su sentimiento de vulnerabilidad e indefensión ante amenazas presentes y futuras (expectativa de desempleo, de falta de pensiones o de escasos recursos médicos ante futuras enfermedades, etc.). Bajo las actuales condiciones de cambio social, la vulnerabilidad se extiende y diversifica, afectando así a un número creciente de niños y familias y a distintos sectores de la sociedad.

Desde este punto de vista, la vulnerabilidad, como experiencia psicosocial, tiende a convertirse en un fenómeno no circunscrito solo a quienes experimentan de facto el deterioro de sus condiciones materiales de vida en el presente, sino susceptible de ser padecido por amplísimos sectores de la población. Esto nos obliga a pensar qué significan los términos exclusión e inclusión social.

EXCLUSIÓN SOCIAL

Entendemos a la “exclusión social” como un proceso³ que no se agota en expresiones y si-

³ El término “proceso” es concebido como un conjunto de fases o etapas, sucesivas en el tiempo y vinculadas entre sí por relaciones de causa y efecto, a través de las cuales se va manifestando un fenómeno más amplio.

tuaciones concretas y puntuales, sino que incluye distintas manifestaciones o estados relacionados entre sí por relaciones complejas de causa y efecto. Los procesos de exclusión involucran factores individuales, atribuibles a sujetos particulares; sociales, atribuibles a la organización y funcionamiento de la sociedad y, además, naturales, atribuibles a las condiciones de un medioambiente que en el nivel de la biosfera se encuentra afectado de forma creciente por la actividad humana (Unicef, 2014:11)

Todo proceso de exclusión implica, para las personas afectadas, déficits que impiden o dificultan gravemente su participación social. En el caso de la infancia, estos procesos revisten características específicas, por cuanto están condicionados por las edades comprendidas en este grupo de población y, en consecuencia, por los estados madurativos y de autonomía de los niños a lo largo de esta etapa de la vida. Así pues, puede abordarse a la “exclusión social de la infancia” como un concepto específico.

La exclusión social de la infancia está normalmente vinculada a los procesos de exclusión que experimentan las familias con hijos menores de edad, en particular sus padres y madres. Por este motivo, las políticas de lucha contra la exclusión infantil deben proporcionar apoyos adaptados a los distintos tipos de familia, porque de sus estados y funcionamiento dependen en gran medida la relación con el entorno, el desarrollo integral y el bienestar social de los niños. Así, la prevención y la intervención temprana en los procesos de exclusión en la infancia deben estar estrechamente vinculados a la prevención e intervención temprana en los procesos de exclusión social de sus familias.

Por lo tanto, infancia en exclusión (social) debe entenderse como el proceso y el conjunto de estados deficitarios, en cantidad y calidad, motivados por el empobrecimiento económico y el deterioro psicofísico y relacional de los niños y

de su entorno, que les impide el acceso a recursos y entornos necesarios para su desarrollo integral y adecuada socialización, con la consiguiente pérdida de posibilidades de participación y movilidad en la sociedad (Unicef, 2014:21).

Si bien la infancia es una etapa con valor en sí misma, la exclusión social de la infancia es especialmente grave por cuanto afecta al proceso de maduración física, psicológica, afectiva y relacional en épocas tempranas de la vida con efectos en su futuro.

Las experiencias vitales de los niños en condiciones que propician su exclusión social pueden ocasionarles graves secuelas, susceptibles de hacerles sufrir en el presente por cuanto vulneran sus derechos y deterioran su bienestar en tanto que niños, al mismo tiempo que condicionan negativamente su futuro como personas adultas, limitando su autonomía y su capacidad para aprovechar las oportunidades que el medio pueda ofrecerles.

INCLUSIÓN SOCIAL

Así como existe la exclusión social, deben desarrollarse políticas para tender a la inclusión social.

La inclusión social es la manera efectiva de participación en una democracia. Esta consiste en la implementación de políticas públicas encaminadas a la vinculación de todos los miembros de la sociedad para la participación de los beneficios que esta adquiere. Su principal característica es que desconoce la discriminación, además de procurar satisfacer por todos los medios los requerimientos sociales, económicos, políticos y culturales teniendo como principal fundamento la singularidad y la legitimidad de la diferencia. El concepto de inclusión social se vincula directamente con la noción de desarrollo humano, entendido como la conjunción y satisfacción

plena de tres elementos básicos que permiten medir las condiciones de vida: La supervivencia (salud, higiene, agua potable, medicina), acceso a la educación y acceso laboral. Por lo tanto, la noción de inclusión social se convierte en el marco de los derechos civiles y sociales y constituye un elemento clave para la construcción de una sociedad más igualitaria. La inclusión social es reconocer en los distintos grupos sociales el valor que hay en cada diferencia, el respeto a la diversidad y el reconocimiento de un tercero vulnerable, con necesidades específicas que deben ser saciadas para que pueda estar en condiciones de igualdad y disfrutar de sus derechos fundamentales. En este marco, las políticas sociales serían las políticas públicas de inclusión social (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, 2010:54).

El cuidado que recibe un niño o niña está determinado por la inserción laboral de sus padres, por el lugar donde vive y la situación socioeconómica de su hogar; no por sus derechos. En la República Argentina, el 79 por ciento de los niños y niñas de entre 0 y 3 años no accede a servicios educativos y de cuidado, un porcentaje que varía según la región del país y el clima educativo del hogar. Mientras que en la región Pampeana el 73 por ciento no accede a esos servicios, en las regiones Noreste y Noroeste del país no lo hacen el 94 por ciento y el 90 por ciento, respectivamente (Unicef, 2016a:12).

INFANCIA, VULNERABILIDAD Y EDUCACIÓN

La Ley de Educación Nacional 26206, en su artículo 22, manifiesta que:

Se crearán en los ámbitos nacional, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mecanismos para la articulación y/o

gestión asociada entre los organismos gubernamentales, especialmente con el área responsable de la niñez y familia del Ministerio de Desarrollo Social y con el Ministerio de Salud, a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos de los/as niños/as establecidos en la Ley 26061. Tras el mismo objetivo y en función de las particularidades locales o comunitarias, se implementarán otras estrategias de desarrollo infantil, con la articulación y/o gestión asociada de las áreas gubernamentales de desarrollo social, salud y educación, en el ámbito de la educación no formal, para atender integralmente a los/as niños/as entre los cuarenta y cinco (45) días y los dos (2) años de edad, con participación de las familias y otros actores sociales (Ministerio de Desarrollo Social, 2015:10).

Esto lleva al planteo de que todos los niños y niñas deben estar protegidos y amparados, y es por ello que el Estado debe crear y coordinar políticas sociales inclusivas.

De acuerdo con Unicef (2016:10), la inversión social, incluida la dirigida a la niñez, ha sido una de las principales prioridades de Argentina en los últimos años, tanto a nivel nacional como provincial. En 2014 la inversión social representó más de la mitad de todo lo invertido por la administración nacional, y la inversión en niñez alcanzó el 3,3 por ciento del producto interno bruto. La disponibilidad de información de calidad a nivel nacional y provincial, imprescindible para definir mejores políticas públicas, es todavía insuficiente.

Por todo lo expuesto, vemos que en Argentina se ha visto la necesidad de crear un organismo estatal específico que trate el tema de la infancia: la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y, en el marco de esta Secretaría, el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, que ha sido, sin dudas, uno

de los más importantes aportes a la nueva institucionalidad. Estos organismos se han consolidado como instancia de debate, participación y concertación de las autoridades de los órganos de protección de derechos de todas las Provincias del país.

Específicamente, en la Provincia de Salta se ha creado el Ministerio de la Primera Infancia, con la finalidad establecer políticas públicas sociales dirigidas a los niños desde su gestación hasta los cinco años de edad y para profundizar en la búsqueda de soluciones a las necesidades de la primera infancia que aún no han sido resueltas. Esto no implica que no se tenga en cuenta, luego del mencionado rango etario, a los menores ya casi entrando en la adultez.

Entendemos a la política social, en tanto política pública –donde “política” sería un espacio de decisión sociopolítica que involucra un tipo determinado de racionalidad, a través de la cual se asignan valores a la población o a grupos de ella–, como el proceso mediante el cual el Estado diseña y ejecuta una política dirigida a un sector mayoritario de la población. Esa política puede involucrar no solo acciones, sino también omisiones respecto de asuntos de interés para determinados actores. La política social como política pública es un término que tiene límites muy vagos y contenidos muy amplios, porque está complejamente relacionada con todos los aspectos de la vida social. Como política pública, la especificidad de la política social depende de los objetivos y significados de su acción.

La política social entendida como política pública se gesta con mayor intensidad en el entramado de relaciones que influyen sobre la agenda decisional respecto de la “cuestión social”, lo evidente y lo oculto de ese proceso. Esto permite entender a la política social como un proceso en el que los distintos actores que la

protagonizan desarrollan prácticas cuyos contenidos obedecen a una pluralidad tanto de valores como de fines. En este sentido, Sartiano (2006:6), en su tesis doctoral, refuerza la idea que las políticas sociales precisan de la participación efectiva de los sectores populares, ya sea de manera directa o indirectamente a través de intermediaciones capaces de expresar sus demandas y necesidades.

Los países de mayor desarrollo relativo de América Latina, dentro de los cuales se encuentra Argentina, atraviesan un proceso de transición demográfica avanzada. Entender cabalmente los desafíos de esta etapa es fundamental para una adecuada planificación de la fiscalidad y las políticas públicas. Bien aprovechada, esta ventana de oportunidades obviamente favorece el crecimiento y permitiría también –aunque esto es menos obvio– disminuir la desigualdad a futuro. ¿Cómo se logra lo segundo? La clave descansa en aprovechar el período de baja fecundidad para realizar fuertes inversiones públicas en la infancia en forma igualitaria o, mejor aún, progresiva (que reciban más, en la forma de bienes, transferencias y servicios públicos, los niños que nacen en familias más pobres). Es decir, es importante que el financiamiento del consumo de los niños y adolescentes tenga un fuerte peso de financiamiento público.

Si ello no sucede, el grueso de este financiamiento provendrá de las familias o, en menor medida, del trabajo adolescente e infantil. Esto no es lo deseable si se busca igualar oportunidades al inicio de la vida. Dicho en forma más simple: cuanto más dependa el nivel de consumo de los niños y niñas del de sus familias, más estáticos y rígidos serán los patrones de la desigualdad en un país, dado que los niños y niñas de las familias más vulnerables tendrán mayores dificultades en acceder plenamente a sus derechos. Esto tampoco es deseable des-

de un punto de vista más restringido de eficiencia económica. En Argentina, la población que aporta más a la reproducción biológica del país sigue siendo la de menores ingresos. Si ello es así, y si el Estado participa en forma limitada en el financiamiento del consumo de estos niños y niñas, dejando dicho consumo librado a las capacidades económicas de sus familias, el país tendrá niveles sub-óptimos de inversión en el capital humano de sus generaciones más jóvenes (Filgueira; Alicino, 2015:7).

En este sentido, los países del mundo que resolvieron este desafío de manera sustentable lograron asegurar:

1. Bienestar infantil: niveles de pobreza infantil bajos, y menores para los niños y niñas que para la población general, junto al desarrollo de servicios de calidad que también aseguran bajos niveles de pobreza multidimensional.
2. Alta participación de las mujeres en el mercado laboral formal, y convergencia de las tasas de participación entre estratos.
3. Sostenimiento de tasas de fecundidad en niveles cercanos al reemplazo y fuerte convergencia de la fecundidad entre estratos (8).

Asimismo, está comprobado que implementar políticas de primera infancia trae aparejados beneficios tales como un mayor desarrollo cognitivo y psicosocial para los niños y las niñas (curiosidad, persistencia, autocontrol, perseverancia, disciplina, autoestima, confianza, habilidad socio-emocional, estabilidad, motivación, consistencia, mayor escolaridad, y con todo ello mejores salarios en su adultez); pero también beneficios sociales, que se obtienen al disminuir desde los primeros años de vida las brechas que existen entre los grupos más vulnerables y el resto de la población (ma-

yor productividad, disminución en la tasa de criminalidad, disminución en la dependencia de programas de asistencia social, mejoría en el ambiente familiar y los hábitos de crianza de los padres, menores tasas de embarazos adolescentes y no deseados, entre otros) (“La primera...”, 2015:7).

En Argentina, la disparidad socioeconómica y regional entre grandes centros urbanos y zonas rurales impide que todos los niños tengan las mismas oportunidades al nacer y durante los primeros años de vida. Los desafíos de la primera infancia requieren de un abordaje, multidimensional, que considere las áreas de salud, educación, cuidado y protección, entre otras. La coordinación intersectorial e interjurisdiccional debe fortalecerse para implementar políticas integrales que fomenten el crecimiento pleno con enfoque de equidad. Naciones Unidas reconoce la importancia de la primera infancia, e incluyó el desarrollo temprano en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que guiará su trabajo hasta 2030. En la misma línea, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) busca reforzar el compromiso con la primera infancia a nivel global, y con ello también en Argentina. El objetivo es que cada niño tenga el mejor comienzo (Unicef, 2016a:5-6).

Así, la vulnerabilidad, tanto en su dimensión material como psicológica, no suele depender de un único factor, sino que es la consecuencia de una combinación dinámica de factores físicos y ambientales. La edad, la discapacidad, la enfermedad, el género, la pertenencia étnico-cultural, entre otras, son situaciones o características de los sujetos que coadyuvan a su mayor o menor vulnerabilidad según como se relacionen con otras variables y, en general, con el contexto económico, político y cultural en el que se integran.

Los estudios sobre la vulnerabilidad y la exclusión de la infancia tienden a señalar la exis-

tencia de colectivos especialmente vulnerables, es decir, aquellos a los que se debería prestar especial atención porque sus condiciones sociales, educativas, sanitarias o económicas son frágiles y pueden conducirles a situaciones de exclusión social.

Algunos de los colectivos a los que estos estudios suelen hacer referencia son: niños y niñas con discapacidad, niños y niñas con padres con alcoholismo o drogodependencia, niños y niñas de la etnia gitana, niños y niñas extranjeros no acompañados, niños y niñas en sistema de protección social, niños y niñas en sistema de reforma o con medidas de reeducación y, finalmente, niños y niñas en familias monoparentales (Unicef, 2016a). Sin embargo, en las condiciones actuales, es posible que esta lista pueda ser más extensa pues, como venimos señalando, los procesos de exclusión social tienden a extenderse y a diversificarse en distintas combinaciones de factores de exclusión y de perfiles de personas y grupos sociales excluidos. Por eso, uno de los propósitos principales de este documento es abrir el debate sobre las distintas manifestaciones que la exclusión social reviste en la situación actual (Unicef, 2014:14-18).

Es necesario fortalecer la oferta de servicios de educación y cuidado para ampliar la cobertura y asegurar estándares de calidad altos. En especial, debe promoverse el acceso de las familias más vulnerables a estos servicios como un primer paso hacia la universalización. Además, es necesario priorizar la profesionalización de los cuidadores y educadores a cargo de los servicios, con empleos de calidad. La provisión de servicios de educación y cuidado infantil por parte del Estado da legitimidad y reconocimiento a estas tareas, y realza su carácter de trabajo. Además, esto facilita la “desfamiliarización” del cuidado y crea oportunidades para que muchas mujeres se inserten en el mer-

cado de trabajo formal, lo que contribuye a la redistribución de las tareas de cuidado entre las familias, el Estado, el mercado y la comunidad.

Es clave redistribuir los roles en el ámbito familiar. Para ello, un buen primer paso es promover una mayor cobertura de las licencias por maternidad, paternidad y familiares. Las familias deben tener la posibilidad de elegir la modalidad de educación y cuidado que mejor se adapte a sus necesidades y preferencias y que, a su vez, respete los derechos de todos los niños y niñas. Esto requiere de coordinación institucional, intersectorial e interjurisdiccional y de una rectoría en las políticas de primera infancia que articule, entre otras, las áreas de salud, educación y protección, lo que lleva a que se implementen políticas más integrales (Unicef, 2016a:12-13).

La inversión en protección social y niñez tiene sentido tanto desde el punto de vista económico como del desarrollo humano. Los efectos demostrados de la protección social en el desarrollo de los niños y niñas duran mucho más allá de la infancia, aumentando la productividad del adulto, disminuyendo la carga de las pérdidas de desarrollo humano y contribuyendo a romper la transmisión intergeneracional de la pobreza.

Debido a que estos programas benefician a los hogares de manera más amplia, también tienen impactos económicos más inmediatos, como por ejemplo habilitar a los destinatarios para que realicen inversiones productivas y aumenten su participación en el mercado de trabajo, estimulando la demanda y reduciendo la pobreza. Las inversiones en protección social también tienen el potencial de impulsar y complementar las inversiones por el lado de la oferta (Unicef, 2016b:172).

Argentina se encuentra dentro del grupo de países con gasto social alto, que resulta mayor al 13 por ciento del producto bruto inter-

no (PBI). Sin embargo, históricamente han persistido brechas de cobertura y deficiencias en la provisión y acceso a las transferencias y los servicios esenciales, lo que limitó las posibilidades de reducción de las condiciones de vulnerabilidad. Asimismo, la forma de financiamiento aporta un componente que hace que este gasto sea cíclico, que tenga cierto nivel de regresividad; ya que se basa, principalmente, en impuestos sobre el consumo.

En la Argentina, el Gobierno nacional ha concentrado progresivamente sus erogaciones en el área social, en la previsión social y la salud para la tercera edad, mientras que las provincias han concentrado gran parte de su esfuerzo fiscal en educación y salud. En las últimas décadas, estas dos últimas áreas han tenido un peso muy relevante en la estructura del gasto social consolidado, por lo que el peso de los gobiernos provinciales en la ejecución del gasto social aumentó considerablemente.

Todo esto nos lleva a plantearnos la situación diferencial en la que se encuentra cada niño y niña de nuestro país, que por motivos sociales o económicos no está gozando plenamente de su derecho de tener una infancia saludable y plena.

CONCLUSIONES

Considerando lo expuesto, podemos observar que existe una completa interrelación entre los conceptos de infancia, riesgo, vulnerabilidad, exclusión e inclusión; dado que son las bases sobre las cuáles se asienta el estudio de todas aquellas situaciones que exponen al infante a situaciones de peligrosidad, es decir, situaciones que pueden afectar tanto su desarrollo físico y cognitivo como emocional.

Si bien en nuestro país se ha avanzado en el estudio y búsqueda de soluciones para esta

problemática ya instalada, se trata de un asunto difícil de revertir. Tal vez el mayor desafío de todos los gobiernos sea el poder generar una política pública eficiente y sostenible a lo largo del tiempo, que intente modificar y generar un impacto positivo en este sector que es el más vulnerable de todos. Debe lograrse un trabajo mancomunado de los tres poderes del Estado, de manera de posibilitar la transparencia de la gestión pública, como facilitar la participación y el control de las medidas que se adopten.

Los esquemas planteados suelen terminar siendo inequitativos, ya que en el mismo proceso de búsqueda de soluciones quedan brechas por resolver. Esto afecta directamente a los niños y niñas en situación de vulnerabilidad, que aún carecen de soluciones. Es primordial poner énfasis en la ayuda a las familias, no solo mediante la ampliación de los derechos sino también mediante la toma efectiva de medidas que busquen soluciones; pero que no sean medidas meramente asistencialistas –como los planes sociales, que ayudan pero no son adecuados para lograr un impacto eficaz de cambio en estos sectores vulnerables–.

No debemos olvidar que una pieza fundamental es lograr la inclusión absoluta de este sector social al sistema educativo. Es necesario recibir educación de calidad desde la infancia, ya que contribuirá en el futuro a mayores posibilidades de inclusión, posibilitando el acceso a buenos empleos y a la capacitación continua, lo que también influye en el intercambio social de la vida diaria.

También deben plantearse políticas públicas dirigidas a los adultos mayores que están a cargo de los niños, que usualmente son los padres y que, dada la misma condición socioeconómica en la que se encuentran, pertenecen a ese sector social vulnerable. La mayoría de las veces son adultos excluidos, por lo cual el Estado tiene la obligación de velar para contenerlos

en el sistema formal de trabajo, esto es, incluirlos, de modo que les permita generar nuevas visiones acerca de la realidad y con ello también dar la posibilidad a los niños y niñas, pertenecientes a estas familias, la posibilidad de ajustarse a un escenario más real de lo que la vida a tan temprana edad significa.

Finalmente, debe contarse con un sistema que permita recoger toda la información disponible tanto sobre la cantidad de niños y niñas como de familias que se encuentran inmersos en situaciones que significan un peligro para su desarrollo, dado que es una manera de ir pudiendo tomar decisiones para paliar esta cruda realidad y poder así brindar soluciones reales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Enfoque en Familia (2012). “Niñez vs. Infancia”. Disponible en: <https://sincedula.wordpress.com/2012/02/11/niñez-vrs-infancia/>
- Filgueira, F.; Alicino, C. (2015). “La primera infancia en Argentina: desafíos desde los derechos, la equidad y eficiencia”. Documento de Trabajo 120. CIPEC, Enero de 2015. En <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1259.pdf>
- “La Primera Infancia en Argentina” (2015). Buenos Aires. En <http://www.observatoriosocial.com.ar/images/articulos/infancia-en-la-argentina.pdf>
- Lázaro González, I. (Coord.). “Para cada niño el mejor comienzo. Primera Infancia 2016-2020”. Unicef. Documento de Posicionamiento. En <https://www.unicef.org/argentina/informes/para-cada-ni%C3%B1o-el-mejor-comienzo>
- Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (2010). “Políticas Sociales del Bicentenario. Un modelo Nacional y Popular”. Tomo II. Glosarios y Definiciones. Buenos Aires, Argentina, 2010. En <http://www.desarrollosocial.gob.ar/biblioteca/politicas-sociales-del-bicentenario-ii/>
- Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (2015). “Estándares de Inclusión para los Centros de Desarrollo Infantil. Consejo Federal de Niñez y Adolescencia”. Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Buenos Aires, Argentina, 2015. En <https://www.desarrollosocial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/10/Estandares-de-inclusion-COCEDIC-Consejo-federal.pdf>
- Noceti, M. B. (2008). *Niñez y políticas públicas en la Argentina. Aportes antropológicos al análisis institucional*. Bahía Blanca: EDIUNS.
- Noceti, M. B. (2011). “Niñez en riesgo, conceptualizaciones cotidianas y acciones políticas en Argentina”. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 18, n° 57, Toluca, Septiembre-Diciembre de 2011, pp. 145-163. En http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352011000300006
- Real Academia Española. En <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=infancia>
- Satriano, C. (2006). “Pobreza, Políticas Públicas y Políticas Sociales”. *Revista Mad*, N° 15, septiembre de 2006, p. 6. En <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/mad/15/satriano.pdf>
- Unicef (2016a). “Para cada niño, el mejor comienzo”. En <https://www.unicef.org/argentina/informes/para-cada-ni%C3%B1o-el-mejor-comienzo>
- Unicef. (2016b). “Estado de la situación de la Niñez y la Adolescencia en Argentina”. Buenos Aires, Argentina. En <https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/SITAN.pdf>

Unicef (2014). “Vulnerabilidad y Exclusión en la Infancia. Hacia un sistema de Información temprana sobre la infancia en exclusión”. Madrid. En https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/libro_03_web.pdf

Unicef (2005). “Definición de la infancia”. En

<https://www.unicef.org/spanish/sowc05/childhooddefined.html>

Unicef (2004). “La Infancia Amenazada. Estado Mundial de la Infancia 2005”. En https://www.unicef.org/spanish/sowc05/sowc05_sp.pdf

Educación y desigualdad. Desarrollo progresivo del derecho a la educación y su situación en Argentina

Education and Inequality. Progressive Development of the Right to Education: the Situation in Argentina

Federico Alejandro de Singlau¹

Resumen

El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación “El impacto de las políticas sociales destinadas a niños y niñas de barrios en situación de vulnerabilidad de la Ciudad de Salta. Casos: Niños y niñas con edad de escolaridad primaria de los barrios Solidaridad y Castañares de la Ciudad de Salta”, llevado adelante desde el Instituto de Relaciones Internacionales y Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Partiendo desde un enfoque de derechos de la infancia, tiene por finalidad describir cómo se llegó a la concepción actual del derecho a la educación. Explora la relación entre la educación y la desigualdad social desde un punto de vista general, para luego describir la situación respecto a este fenómeno en la República Argentina. Para el desarrollo del artículo se utilizó la técnica de análisis bibliográfico y documental, recurriendo principalmente a autores argentinos y a documentos emanados de UNESCO y UNICEF.

Palabras clave: desigualdad social - educación - infancia - República Argentina - Salta

Abstract

This article is part of the research project “The Impact of Social Policies for Children in Vulnerable Neighborhoods in the City of Salta. Cases: Children of Primary School Age in Solidaridad and Castañares Neighborhoods in the City of Salta” carried out by the Institute of International Relations and Political Science of the Faculty of Legal Sciences. Starting from a focus on children’s rights, it aims to describe how the current conception of the right to education was reached. Then, it explores the relationship between education and social inequality from a general point of view, and later describes the situation regarding this phenomenon in the Argentine Republic. For the development of the article, a bibliographic and documentary analysis technique was used, mainly including Argentine authors and documents emanating from UNESCO and UNICEF.

Keywords: social inequality - education - childhood - Argentine Republic - Salta

Sociedad / artículo científico

Citar: De Singlau, F. A. (2018). Educación y desigualdad. *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 63-86.

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Salta. El artículo es producto de un informe de avances del proyecto de investigación “El impacto de las políticas sociales destinadas a niños y niñas de barrios en situación de vulnerabilidad de la Ciudad de Salta”, aprobado por Resolución Rectoral 1735/16. El equipo de investigación está integrado por el Mgtr. Víctor F. Toledo (director); el licenciado Federico A. de Singlau y la licenciada Silvina Abud.

INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha empezado a gestar una visión integral del derecho a la educación, que se encuentra plasmada en diversos instrumentos internacionales. Esta perspectiva parte de la concepción de que existe un vínculo muy estrecho entre el derecho a la educación y el derecho al desarrollo económico, social y cultural.

Una educación de calidad brinda herramientas contra distintos riesgos derivados de situaciones de pobreza, repercute favorablemente en la salud, genera condiciones para evitar la exclusión, facilita acceder a mejores oportunidades laborales durante la vida adulta y crea capacidades para la participación ciudadana. Es por esto que se considera un derecho fundamental y promotor de otros derechos, ya que reúne las características de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos; porque abarca aspectos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (UNESCO, “The Right...”). Dicho de otra manera, no puede desvincularse la educación del pleno ejercicio del resto de los derechos humanos, constituyéndose por tanto en una condición previa para la participación de las personas en todas las esferas de la vida social.

Por todo esto, hoy en día se aborda la educación desde la consideración de que constituye una herramienta poderosa en las estrategias de reducción de la pobreza, una de las máximas prioridades de la agenda internacional en el siglo XXI. De hecho, según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), un año adicional de escolaridad permite incrementar el Producto Interno Bruto (PIB) *per cápita* de un país entre 4 y 7 por ciento (Organización de los Estados Iberoamericanos, 2015).

Lo expuesto permite inferir que la educación es un derecho humano que debe ser accesible para todas las personas, sin que su goce esté sujeto a ningún tipo de discriminación.

En la primera parte del artículo se hará una referencia a la evolución de las concepciones sobre la educación en la época contemporánea, partiendo desde el antecedente constituido por la Revolución Francesa de 1789, para luego hacer una breve referencia al tratamiento de la educación en los Estados liberales del siglo XIX. Luego se analizará la evolución progresiva del derecho a la educación en el plano internacional, desde los primeros instrumentos del siglo XX hasta los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) acordados por la comunidad internacional en el año 2015.

Más tarde, se procederá a establecer una revisión conceptual para alcanzar un grado aceptable de certeza respecto a qué entendemos actualmente por “igualdad educativa”.

Finalmente, se revisará la situación en la Argentina respecto al vínculo entre educación y desigualdad, recurriendo a lo planteado por reconocidos autores en la temática y a los resultados arrojados por el último operativo nacional de evaluación educativa, Aprender 2017.

Es conveniente aclarar que el presente artículo está orientado fundamentalmente al análisis de la situación en relación a la educación primaria, ya que se trata del nivel abarcado por la investigación en la cual se enmarca. En este sentido, cabe destacar que se entenderá a la educación primaria en los términos en que fue definida en la Consulta de Expertos sobre la Definición Operativa de Educación Básica, que establece que se halla incluida en este último concepto. La educación básica abarca las nociones de educación fundamental, educación primaria y primaria/secundaria, y según la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNES-

CO) debe estar garantizada para todos sin ningún tipo de discriminación o exclusión basada “en el género, etnia, nacionalidad u origen social, condición económica o física, idioma, religión, opinión política u otra, o pertenencia a una minoría”. A su vez, se establece que debe constar de al menos nueve años, y ampliarse progresivamente a 12 años (UNESCO, 2007).

LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LOS ORÍGENES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La educación es, sin lugar a dudas, uno de los pilares fundamentales del desarrollo de los países. Su consideración como derecho tiene un recorrido que encuentra su primer antecedente en los tiempos de la Revolución Francesa de 1789, cuando por primera vez se reconocen los derechos fundamentales de la persona humana, inspirados en los valores de la libertad, igualdad y fraternidad.

Un aspecto importante del legado revolucionario se da en el plano educativo. La idea de despojar al estamento eclesiástico de su papel rector en el campo de la educación se venía gestando en Francia desde mediados del siglo XVIII, en el contexto de la Ilustración y de la mano del pensamiento de filósofos como Diderot y Rousseau. Sin embargo, el hito de la nacionalización de los bienes eclesiásticos en noviembre de 1789 aceleró los tiempos para los cambios en el plano educativo: al perder sus principales fuentes de financiamiento, la Iglesia Católica transfirió al Estado francés la prestación de los servicios públicos que estaban a su cargo; a saber, la asistencia pública y la educación.

Se sentaron las bases, entonces, para un sistema de educación secularizado, gestionado directamente por el Estado. A pesar de las

continuidades señaladas, existe una diferencia cualitativa entre el pensamiento de la Ilustración y el de la Revolución respecto de la siguiente cuestión: los ilustrados concebían a la educación en términos estamentales, mientras que los revolucionarios la veían como un servicio público, destinado a todos y atento a las necesidades de la sociedad (De Puelles Benítez, 1993).

Las Asambleas de la Revolución adoptaron diferentes posiciones en el período 1789-1793 respecto a las características que debía tener el nuevo sistema educativo. Así, la Constitución liberal de 1791 sostenía que se garantizaba “una instrucción pública, común a todos los ciudadanos, gratuita respecto de aquellas partes indispensables para todos los hombres”. De esta forma, se incorporaba por primera vez el derecho a la instrucción, pero su gratuidad se limitaba a la educación popular o elemental, mientras que la instrucción secundaria, que permitía el acceso a la universidad, seguía reservada a la élite por ser onerosa (Gavari Starckie, 2005).

En la etapa jacobina de la Revolución, se da a la instrucción pública un lugar de mayor relevancia, y la nueva Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de junio de 1793, establece en su artículo 22: “La instrucción es necesaria a todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder el progreso de la razón pública y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”. Se da a entender que la instrucción en su conjunto constituye una necesidad de todos los ciudadanos, lo que representa un cambio sustancial respecto de la Carta Magna de 1791.

Finalmente, el sistema educativo instaurado en toda Francia por Napoleón terminó caracterizándose por su uniformidad en todo el territorio y por su dualidad, fruto de la función de reproducción del orden social que le fue

asignada: “el pueblo era instruido mientras que la élite era educada” (Gavari Starkie, 2005¹), lo que significaba que las clases sociales más bajas recibían una instrucción mínima, mientras que los estratos medios y altos tenían acceso a la educación secundaria y posteriormente a la universidad, para luego engrosar la clase dirigente del Estado.

Según Manuel De Puelles Benítez (1993), catedrático español experto en historia política de la educación, la postura en la primera etapa de la Revolución es la que se impone durante el siglo XIX en la mayoría de los sistemas educativos, mientras que la concepción de la etapa jacobina es la que guiará a la educación en el siglo XX. Esta segunda corriente concibe a la educación como un instrumento de emancipación, ligada al principio de igualdad: no resulta suficiente la igualdad ante la ley, sino que es menester la búsqueda de una igualdad social. Por ello, los jacobinos plantearon que el acceso general a la educación podía constituirse como un factor para superar las desigualdades sociales.

LA EDUCACIÓN EN EL ESTADO LIBERAL

El Estado liberal, tal como sostiene el citado autor, terminó “inclinando la balanza” en favor de la primera concepción, durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, por su consideración de la educación como un elemento de integración política y de control social.

En su función de integración, la educación es el elemento sustancial para la construcción

de una nueva lealtad (hacia el Estado, el nuevo régimen), y su función esencial es inculcar a los ciudadanos los valores liberales y democráticos. Hay incluso autores, como el investigador británico Andy Green, que consideran que la educación no solo fue un importante factor de integración política (en cuanto a que supo crear lealtad al nuevo régimen, fue un elemento importante para el reclutamiento de la élite política que necesitaba el Estado, e incluso sirvió de base para la integración vertical entre las diferentes regiones según su nivel de conciencia de la identidad nacional), sino que la propia formación del Estado liberal no puede ser escindida de la creación de los sistemas educativos nacionales, porque la educación se ubica en el mismo corazón de la revolución cultural profunda que implicó el surgimiento y consolidación de este régimen, “asumiendo una responsabilidad primaria en el desarrollo político del Estado” (Green, 1990; en De Puelles Benítez 1993)².

En relación con el aspecto de control social, la educación se presentó como un importante instrumento de cohesión social y nacional en los países occidentales. En ellos, los Estados crearon sistemas educativos nacionales a los que asignaron funciones públicas, como la de permitir la asimilación de las culturas de los inmigrantes (esto se dio especialmente en aquellos países americanos que entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX recibieron grandes flujos de inmigrantes europeos, como los Estados Unidos de América y la República Argentina³), la de servir como factor de consolidación nacional mediante la extensión de la

² Green, Andy (1990). *Education and State Formation. The Rise of Education Systems in England, France and the USA*, London, MacMillan Press. Citado en De Puelles Benítez (1993). Véanse referencias bibliográficas.

³ Al respecto, la historiadora e investigadora del CONICET María Gabriela Micheletti sostiene que, ante la el surgimiento de ciertas corrientes de pensamiento de finales del siglo XIX y principios del siglo XX tendientes a “resguardar a la nacionalidad argentina, nueva, débil y aún en proceso de consolidación”, la educación se presentó como el medio adecuado para argentinizar a los hijos de extranjeros y para prevenir, a su vez, la difusión de pautas cultura-

lengua nacional en todo el territorio (como en Francia), o la de contribuir a forjar una nueva conciencia nacional en procesos de unificación (como los de Alemania e Italia) (De Puelles Benítez, 1993).

LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ANTE LA CUESTIÓN DE LA EDUCACIÓN EN EL SIGLO XX

La preocupación internacional por la protección de la infancia se remonta a fines del siglo XIX. Estudiosos de diversas áreas y diferentes asociaciones benéficas habían fomentado en la opinión pública y los gobiernos el interés por la tutela de la niñez (Scarzanella, 2003).

Si bien la mayoría de los países europeos y americanos estaba desarrollando sistemas de protección de la infancia, en este periodo empieza a darse la transición hacia el ámbito internacional de las políticas protectoras nacionales. En este contexto, y marcando una continuidad que se extiende a lo largo del primer tercio del siglo XX, se genera un progresivo interés por parte de profesionales e investigadores de diferentes campos del saber, y también por parte de los gobiernos, en lograr la internacionalización de las políticas referidas a la infancia. La estrategia escogida fue, en un primer momento, la celebración de congresos internacionales con patrocinio gubernamental⁴ (que tuvieron el mérito de contribuir a la construcción de una cultura común en relación al tratamiento de las problemáticas de la infancia), para luego pasar a las relaciones in-

tergubernamentales y, posteriormente, al tratamiento de la cuestión en el ámbito de organismos internacionales (Dávila Balsera y Naya Garmendia, 2006).

Según la óptica del experto José Ocón Domingo (2006), la constatación de los estragos ocasionados sobre millones de niños por las dos guerras mundiales es lo que llevó a que la humanidad ingresara verdaderamente en una nueva etapa jurídico-política que, de manera progresiva, produjo una mayor protección y promoción de los derechos de la infancia. En la etapa que venimos considerando, dichos avances fueron concretados especialmente desde el ámbito de organismos internacionales gubernamentales, y la educación tiene consideración en todos los instrumentos resultantes.

Luego de la Primera Guerra Mundial, al tiempo que se afianzaban los sistemas de protección nacionales, se difundía una gestión racional y científica de los problemas de la infancia y se extendía el concepto de protección para darle un sentido universal. Es entonces cuando surgen los primeros intentos por coordinar en el ámbito internacional las actividades de tutela de la infancia, y por colocarlas bajo el paraguas de una única organización en la que todos los Estados tuviesen representación (Scarzanella, 2003).

Es en este contexto que en el organismo internacional creado al finalizar la Primera Guerra Mundial —la denominada Sociedad o Liga de las Naciones— se planteó la necesidad de dar un marco de protección internacional a niños y adolescentes. A tal efecto, en su quinta asamblea se aprobó, el 26 de setiembre de 1924, la primera Carta de Derechos del Niño, conocida

les extranjeras en el país. Consúltese Micheletti, M.G. (2015). "Inmigración y Nación en perspectiva. La mirada de dos intelectuales comprometidos con la educación santafesina finisecular", en *Anuario de Historia de la Educación*, vol. 16, n° 2, pp. 93-108. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁴ Para tomar un ejemplo, en 1883 se desarrolló en la ciudad de París el primer Congreso Internacional de Protección a la Infancia.

como Declaración de Ginebra⁵. La cuestión de la educación es abordada en tres de los cinco puntos que constituyen la Declaración (principios 2, 4 y 5).

A partir de la firma de este instrumento, la Sociedad de las Naciones buscó conferir a su acción en el ámbito de la protección de la infancia un verdadero carácter internacional, por medio de (entre otras acciones) el fomento de investigaciones y misiones científicas de sus expertos en Asia y en América Latina. Fruto de este esfuerzo será, por ejemplo, la creación en 1926 del Comité pour la Protection de l'Enfance (CPE), que fungió como centro de estudio y documentación (Scarzanella, 2003).

Posteriormente, en plena Segunda Guerra Mundial, representantes de los países que combatían al régimen nazi en Europa se reunieron en Londres, el 16 de noviembre de 1942, en la Conferencia de Ministros Aliados de Educación (CAME)⁶, con la preocupación de discutir la manera en que se reconstruirían los sistemas educativos una vez alcanzada la paz.

Luego de aquel encuentro se realizaron reuniones periódicas, y en una de ellas (la correspondiente a mayo de 1943), se decidió la creación de un Comité *ad hoc* cuya tarea fue la de

estudiar la posibilidad de creación de una Organización Internacional para la Educación.

Desde esta toma de conciencia acerca de la importancia de la educación es que, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se creó, en noviembre de 1945, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, más conocida como UNESCO. En ese momento se pensaba, muy atinadamente, que una organización de este tipo podía valerse de la cooperación en educación para construir una verdadera cultura de la paz, una cultura que impidiera que se desencadenaran futuras conflagraciones mundiales como la que acababa de dejar atrás la humanidad⁷.

La Constitución de la UNESCO, en su artículo 1, establece entre los propósitos de la organización el de dar impulso a la educación popular

(...) colaborando con los Estados Miembros que así lo deseen para ayudarles a desarrollar sus propias actividades educativas; instituyendo la cooperación entre las naciones con objeto de fomentar el ideal de la igualdad de posibilidades de educación para todos, sin distinción de raza, sexo ni condición social o económica alguna (...).

⁵ En este proceso es insoslayable el aporte de la británica Eglantyne Jebb, fundadora de la ONG internacional Save The Children Fund y autora de la Declaración de Ginebra (instrumento que, a su vez, serviría más adelante como inspiración para la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y para la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989). Jebb se mostraba convencida de que la educación cumplía un rol fundamental en el desarrollo de la infancia, y que cada generación de niños y niñas ofrece de nuevo a la humanidad la posibilidad de rehacer las ruinas de su mundo. En este sentido, se recomienda la lectura del artículo "La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera Carta de los derechos de la infancia", en la página *web* oficial de la organización Save The Children: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf

⁶ A esta invitación asistieron los Ministros de Educación de Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Holanda, Noruega, Polonia y Yugoslavia, y el profesor René Cassin, comisario de Justicia y Educación del Comité Nacional Francés del General De Gaulle.

⁷ Al respecto, el primer considerando de la Constitución de la UNESCO, firmada en noviembre de 1945 por 37 países, sostiene: "puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz". Consúltese http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15244&URL_DO=-DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

En este instrumento podemos destacar el reconocimiento explícito al ideal de igualdad en la educación.

Otro organismo de la ONU dedicado a la infancia es el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Sus orígenes se remontan también a la Segunda Guerra Mundial, contexto en el que los aliados, conscientes de la masiva devastación que resultaría del conflicto, establecieron —en 1943— la Administración de Socorro y Rehabilitación de las Naciones Unidas (UNRRA) para prestar asistencia general. En el marco de la última reunión de la UNRRA (Ginebra, 1946) se aceptó una propuesta polaca para que los recursos restantes del organismo se destinaran a la infancia, sin distinción entre los niños de los países vencedores y los de los vencidos, creándose a tal fin el Fondo Internacional de Emergencia para la Infancia de las Naciones Unidas (ICEF). Posteriormente, el 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la creación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, más conocido como UNICEF, mediante la Resolución 57 (I). (UNICEF, 2006).

El aporte de UNICEF en educación ha sido importante a lo largo de los años, contribuyendo a remodelar la causa de la infancia para que dejara de ser objeto de una ayuda puramente humanitaria y asistencial y pasara a considerarse desde un enfoque consistente en asegurar el derecho de todos los niños y niñas a la salud, la educación, la igualdad y la protección, en condiciones de igualdad (UNICEF, 2006).

Algunos autores suelen ubicar como el principal punto de partida para la consideración de la educación como derecho humano a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948. Muchos componentes que fueron posteriormente apropiados por la concepción de la educación desde este punto de vista se tomaron del impulso de la escolarización

moderna, en el cual ya estaban presentes, por ejemplo, los conceptos de educación obligatoria y gratuidad en el acceso (Rivas et al, 2007).

El siguiente paso importante de la comunidad internacional en este camino es la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1959. Se trató de la primera declaración universal sobre un grupo humano específico emanada de las Naciones Unidas. Tomando como base la Declaración de Ginebra, el nuevo instrumento contempló una ampliación de derechos, llegando a una mejor sistematización desde el punto de vista de la técnica jurídica (Dávila Balsera y Naya Garmendia, 2006).

En dicho instrumento también se hizo presente el derecho a la educación, específicamente a través del Principio 7, que establece lo siguiente:

El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Se resalta en este principio que la educación, al menos en sus etapas elementales (es

decir, la educación primaria), debe caracterizarse por la gratuidad y la obligatoriedad, y asegurando la igualdad de oportunidades. Un aspecto innovador en esta Declaración es la incorporación del concepto de “interés superior del niño” como principio rector del derecho a la educación, en el cual están implicados los gobiernos, la sociedad y los padres. Según Dávila Balsera y Naya Garmendia (2006), esto ya abriría la posibilidad de considerar a los niños como sujetos de derecho.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, plantea en sus considerandos que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” y que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” (Naciones Unidas, 2016).

El Pacto estableció en su artículo 13 lo concerniente al derecho a la educación. En su primer párrafo se establece el reconocimiento del derecho de toda persona a la educación, la cual “debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”. El párrafo dos enumera, respecto a la educación primaria, las condiciones pa-

ra el logro del pleno ejercicio de este derecho, señalando en su inciso “a” que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”.

Finalmente, el camino del reconocimiento de los derechos inherentes a la infancia y a su desarrollo progresivo tuvo su punto culminante en la Convención de los Derechos del Niño⁸, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁹. Lo novedoso de este tratado respecto a los anteriores es su carácter jurídicamente vinculante, lo que lo hace de cumplimiento obligatorio para los Estados partes. Además de la enumeración de diferentes derechos de protección, de provisión y de participación, la Convención incorpora cuatro principios rectores a la luz de los cuales deben aplicarse dichos derechos: no discriminación; interés superior del niño; derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; derecho a la participación.

En la Convención, el papel del derecho a la educación es sumamente importante. Los artículos 28 y 29 suponen una ampliación del alcance de este derecho respecto a lo dispuesto en instrumentos anteriores. Se establece el reconocimiento del derecho del niño a la educación, el cual debe poder ejercerse progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades. En pos de ello, los Estados partes de la Convención quedan obligados a implementar la educación primaria obligatoria y gratuita para todos (artículo 28).

A su vez, el artículo 29 determina cuáles deben ser los objetivos de la educación:

⁸ Se trata del tratado de derechos humanos más ratificado, con 196 Estados partes hasta 2018. Estados Unidos es el único país que firmó la Convención (en 1995), pero hasta el momento no la ha ratificado.

⁹ Esta Convención fue aprobada en la República Argentina por la Ley 23849, sancionada el 27 de setiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de ese mismo año. La ratificación tuvo lugar en diciembre de 1990, entrando el instrumento internacional en vigor para nuestro país en enero de 1991. Además, se trata de uno de los tratados sobre derechos humanos a los que se otorgó jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

Se observan los avances respecto a los instrumentos anteriores. Marca una continuidad en relación a que la educación no solo es un derecho humano, sino que este debe poder ser ejercido por todos en igualdad de oportunidades. Ya no basta con que los Estados provean educación pública de calidad, sino que todos los individuos deben poder acceder a ella. Esta consideración revela la toma de conciencia de la comunidad internacional acerca del peso de la desigualdad educativa en relación a otras problemáticas, como la pobreza.

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI

Actualmente, existe la certeza de que la educación en el siglo XXI debe evolucionar, dejando de lado antiguos paradigmas que no aplican en el contexto actual. Los sistemas edu-

cativos deben preparar a los estudiantes para insertarse en un mundo globalizado, marcado por la revolución permanente de las nuevas tecnologías.

El inicio del nuevo siglo trajo la certeza acerca de la consideración del derecho a la educación como un *overarching right*, es decir, como un derecho humano en sí mismo y como un derecho humano indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos. UNESCO sostiene que este derecho empodera a los individuos para el completo desarrollo de la personalidad humana y para la participación en la sociedad a través de la adquisición de conocimientos, valores humanos y habilidades (UNESCO, 2008).

Esta consideración fue central en el establecimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), un conjunto de ocho objetivos con diferentes metas (17 en total), cuantificadas y cronológicas, que la comunidad internacional acordó para avanzar en la lucha contra la pobreza extrema en sus múltiples dimensiones. Estos objetivos fueron asumidos en la Cumbre del Milenio por 191 países con la firma de la Declaración del Milenio en setiembre de 2000. Se fijó un plazo de quince años para su cumplimiento.

Respecto al tema de este artículo, el objetivo 2 busca lograr la enseñanza primaria universal y plantea, a su vez, la meta 2A: “asegurar que, en 2015, los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria”. Fija como indicadores la tasa neta de matriculación en la enseñanza primaria, la proporción de alumnos que comienzan el primer grado y llegan al último grado de la enseñanza primaria, y la tasa de alfabetización de las personas de entre 15 y 24 años.

Concluido el plazo previsto, la tasa neta de matriculación en regiones en desarrollo alcanzó el 91 por ciento (desde el 83 por ciento en

el año 2000), mientras que la cantidad de niños en edad de enseñanza primaria sin asistir a la escuela fue de 57 millones en todo el mundo (desde 100 millones en el 2000) (Naciones Unidas, 2015).

Cumplido el plazo establecido para los ODM, se decidió adoptar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), presentados como “un llamado universal a la adopción de medidas para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, s.d.). Se trata de 17 objetivos que se basan en los logros de los ODM; pero, a su vez, representan un avance al incorporar nuevas esferas como el cambio climático, la desigualdad económica, la innovación, el consumo sostenible y la paz y la justicia.

Al aprobarse la nueva agenda en setiembre de 2015, hubo un reconocimiento explícito por parte de la comunidad internacional sobre la importancia de la educación para el éxito de los 17 ODS. El objetivo 4 establece la pretensión de “garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos”, partiendo desde la convicción de que “la educación es uno de los motores más poderosos y probados para garantizar el desarrollo sostenible” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, s.d.).

Se estableció, a su vez, un conjunto de diez metas con relación a este objetivo, algunas de las cuales están directamente vinculadas con la enseñanza primaria:

4.1 De aquí a 2030, velar por que todas las niñas y todos los niños terminen los ciclos de la enseñanza primaria y secundaria, que ha de ser gratuita, equitativa y de calidad y producir resultados escolares pertinentes y eficaces.

4.5 De aquí a 2030, eliminar las disparidades de género en la educación y garantizar el acceso en condiciones de igualdad de las personas vulnerables, incluidas las personas con discapacidad, los pueblos indígenas y los niños en situaciones de vulnerabilidad, a todos los niveles de la enseñanza y la formación profesional (UNESCO, 2016).

En mayo de 2015 tuvo lugar en Incheon, República de Corea, el Foro Mundial sobre la Educación, organizado por la UNESCO, el UNICEF, el Banco Mundial, el Fondo de Población de las Naciones Unidas (FPNU), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

En el marco de esta reunión se aprobó la Declaración de Incheon, a través de la cual se encomendó a la UNESCO, como organismo de las Naciones Unidas especializado en educación, la dirección y coordinación de la agenda Educación 2030 (UNESCO, 2016). En la hoja de ruta trazada se determinó que la principal responsabilidad de la ejecución de la agenda corresponde a los gobiernos; a la UNESCO y a sus socios, prestar apoyo mediante la provisión de asesoramiento coordinado en cuestiones normativas, asistencia técnica y desarrollo de la capacidad, así como realizar un seguimiento de los progresos a escala mundial, regional y nacional (UNESCO, “Liderar...”).

Por su parte, el objetivo 10, referido a la reducción de las desigualdades, es el ODS que aborda la problemática en cuestión. Puede decirse que este objetivo es transversal a varios otros, en especial a aquellos centrados en la salud y la educación (Catterberg y Mercado, 2017).

En el marco de este proceso, los Ministros de Educación de América Latina y el Caribe se reunieron en un encuentro organizado por la

Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe (OREALC/UNESCO Santiago) y el Ministerio de Educación y Deportes de la República Argentina. La cita ministerial se desarrolló en enero de 2017, en Buenos Aires, y sirvió para consensuar una visión común sobre la agenda Educación 2030.

El documento oficial fruto de esta reunión, la Declaración de Buenos Aires, reafirma en su preámbulo que “la educación es un derecho humano fundamental de toda persona, y la base para la realización de otros derechos”, además de una condición esencial para “la paz, el desarrollo sostenible, el crecimiento socioeconómico, el trabajo digno, la igualdad de género, la prevención de la discriminación en todas sus formas, la ciudadanía responsable, la salud y el bienestar”, jugando un rol clave como catalizador del desarrollo sostenible e instrumento para el cumplimiento de los otros ODS al 2030 (UNESCO, 2017).

A su vez, se reconoce que la desigualdad (especialmente las brechas educativas que afectan en forma particular a los grupos más vulnerables) es el mayor desafío para el progreso socioeconómico en la región, por lo que el principio rector de la agenda educativa debe ser velar por que todos los niños completen la enseñanza primaria y secundaria, que “ha de ser gratuita, equitativa y de calidad, y producir resultados escolares pertinentes y eficaces” (UNESCO, 2017).

IGUALDAD EN LA EDUCACIÓN

La Real Academia Española define a la igualdad como aquel “principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones”¹⁰.

Como observamos, y como fruto de un desarrollo progresivo a lo largo del siglo XX principalmente, hoy no solo se reconoce a nivel internacional el derecho humano a la educación, sino que también se establece la necesidad de que la enseñanza se brinde en condiciones de igualdad. Actualmente se considera que las cualidades de la educación para actuar como derecho promotor de otros derechos y como herramienta de desarrollo para las sociedades solo pueden observarse en la práctica cuando se imparte en forma equitativa, es decir, cuando todas las personas tienen las mismas oportunidades educativas.

Podemos decir que existe, al menos, el reconocimiento y la plena conciencia sobre la importancia de que la educación proporcione, tanto para los individuos como para las sociedades, “las capacidades y conocimientos críticos necesarios para convertirse en ciudadanos empoderados, capaces de adaptarse al cambio y contribuir a su sociedad, economía y cultura”. Actualmente, también se valoran los efectos positivos de la educación en otras áreas clave del desarrollo, como el logro de menores tasas de mortalidad materna e infantil, la reducción de las tasas de infección por VIH e importantes repercusiones en la promoción de la sostenibilidad medioambiental. Además, se encuentra muy difundida la consideración de que la educación juega un rol crucial en la promoción de la inclusión social, la tolerancia y el respeto a la diversidad (UNESCO, “Educación”).

Dicho de otra manera, la desigualdad en la educación redundaría no solo en un desigual respeto al derecho a la educación, sino que puede tener un impacto negativo en otros niveles del desarrollo: sanitario, nutricional, ambiental y ciudadano, entre otros.

¹⁰ Véase lista de referencias.

No existe, por el momento, una definición unívoca de lo que implica la igualdad en educación. En su *paper* “¿Iguales en qué y cómo? Una revisión de las propuestas realizadas desde la teoría de la justicia al campo de la educación”, Montes y Parcerisa (2016), investigadores de la Universidad Autónoma de Barcelona, sistematizaron las diferentes concepciones teóricas sobre la justicia en educación vigentes en la actualidad, indicando también de qué manera se alcanza la equidad en cada una de ellas. Todo esto se encuentra sintetizado en la siguiente tabla:

La mayoría de los autores se refieren a la igualdad educativa como una distribución equitativa de las oportunidades para acceder al sistema educativo, de permanecer en él y de obtener los niveles de aprendizaje previstos en los respectivos currículos como una expresión acabada de la igualdad en el plano del derecho a la educación, partiendo de la noción según la cual “no es posible mejorar en forma generalizada la calidad de la educación que se imparte en el sistema mientras las oportunidades educativas se sigan distribuyendo inequitativamente” (Muñoz Izquierdo, 2012). Como observare-

Tabla 1. Igualdad y equidad

	Igualdad	Equidad	Resultado
Justicia meritocrática	Igualdad de oportunidades.	Programas compensatorios residuales.	Expansión de los sistemas educativos (acceso y oportunidades universalizados).
Justicia distributiva (rawlsiana)	Igualdad compensatoria.	Principio de diferencia.	Expansión de los programas compensatorios (ruptura del mérito).
Justicia pedagógica	Igualdad en la diversidad.	Política de compensación.	Implementación de políticas de atención a la diversidad.
Justicia curricular	Igualdad en el currículo y en el aprendizaje.	Política de empoderamiento (materializar intereses de los desfavorecidos).	Construcción del currículo «contrahegemónico».
Justicia en el reconocimiento	Igualdad en el trato y en el reconocimiento cultural.	Política de la diferencia (no discriminación étnica, de género, etc.).	Reconocimiento de las dimensiones de la multiculturalidad y la igualdad de género en la educación.
Justicia representativa	Igualdad en la participación.	Política de participación.	Surgimiento de mecanismos de participación democrática en la escuela.

Fuente: Montes y Parcerisa, 2016.

mos en el siguiente apartado, esta noción es recogida por la legislación argentina vigente en materia educativa.

SISTEMA EDUCATIVO ARGENTINO Y DESIGUALDAD

En el libro *El desafío del derecho a la educación en Argentina*, los autores sostienen que las características históricas del sistema educativo argentino constituyen las claves para analizar el derecho a la educación en nuestro país. Algunas de dichas características son: a) fuerte presencia del Estado para asegurar la masificación temprana de la educación primaria, garantizando obligatoriedad y gratuidad en el acceso; b) proceso de homogeneización cultural que implicó el surgimiento de un sistema nacional, frente a los contingentes de inmigrantes que poblaban la República, c) carácter dual del federalismo político, con las provincias a cargo de la educación, pero con significativos avances del Estado nacional (en las regulaciones y en la construcción de escuelas, por ejemplo); d) disposición de un sistema semejante al modelo francés, con una educación primaria universalista y una escuela secundaria enciclopédica y selectiva, que formó para el acceso a los estudios superiores a las clases hegemónicas; e) importancia social del docente normalista como agente de la vanguardia cultural, sustentando un sistema de enseñanza de calidad y con fuerte presencia como cuerpo moral; f) bajos niveles de desarrollo democrático tanto del gobierno del sistema educativo como de las prácticas de gestión local e institucional; y g) escasa participación social, comunitaria y familiar en la vida escolar (Rivas et al, 2007).

A su vez, y siguiendo la óptica plasmada en el mismo libro, esas características históricas sufrieron significativas modificaciones en

los últimos 30 años. En primer lugar, se produjo una combinación de la masificación definitiva de la educación secundaria con el crecimiento de la pobreza y las desigualdades, transformándose así el perfil social del sistema educativo, que ahora debió sostener un rol de contención frente a su tradición de aislamiento relativo de las problemáticas sociales. Dicha modificación provocó, a su vez, un proceso de privatización y segmentación de la oferta educativa según el perfil social de la población, rompiéndose el tradicional rol homogeneizante del sistema educativo (Rivas et al, 2007). A mediados de la década de 1980 se emprendieron las primeras investigaciones que demostraron el rol de la educación en el proceso de reproducción social, permitiendo plasmar al espacio social diferenciado jerárquicamente según el origen social de sus miembros, como consecuencia (entre otros factores) de la pérdida de la capacidad homogeneizadora que se creía había tenido históricamente la escuela en nuestro país (Tiramonti, 2004).

Asimismo, el rol pedagógico y la autoridad intergeneracional de la educación tradicional han sido condicionados por la revolución de las nuevas tecnologías y los profundos cambios culturales de los últimos 40 años. Por último, se produjo la provincialización completa del sistema educativo no universitario, lo que implicó una recomposición de las relaciones de fuerzas entre la Nación y las provincias, que a su vez se vio acompañada por el debilitamiento del rol regulador del Estado en el último cuarto del siglo XX (Rivas et al, 2007).

Puestos en contexto, cabe destacar que la Argentina acogió en su fuero interno el avance progresivo del derecho a la educación en el plano internacional. El último paso en este sentido ha sido la sanción de la Ley 26061 (promulgada en octubre de 2005), que establece el Sistema Integral de Protección de la Infancia, en

concordancia con los compromisos asumidos al ratificar la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Los artículos 15 y 16 de esta ley se refieren a la educación. El primero de ellos establece que niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita. A su vez, se determina que dicha educación debe atender

a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente.

Mientras tanto, el artículo 16 consagra nuevamente la gratuidad de la educación en todos los servicios estatales, niveles y regímenes especiales.

Por su parte, en diciembre del año 2006, el Congreso de la Nación aprobó la ley nacional de educación vigente en nuestro país, la Ley 26206. En su artículo 2 dicha norma establece que “la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado”. Asimismo, el artículo 3 sostiene que “la educación es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado”, considerándola además como un instrumento para construir “una sociedad justa, reafirmar la soberanía e identidad nacional, profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y libertades fundamentales y fortalecer el desarrollo económico-social de la Nación”. Por último, el artículo 4 determina la responsabilidad principal e indelegable del Estado nacional, de las provin-

cias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) de proveer una educación “integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias”.

El artículo 11 de la ley está dedicado a enumerar los fines y objetivos de la política educativa nacional. Tres de ellos tienen una vinculación directa con las cuestiones desarrolladas en el presente artículo:

- el inciso “a” establece como fin el de “asegurar una educación de calidad con igualdad de oportunidades y posibilidades, sin desequilibrios regionales ni inequidades sociales”;
- el inciso “e” sostiene que la política educativa nacional debe “garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad”;
- el inciso “f” determina que se deben “asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo”;
- finalmente, el inciso “h” establece el objetivo de “garantizar a todos/as el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo, asegurando la gratuidad de los servicios de gestión estatal, en todos los niveles y modalidades”.

Este marco jurídico se hace eco de una visión integral del derecho personal y social a la educación, considerada esta última como un bien público. ¿Qué significa que la educación, el conocimiento, sean considerados como bien público? Según Bárbara Daviet (2016), se trata

de un bien que el Estado debe proporcionar, noción que se extendió ampliamente después de la Segunda Guerra Mundial, al tiempo que se montaba en todo el mundo occidental el Estado de Bienestar. Esta concepción de la educación se arraiga en la teoría económica¹¹, y está presente en el enfoque humanista de la educación que adoptaron organismos internacionales como UNESCO y UNICEF, basándose en principios como el respeto a la vida, la dignidad humana, la diversidad cultural y la justicia social.

El derecho, tal y como está plasmado en la Ley 26206, está compuesto por múltiples dimensiones: el Estado nacional, las provincias y la CABA deben brindar una educación integral, permanente y de calidad para todos, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad sin incurrir en desequilibrios regionales ni inequidades sociales, atendiendo a priorizar a los sectores más desfavorecidos en el desarrollo de estrategias pedagógicas y en la asignación de recursos.

Si se analizan las particularidades del derecho a la educación en la Argentina desde una perspectiva comparativa, se puede constatar que existen ciertas claves que diferencian nuestro caso de las dimensiones abordadas en trabajos internacionales sobre este tópico. Esas claves pueden resumirse en los siguientes puntos (Rivas et al, 2007):

- a) la gratuidad en el nivel primario está ampliamente garantizada (más allá de la existencia de ciertos costos privados asociados con la educación que relativizan dicha característica), colocando al país en una posición de avanzada incluso en relación al mundo desarrollado;

- b) no existen brechas importantes entre niños y niñas en el acceso, tratamiento y resultados;
- c) la relativa homogeneidad racial le quita peso a la cuestión de la discriminación por motivos étnico-raciales, a diferencia de lo que sucede en algunos países con fuertes migraciones recientes;
- d) tampoco la utilización de la educación como mecanismo de adoctrinamiento y/o militarización es una cuestión problemática en nuestro país, ya que desde el retorno de la democracia en 1983 el sistema educativo ha permanecido resguardado de adoctrinamiento político o de una concepción militarista;
- e) en cuanto a las condiciones educativas, estas son mucho mejores en general que en la mayoría de los países en vías de desarrollo, debido al temprano y extendido desarrollo histórico del sistema educativo nacional y al fuerte impulso estatal que recibió¹²;
- f) por último, es escasa la relevancia de los castigos físicos y tratos humillantes, a diferencia de la situación de muchos otros países.

Hecha esta revisión, podríamos decir entonces que la cuestión de la desigualdad, en sus múltiples modalidades, se constituye como uno de los problemas más acuciantes que enfrenta actualmente el sistema educativo argentino. La desigualdad educativa se plasma principalmente en situaciones originadas en las condiciones de género, la ubicación geográfica

¹¹ Esto, para la autora, es una limitación muy grande para esta conceptualización, porque la educación no responde a la definición clásica de bien público que se propuso desde la economía a partir de la década de 1950 (Daviet, 2016).

¹² Esto se verifica, por ejemplo, en la cantidad de alumnos por docente, ya que la Argentina mantiene buenos niveles inclusive teniendo en cuenta los estándares de los países desarrollados (Rivas et al, 2007).

y/o las condiciones socioeconómicas de los niños. A su vez, la desigualdad puede evidenciarse a través de las condiciones diferenciales del sistema educativo como por los resultados obtenidos por los distintos grupos sociales.

En cuanto a su grado de incidencia, publicaciones del Ministerio de Educación de la Nación visibilizan el hecho que las mayores desigualdades se dan en nuestro país entre los diferentes sectores o estratos sociales, mientras que las diferencias de género y de ubicación geográfica tienen menos relevancia. Se reconoce, sin embargo, que estas dos últimas condiciones pueden profundizar las desigualdades originadas en la pertenencia a diversos grupos sociales de menores ingresos o que no tienen cubiertas sus necesidades básicas (Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, 2004).

Las estadísticas educativas nacionales permiten identificar las desiguales condiciones de acceso, permanencia y egreso del sistema educativo que alcanzan los alumnos en función de su origen social y el contexto socioeconómico de sus familias. En este sentido, se puede afirmar que los niños son el grupo más afectado en contextos de aumento de la pobreza, situación que a su vez repercute directamente en su trayectoria en el sistema educativo.

La desigualdad resulta especialmente evidente si se considera el nivel educativo alcanzado por grupos pobres y no pobres, ya que los primeros abandonan la escuela habiendo completado menos años de estudio que los requeridos para una inserción laboral no precaria o con niveles de ingreso suficientes para alcanzar un mínimo nivel de bienestar. Este fenómeno se observa principalmente desde mediados de la década de 1990: las personas pertenecientes a los sectores sociales menos favorecidos acceden a la educación en mayor proporción que en el pasado, pero muchos de ellos no logran completar los estudios de nivel secun-

dario, lo que también les impide acceder al nivel superior (Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, 2004).

En una entrevista concedida al medio digital *ANDigital* en noviembre de 2017, el economista y director del Centro de Estudios de la Educación Argentina de la Universidad de Belgrano, Alieto Guadagni, sostuvo que “el sistema educativo argentino consolida la desigualdad”, agregando que “lo que terminan sabiendo los chicos está relacionado con el nivel económico de los padres” (ANDigital, 2017).

Guadagni, miembro titular de la Academia Nacional de Educación, publicó junto a Francisco Boero la obra *La educación argentina en el siglo XXI*. El desarrollo del libro aborda tres grandes desafíos que, a juicio de los autores, enfrenta nuestro sistema educativo: la calidad, la deserción escolar y la inclusión. En el prefacio, el sociólogo y analista político Manuel Mora y Araujo sostiene que la educación es un bien público fundamental, aunque también es una fuente de provisión de un bien privado, y que muchas veces resulta dificultoso determinar una línea neta de separación entre estos dos aspectos. Sin embargo, continúa, el asegurar a todos el acceso a la educación y encontrar aquellas reglas que permitan maximizar la calidad del sistema es un asunto público. La educación adopta, bajo esta premisa, la forma de una doble inclusión, ya que no sólo debe alcanzar a todos sino que debe proveer la mejor educación posible a todos (Mora y Araujo en Guadagni y Boero, 2015).

Estos autores sostienen que el principio básico de la justicia social es la igualdad de oportunidades para todos los miembros de la sociedad, independientemente de sus circunstancias de origen. Por el contrario, la desigualdad y la pobreza son fenómenos que impulsan a que muchos queden marginados de los procesos educativos aptos para insertarlos en el nuevo

mundo tecnológico. Se trata de personas que parecen estar condenadas a la reproducción intergeneracional de la pobreza, consolidando lo que da en llamarse “pobreza estructural”. Al mismo tiempo, se verifica una carencia de políticas públicas orientadas a quebrar ese círculo vicioso, por lo que la desigualdad tiende a perpetuarse. Esto termina afectando a la sociedad en su conjunto, ya que el derroche de capital humano, principal activo en la era de las nuevas tecnologías, impide una óptima asignación de los recursos productivos. Estas cuestiones ocupan un lugar central en un contexto de transición histórica en el que el dominio de los conocimientos tecnológicos es el pilar fundamental de “la acumulación de capital, el crecimiento de la productividad y el fortalecimiento de núcleos de poder económico” en un contexto globalizado.

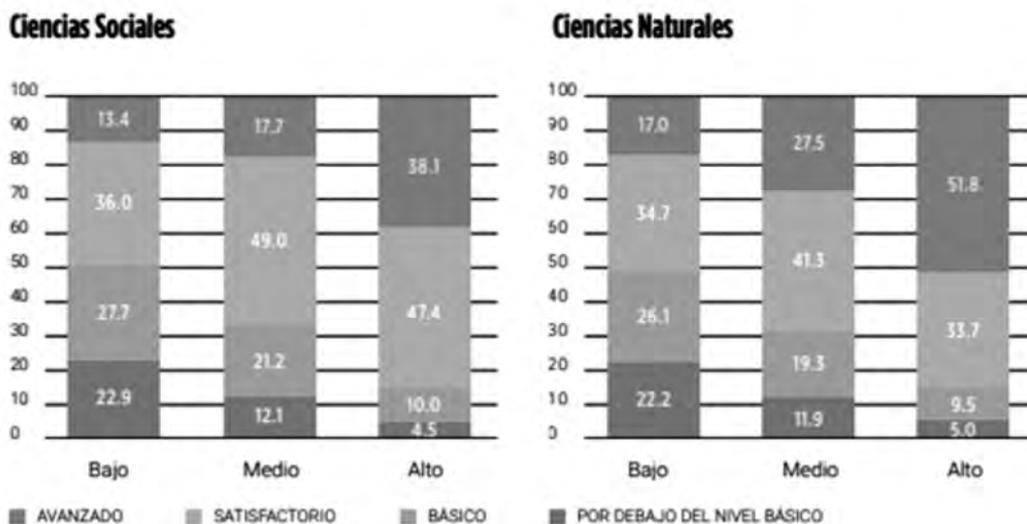
Teniendo en cuenta lo que antes planteamos, puede afirmarse que toda propuesta para

mejorar las condiciones de vida de las personas en situación de pobreza no debería agotarse en la cuestión del ingreso. Una distribución del ingreso más equitativa se logra empezando por una educación que “haga más equitativa la distribución del capital humano” (Guadagni y Boero, 2015).

Los resultados del último operativo de evaluación educativa nacional, Aprender 2017, dan cuenta de la diferencia de desempeño de los alumnos según su nivel socioeconómico (NSE). De la muestra que formó parte del operativo, un 18 por ciento de los estudiantes vive en hogares de NSE bajo, un 66 por ciento en hogares de NSE medio, y el restante 16 por ciento en hogares de NSE alto.

En el gráfico 1, extraído del informe publicado por el Ministerio de Educación de la Nación, muestra claramente que los resultados obtenidos por los estudiantes dependen, al me-

Gráfico 1. Desempeño según el nivel socioeconómico de los estudiantes (%)



Fuente: Ministerio de Educación de la Nación. Secretaría de Evaluación educativa. *Aprender 2017. Informe de Resultados. Primaria*. Véase lista de referencias.

nos en parte, de su NSE, lo cual da cuenta a su vez del hecho que estos concurren a instituciones en las cuales se brinda mayor calidad de educación:

En un célebre trabajo realizado en el marco del Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación, dependiente de UNESCO, Néstor López y Juan Carlos Tedesco (2002) planteaban que la mayoría de los estudios sobre el vínculo educación-equidad consideran a la educación como condición indispensable para una sociedad más equitativa. Entre otros argumentos, se sostiene que aquellos que no tienen acceso a la educación no logran desarrollar las competencias que los habilitarían a una inserción laboral exitosa. Estos sujetos serán posteriormente marginados respecto del principal mecanismo social de distribución de la riqueza, el mercado laboral, conformando una de las claves de la desigualdad en la sociedad. También se plantea que quienes no reciben educación se ven limitados en sus posibilidades de ejercer plenamente sus derechos y su participación, lo cual genera un debilitamiento de la ciudadanía. Estos argumentos tradicionales refuerzan la perspectiva plasmada en la obra de Guadagni y Boero.

Siguiendo con esta línea, una cuestión clave a considerar es que la igualdad de oportunidades educacionales es un factor determinante para lograr movilidad intergeneracional de nivel socioeconómico. Los autores citan un estudio de la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL) de 2008, titulada *La igualdad de oportunidades en la Argen-*

tina: movilidad intergeneracional en los 2000. En él se llegó a la conclusión de que en nuestro país la generación actual tiene menor movilidad social que la generación anterior. Esto se vincula directamente con el deterioro de nuestro sistema educativo, en el sentido que el capital humano acumulado por medio de la educación actúa como un “activo heredable”, puesto que el nivel educativo de los padres se constituye como un determinante principal del nivel educativo de sus hijos.

Una expresión de la desigualdad educativa en la Argentina de las últimas décadas, y que muestra lo planteado anteriormente sobre cuál es la manifestación de la desigualdad que tiene mayor incidencia, es el modelo organizativo de carácter dual que está en proceso de consolidación aún en nuestros días, rompiendo un modelo que se gestó a finales del siglo XIX y que llevó al país a ubicarse en la vanguardia mundial en cuestiones educativas: la existencia de un sistema integrador desde el punto de vista social e igualitario, caracterizado por la calidad en la enseñanza (Guadagni y Boero, 2015).

En el esquema dual actual coexisten un sistema público que, pese a continuar siendo mayoritario, está protagonizando una migración masiva hacia el sistema privado por parte de todos aquellos que están en condiciones socioeconómicas de hacerlo. El sistema público se va convirtiendo progresivamente en un sistema de mera contención social que busca “la permanencia del alumno en la escuela y la preparación mínima requerida para los trabajos

¹³ En el último operativo nacional de evaluación educativa, Aprender 2017, las instituciones escolares primarias de gestión estatal obtuvieron, en Ciencias Sociales, un resultado de 14,9 por ciento de desempeño avanzado, 44,1 por ciento de desempeño satisfactorio y 24,4 por ciento de desempeño básico. Mientras tanto, los establecimientos de gestión privada obtuvieron 31,8 por ciento, 51,7 por ciento y 11,8 por ciento, respectivamente. En el área de Ciencias Naturales los resultados fueron los siguientes: en el sector de gestión pública se obtuvo 22,3 por ciento de desempeño avanzado, 39,2 por ciento satisfactorio y 22,4 por ciento básico, mientras el sector de gestión privada logró 45,6 por ciento, 38 por ciento y 11,2 por ciento, respectivamente. Fuente: Ministerio de Educación de la Nación. Secretaría de Evaluación Educativa. “Aprender 2017. Informe de Resultados. Primaria”. Véanse las referencias bibliográficas.

peores pagos”, mientras que el sistema privado cuenta con mayores recursos y mejor equipamiento y obtiene mejores resultados¹³, atrayendo a las familias que pueden afrontar su costo (Guadagni y Boero, 2015).

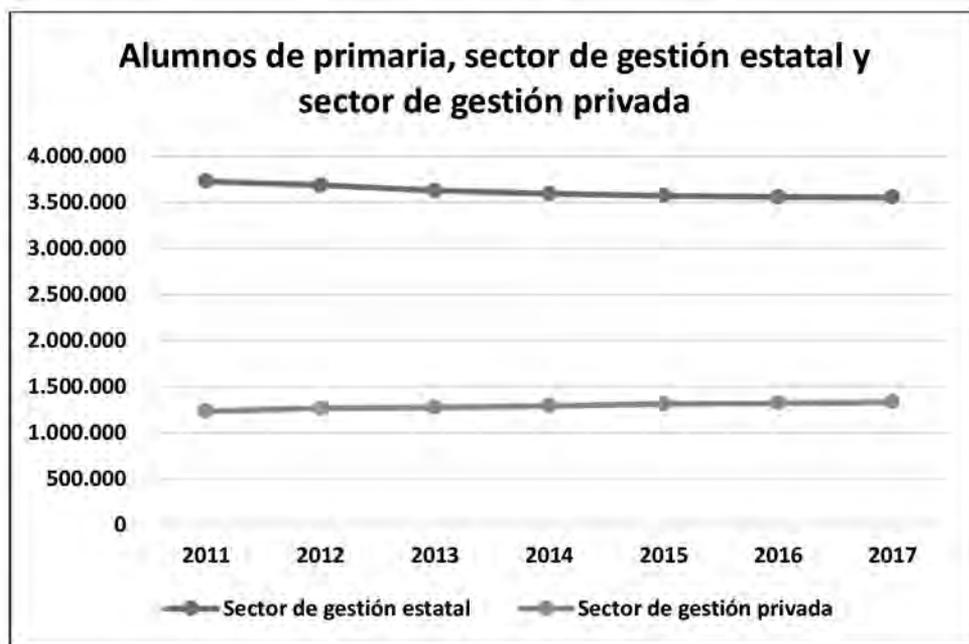
Si analizamos las estadísticas que brinda el Ministerio de Educación de la Nación, podemos corroborar que asistimos a un fenómeno que constituye un hecho inédito en la historia de nuestro país: el descenso de la matrícula en el sector de gestión pública de la educación. Se está dando, en la práctica, lo que algunos dan en llamar privatización de la matrícula, ya que el menor número de alumnos en el sistema público se explica por el aumento de alumnos en el sector de gestión privada. Esto puede observarse en el siguiente gráfico, que muestra

la evolución de la matrícula en ambos sectores entre 2011 y 2017:

Mientras que en el periodo referido la matrícula del sector de gestión estatal se redujo en 4,63 por ciento, la del sector de gestión privada creció 7,93 por ciento. Eso llevó a que en 2017 el sector estatal representara el 72,82 por ciento del total de la matrícula, frente al 27,17 por ciento del privado. Esos porcentajes eran de 75,17 por ciento y 24,79 por ciento, respectivamente, en 2011.

A su vez, la educación en la Argentina actual se encuentra atravesada también por desigualdades territoriales. Según se desprende de los resultados del último operativo nacional de evaluación educativa, las pruebas Aprender 2017, existe una gran disparidad en el nivel de

Gráfico 2. Matrícula de alumnos



Fuente: elaboración propia sobre la base de datos del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación. “Anuario Estadístico Educativo 2017”. Véanse referencias bibliográficas.

conocimientos de los alumnos según su lugar de residencia. Para citar un ejemplo, podemos comparar los resultados obtenidos por los estudiantes de Salta y de la CABA.

En la provincia de Salta, en el área de Ciencias Sociales el 64,7 por ciento de los estudiantes alcanzó niveles de desempeño “satisfactorio/avanzado”, mientras que el 13,3 por ciento se encuentra por debajo del nivel básico. En cuanto a Ciencias Naturales, el 65,8 por ciento alcanzó niveles de desempeño “satisfactorio/avanzado”, mientras que el 13,5 por ciento de los estudiantes se encuentra por debajo del nivel básico (Ministerio de Educación de la Nación, 2017b).

Por su parte, en la CABA el 79,9 por ciento de los estudiantes alcanzó niveles de desempeño “satisfactorio/avanzado”, mientras que el 6,2 por ciento se encuentra por debajo del nivel básico en Ciencias Sociales. En el caso de Ciencias Naturales, el 79,3 por ciento de los estudiantes llegó a niveles de desempeño “satisfactorio/avanzado”, y el 7,1 por ciento se encuentra por debajo del nivel básico (Ministerio de Educación de la Nación, 2017c).

Según lo expresado, los informes emitidos por el Ministerio de Educación de la Nación para socializar los resultados del operativo Aprender 2017 dan cuenta de las dos principales desigualdades presentes en el sistema educativo argentino en la actualidad: la que tiene su origen en el nivel socioeconómico de los estudiantes, y la que depende de su provincia de residencia.

CONCLUSIONES

Como pudimos constatar a través del breve recorrido histórico, existen ciertos antecedentes que permiten rastrear la génesis de los sistemas educativos modernos. El más importante de

ellos fue la Revolución Francesa, ya que en su contexto se sentaron las bases para un sistema de educación secularizado, es decir, gestionado directamente por el Estado, en pos de brindar un servicio público y destinado a todos. La educación con acceso general como una herramienta de superación de las desigualdades sociales se plantea el marco de la etapa jacobina del proceso revolucionario.

Entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX la educación se fue dotando de las características que llevaron a su modernización, e iniciaron el camino para que el acceso a ella fuera considerado como un derecho humano. El desarrollo progresivo del derecho a la educación se fue dando de la mano de una preocupación creciente por la protección de la niñez, siendo incorporado en diferentes instrumentos internacionales como la Declaración de Ginebra (1924), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración de los Derechos del Niño (1959), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y la Convención de los Derechos del Niño (1989).

Este desarrollo progresivo fue continuado en los primeros años del siglo XXI, estando presente la cuestión de la educación tanto en los Objetivos de Desarrollo del Milenio como en los Objetivos de Desarrollo Sustentable. En este punto se puede hablar de la adopción de una concepción integral de este derecho por parte de la comunidad internacional, fruto de la constatación de que la educación tiene un vínculo muy estrecho con los demás derechos humanos y con el desarrollo en todas sus aristas.

Esta perspectiva tiene muy en cuenta el impacto negativo de la desigualdad educativa, tanto a nivel individual como social.

No se trata solo de lograr la inclusión educativa de todos los niños y niñas, porque en el contexto actual esto resulta insuficiente para la superación de las desigualdades sociales. La

única forma de lograr que los grupos más desfavorecidos alcancen una mejora de sus ingresos que se sostenga en el tiempo es impulsar iniciativas que les permitan acumular rápidamente capital humano a través de una mejora sustancial en la educación que reciben.

En el caso de la Argentina, el país experimentó un temprano, rápido y sólido desarrollo de su sistema educativo con un fuerte impulso por parte del Estado, que lo llevó en las primeras décadas del siglo XX a la vanguardia mundial en esta área. Sin embargo, las características que destacaban internacionalmente al sistema educativo nacional —como su alto nivel de cobertura, su calidad y su capacidad de actuar como factor de homogeneidad social y de oportunidad de movilidad ascendente—, empezaron a verse socavadas con el paso del tiempo.

Desde mediados de la década de 1980, en nuestro país concurren no solo este deterioro educativo, sino también un profundo deterioro social que persiste hasta nuestros días. A su vez, estos fenómenos se retroalimentan: existe un vínculo directo entre la pobreza y la desigualdad educativa.

El marco normativo vigente en nuestro país (Ley nacional 26206) se ajusta a los actuales estándares internacionales en materia de educación, estableciendo explícitamente que el Estado nacional, las provincias y la CABA deben brindar a todos una educación integral, permanente y de calidad, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad, sin incurrir en desequilibrios regionales ni inequidades sociales, atendiendo a priorizar los sectores más desfavorecidos en el desarrollo de estrategias pedagógicas y en la asignación de recursos. Además, se afirma que “la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado”.

Sin embargo, se pudo constatar que el sistema educativo argentino se encuentra marca-

do en la actualidad por una problemática que se constituye en la más acuciante: la desigualdad. Esta se expresa principalmente en forma de desigualdad entre los diferentes sectores o estratos sociales. A su vez, existe otro tipo de desigualdad que se ve reflejada en los resultados obtenidos por los estudiantes en los operativos de evaluación de alcance nacional: la territorial, es decir, la que se da en el desempeño en función de las provincias.

Según Guadagni y Boero (2015), existen cuatro procesos educativos que dan al sistema el carácter de desigual: el acceso diferencial a distintos niveles educativos para los pobres y los no pobres, el tratamiento diferencial en las escuelas, la segregación social al interior de las instituciones educativas y las diferencias en el tiempo que los padres destinan para apoyar la educación de sus hijos.

El concepto de igualdad puede ser complementado por el de equidad, en tanto que este engloba todas aquellas acciones que puedan emprenderse para corregir las desigualdades de origen en el sistema educativo. Corresponde al Estado implementar las políticas públicas necesarias para dar un mayor apoyo a quienes más lo necesitan, para que se disipen con el tiempo las desigualdades sociales y territoriales que refleja actualmente nuestro sistema educativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDigital (2017). “El sistema educativo argentino consolida la desigualdad”, entrevista a Alieto Guadagni. En: <http://www.andigital.com.ar/interes-general/item/64878-el-sistema-educativo-argentino-consolida-la-desigualdad>
- Catterberg, G.; Mercado, R. (dir.) (2017). *Informe Nacional sobre Desarrollo Humano 2017. Información para el desa-*

- rollo sostenible: Argentina y la Agenda 2030*. 1ra ed. Buenos Aires: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- Daviet, B. (2016). "Revisar el principio de la educación como bien público". *Documentos de Investigación y Prospectiva en Educación*, No. 17. París: UNESCO. En: <http://www.unesco.org/new/es/education/themes/leading-the-international-agenda/rethinking-education/erf-papers/>
- Dávila Balsera, P.; Naya Garmendia L.M. (2006). "La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional", en *Encounters on Education*, vol. 7, pp. 71-93. En: https://qspace.library.queensu.ca/bitstream/handle/1974/637/balsera_garmendia.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- De Puelles Benitez, M. (1993). "Estado y educación en las sociedades europeas", en *Revista Iberoamericana de Educación*, número 1. En: <https://rieoei.org/historico/oeivirt/rie01a02.htm>
- Gavari Starkie, E. (2005). "Evolución de la política educativa francesa: de la igualdad a la diversidad", en *Revista Complutense de Educación*, vol. 16 Núm. 2, pp. 415-438.
- Guadagni, A.; Boero, F. (2015). *La educación argentina en el siglo XXI. Los desafíos que enfrentamos: calidad, deserción, inclusión*. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Ateneo.
- López, N.; Tedesco, J.C. (2002). *Las condiciones de educabilidad de los niños y adolescentes en América Latina*. Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación - UNESCO. En: <https://www.buenosaires.iiep.unesco.org/sites/default/files/educabilidad.PDF>
- Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología (2017). *Anuario Estadístico Educativo 2017*. En [https://www.argentina.gob.ar/educacion/planeamiento/info-estadistica/anuarios\(11/08/18\)](https://www.argentina.gob.ar/educacion/planeamiento/info-estadistica/anuarios(11/08/18))
- Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología (2004). "Para entender la desigualdad educativa: el valor de la información". *Monitor de la Educación*. Red Federal de Información Educativa. Dirección Nacional de Información y Evaluación de la Calidad Educativa, n° 1. En: <http://www.me.gov.ar/monitor/nro1/dossier3.htm>
- Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología (2006). *Educación y desigualdad social*. 1a ed. - Buenos Aires: Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la República Argentina.
- Ministerio de Educación de la Nación (2017a). *Aprender 2017. Informe de Resultados. Primaria*. Secretaría de Evaluación educativa. En: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/reporte_nacional_2017_primaria.pdf
- Ministerio de Educación de la Nación (2017b). "Aprender 2017. Informe de Resultados Salta. 6° Grado Primaria". Secretaría de Evaluación Educativa En: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_salta_primaria_2017_0.pdf (16/09/18)
- Ministerio de Educación de la Nación (2017c). "Aprender 2017. Informe de Resultados Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 6° Grado Primaria". Secretaría de Evaluación Educativa En: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_caba_primaria_2017_0.pdf (16/09/18)
- Montes, A.; Parcerisa, L. (2016). "¿Iguales en qué y cómo? Una revisión de las propuestas realizadas desde la teoría de la justicia al

- campo de la educación”. Universitat Autònoma de Barcelona, serie *Papers*, pp. 451-471. En: https://ddd.uab.cat/pub/papers/papers_a2016m10-12v101n4/papers_a2016v101n4p451.pdf
- Muñoz Izquierdo, C. (2012). “Tres problemas fundamentales del sistema educativo”. *Perfiles Educativos*, vol. 34. México. En: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982012000500014\(10/09/18\)](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982012000500014(10/09/18))
- Naciones Unidas (2015). “Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015”. Nueva York. En: http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf
- Ocón Domingo, J. (2006). “Normativa internacional de protección de la infancia”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, Universidad de Granada, vol. 19, pp. 113-131. En: <https://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/CUTS0606110113A/7564>
- Organización de los Estados Iberoamericanos (2015). “Educación una Inversión Necesaria para México”. En: <https://www.oei.es/historico/divulgacioncientifica/?Educacion-una-Inversion-Necesaria>
- Organización de las Naciones Unidas (2016). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (s.d.). En: [http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html\(22/07/18\)](http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html(22/07/18))
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, En: <http://dle.rae.es/>
- Rivas, A.; Batiuk, V., Composto C., Mezzadra, F., Scasso, M., Veleda, C. y Vera, A. (2007). *El Desafío del Derecho a la Educación en Argentina. Un dispositivo analítico para la acción*. 1a ed. Buenos Aires: Fundación CIPPEC.
- Scarzanella, E. (2003). “Los pibes en el Palacio de Ginebra: las investigaciones de la Sociedad de las Naciones sobre la infancia latinoamericana (1925-1939)”, en *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, vol. 14, n° 2. Disponible en: www.tau.ac.il/eial
- Tiramonti, G. (ed.) (2004). *La trama de la desigualdad educativa: Mutaciones recientes en la escuela media*. 1ra ed. Buenos Aires: Manantial.
- UNESCO (2016). “Declaración de Incheon y Marco de Acción para la realización del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4”. En: <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002456/245656s.pdf>
- UNESCO (2017). “Declaración de Buenos Aires Reunión Regional de Ministros de Educación de América Latina y el Caribe”. En: <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002472/247286S.pdf>
- UNESCO (2008). “The Right to Education” (Traducción del autor). Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001612/161200e.pdf>
- UNESCO (2007). “Experts’ Consultation on the Operational Definition of Basic Education”. En: [http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001802/180253e.pdf\(10/07/18\)](http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001802/180253e.pdf(10/07/18))
- UNESCO “Educación”. En: <https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Educacion.pdf>
- UNESCO “Liderar la agenda mundial Educación 2030”. En: <https://es.unesco.org/themes/liderar-agenda-mundial-educacion-2030>

UNESCO "The Right to Education". En: <http://www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/themes/advancement/networks/larno/right-to-education/>
UNICEF (2006). *1946-2006. Sesenta años*

en pro de la infancia. Nueva York: El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Disponible en: <http://www.eird.org/herramientas/esp/socios/unicef/60anosunicefespanol.pdf>

Abordando la seguridad pública desde la Filosofía del Derecho

An Approach to Public Security from the Philosophy of Law

Mariano Rolando Gialdino¹

Resumen

Desde su nacimiento, el Estado, para esgrimir su carácter de soberano, se constituyó en el único juez y el único habilitado para reprimir; capaz de inventar el derecho, y de garantizar su aplicación. Desde esta perspectiva, el Estado no puede ser nunca violento: la violencia del Estado es siempre una búsqueda y una construcción de la "paz"; si se reprime o castiga, será siempre en nombre de la libertad y el bienestar de sus ciudadanos. Sin embargo, la fundamentación de esta idea muestra flancos conceptuales y materiales.

El presente artículo pretende indagar acerca de dónde emana la legitimidad de los Estados para definir de antemano las formas normales de vivir, arrogándose al mismo tiempo el derecho de reprimir y castigar aquellas prácticas consideradas desviadas. Para ello, se abordarán cuatro cuestiones: a) ¿qué es el Estado?; b) ¿desde cuándo existe?; c) ¿cómo castigar a los infractores de las normas públicas?; y d) ¿cómo compatibilizar seguridad y libertad?

Palabras clave: castigar - Estado - legitimidad - libertad - seguridad

Abstract

Since it emerged and to uphold its sovereign character, the State established itself as the only judge, with exclusive powers to exert repression, create the law and guarantee its application. From this perspective, the State can never be violent: State violence is always a search for and a construction of "peace". If someone is repressed or punished, it will always be in the name of the freedom and welfare of citizens. However, the foundation of this idea has conceptual and material aspects. The present article enquires into the origins of the legitimacy of the State to define in advance normal ways of living, claiming at the same time the right to repress and punish practices considered deviant. To this purpose, four questions will be addressed: a) What is the State?, b) Since when does it exist?, c) How are offenders of public standards punished?, and d) How can security and freedom be reconciled?

Keywords: Punish - State - legitimacy - freedom - security

Derecho / ensayo científico

Citar: Gialdino, M. (2018). La ética como criterio de validez científica. *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 87-103.

¹ Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL), CONICET.

PRESENTACIÓN

Los Estados nacionales pueden hacer a sus ciudadanos lo que no pueden hacer con sus miembros ni Iglesias ni familias. Ni el vínculo pretérito del amor materno, ni el compromiso teológico trascendente y eterno pueden legitimar el uso de la violencia, el castigo y el control, tal como es practicado hoy en día por la enorme mayoría de los Estados nacionales. El uso de los cuerpos, los proyectos y las posibilidades de realización personal de la ciudadanía deben enmarcarse dentro del ejercicio de las prácticas que el Estado no quiso —todavía— castigar. La privación de la libertad (prácticamente la única forma en la que se pena a los infractores en occidente), se torna el horizonte de significado sobre el que deben interpretarse todas las normas, los códigos y las reglas, con las que las personas entran en contacto desde el momento mismo en el que se relacionan con una institución pública, cosa que suele acontecer varios años antes de poseer cualquier tipo de pensamiento racional y adulto. ¿De dónde pueden los Estados nacionales extraer una legitimidad tan poderosa como para definir de antemano las formas *normales* de vivir, arrogándose al mismo tiempo el derecho de reprimir y castigar toda práctica juzgada *desviada*?

Para circunscribir este interrogante necesitamos precisar las siguientes cuestiones: a) ¿qué es el Estado?; b) ¿desde cuándo existe el Estado?; c) ¿cómo castigar a los infractores de las normas públicas?; y d) ¿cómo compatibilizar seguridad y libertad?

a) ¿Qué es el Estado?

Actualmente, no se puede fundamentar la legitimidad de la soberanía ni la obediencia al

Estado en un principio que no se base en la igualdad esencial de las personas. Esta igualdad es la que presupone todo el elaborado, complejo, y cada vez más ramificado derecho internacional de los derechos humanos que, en el caso de la Argentina, logró instalar no pocas normas en las encumbradas alturas de la pirámide jurídica, al mismo nivel que nuestra Constitución Nacional. Todo código, todo contrato, toda jurisprudencia deberá articularse dentro de lo permitido por el aparato normativo supremo (Constitución Nacional y tratados internacionales de su jerarquía). De hecho, podría pensarse que las diversas ramificaciones que se operan en el derecho público no responderían a otra cosa que a una necesidad de garantizar la aplicación de las normas constitucionales, en los diversos campos, como el civil, el penal, el comercial, etcétera. La Constitución y sus tratados se adecuan a las diversas realidades mediante alambicadas interpretaciones y largos caminos; pero que, para ser legítimos, deben poder mostrar la fidelidad y el compromiso que poseen hacia su fundamentación jurídica superior de la que parten. La legitimidad de cualquier norma y cualquier ejecución suya, deberán suponer y basarse en dicha igualdad esencial. Si una ley parece parcial o se la aplica de una manera en la que se favorezca a un grupo determinado, no se puede menos que atentar contra la base de toda la legalidad. A esto debemos que los asuntos constitucionales sean el campo exclusivo de acción de los Tribunales y Cortes supremas; más allá del sinfín de fueros comerciales, administrativos, civiles, penales, etcétera, hay un tribunal de tribunales inapelable, una especie de “casa matriz” a la que acudir si, en cualquiera de esos campos, se busca protección constitucional.

Si bien las leyes que elabora el poder legislativo estructuran un discurso en el que se define un ideal abstracto y universal, cada vez que

un juez emite un fallo o cada vez que el poder ejecutivo, precisamente, *ejecuta* una norma, no se puede menos que operar una suerte de *transustanciación de la ley*, que de no hablar acerca de nadie, ni de ningún momento en particular, pasará a relacionarse con una realidad concreta, particular e inmanente. Por eso, es evidente que la aplicación de las leyes muchas veces no respeta, en nombre de la equidad, la igualdad, *v.gr.* cuando se exonera del pago de impuestos a los ciudadanos con muy bajos ingresos. Lo interesante, por cierto, es que la aplicación de cualquier norma —que no puede ser *un acto de parcialidad*— deberá siempre legitimar dicha parcialidad en esa equidad que vendría a ser la garantía del respeto de la dignidad esencial de la persona.

El principio de igualdad no se agota en la llamada “igualdad formal”, “de derecho” o *de jure* (la igualdad de los súbditos frente al soberano), sino que también comprende la igualdad sustancial, también llamada “de hecho”, *de facto*, “efectiva” o “real” (la igualdad de los súbditos para vivir dignamente). El parteaguas entre distinguir y discriminar pasa por esclarecer si la diferencia de trato se justifica por razones “objetivas y razonables”. No habrá discriminación, afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

...si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartar-

se de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (1984).

Somos todos iguales, más allá de la dignidad, cuando tenemos un solo juez imparcial y una sola fuerza pública habilitada para castigarnos; en tanto “súbditos” del Estado *de derecho*, somos todos iguales. Esto se relaciona con la violencia. Los particulares, salvo en el caso extremo en el que su integridad física se vea severamente amenazada y no cuenten con la protección del Estado, no tienen derecho a hacer uso de la violencia de sus cuerpos ni de la de las armas. El Estado es el único que puede hacer uso de la coerción física, y esto debido a que, bajo cierta teoría, “la violencia pública es la única que puede garantizar la paz, y la paz es lo único que puede garantizar la igualdad”, motivo por el cual el Estado no puede ser nunca violento: la violencia del Estado es siempre una búsqueda y una construcción de la “paz”. Obedecer a jueces y policías no equivale a obedecer personas, sino instituciones, que tampoco tratan con *personas* sino con funcionarios, transgresores, contribuyentes, etc.

A pesar de fundar un sistema jurídico que no puede encontrar su legitimidad en otra perspectiva que no sea la del positivismo jurídico (Kelsen, 1962), el contractualismo hace basar la legitimidad de todo su aparato público en aquellos particulares que, en tanto tales, fundan el Estado. Por esto, el constructo no poseerá otra finalidad que respetar a los “contrayentes” por lo que eran incluso antes de celebrar el contrato: particulares. Nada más lejos del modelo Aristotélico-tomista (*cfr.* Aristóteles *Política*) debido a que, para la postura contractualista, siempre “la parte” (los parti-

culares) será anterior y fundamento “del todo” (el Estado), aun en casos de teorías basadas en perspectivas de derecho natural como en el caso de Locke (2005, cap. II). A eso se debe que Hegel (1968, §257) —que coincide con el modelo teleológico aristotélico— considere el estadio político generado por la figura del contrato no como el momento fundador del Estado, sino como aquel que inaugura “la sociedad civil”, en la que, lógicamente, no existe el bien público. No puede darse “lo público” debido a que cada individuo, en lugar de fundirse en un universal trascendente, conserva su diferencia, su parcialidad. Pero, ¿dónde basar el origen del “interés y el bien público” si el Estado no es más que la suma de individuos que buscan la maximización de su vida de manera egoísta? Ese será también uno de los motivos que lleven a que Rousseau (1999a) realice con su “voluntad popular” una genuina transustanciación ontológica, que la convertirá en una entidad trascendente, absolutamente superior e inconfundible con la suma de sus partes.

Como se advierte, el Estado viene, así, a encarnar una contradicción tan enorme que no puede menos que ser representada, en Hobbes (1979), mediante el oxímoron del “deus mortalis”. El Estado extrae su legitimidad de la libre adhesión de las partes, lo que por ende lo constituye como invento esencialmente arbitrario y accidental; esto no quita nada al hecho de que, una vez conformado, pase a ubicarse en un lugar que en adelante será prácticamente inaccesible para los particulares, que deberán reverenciarlo, sometérselo, respetarlo y mantenerlo, tal como si se tratase de una trascendencia divina. En adelante, incluso si esto implica la muerte de sus ciudadanos, el Estado pasará a ser el único juez posible y el único verdugo habilitado para determinar la forma en la que se habrá de buscar la paz, y habrá de respetar la igualdad y la seguridad.

La novela de Shelley de 1818 (*Frankenstein o el moderno Prometeo*), a pesar de haberse constituido como un ícono cultural, posee una lectura que muchas veces se olvida, y que menta precisamente el carácter *monstruoso* del cuerpo de los Estados nacionales modernos de occidente. Jugando a ser *dioses* (por eso la referencia al Titán de la mitología griega), se *crea y da vida* a un cuerpo que no conserva unidad, salud ni armonía, debido a que está compuesto por partes que no se pertenecen ni pueden armonizarse más que para destruir a su creador, y después a sí mismas.

Autores como Rothbard (1995) insistirán en el error de base que supone la idea de Estado en tanto entidad que se forma por la renuncia voluntaria y racional de las personas a vivir según “el derecho natural”, o la forma en la que lo interpretaban. En efecto, si entregamos toda la legitimidad del uso de la fuerza y todas nuestras armas a las personas que digan “representar” los intereses públicos... ¿qué garantía podemos poseer de que vayan a respetar los intereses nacionales, en desmedro de los suyos propios? Y de tener una garantía: ¿cómo obligar al dueño de la fuerza y de su legítimo uso a que actúe según el compromiso que él mismo asumió? Es imposible pensar en una condición de mayor vulnerabilidad para el súbdito, y cuesta creer que “racionalmente” las personas se entreguen a ciegas, y sin capacidad de resistencia legítima, a quienes dicen interpretar y perseguir las “necesidades públicas” de manera coercitiva e inapelable. Como conclusión, y bien lejos de la teoría marxista, nos reencontramos con un Estado que viene a darse un derecho en el momento en que las relaciones de fuerza se hubieron resuelto en beneficio de un sector que, ahora sí, inventa el derecho para legitimar su dominio. La igualdad que suponen todos los Estados modernos puede, entonces,

mostrarse como la mejor forma de mantener la desigualdad y la inequidad.

Precisamente, en el momento en el que, mediante ese triunfo del contrato, desaparece toda la vieja armazón de los derechos feudales y en el que la tierra entra en el sistema puramente contractual de la propiedad, se vuelve al mismo tiempo menos accesible a la masa campesina, mientras es el objeto de compras más o menos masivas (...). En efecto, el nuevo régimen de propiedad hace desaparecer los derechos comunitarios, las landas, y tiende a una explotación de la tierra mucho más concentrada (...) ese bosque [monte] que había sido un espacio de refugio y supervivencia, se volvió propiedad explotable, y por ende puesta bajo vigilancia (Foucault, 2013:161).

Rousseau lo anticipó, desde otra perspectiva, pero de la misma manera:

...el primero que, habiendo cercado un terreno, se atrevió a declarar: “esto es mío”, y encontró gente lo suficientemente simple como para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil (...) están perdidos si olvidan que los frutos son de todos, y que la tierra no es de nadie (1999b:57).

Lo cierto es que la sociabilidad política que posibilita el contractualismo se basa en una igualdad abstracta y en un *derecho natural* al que en principio se renuncia, para que “el soberano” pase a ser el único posible autor de los actos de violencia, cosa que está habilitado a hacer debido a que los particulares, voluntariamente, le cedieron su capacidad de hacer uso de la fuerza e incluso su interpretación del *derecho natural*, si es que lo hay —como pondría en duda parte de la escuela contractualis-

ta—. En Hobbes (1979), en línea con Kelsen (1962), no habrá derecho hasta que no haya poder público; en Locke (2005) o Rousseau (1999a, 1999b) encontraremos, por lo contrario, un respeto tan elevado por el derecho natural “prepolítico” de las personas, que el Estado no podrá menos que legitimar su existencia al mostrar que solo mediante su *creación* podrán las personas perseguir y vivir en consonancia con esa legislación arcaica (en sentido de *arché* –ἀρχή–; “comienzo u origen de todo”). Sea como fuere, lo que importa destacar es que, ya sea mediante un aparato basado en consideraciones *iusnaturalistas*, ya en uno que estriba en principios de *positivismo jurídico*, el Estado, después de su invención —y para ser precisamente soberano— deberá ser el único juez posible, y el único verdugo habilitado, capaz ya de inventar el derecho, ya de garantizar su aplicación.

Toda resistencia, toda discrecionalidad que pueda sobrevivir al monopolio de la creación, interpretación y aplicación del derecho por parte del Estado deberá ser públicamente perseguida y reprimida. Interpretar las normas o las funciones del Estado de manera crítica y opuesta a las políticas públicas representa una alternativa que desafía a la oficial, lo que no puede menos que ser el primer brote en el que se geste toda posibilidad de enfrentamiento civil. La guerra civil, como horizonte de sentido sobre el que Foucault analiza nuestra sociedad (2013) —y como peligro máximo al que se expone cualquier tipo de soberanía nacional—, será aquello que configure nuestras relaciones con el Estado: el lugar desde el que se analizarán nuestras desviaciones, y el peligro que nuestros actos puedan representar para el ejercicio de la soberanía.

Asistimos de esta suerte a una posible ejemplificación más del “fin de la historia” que, en palabras de Marx (2004), la burguesía pre-

tende inaugurar en ese momento en el que la violencia popular debe desaparecer frente a un derecho común que garantiza, en su igualdad abstracta a las posibilidades de acceso a las tierras y los recursos, la desigualdad social de hecho. Toda la crítica marxista del Estado es posible debido al hegelianismo que la motoriza históricamente, y es por eso que, así fundamentados, los Estados Nacionales nacidos después de las revoluciones burguesas mal pueden no mostrar el flanco a las críticas que en adelante esgrimirán no solo las “izquierdas” y los “socialismos”, sino también diversas Iglesias, principalmente cristianas.

Llegados a este punto se entiende mejor la enorme importancia que pasará a revestir, en los Estados que nacieron en la modernidad occidental, el concepto de ciudadanía. El ciudadano, observado como actor político, será aquel que en el discurso público ocupará el centro de las preocupaciones desarrollistas y securitarias. Por eso mismo, la “ciudadanía”, como concepto excluyente y abstracto, vendría a representar una identidad que se confunde con los intereses públicos, y que vendría a encontrarse enfrentada con todo aquello que ella misma no es y que, por ende, no puede representar sino una competencia o, sobre todo, una amenaza. Esto se debe al carácter *totalitario* de todos los Estados Nacionales: los ideales de progreso, las definiciones de “lo bueno” y “lo malo”, el uso que se haga de la naturaleza, y el lugar y la forma en la que se defina a “lo humano” o “el ciudadano” son por fuerza incompatibles con formas alternativas de sociabilidad, economía y política. La *diferencia* será aquello que los sistemas político-económicos deberán borrar, para crear y mantener “la humanidad” que mejor se pueda adecuar a los aparatos productivos (Foucault, 1978, 1983). Hace años, eran amenaza para la ciudadanía pumas, fieras salvajes, e “indígenas”, debido a que con ellos no había

negociación posible, no había “interés común” imaginable, no había posibilidad de “contrato”: eran dos formas radicalmente incompatibles de ocupar y de explotar la tierra. Hoy tenemos ese problema con todo aquello que recibe el nombre de “terrorista”; precisamente, frente a la guerra contra el terrorismo es que las garantías constitucionales y los derechos internacionales de la persona se encuentran principal —y legítimamente— vulnerados. Menester es recordar que la categorización constituye un recurso de raigambre histórica empleado para la construcción del “otro” como amenaza —terrorista, inmigrante, extranjero, desviado, enemigo, según los diferentes contextos históricos y sociales—. Se trata de una diferencia que no se tolera, con la que no se puede *pactar*. Las categorías excluyentes ciñen esa diferencia inasimilable que no se tolera, y que terminan o bien exacerbando las características de esas otras personas representadas como negativas, o bien negando a esas personas, rechazándoles tanto su igualdad esencial como su diferencia.

Como señala Becker (2014), toda definición de marginalidad se realiza desde una concepción arbitraria de “lo sano, lo normal, lo bueno”: las marginalidades no se dibujan espontáneamente en las sociedades, sino que distintos tipos de sociedades (con sus proyectos y sus valores) definen lo que es la “desviación” conforme a sus necesidades e intereses.

b) ¿Desde cuándo existe el Estado?

El Estado moderno, más allá de su fundamento, es un invento que se pretende eterno, a tal punto que se suele celebrar, no sin paradoja, el aniversario de su nacimiento con las fiestas más solemnes, que superan muchas veces en pompas y fastos a las liturgias religiosas más elaboradas. El poder se vuelve algo ornamental, visible. En el caso del territorio que hoy lleva

por nombre “Argentina”, diversas poblaciones originarias fueron ocupando el espacio, desplazándose muchas veces unas a otras hasta que finalmente terminaron siendo diezmadas prácticamente en su totalidad, primero a manos de la corona española, después bajo la consolidación del Estado Nacional. El Estado argentino, en el momento de su nacimiento, era una entidad que hoy recibiría perfectamente el nombre de revolucionaria o, mejor, terrorista. No hay negociación frente al terrorista, porque la violencia es lo único que puede darle aquello por lo que lucha; en el caso argentino, se trató principalmente de una burguesía comercial porteña, para cuyo desarrollo y enriquecimiento el control y el modo de producción colonial sometido a la metrópoli resultaban un ahogamiento. Actuaron, pues, primero mediante el contrabando y, más tarde, financiando un ejército rebelde: así, los intereses “argentinos” lograron ir desplazando al de los reyes de España de las tierras suramericanas. La independencia geográfico-política no debe confundirse con la económica; muchos historiadores críticos (Azcué Ameghino, 2004; Pomer, 2008; Rosa, 1973; Galeano, 1998; Milcíades Peña, 1973) harán depender nuestro “subdesarrollo” del hecho que, tal como señalamos, desde el comienzo mismo de nuestro “ser nacional” se trató de una búsqueda, por parte de una elite burguesa, comercial y centralista-porteña, no tanto por desarrollar las fuerzas productivas de la región sino, sobre todo, por acaparar los medios de producción existentes y que poseía la debilitada corona española. Ese desfase entre ideas y proyectos importados de países ricos y realidades de países pobres puede, incluso, ayudarnos a comprender nuestra propia realidad social a nivel jurídico y punitivo (Wacquant, 2004).

La oposición entre “civilización y barbarie” nos dejó, después de largos años de guerras civiles, una república “federal”, cuasi contradic-

ción que se explica si tenemos en cuenta que, ante todo, el origen mismo del enfrentamiento civil estribaba en la federalización o no de Buenos Aires, su puerto y su aduana. Podemos recordar que, de hecho, Buenos Aires hizo lo imposible por permanecer como Estado independiente de la Confederación Argentina, así como asumió un rol prácticamente exclusivo en campañas internacionales, como la guerra del Paraguay (Pomer, 2008).

Lo que queremos decir, en suma, es que el resultado de la Argentina actual, por más fundamentos y legitimidades políticas que pueda poseer —y que no deseamos contestar—, no puede concebirse por fuera de una relación histórica de fuerzas. Es la fuerza aquella que, desde las poblaciones originarias hasta los actuales enemigos públicos, debe existir para garantizar cualquier tipo de gobernabilidad en un territorio. Sin embargo, la fuerza no lo es todo. La fuerza hace irrelevante el uso del derecho: quién obedece por fuerza no solo está siendo prudente, sino que al mismo tiempo podrá, si llegara a revertir la relación de fuerza, imponer violencia aplicando la misma legitimidad que poseía su antiguo opresor (Rousseau, 1999a). “Transformar la fuerza en ley y la obediencia en derecho” (Rousseau, 1999b) es la maniobra específica que permitirá el tránsito de la obediencia al más fuerte hacia la legitimidad del sometimiento al soberano. Se requiere ante todo la fuerza, pero la fuerza sola, de no transformarse en derecho, posee en su propia gloria el germen de su legítima destrucción; “todo el que toma la espada morirá por la espada” (Mt. 26:52).

Es por eso que —para repetirlo— el derecho, en tanto construcción que viene a legitimar la obediencia a un agente de coerción que se impuso mediante la violencia (el Estado), supone conceptualmente una superación de dicha violencia. El Estado no es violento: si re-

prime o castiga será siempre en nombre de la libertad y el bienestar de sus ciudadanos.

Las teorías contractualistas son los fundamentos *a posteriori* de los Estados impulsados por las burguesías urbanas occidentales, y vienen a ser mucho más prescriptivas que descriptivas, en tanto y en cuanto vienen a decirnos por qué siempre será mejor someterse a la soberanía pública antes que atentar contra el orden y la existencia del Estado. Si ya, dentro de un Estado de derecho, hay abusos, corrupción, violencia y asesinatos, cuánto peor sería un mundo sin “poder común”, sin “juez imparcial”, o sin cualquiera de los aspectos esenciales que supone la soberanía.

c) ¿Cómo castigar a los infractores?

La historia del castigo en la Argentina posee una trayectoria atravesada por una revolución indeleble, aquella que queda, hasta hoy, plasmada por el proyecto de código penal de Tejedor, a finales del Siglo XIX. En tiempos de Rosas, Tejedor debió, en tanto enemigo público, exiliarse en Chile: el resultado de la batalla de Caseros, y el consecuente cambio del poder político, serán los que le permitan volver a Buenos Aires en tanto referente jurídico. El enorme cambio se basó ante todo en la adopción de un paradigma criminológico, que en lugar de basarse en un castigo puro y simple mediante sufrimientos físicos, pasó a basarse en una idealización de la pena como elemento de “transformación”. Es a partir de ese momento que los análisis de Foucault pueden merecer su entrada en la interpretación de la historia del castigo en la Argentina. En efecto, en tiempos de Rosas no existía lo que podemos llamar “ciencias del hombre”. Se privaba de la libertad al sospechoso de haber cometido un acto ilícito, y se lo encerraba en la Cárcel del Cabildo — para poner el ejemplo de Buenos Aires— jun-

to con ebrios, enfermos, mujeres y niños. Una vez que se establecía la inocencia o culpabilidad, se aplicaba el castigo físico —que podía llegar hasta la muerte—, o la liberación.

En esto las elites argentinas no fueron diferentes de las peruanas (Aguirre, 2000) o chilenas (Matus Acuña, 2007; León León, 2003), cuya modernidad criminológica se basaba en la idea de la ofensa a la sociedad y al bien público, fundamentada en un concepto de “peligrosidad” construido por una mezcla de diversas “ciencias humanas” de raigambre positivista. Se trata del mismo concepto que Luciano (2015:100-101) rescata de Pratt (2006), al caracterizar la prisión moderna desde la “burocratización punitiva”, que esencialmente inscribe al castigo en una compleja red de interdependencias de saberes, magistrados y fuerzas armadas, que hace orbitar todo este complejo mundo alrededor de una administración unificada, en la que los profesionales de la salud y la “normalidad” terminan poseyendo más poder que los magistrados del aparato penal. Los lentos procesos judiciales, los archivos, las averiguaciones, los prontuarios, los peritos, los médicos, jurisconsultos y todo un sinfín de saberes que se organizan a partir de la “anormalidad humana” no podrían haber tenido nunca su razón de ser en un sistema de control y castigo como el que ejercía la Mazorca (Luciano, 2015:101), en el que la legitimidad no dependía de una justificación seudocientífica. La Constitución Nacional posterior a Caseros, al habilitar la privación de la libertad y de toda forma de castigo atendiendo exclusivamente a sus caracteres “rehabilitadores”, requería una penalidad sin pena de muerte ni condenas que se basaran en el tormento. Para imponer la imagen de igualdad que requería una sociedad cuyas elites estaban deseosas de abrir al mercado mundial (Flores, 2015:54), era preciso mostrarse a la altura de los tiempos moder-

nos, y aproximarse a la criminalidad desde la ciencia y el progresismo (Luciano, 2015:113). El fin de la guerra civil en Argentina debía irradiar con su luz modernizadora más allá de los océanos, y para eso había que mostrar que en el país ya no había muerte, arbitrariedad, caudillismo ni barbarie, sino que ahora el Estado, de la mano de la ciencia moderna en la que confiaría más que en la Iglesia, se encontraba en el rumbo del progreso.

Hoy existen psiquiatras, trabajadores sociales, sociólogos y un sinnúmero de “profesionales del hombre y la sociedad” para quienes no será importante saber qué hizo la persona, sino cuáles son sus características mentales, patológicas: biológicas. Hoy el juez tiene menos poder que el psiquiatra, debido a que lo humano pasó a codificarse, regularse y normalizarse mediante el discurso de la biomedicina, nueva responsable de determinar la normalidad de la ciudadanía (Foucault, 2004). En relación con esto, es interesante ver la génesis de las discusiones sobre el emplazamiento de la Penitenciaría de Buenos Aires, la que mediante varios y diversos proyectos que se sucedieron en el tiempo se proyectaba en la periferia de la ciudad, de preferencia cerca de otras instituciones de ciencia y secuestro como manicomios u hospitales de alienados (Ruiz Díaz, 2016:141; Gorelik, 1998).

Anotemos que ya en *La vuelta del Martín Fierro*, Hernández retrata que el cambio que se ejerció a nivel de la fundamentación de los aparatos de control y castigo no conllevó las reformas de infraestructura ni de formación del personal que requería el “modelo penitenciario”. Así, en el canto XII de esa obra, se puede leer:

*Y juimos con la sumaria
A esa cárcel de malevos
Que, por un bautismo nuevo,
Le llaman Penitenciaría*

El Estado Federal, tan celoso por centralizar funciones y poderes, delegó de buena gana todo el costo de creación y mantenimiento de los aparatos penitenciarios a cada una de las provincias, en lo que terminó siendo uno de los terrenos históricamente más abandonados y desprolijos de los poderes federales y provinciales. Hoy en día sigue habiendo provincias argentinas que poseen las mismas instalaciones que en épocas de la colonia: estamos hablando de mazmorras. “Las prioridades de construcción estatal estaban en otras esferas, como lo estaban las conveniencias presupuestarias” (Caimari, 2009:137). La coexistencia entre ese afán modernizador con aquel otro castigo visible y ordinario en cárceles superpobladas e insalubres que se hallaban desparramadas por todo el país será, desde su inicio mismo, la contradicción aberrante y constitutiva de todo el sistema penal (Barreneche, 2015:21).

Repasamos aquellos aspectos fundamentales que, en principio, definirían las diferencias entre el modelo penitenciario moderno que debe surgir necesariamente de la aplicación del flamante código penal de Tejedor basado en la criminología positivista, y el paradigma colonial-federal implantado emblemáticamente hasta la derrota de Caseros. Se notará hasta qué punto seguimos, en 2018, sin satisfacer los ideales abstractos de estos positivistas que vivieron entre los siglos XIX y XX (Flores, 2015; Caimari, 2009:143).

En primer término, la privación de la libertad en el modelo penitenciario debe quedar en un ámbito explícitamente independiente de la policía, no pudiendo cumplirse ni condenas ni castigos en establecimientos que no hayan sido explícitamente diseñados con ese fin. Esto se relaciona con un segundo punto: el aislamiento. Las poblaciones que

por haber entrado en conflicto con las normas públicas deban purgar una pena de privación de la libertad deberán hacerlo en lugares apartados de los centros urbanos, y su contacto con el exterior deberá ser cuidadosamente controlado por los profesionales del encierro (guardias, médicos, criminólogos, juristas, etc.), que en adelante, y con excepción de los otros internos, serán prácticamente los únicos individuos de la sociedad civil con los que habrán de interactuar. Esto nos lleva a un tercer aspecto: la separación de la población carcelaria; ya no se tolerarán enormes jaulas en los que se mezcla todo tipo de transgresiones, sino que en el modelo penitenciario ni procesados, ni niños, ni mujeres, habrán de convivir, y los hombres penados serán a su vez ubicados según sus perspectivas de reinserción social y la “gravedad” de sus crímenes; la consecuencia de esta perspectiva será también un tratamiento individualizado, una pedagogía atenta a las particularidades de cada caso. Esto se vincula con otro punto fundamental: si el Estado priva de la libertad a un individuo es para proteger al cuerpo social de una peligrosidad que, gracias a la institucionalización forzada, hará posible la redención y la readaptación del condenado. El quinto punto, al indicar la imposibilidad de torturas o tratos inhumanos o degradantes, lo que vendrá a hacer es mostrar que violencia solo es aquello que el individuo ejerce contra la sociedad pero que la sociedad no castiga ni hace violencia, sino que, en su infinita tolerancia y sabiduría, llega incluso a financiar una costosa y larga tarea de reconversión, para lo que se necesitan edificios específicos y profesionales muy variados e idóneos. Ahora tenemos, entonces, como sexto punto, que la criminalidad, según el modelo penitenciario, es algo que se debe

explicar atendiendo a su carácter ya sea de hecho social, ya de “herencia o predisposición biológica” y, por ende, los individuos encuentran sus comportamientos explicados por leyes científicas que ellos ignoran pero que sin embargo los gobiernan, y que las “ciencias del hombre” pueden descubrir y prevenir mediante el control de su cuerpo biológico (Gialdino, 2017).

Evidentemente, la pena de muerte pierde todo sentido si se castiga para “resocializar”. A la hora de analizar los fundamentos del castigo público puede resultar ilustrativa una perspectiva cronológica (Combessie, 2016). En lo que toca al *pasado*, puede aplicarse una pena para, precisamente, *castigar* a una persona por algo que cometió; tal como lo hemos visto, esto sucedía en épocas “pre-penitenciarias”. A nivel del *presente*, el castigo se puede fundamentar apelando a la *neutralización* de un supuesto enemigo público. Hacia el *futuro*, el castigo puede obtener una legitimidad orientada por el principio de *dissuasión*. Es evidente que, ya para castigar algo hecho, ya para neutralizar un peligro presente, ya para disuadir una práctica futura, la pena de muerte se presenta como un horizonte de sentido último perfectamente compatible con esas fundamentaciones de la pena. Sólo la “resocialización” se plantea como “terapia” radicalmente incompatible con la pena capital, y esto debido a que es la única que no plantea al criminal como “enemigo”, sino como “anormal”, “desviado”, eventualmente “enfermo”.

Las penas crueles y humillantes debieron abandonarse ante todo para dar muestras de aquello que Salvatore y Aguirre (2017:8) llamaron “castigo civilizado”, lo que no era en modo alguno incompatible —sino antes bien renovadoramente funcional— con el justificar y el reivindicar jerarquías elitistas raciales y sociales.

d) ¿Cómo compatibilizar seguridad y libertad?

Conceptualmente, entonces, el Estado solo puede hacer uso de la fuerza atendiendo al principio de igualdad, que es el único capaz de legitimar el uso soberano del castigo, entendido desde una perspectiva exclusivamente *rehabilitadora*. Dicho castigo, no pudiendo basarse en ninguna estructura que no tenga como objetivo “resocializar” a las personas institucionalizadas en los diversos servicios penitenciarios, debe por ende responder a un esfuerzo político que integre, capacite y “socialice” a personas que entraron en conflicto con los intereses y la seguridad pública.

Es por demás evidente que uno de los problemas de la “re” socialización estriba en el hecho de que muchas personas privadas de su libertad no poseyeron nunca una vida “socializada” en la que “re” insertarse. En nuestro trabajo etnográfico realizado en cárceles hemos encontrado varias veces una descripción nativa, que pintaba al Estado como un padre ausente y colérico, que sin haber nunca ofrecido educación, asistencia, socorro, alimento y salud, tiene siempre —y nunca duda en usarlo— un enorme caudal coercitivo que despliega mediante la fuerza pública y los servicios penitenciarios; un padre que no da nada pero que castiga cuando uno se comporta como “no debería”. El último informe ejecutivo del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) argentino indica que, al momento de su detención, 41 por ciento de las personas estaban desempleadas, y otro 41 por ciento con trabajos de tiempo parcial, lo que nos arroja un 82 por ciento de personas en situación de precariedad laboral. El mismo informe indica que, durante 2016, el 79 por ciento de las personas privadas de su libertad no recibió ningún tipo de formación profesional, y que el

50 por ciento no recibe ningún tipo de educación (SNEEP, 2018).

Lo interesante de esta descripción es que nos pone frente al hecho de la absoluta ficción que puede llegar a representar el ideal “resocializador” de las prisiones, en las prisiones mismas. Más allá de la categoría criminológica clásica de “escuela de delinuentes”, tenemos que dar crédito a la afirmación de Foucault que indica que la penitenciaría moderna solo vino a establecer dos postulados contradictorios: que la cárcel iba a reformar a los presos y convertirlos en sujetos sociales y, al mismo tiempo, que era la mayor escuela para la reproducción de la delincuencia, la marginalidad, y para la invención o la reproducción de la anormalidad (Salvatore y Aguirre, 2017:34-35). Sobre este punto coincidirá también Barreneche (2015:23), indicando que las cárceles argentinas ya poseían en el siglo XIX todos los males que hoy en 2018, agregaríamos, no dejan de crecer. A tal punto son de conocimiento público las condiciones de vida infrahumanas en las que viven las personas privadas de su libertad, que series y producciones televisivas se complacen en mostrar —y la audiencia, en fisgonear— la “crudeza real” de las cárceles. Con condena o sin ella, en el informe anual del Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos, se indica que “en el año 2017 se entrevistaron 1.408 víctimas que describieron 5.328 hechos de tortura y malos tratos por parte de funcionarios estatales” (2018:17). Según el SNEEP, en el año 2016, el 49 por ciento de las personas encarceladas en la Argentina se encontraban procesadas sin condena, cosa que ya puede configurar un caso de tortura. Las condiciones de tortura permanente, tal como se concluirá, se aplican no sólo a quienes deben ser “resocializados”, sino también a toda la otra mitad de la población carcelaria que no posee condena y que, probable

y/o conceptualmente, es inocente del crimen del que se la acusa.

La cárcel encarna una contradicción reconocida: por un lado, se sabe y acepta que nadie puede salir mejor de un contexto signado por la violencia, las violaciones, las enfermedades, la promiscuidad, la falta de derechos humanos, la arbitrariedad ilegítima de los agentes penitenciarios, etcétera y, por el otro, nadie puede imaginar cómo reemplazar su existencia. Las aterradoras tasas de reincidencia son muestras elocuentes no solo de la inutilidad, sino sobre todo de la absurdidad del sistema. Se gastan cifras millonarias para someter a personas (que varias veces terminan siendo inocentes de los crímenes que se les imputaban) a vivir experiencias en las que se violan sistemáticamente sus derechos constitucionales y que, una vez fuera (debido a que la prisión a perpetuidad no existe en la Argentina por ser incompatible con la “resocialización”), cargarán con el estigma y el lastre de sociabilidad negativa propios de quienes, las más de las veces, reinciden con grados mayores de violencia. Según el SNEEP, 51 por ciento de los detenidos realizan condenas que oscilan entre los tres y los cinco años.

Ciertamente, si se abandona el deseo de “resocializar” no se puede menos, como nación, que aceptar una fragmentación civil en la que determinadas conductas pueden conllevar una respuesta mortal por parte del Estado: esto significa un estado de guerra en el que se imponen las ideas por la fuerza, y por ende no puede menos que facilitar y allanar el terreno para toda confrontación civil susceptible de terminar en una guerra menos “legal” que aquella que se da en los tribunales. Repetimos: la figura del terrorista, del enemigo público, es la que se oculta detrás de esta caracterización de parte de la ciudadanía que pierde, precisamente, su estatus de ciudadano y, por ende, sus *de-*

rechos. Siguiendo la idea foucaultiana (1997) en la que se invierte la idea clásica de Clausewitz (en lugar de ser la guerra la continuación del derecho, habría que pensar al derecho como la continuación de la guerra por otros medios), no se trataría más que de una relación de fuerza sobre la que hay que renunciar a la construcción de cualquier interés común y público, puesto que “el interés nacional” sería, así, simplemente el resultado de la imposición de la universalización de la voluntad de quienes poseen la fuerza, y no su legitimidad. Aceptar la pena de muerte —de hecho o de derecho— y/o las torturas, y rechazar los ideales resocializadores, no puede menos que ser el primer paso hacia el enfrentamiento civil, el anarquismo y la disolución del Estado.

Las situaciones de motines carcelarios son una muestra elocuente de aquello que no hicimos más que ilustrar conceptualmente. Estos fenómenos, presuntamente extraordinarios, deberían ser analizados, bien al contrario, como un estado de *normalidad*. Es normal que si nos encontramos dentro de un sistema social en el que hay dos bandos cada vez más definidos y enemistados, se llegue a una situación en la que no existe ni el Estado, ni la justicia, ni el juez imparcial: espacios físicos en los que no hay mayor legitimidad que la violencia. En muchos pabellones se viven genuinos “estados de naturaleza prepolíticos”, y cuando estalla un motín, se trata del momento lógico en el que un grupo de personas decide romper todo lazo diplomático y generar un estado de ruptura sociabilizadora en la que las palabras sobran, y se trata de conquistar mediante la fuerza, la toma de rehenes, etcétera. Podría decirse, junto con Foucault, que esos son los momentos más representativos de nuestra sociedad, debido a que la paz que reina cuando el derecho se impone en cada rincón del Estado no representa más que la invisibilización de esa guerra.

Esto es interesante de anotar porque, si bien en los ámbitos universitario-académicos las críticas al Estado en general, y a sus proyectos económico-político-represivos en particular, suelen realizarse casi exclusivamente desde las filosofías críticas marxistas, no son pocas las comunidades y los grupos (que en el caso de la Iglesia católica es anterior a todo Estado Nacional) que encontraron profundísimas incompatibilidades con las políticas y fundamentos del Estado moderno. Y ya que hemos hablado —y seguiremos haciéndolo— de guerras civiles, pensemos que durante nuestra historia argentina reciente se presenció un extraordinario fenómeno de terrorismo de Estado en el que parte de “los enemigos públicos”, a los que —ya lo vamos entendiendo— no se tiene que respetar derecho alguno en tanto se pusieron por fuera de todo contrato, de toda integración posible, se los contaba entre las filas del marxismo más ortodoxo y del clero más regular. Que conceptualmente una “guerra civil” pueda enfrentar al Estado Nacional con elementos teóricamente incompatibles, pero políticamente comprometidos, nos hace ver que los fundamentos del Estado y sus consecuencias políticas son algo que atañe directamente a todo vínculo de las personas entre sí, lo que para muchos puede llamarse política; para otros, religión. Se trata de los que abrazan una postura en la que los derechos que hacen a la identidad esencial del ser humano, a su dignidad, son anteriores y valen más que el Estado: esos derechos son previos a su propia existencia jurídica, lo son con independencia de su adquisición, de su reconocimiento, y si el Estado deja de ampararlos o los amenaza, no habrá negociación posible, y el derecho a la resistencia legítima al soberano (fundamento de toda guerra civil) puede hacer su entrada en escena.

Los Estados no admiten otra definición de “amor al prójimo” que la que ellos mismos de-

finen y ejecutan, y cualquier otra interpretación o práctica de dicho compromiso con la alteridad, ya sea de origen materialista histórica, o bíblica, deberá ser reprimida, castigada, silenciada: desaparecida.

Lo que debemos señalar es que de aquí no es válido derivar una postura que juzgue desdenosamente dicho posicionamiento ético-jurídico como *iusnaturalista*, de derecho natural o hasta de “metafísica jurídica”. Será el mismo Kelsen (1962) quién, lógicamente y ontológicamente, demostrará que solo una norma puede fundar una norma, incluso en el caso de aceptar la postura *iusnaturalista*. La única diferencia que importa anotar para avanzar es que según la escuela *iusnaturalista* *existen leyes de naturaleza prepolíticas, precivilizatorias: divinas*, y que de esto no se puede derivar ningún sistema jurídico. Para que pueda haber un sistema de derecho positivo se requiere que alguien proponga: “Debemos hacer obligatoria la observancia de las leyes naturales” y, por ende, incluso en el caso de la “inspiración divina”, la creación de la norma lleva el sello inalterable del invento humano. En última instancia, todo depende de qué se piensa que dicen estas leyes arcaicas, y quién está habilitado (¿y por quién?) para interpretarlas y castigar sus desvíos. Frente a esto habrá quienes digan “no, no queremos formar una sociedad política inspirada por abstractas leyes eternas, sino que nos queremos dar a nosotros mismos nuestras propias leyes y obedecer exclusivamente a aquello a lo que nos sometemos voluntariamente”, lo que simplemente cambia no el fundamento del Estado —que sigue siendo humano y accidental—, sino su contenido, su “inspiración”.

Lo que tenemos que pensar es que en el caso de la Nación Argentina, ya inspirados por la maternidad histórica de la Santa Madre, ya por los deseos o el avance de un estratégico uso

del derecho por parte de las elites, poseemos una Constitución Nacional en la que, aquella norma que deben obedecer todas las normas, es precisamente la dignidad. Los amantes del derecho natural estarán satisfechos, así como los positivistas jurídicos, debido a que la primer *norma que funda la norma* será la dignidad; una dignidad que se instaló en el derecho positivo, pero una dignidad que precisamente no es un derecho humano, sino que devela la razón de ser de todos estos: proteger en la existencia la dignidad en esencia de la persona (Gialdino, 2013:6). En esa misma línea, Lévinas nos dirá (1972) que la moral no pertenece a la cultura, sino que permite juzgarla.

Conceptualmente hablando, lo que nos interesa es anotar cómo la realidad material, y la fundamentación conceptual del Estado moderno, muestran el flanco no solo a las críticas marxistas, liberales, religiosas y garantistas de los derechos humanos, sino que sobre todo se constituyen como la principal fábrica de sus elementos debilitadores. Estamos frente a un momento en el que varios Estados, ahogados de deudas, “problemas” de seguridad, inmigración, salud, etcétera, intentan mostrarse presentes mediante leyes y aparatos represivos de “mano dura”, haciendo posible, de esta manera, una lectura de la realidad política en la que el derecho a resistir se encuentra fundamentado por la falta de “interés público” que a todas luces genera la política económica, criminal, carcelaria y represiva. Intentando mostrar su fuerza en el momento de mayor debilidad, estos Estados están haciendo posible un escenario en el que la guerra civil vuelva a mostrarse como realidad material, concreta y callejera. Si se construye un “nosotros” a partir de la oposición con un “ellos” que no puede formar parte de lo público y armonizarse con el todo sin que se le borren las diferencias, sin verse “normalizado”, construiremos, como sociedad,

enemigos irreconciliables que muy bien pueden aceptar el rol que les ofrecemos, y que es muchas veces el único al que pueden acceder.

Los estudios realizados con el personal de los servicios penitenciarios (Mouzo, 2010) muestran la contradicción inherente a una fuerza que, por un lado, se presenta políticamente como un agente de “resocialización” pero que, prácticamente, es una fuerza militarizada que, antes que nada, debe garantizar el control y la gobernabilidad de los internos a cualquier precio. Ante casos de conmoción, violencia, falta de presupuesto, etcétera (aspectos que de hecho constituyen la regla de los espacios penitenciarios desde su comienzo mismo), se priorizará siempre el control a la resocialización, la coerción a la tolerancia, la represión al diálogo.

¿Cómo justificar entonces un aparato penitenciario tal como el que describimos, que cuenta con un incremento del 41 por ciento en su población en relación con 2016 y del 86 por ciento en relación con 2001? (SNEEP, 2017:18)

CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

1. Todo Estado Nacional que no pueda garantizar una institucionalización digna, en la que las personas puedan realmente concebir una forma de vida armonizable con “el interés público”, deberá, si desea mantener su legitimidad política sin modificar la realidad carcelaria, modificar lo que muchas veces son, como en el caso argentino, normas de jerarquía constitucional. Evidentemente, para seguir con el ejemplo argentino, si se quita de la Constitución Nacional el artículo 18 en el que se indica que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos deteni-

dos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”, ya no se podrá contar con el bagaje discursivo del progresismo y la protección de la “dignidad”, perdiéndose en consecuencia toda legitimidad basada en el interés público, o aceptando que se adopta una definición de “interés público” arbitraria, violenta, y generadora de enfrentamiento civil. Aceptar que la muerte, la tortura y la humillación son recetas para los “infractores”, equivale a transformarlos en “enemigos”, lo que por ende hace responsable al Estado de generar la simiente de su propia guerra y oposición civil, en la que dos partes bien marcadas y divididas de la “ciudadanía” se enfrentan abierta y violentamente, debido a que tienen intereses tan encontrados como irreconciliables.

2. Si se sanciona simplemente para castigar, neutralizar o disuadir, es evidente que los beneficios de la pena descansarán exclusivamente en el soberano y, como mucho, el pueblo, que en verdad viviría en un estado de miedo perpetuo al sufrimiento y la muerte violenta. En pocas palabras, volveríamos a los tiempos de Rosas y la Mazorca, en la que el cuchillero era legislador, juez y verdugo.
3. Si se desea mantener, por lo menos, la ilusión y el discurso que hacen a la institucionalización forzada algo “civilizado”, algo que atiende a una terapia de quién no pudo vivir armónicamente dentro de un colectivo, se deberá evidentemente partir de un estudio crítico sobre las tasas de reincidencia y sus motivos. Se deberá modificar de plano el sistema penitenciario, empezando muy probablemente por su desmilitariza-

ción. Si realmente adoptáramos el ideal de una sociedad “moderna” que supone que solo respetando la igualdad y la equidad se puede cristalizar un colectivo armónico, se debería revisar aquel lugar oscuro y sucio que son los calabozos, y empezar por asumir nuestra responsabilidad como sociedad que tolera la inenarrable realidad carcelaria, aun sabiendo que esa misma institución del maltrato, tortura y muerte, fabrica buena parte de la violencia que termina explotando en las calles.

4. ¿No deberíamos, acaso, recordar el llamado de Pablo a la fraternidad en la “Carta a los hebreos” y reiterar, una y otra vez, sus palabras: “Acordaos de los presos como si estuvierais con ellos encarcelados” (Heb. 13, 3)? ¿Nos hemos preguntado, como el Santo Padre cada vez que entra en una cárcel, “por qué ellos y no yo”? (Jubileo de los presos, Homilía, 06.11.2016).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirre, C. (2000). “Delito, raza y cultura: El desarrollo de la criminología en el Perú (1890- 1930)”, en *Diálogos en Historia* (Lima) núm. 2, 179-206.
- Azcuy Ameghino, E. (2004). *Trincheras en la historia, Historiografía, Marxismo y debate*, Buenos Aires: Imago Mundi.
- Barreneche, O. (2015). “Las instituciones de seguridad y del castigo en Argentina y América Latina. Recorrido historiográfico, desafíos y propuestas de diálogo con la historia del derecho”, en *Revista de Historia de las Prisiones* nº1, 5-33 INIHLEP.
- Becker, H. (2014). *Outsiders*, Siglo XXI, Buenos Aires.

- Caimari, L. (2009). "Entre el panóptico y el pantano: avatares de una historia de la prisión argentina", en *Política y Sociedad*, 46 (3), 135-147.
- Combessie, P. (2016). *Sociologie de la prison*, Paris : La Découverte.
- Galeano, E. (1998). *Las venas abiertas de América Latina*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gialdino, R. E. (2013). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gialdino, M. R. (2017). *La "penitencia" durante y después de Rosas; ¿El gran quiebre punitivo en la historia argentina? Entre la Realidad y el Concepto*, EN PRENSA.
- Gorelik, A. (1998). *La grilla y el parque, espacio público y cultura urbana en Buenos Aires, 1887-1936*, Buenos Aires: Editorial Universidad Nacional de Quilmes.
- Flores, V. (2015). "Los inicios del sistema carcelario en el Territorio Nacional de la Pampa (1884-1930)", en *Revista de Historia de las Prisiones n°1*, 53-77 INIHLEP
- Foucault, M. (1978). *Vigilar y Castigar*, México DF: Siglo XXI.
- Foucault, M. (1983), *La verdad y las formas jurídicas*, México DF: Gedisa.
- Foucault, M. (1997). *Il faut défendre la société*, Paris: EHESS-Gallimard-Seuil.
- Foucault, M. (2004). *La Naissance de la biopolitique*, Paris: EHESS-Gallimard-Seuil.
- Foucault, M. (2013). *La société punitive*, Paris: EHESS-Gallimard-Seuil.
- Hegel, G.W.F. (1968). *Filosofía del derecho*, Buenos Aires: Claridad.
- Hobbes, T. (1979). *Leviatán*, Madrid: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1962). *Teoría pura del derecho*, Paris: Dalloz.
- León León, M. A. (2010). "Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII y XIX). Teoría y realidad. [Comentario de libro]", en *Cuadernos de Historia*, 32, 147-151
- Levinas, E. (1972). *Humanisme de l'autre homme*, Paris: Fata Morgana.
- Locke, J. (2005). *Ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- Luciano, M. (2015). "La versión local del reformismo penitenciario. Córdoba, 1908-1916", en *Revista de Historia de las Prisiones n°1*, 99-116
- Mouzo, K. (2010). *Servicio Penitenciario Federal. Un estudio sobre los modos de objetivación y de subjetivación de los funcionarios penitenciarios en la Argentina actual*; Tesis para optar por el título de Doctora en Investigación en Ciencias Sociales Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, INEDITO.
- Marx, H. K. (2004). *El Capital*, México DF: Siglo XXI.
- Matus Acuña, J. P. (2007). "El positivismo en el derecho penal chileno: Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina del siglo XX que se mantiene vigente", en *Revista de Derecho*, 20:1, 175- 203.
- Peña, M. (1973). *Masas, caudillos y elites: la dependencia argentina de Yrigoyen a Perón*, Buenos Aires: Ficha.
- Pomer, L., (2008). *La guerra del Paraguay, Espada, Política y negocios*, Buenos Aires: Colihue.
- Pratt, J. (2006). *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*, Buenos Aires: Gedisa.
- Rosa, J. M., (1973). *Historia Argentina*, Buenos Aires: Oriente.

- Rothbard, M. (1995). *La ética de la libertad*, Madrid: Unión editorial.
- Rousseau, J. J. (1999a). *Du contrat social*, Paris: Hatier.
- Rousseau, J.J. (1999b). *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris: Hatier.
- Ruiz Diaz, M.A. (2016). "Los lugares de la cárcel. Aproximaciones desde la historia de los espacios y el territorio. Buenos Aires 1877-1927", en *Revista de Historia de las Prisiones* nº3, año 2016, 131-149 INIHLEP.
- Salvatore, R.D y Aguirre, C. (2017). "Revisitando el nacimiento de la penitenciaría en América Latina veinte años despues", en *Revista de Historia de las Prisiones* nº4, año 2017, 7-42 INIHLEP.
- Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires: Manantial.

DOCUMENTOS CONSULTADOS:

- Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (2018), *Informe Ejecutivo 2016*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En: <http://www.jus.gov.ar/media/3268598/Informe%20ejecutivo%20del%20Sneep%202016-Sistema%20Nacional%20de%20Estado%20C3%ADsticas%20sobre%20Ejecuci%C3%B3n%20de%20la%20Pena.pdf>
- Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos (2018) *Informe Anual 2016*, Procuración penitenciaría de la nación, Comisión provincial por la memoria. En: <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/2016%20Informe%20anual%20RNCT.pdf>

El trabajo: construcción socio-histórica y su importancia para la vida social

Work: Sociohistorical Construction - Significance for Social Life

Melisa R. Languasco¹

Resumen

La comprensión del trabajo como noción compleja y multidimensional invita al conocimiento de sus características y evolución en el tiempo. Ello permite desentrañar mutaciones profundas, donde la clave se define en términos de la evolución de la humanidad. Será, entonces, una totalidad que condiciona el hacer de cada ser humano y complejiza el análisis de su propia existencia, aunque sin desconocer que integra a la sociedad como un todo en función de la propia cotidianeidad de sus partes.

Palabras clave: Estado - obrero - producción - sociedad - trabajo

Abstract

The understanding of work as a complex multidimensional concept is an invitation to discover its characteristics and evolution. This will reveal deep changes whose key is defined in terms of human evolution. Work is a whole that conditions the doings of human beings, complexifying, at the same time, the analysis of its own existence, while recognizing the fact that it integrates society as a whole on the basis of the daily life of its parts.

Keywords: State - worker - production - society - work

Sociedad / ensayo científico

Citar: Languasco, M. (2018). El trabajo: construcción socio- histórica y su importancia para la vida social. *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 105-110.

¹ Instituto de Derecho Internacional (IDI), de la Universidad Católica de Salta.

PRESENTACIÓN CONCEPTUAL Y TEMPORAL

La noción del trabajo representa un serio desafío para desentrañar sus mutaciones a lo largo de su evolución. El transcurrir del tiempo no solo alteró los modos de desarrollar el trabajo como actividad sino y en principio, la manera de concebirlo. Y es por eso que lo analizaremos conceptualmente con el propósito de sumar elementos que nos permitan la comprensión de su dimensión en tanto campo o materia de nuestro estudio.

En sus orígenes etimológicos se lo concibe como “estado del que sufre”. Contrastando, la edad moderna se refiere al trabajo como a “un conjunto de actividades humanas coordinadas con vistas a producir o contribuir a producir lo que es útil; situación de una persona que actúa para obtener un resultado” (Jacob, 1995:2).

Pues bien, resulta interesante el estudio realizado por Annie Jacob para señalar diferencias acerca de la concepción del trabajo en diferentes etapas históricas. Este autor parte de la visión del cristianismo hasta el siglo XVI, luego continúa con la Reforma, el siglo de las luces —la Enciclopedia—, la Revolución Francesa y, por último, la industrialización.

En principio, el Génesis presenta al trabajo como medio para redimirse del pecado. Sin embargo, otras concepciones sumadas a esta conducen a pensarlo como “dual” ya que es positiva la alusión a Jesús como hombre trabajador proveniente de una familia de carpinteros.

A su vez, y hasta aproximadamente el siglo XVI, la sociedad feudal diferencia tres categorías: “los que rezan, los que luchan y los que trabajan”. Con la Reforma, se respalda la asociación intrínseca entre trabajo y religión: el primero es ligado al servicio de Dios. Así, el

dogma religioso está imbricado en el sistema social, y se lo reconoce como fuente y base de las motivaciones humanas.

Asimismo, el descubrimiento del Nuevo Mundo provoca redefinición de postulados diversos en materia económica; no obstante, antes que esto sitúa en “veredas” diferentes las capacidades de ellos, los primeros pobladores, frente a sus conquistadores: entonces el límite natural de la propiedad se define en función de la capacidad natural de trabajo. Las concepciones son contrastantes:

Para los cristianos (y, entre ellos, más aún para los reformados llamados puritanos) explotar la naturaleza es rendirle homenaje a Dios. Para los indios de América del Norte, la naturaleza es lo que nutre, es nuestra “madre”, y no debemos explotarla más allá de nuestras necesidades (Jacob, 1995:7).

Seguidamente, las reivindicaciones de la burguesía tuvieron su protagonismo durante la “época de las luces”: la Enciclopedia. Por ese entonces también es posible identificar las mutaciones o reconfiguraciones en la concepción del trabajo; ahora entendido como ocupación a la que el hombre debe su subsistencia, sí, pero además se suma que también le debe su serenidad, su salud, su equilibrio, su sentido común y hasta su virtud. Asimismo, se identifican nociones opuestas: ociosidad, pereza e indolencia. Estas son consideradas contrarias a los deberes del hombre y, desde luego, a su función de miembro útil en la sociedad.

Avanzando más en el tiempo y llegando a la Revolución Francesa, hay elementos que capitalizaron la propiedad como, por ejemplo, la aparición de la moneda. A su vez, la noción misma del trabajo aparece asociada a “medio para ganarse la vida”, y los movimientos y acciones sociales se inspiran en la conquista de

mejores condiciones para realizar este cometido, además de la búsqueda de retribución justa materializada en los salarios.

Pues bien, trabajo-producción-utilidad se presentan como una tríada que configura nuestros destinos. La importancia que se le ha dado al primero y, desde luego, a la noción de empleo se ha convertido en central para el funcionamiento del orden social y del rol de los individuos. “Trabajar es una norma, un hecho social total” (Méda, 2007:1)

¿HA EXISTIDO SIEMPRE LA NOCIÓN DEL TRABAJO COMO CAMPO DE ESTUDIO EN MATERIA SOCIAL?

El trabajo está claramente ligado a una idea económica, a la producción, a la acumulación y a la necesidad de subsistencia. No obstante, ello termina resultando de la concepción capitalista. Con esto es posible afirmar que existieron sociedades pre-capitalistas con ideas acerca de él, pero distantes de lo económico como eje central.

Por caso, en Grecia no existía un término que denomine el “trabajo” tal cual lo concebimos en la actualidad. Existían tareas agrupadas con la palabra *ponos* en referencia a tareas arduas y en contacto con elementos materiales, y tareas denominadas *ergon* que consistían en la imposición de una forma a la materia. Existía una jerarquía de actividades definidas según lo relacional entre los hombres, por ejemplo, en la escala más baja estaban las actividades de los esclavos; luego, las de artesanos y mendigos. Las actividades comerciales eran condenadas.

Por entonces se ponía especial énfasis en las actividades que no estuvieran ligadas a la necesidad y que tuvieran un fin en sí mismas: aquellas de carácter moral y político que persi-

guieran el ideal individual y social. En esta instancia, Platón cuestiona al trabajo como generador del lazo social.

La unicidad y el valor reconocido al trabajo tienen su génesis en la Edad Media y, a través de Santo Tomás de Aquino, su vinculación con la idea de utilidad común y su remuneración.

No es hasta bien llegados los siglos XVI-II Y XIX cuando, a partir de los postulados de Adam Smith, se considera al trabajo como una unidad de medida. Tiene por objeto homogeneizar actividades antes dispersas y/o diversas, teniendo como esencia al tiempo. Comienza a proyectarse como el medio para obtener autonomía, la herramienta que permite concretar objetivos individuales a través del salario o remuneración. Es entonces donde el orden social lo encuentra como cimiento, además de contribuir a la acumulación de riquezas. En definitiva, comienza a gestarse la idea del trabajo como factor de producción.

No obstante lo anterior, recién durante los primeros años del siglo XIX se supera la idea penosa o sacrificada del trabajo para presentarlo desde la idea de libertad creadora. Además, comienzan a asociarse el trabajo y la obra, pues son realizadas por el hombre mismo. Las mejores en las condiciones materiales de la vida y la realización individual, en la sociedad y de la sociedad, se interpretan como resultados unívocos del trabajo.

Sumando a nuestro hilo conductor evolutivo, diremos que es en el siglo XX cuando se afianza la idea del trabajo como actividad fundamental y distintiva del hombre y, además, transformadora y ejercida dentro de un sistema de derechos e intercambio determinado en un momento específico. En términos de Dominique Méda, “Se trata de una actividad humana coordinada, remunerada que consiste en poner en forma a una capacidad o algo dado para el uso de otros, de manera autónoma o bajo

la dirección de otro a cambio de una contraparte monetaria". (Meda, 2007: 24)

En el capitalismo moderno, se atribuye distinto alcance al concepto de trabajo según lo expuesto por la teoría social. En ese sentido, es posible la distinción de diferentes etapas cuyas notas bosquejaremos a continuación:

De la Revolución Industrial a la segunda mitad del siglo XIX

La economía política prevalecía sobre otras ciencias sociales postulando al trabajo como creador de valor. El costo de producción era directamente asociado a la cantidad de labor necesaria para la producción de las mercancías. La centralidad de la noción del trabajo es atribuida al trabajo industrial.

Según Marx, como exponente de la teoría clásica, el trabajo no es el único origen del valor sino que está asociado a la ganancia capitalista, producto de un trabajo no remunerado al obrero. Aquí encontramos el inicio del conflicto entre capital y trabajo, residiendo este en la distinción entre "fuerza de trabajo" y "trabajo" o, en otros términos, entre la capacidad de generar valor por la fuerza del trabajo y la cantidad de valor incorporada a la mercancía en el proceso de producción. El trabajo productivo aparece directamente asociado a creación de plusvalía.

En el capitalismo el trabajo se vuelve contra el hombre mismo, ya que lo ha subordinado a la reproducción y a la alienación.

Desde la segunda mitad del siglo XIX a la crisis del '29

En la teoría económica surge el marginalismo como teoría principal con dos notas para subrayar: la clase obrera, en su lucha ascendente, fue excluida como trabajadora y ciudadana

y, además, no existían instituciones de mediación en los conflictos interclasistas crecientes.

La noción de trabajador pierde su preeminencia para ser sustituida por la de actor económico racional, y el "parte aguas" es la aparición de otras ciencias sociales (Sociología, Psicología, Antropología), que rescatan aspectos morales en la acción y en la sociedad. Mientras tanto, la Economía se encarga de estudiar el valor de la riqueza, entendida como utilidad generada con recursos escasos en la búsqueda de optimizar la relación entre riquezas producidas-recursos utilizados. Se incorpora el concepto de "mercado", siendo este el escenario donde los agentes maximizan sus utilidades (en competencia perfecta y sin monopolios).

En este contexto, comienza a delinearse la noción del trabajo como interacción entre los hombres y se considera su impacto en el orden social. Las propuestas de Durkheim, "división social del trabajo" y "solidaridad orgánica", así como de Weber, "racionalización formal/sustantiva" responden a estas nuevas visiones.

Además, en este período surgió la denominada primera Sociología Industrial, que contrasta la idea del hombre económico de los neoclásicos y el papel de los sentimientos en el trabajo, asociado al liderazgo y al buen desempeño productivo, entre otros.

Desde la Revolución de Octubre (1917) y la crisis del '29 a los años sesenta

El trabajo se presenta como institución, regla y organización posibles de analizar estructuralmente e integrados al funcionamiento capitalista. Veamos las razones.

La clase obrera comienza a organizarse en partidos y la revolución proletaria trata de encauzarse a través de instituciones que regulen las luchas interclasistas que han sido producto mismo del capitalismo. Los elementos cla-

ves serán: el Estado Benefactor, es decir, el que interviene en la economía; la conformación de sistemas relacionales industriales y los pactos corporativos tripartitos entre Estado-sindicatos-empresas. En la economía, los protagonistas son los keynesianos e institucionalistas que proponen, entre otras cosas, la importancia de lograr el pleno empleo de la mano del Estado.

Es entonces cuando, asociada al institucionalismo, surgió la disciplina de las Relaciones Internacionales.

A su vez, los objetivos de los hombres encuentran su correspondencia con las normas organizacionales que se internalizan como medios para lograr las propias aspiraciones.

A partir de los años setenta con el ascenso del neoliberalismo y su disputa con el nuevo institucionalismo: la desilusión postmoderna

El conflicto obrero aumenta de manera ineludible, sumado a las críticas de las políticas keynesianas y la efectividad del llamado Estado Social. La pérdida de influencia de los sindicatos sucedió mientras se instalaba la política económica neoliberal, fundamentalmente individualista y antiestatista; esto significó la reestructuración productiva y la flexibilización en materia laboral. El mercado será a quien se atribuya la asignación de trabajo con ciertas condiciones, tales como salario en función del desempeño, contratación colectiva, seguridad social, etc.

Un nuevo institucionalismo se concentra en buscar el acuerdo entre capital y trabajo, aceptando así que en esta nueva coyuntura la situación del mercado es la de ser abierto y globalizado:

Para los neoschumpeterianos es el trabajo con las nuevas tecnologías la solución, con sus problemas de difusión, adaptación y recalificación de la mano de obra. Para la es-

pecialización flexible son los pequeños empresarios, las redes de empresas con su solidaridad e instituciones locales que en un acuerdo y compartición de poder con sus trabajadores pueden imponerse en el mercado a los grandes consorcios (Piore, 1990 citado por De la Garza Toledo, E., 2001:11)

En el concepto del trabajo, el “actor obrero” pierde, de algún modo, protagonismo; ya que en las nuevas relaciones industriales tiene que compartir “terreno” con el *manager* o con el empresario.

En contraste, están los que declaran el fin de la sociedad del trabajo para ser sustituida por los nuevos movimientos sociales. Se trata de la pérdida de la centralidad del trabajo en la vida de los hombres y en la sociedad misma. Algunos hechos pueden evidenciarlo, tales como la diversificación en los niveles salariales, en las calificaciones y contenidos del trabajo; la seguridad, el estatus, las cargas y formas de comunicación; la segmentación en el mercado laboral y la creciente importancia de los mundos no laborales. El neoliberalismo, con todo, busca relegar al trabajo teórica y prácticamente.

En esta complejidad de transformaciones cabe cuestionarse cuál es su impacto en las subjetividades individuales y en las identidades colectivas. En definitiva, replantearse si el trabajo como espacio de experiencias contribuye, y de qué modo, a la construcción de subjetividades e identidades.

REPENSANDO (A MODO DE CONCLUSIÓN PRELIMINAR): ¿CUÁL ES LA SIGNIFICANCIA Y EL ALCANCE DEL TRABAJO COMO MANERA DE EXISTIR (DE HACER/DE SER)?

En efecto, formularnos la cuestión de la importancia del trabajo puede conducirnos a nu-

merosos fundamentos para validar cuánto influye en la vida misma de los seres humanos. Frente al desarrollo expuesto de la historia del trabajo, reivindicamos, principalmente, su contenido multidimensional y lo valoramos en todos los niveles organizacionales.

Ahora bien, señalaremos cinco cuestiones que reflejan y ponderan en el mismo ser, más allá del hacer de las personas, sus vínculos con el medio y proyecciones. Así pues, el trabajo:

- Impone una estructura temporal de la vida
- Crea contactos sociales fuera de la familia
- Genera objetivos que sobrepasan las ambiciones propias
- Define una identidad social
- Obliga a la acción

Es pertinente describirlo como el medio y el espacio; en el primer sentido es la norma que permite alcanzar la subsistencia (a través de la remuneración) y, a su vez, es el espacio que permite transformarlo con las capacidades propias y las que pueden adquirirse. Un espacio para la construcción de la realización personal.

En franca coincidencia con lo reseñado y argumentado, concebimos al trabajo como fuente de transformación y de civilización. Ha sido posible caracterizar su concepción y modos desde formas menos evolucionadas de organización social, con lo cual y, en definitiva, su noción y progreso no puede disociarse de las particularidades sociales, históricas, políticas y económicas a lo largo de la evolución de la humanidad.

Para concluir, diremos que es posible con-

cebir al trabajo no solo como actividad para la satisfacción de necesidades sino que, además, como un fin en sí mismo que permite reconfigurar su importancia ya que genera, indefectiblemente, un modo de relación social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alavi, H. (1976). "Las clases campesinas y las lealtades primordiales". En *Cuadernos Anagrama* n° 128. Barcelona: Anagrama.
- Antunes, R (2006). *Los sentidos del trabajo. Ensayo sobre la afirmación y negación del trabajo*. Buenos Aires: Herramienta.
- Castel, R. (1996). *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Buenos Aires: Paidós.
- De La Garza Toledo E., Neffa, J. (2001) *El futuro del trabajo - El trabajo del futuro*. Buenos Aires: CLACSO.
- Durkheim, E. (1985). *La División del Trabajo Social*. Barcelona: Planeta -Agostini.
- Méda, D. (2007). *¿Qué sabemos sobre el trabajo?* Ed. Presses Universitaires de France, collection "Que sais-je?" n° 2614, 3ème édition, capítulo 1. 2 Traducción realizada por Nathalie Collomb.
- Hobsbawm, E. (1987). *El mundo del trabajo*. Barcelona: Crítica.
- Jacob, A (1995). *La noción de trabajo. Relato de una aventura socio-antropo-histórica*. PIETTE, serie Sociología del Trabajo N° 4.

Jurisprudencia y Doctrina

Dilemas de la argumentación jurídica ante la protección constitucional/convenicional de los derechos humanos. Una reflexión desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Legal Argumentation Dilemmas Regarding Constitutional/Conventional Protection of Human Rights. A Reflection on the Jurisprudence of the Argentine Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas¹

Resumen

La actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha suscitado disimiles interpretaciones en la doctrina y la jurisprudencia de nuestros países. Los planteamientos tienen que ver con cuestiones de dogmática jurídica; políticos; filosóficos y de teoría de la argumentación del derecho. En relación con esto último, en no pocas circunstancias el resguardo de los derechos fundamentales da lugar al planteamiento de verdaderos “dilemas” en la concreción de los derechos constitucionales y convencionales comprometidos. Se trata de ocasiones en que no es posible arribar a un “equilibrio” (ni “óptimo” y ni siquiera “mínimo”) entre dichos dere-

Abstract

The action of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) has generated dissimilar interpretations in the doctrine and jurisprudence of our countries. Statements bear relation to issues of legal dogmatics, politics, philosophy and the theory of legal argumentation. In this regard, in many circumstances, the safeguarding of fundamental rights pose real “dilemmas” concerning the concretion of the constitutional and conventional rights involved. In such cases, it is not possible to achieve a “balance” (neither an “optimal” nor even a “minimal” one) between these rights; therefore, cases are no longer present-

Derecho / jurisprudencia

Citar: Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2018). Dilemas de la argumentación jurídica ante la protección constitucional/convenicional de los derechos humanos. Una reflexión desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 113-126.

¹ Profesor Titular de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires y de Introducción al Derecho, Universidad Católica de Salta.

chos y, por tanto, el caso se presenta ya no como “fácil” ni, tampoco, “difícil”, sino como “trágico”. En este papel se presentan dos ejemplos de lo descrito, a partir de casos que involucran a la CIDH y al supremo tribunal constitucional argentino (CSJN), así como se procura ensayar un camino que permita salvar la aporía detectada en orden a que los sistemas en juego puedan concretar el objetivo de resguardo de los derechos fundamentales para los que han sido creados.

Palabras clave: Derechos Humanos - Tribunales internacionales y constitucionales de protección de Derechos Humanos - interpretación del derecho - teoría de la argumentación - casos difíciles - casos trágicos

ted as “easy” or “difficult”, but as “tragic”. This paper presents two examples of the above, from cases involving the IACHR and the Argentine Supreme Constitutional Court (CSJN), as well as an attempt to find a way to overcome the aporia detected so that the systems at play may fulfill the objective of safeguarding the fundamental rights for which they have been created.

Keywords: Human Rights - international and constitutional courts for the protection of Human Rights - legal interpretation - theory of argumentation - difficult cases - tragic cases

INTRODUCCIÓN

El tema de la “interpretación jurídica” conoca aspectos muy diversos y de significativa complejidad. En este ensayo, tras repasar, en primer lugar, el estatuto de los derechos constitucionales y convencionales y, en segundo, el alcance de dichos derechos ante una posible clasificación de los casos jurisprudenciales según se trate de “fáciles”, “difíciles” y “trágicos”, haré foco en ésta última tipología, la que da lugar al planteamiento, en ciertas circunstancias, de verdaderos “dilemas” respecto de la concreción de los derechos constitucionales y convencionales comprometidos en aquellos² (ap. II). Ejemplificaré el punto a partir de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) que tiene presente el dictado de otra, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), lo que ha provocado, además, disímiles interpretaciones en cuanto al alcance y a la

compatibilidad entre ambos sistemas (el interamericano y el nacional) (ap. III). Algunas posibles respuestas a esta cuestión —que se vinculan con diversos tópicos examinados en la obra citada, *Teoría del Derecho*, que sirve de base para estas reflexiones— se efectúan en el último apartado (IV).

SOBRE LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES/ CONVENCIONALES

En la actualidad, la protección de los derechos fundamentales de las personas se manifiesta de modo paradigmático a través de los estatutos constitucionales y convencionales. Estos contienen “normas” que, siguiendo a Robert Alexy, se asumen como “mandatos”. Ahora bien, mientras algunas de ellas se estructuran como “reglas” (“las reglas son normas que requieren algo de manera definitiva”, por lo que

² Cfr. Atienza, Manuel, “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 27, 1989, p. 101. A partir de dichas reflexiones, cfr. Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 4^o, corregida, aumentada y actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26994, pp. 371-376.

son “mandatos definitivos”), otras —que es el modo más característico de dichos derechos fundamentales— se asumen como “principios” (estos exigen que “algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. De ahí que se trate de “mandatos de optimización”³). Estos últimos, en efecto, deben realizar un “algo” (la protección de la vida, de la libertad en sus diversos aspectos, etc.), en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas de que disponga un sistema jurídico en un contexto histórico-espacial determinado⁴.

Desde luego, el tema se complejiza si dichos derechos entran en “competencia” con otros de semejante naturaleza constitucional/convenional. Dado que ambos derechos representan “bienes básicos” de las personas⁵, dichos bienes requieren ser armonizados pues *no se debe* garantizar uno de ellos a costa de otros, lo que entrañaría proteger a una persona y no a la otra; es decir, supondría tratar al primero como un “fin en sí mismo” y al segundo como un “medio” de aquel⁶. La CSJN lo ha expresado a través de una constante jurisprudencia: “los derechos fundados en cualquiera de sus cláusulas tienen igual jerarquía” y “la interpretación debe armonizarlas, ya se trate de derechos individuales o de atribu-

ciones estatales”, por lo que ha “de rechazarse toda interpretación de la que resulte que un derecho de base constitucional —para tener vigencia— requiere, inevitablemente, la sustancial aniquilación de otro”⁷.

En este contexto, la “armonización” extrema la noción de “optimización” pues a la *modulación* que lleva ínsito el concretar los derechos constitucionales/convenionales según las posibilidades fácticas derivadas del contexto espacio-temporal en el que se encuentran (la conocida “reglamentación” de los derechos fundamentales, en tanto que tales), se *añade* la necesidad de *modular* su alcance *con otros derechos de análogo rango*. En este último caso, como escribe Robert Alexy, la mayor o menor realización de un derecho “está determinada esencialmente por los principios opuestos”, por lo que “la determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio respecto a lo que ordena otro principio se determina por medio de la ponderación”⁸.

Ahora bien, si se dice que se está ante derechos “de primer orden” es porque poseen análoga jerarquía, es decir, *no se postula una jerarquización* de derechos constitucionales/convenionales. Aun cuando existen planteamientos legislativos⁹, jurisprudenciales¹⁰, o

³ Cfr., entre muchos lugares, Alexy, Robert, “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad” (del inglés por A. García Figueroa), *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha/Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, 16, p. 13.

⁴ Cfr. en esta misma línea las sugerentes reflexiones de Javier Hervada al tratar la relación entre derecho natural e historicidad, la que se observa en lo que denomina la “modalidad” y la “eficacia” en la concreción de tales derechos. A partir de este planteamiento, con ejemplos jurisprudenciales de nuestro país, cfr. mi *Teoría del Derecho*, nota 1, esp. pp. 293-303.

⁵ Cfr. Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, 1980, esp. cap. II.

⁶ Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (del alemán por M. García Morente), España, Madrid, 1983, esp. pp. 85 ss.

⁷ CSJN, Fallos: 251:87; 255:293; 264:94; 272:231; 297:201; 308:1631, sus citas y muchos otros.

⁸ Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” (del inglés por Alexander Portocarrero), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 2011, p. 12.

⁹ Pienso en la Constitución española, que niega la acción de amparo al “medio ambiente” —cfr. art. 53.2—, al que no consideraría como un “derecho fundamental”, sino —para seguir a Dworkin, *Taking rights seriously*, Duckworth, 5°,

doctrinarios¹¹ que defienden una jerarquía de derechos, considero que esta tesis soslaya el dato fundamental —ya anticipado— de que detrás de todas estas construcciones se halla la persona humana; por lo que jerarquizar derechos, en última instancia, es privilegiar ciertos “bienes básicos” sobre otros, lo cual va en detrimento del único destinatario de dicha protección.

En este contexto, Alexy ha advertido acerca de la existencia de gradas de afectación de los derechos según determinadas circunstancias, lo que genera “condiciones de precedencia” para el empleo privilegiado de unos o sobre otros. La respuesta a esa “gradación” (“leve”, “media” o “intensa”) la da la “metáfora del peso” específico de cada principio en un caso concreto, peso este que se obtiene a través de argumentos de índole “moral”¹², a la luz de los cuales se establece una “precedencia condicionada”; esto es, concreta o relativa al supuesto del que se trata¹³. Ello genera una regla que llama “ley de la colisión” y que cabe formular como sigue: “las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio

precedente”¹⁴, de donde siempre que se configuren tales condiciones, será aplicable la regla generada bajo su amparo¹⁵.

Nuevamente, no se trata de una “jerarquización” de derechos, sino de una “ponderación” que tiene en cuenta el sentido y alcance de dichos bienes en tensión, los que son siempre *modulados* (medidos) en razón de las circunstancias particulares de cada caso¹⁶.

Ahora bien, lo medular de la cuestión, lo que subyace detrás de este asunto es el *para qué* de esos derechos, esto es, cuál es su *esencia* (es decir, aquello que hace que una cosa sea lo que es y no otra). Es que si los derechos, como expresa Alexy, conectan con la moral en tanto “toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa”¹⁷, parece claro que aquellos no pueden amparar el “no-derecho”, es decir, aquellas conductas que ostensiblemente violentan o perjudican el haz de “bienes básicos” del ser humano y su connatural dinámica de desarrollo (v. gr., el “amarillismo” o el insulto no pueden ampararse bajo el exigente título del “derecho constitucional a la libertad de expresión”)¹⁸.

London, 1987, p. 24— como una “policy”, pues se lo ubica dentro de los “principios rectores de la política social y económica” —art. 45—.

¹⁰ Cfr. CSJN, entre otros, causa “Pérez Arriaga”, Fallos: 316:1632. En ella, el voto de los jueces Petracchi y Boggiano, con cita de otros antecedentes, expresó que, “entre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad...” (consid. 5°).

¹¹ Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel, entre otros, “De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles”, *Revista Jurídica El Derecho*, Buenos Aires, 114-945 (1985).

¹² Alexy, “Los derechos fundamentales...”, nota 7p. 21.

¹³ Cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. y estudio introductorio de C. Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2°, Madrid, 2014, p. 74.

¹⁴ *Ibid.*, p. 75.

¹⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 74 y 76.

¹⁶ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (del alemán por E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, reimp. 1997, pp. 91-92.

¹⁷ Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, 1988, p. 145.

¹⁸ Cfr. en tal sentido lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Argentina, respectivamente, en las causas “Ponzetti de Balbín”, Fallos: 306:1892 y C.1079.XLV. Recurso de Hecho “C.C., R. c/A.S. y ot.”, sent. del 14/8/13.

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES/ CONVENCIONALES ANTE CASOS “FÁCILES”, “DIFÍCILES” Y “TRÁGICOS”

Ahora bien: la “modulación” que plantea todo conflicto entre derechos constitucionales/convencionales conduce a diversos niveles en cuanto a su protección. Si esta incluye tanto los aspectos esenciales de cada derecho, como los “no esenciales”, “de acuerdo con el distinto ‘peso’ atribuido a cada uno” de ellos se está ante un “equilibrio óptimo”¹⁹. Si, por el contrario, la modulación impide tener por satisfechos los aspectos “no esenciales”, el equilibrio es “mínimo”²⁰. El profesor de Alicante completa su análisis con el punto neurálgico que se desea presentar aquí: puede suceder que, en determinadas circunstancias, ni siquiera sea posible arribar a este último punto de equilibrio, por lo que se está, como se anticipó, ante un “dilema”, en tanto la elección de uno de ellos entraña, irremediablemente, la obturación del otro²¹.

Vista la cuestión desde la perspectiva de una posible clasificación de los casos jurisprudenciales, es claro que, en este último supuesto, no se está ante uno que podría caracterizarse como “fácil” (lo que ocurre cuando solo hay un derecho constitucional/convencional en discusión o cuando la armonización entre derechos de análoga índole es sencilla). Asimismo, tampoco es “difícil” (lo que supone un trabajo arduo de ponderación de los elementos esenciales y no esenciales de cada uno de

los derechos en disputa, siendo posible arribar a un resultado satisfactorio en cuanto a la protección, cuanto menos, de los aspectos esenciales de tales derechos). Aquí se estaría, pues, ante un caso “trágico”.

Como reflexiona Atienza, existen casos que no pueden verse como “difíciles” (y mucho menos como “trágicos”) “en cuanto que cabe establecer una jerarquía más o menos clara de valores, de manera que, por ejemplo, las exigencias que derivan de un valor de rango superior tienen prioridad con respecto a las que derivan de otros de rango inferior”. Estos supuestos, es claro, difieren de otros “más graves (...) en que se plantea un conflicto entre valores, o entre exigencias que derivan de valores, que tienen, o cabe plantear que tienen, el mismo rango jerárquico. Esto ocurriría cuando entran en conflicto dos o más derechos ‘fundamentales’ (...)”²². Y añade: “...generalizando, podría decirse que un caso es difícil cuando en relación con el mismo cabe encontrar, en principio, más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar (y justificar) una elección”²³. Para concluir que “un caso puede calificarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo”, por lo que “si así ocurriera, entonces no habría forma de encontrar una solución que no sacrificara lo esencial de alguno de los dos valores (...). Ahora no nos encontraríamos

¹⁹ Atienza, nota 1, p. 100. Sobre los aspectos “esenciales” y “periféricos” de los derechos, cfr. las obras de Martínez Pujalet, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 y, críticamente, Toller, Fernando/Serna, Pedro, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 44-90, esp. p. 47.

²⁰ Cfr. Atienza, nota 1, p. 99.

²¹ *Ibid.*, p. 101.

²² *Ibid.*, p. 97.

²³ *Ibid.*, p. 99.

ya frente a una simple alternativa, sino frente a un dilema”²⁴.

Los sistemas jurídicos han buscado, desde siempre, alcanzar no menos que un “equilibrio mínimo”, esto es, asegurar los aspectos esenciales de los derechos en tensión, evitando abrogar la esencia de un derecho. Así, el proyecto de Constitución Argentina de Juan Bautista Alberdi contenía en su art. 20 una cláusula paradigmática: “las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, *las disminuya, restrinja o adultere en su esencia*” (énfasis añadido). El texto no fue receptado, a la letra, en la Ley Fundamental de 1853 pero sí su espíritu: “...los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser *alterados* por las leyes que reglamenten su ejercicio” (énfasis añadido)²⁵. Con todo, existen circunstancias en que ello no es posible. En lo que sigue deseo compartir un ejemplo que concierne a la protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano y nacional y en el que, teniendo como base las decisiones de la CIDH y de la CSJN sobre un mismo hecho, se plantea una cuestión “dilemática” respecto de dicha protección.

APLICACIONES JURISPRUDENCIALES: UN EJEMPLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA EN RELACIÓN CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

a. La lógica argumentativa de los votos

El 18 de septiembre del año 2003 la CIDH resolvió la contienda “Bulacio vs. Argentina”²⁶ en cuyo parág. 109 se lee que “en el marco de un acuerdo de solución amistosa, el Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional en el caso”, al considerar que el señor Walter Bulacio fue “víctima de una violación a sus derechos en cuanto a un inapropiado deber de custodia y a una detención ilegítima por incumplimientos procedimentales” que redundó en el cercenamiento de su derecho a la vida (parág. 32, ap. 1). Por ello, la CIDH requirió otras formas de reparación, fuera de la pecuniaria (parágs. 109 y ss. de dicha sentencia), en razón de que a la fecha “nadie ha sido sancionado como responsable de estos hechos” (parág. 69, A, 6). A este último respecto, entre las personas involucradas en la causa se hallaba un integrante de las fuerzas policiales, Miguel Ángel Espósito, quien había sido beneficiado, en sede nacional, por el dictado de la prescripción en dichas actuaciones. Sobre el particular, la CIDH expresó que desde que se corrió traslado de la acusación del fiscal, la defensa del comisario Espósito “promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y re-

²⁴ Ibid., p. 101.

²⁵ Fernando Toller estudia este tema *in extenso* a partir del paralelismo conceptual existente entre el proyecto de Alberdi para la Constitución Argentina; el art. 28 de esta última; el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn y el art. 53.1 de la Constitución española. Cfr. “Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales”, Anuario de Derecho, Universidad Austral, 4, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, esp. pp. 234-236. Cfr., más ampliamente, en coautoría con Pedro Serna, *La interpretación constitucional...*, nota 14, *passim*.

²⁶ CIDH, caso “Bulacio vs. Argentina”, sent. del 18/9/03 (fondo, reparaciones y costas).

cursos (...) que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo que ha dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal” (parág. 113), con olvido de que debe asegurarse “en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables” (parág. 114), máxime si “son inadmisibles las disposiciones de prescripción” (párag. 116).

Pues bien, contra el dictado de dicha prescripción, la Fiscalía dedujo recurso extraordinario ante la CSJN, el que fue declarado procedente por dicho Tribunal con sustento, ya exclusivamente en la arbitrariedad de lo resuelto, ya en la existencia de esta y del contenido de la decisión de la CIDH, ya en lo fallado por este último tribunal más allá de la inexistencia de arbitrariedad²⁷. Como se verá, el punto de partida que se adopte condiciona la estructura argumentativa de los votos y sus conclusiones, lo que impacta sobre el tema objeto de estudio del presente ensayo.

1. El *dictum* de los jueces Belluscio y Maqueda reconoce la arbitrariedad del pronunciamiento apelado ante el “deficiente examen de las alegaciones de la parte acusadora”, pero añade que lo expuesto “adquiere mayor gravedad pues el Estado Nacional ha reconocido” su responsabilidad en los hechos objeto de estudio ante la CIDH (consids. 6° y 7°) y “la obligatoriedad del fallo *no admite dudas* en la medida que el Estado nacional ha reconocido explícitamente la competencia de este Tribunal internacional al aprobar la citada convención” (consid. 9°, énfasis añadido).

De lo transcrito puede concluirse que la referida obligatoriedad parece absoluta y el voto no considera y, menos, hace mérito, de la

posible afectación a derechos constitucionales/ convencionales que dicha decisión podría traer aparejado, como se verá *infra* en los apartados 3 y 4, respecto de otras personas (v. gr., el mencionado Espósito). De ahí que podría decirse que este esquema argumentativo no ha considerado la totalidad de los derechos en cuestión o que, si lo hizo, ha optado por jerarquizar las normas constitucionales/convencionales en juego: habría una primacía del art. 68.1 CADH que “derrota” a cualquier otra de esa índole y, bajo ese prisma, algunos derechos fundamentales quedan preteridos a expensas de otros. Se han —si se me permite la expresión— “simplificado” los términos del debate, por lo que el caso se erige en “fácil”.

2. El voto de la jueza Highton, contrariamente al anterior, entiende que lo resuelto por el *a quo* no resulta arbitrario. De ahí que si bien lo expuesto sellaría la suerte del recurso en contra de la pretensión de los familiares de Bulascio, “no puede soslayarse” que lo recién expuesto “tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción” (consid. 5°) en contra de lo decidido por la CIDH, lo que no debería suceder (por lo que, por esa vía argumentativa, accede a lo pretendido por dicha parte). Por ello, expresa que “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, *en principio*, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional” (consid. 6°, énfasis añadido).

La expresión “en principio” no debe pasar desapercibida porque estaría relativizando la vinculación de la CSJN a las decisiones de la CIDH. El voto no profundiza sobre el tema, pero no parece que esté ajeno a la evidente tensión

²⁷ CSJN, causa “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, sent. del 23/12/04, Fallos: 334:1504.

entre derechos fundamentales que trae aparejada la sentencia interamericana y respecto de lo que se exhibirán los restantes votos.

Con todo, desde este último punto de vista —que es el que concierne a la teoría de la argumentación— cabe poner de relieve que el voto solo repara en la posición jurídica de Bulacio, ignorando la del mencionado Espósito, con lo que se hace pasible de las mismas observaciones críticas anteriormente efectuadas. En efecto, en el consid. 10 se lee que “la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional Estado Argentino”. No hay, pues, una consideración —y, mucho menos, una “ponderación”— de los eventuales derechos que asistirían a Espósito, por lo que parece incurrirse en una “jerarquización” de los derechos en juego o, si se descartara lo anterior, en una simplificación de los elementos que se dan cita en el caso y que conducen, en ambos casos, a reabrir la investigación y, por tanto, a privar a Espósito de un “derecho” que, en la lógica del voto, había sido correctamente discernido por los tribunales ordinarios. Desde esta perspectiva, el caso se transformaría en “fácil”.

3. Cabe ahora ingresar al examen del voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni. Este coincide con el anterior en cuanto a la inexistencia de arbitrariedad y en cuanto a la relevancia del contenido de la resolución de la CIDH, cuya obligatoriedad es también “en principio”, bien que plantea abiertamente la anticipada tensión entre derechos constitucionales/convencionales. En concreto, a estos magistrados les incomoda la afectación del derecho de defensa del señor Espósito, con sustento en no haber tenido participación en las audiencias llevadas a cabo en el marco del sistema intera-

americano (primero en la Comisión y luego en la CIDH) y, por tanto, en no haber podido aportar elementos de prueba que hicieran a su derecho, máxime si el procedimiento seguido por la CIDH desatiende, de modo expreso, la búsqueda de la verdad penal en tanto concluye en un acuerdo de solución amistosa. Conviene repasar con cierta atención sus términos pues de ellos emerge con toda claridad la cuestión teórica planteada en el apartado anterior: el voto da cuenta de la imposibilidad de armonizar los derechos constitucionales/convencionales de la víctima Bulacio (representada por sus familiares) y del imputado Espósito (devenido ahora, si cabe la expresión, en “víctima” de la decisión adoptada en sede interamericana), lo que conduce, en su terminología, a una “paradoja”. Para Atienza, como se recordará, se trata de un “dilema”, el que suscita un caso “trágico”, en tanto ciertos derechos han resultado subordinados, esto es, preteridos en aras de garantizar otros.

Así, en el consid. 10 se señala que “la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la *responsabilidad internacional del Estado argentino*. Desde esta perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos *ha quedado considerablemente limitado*, por lo que corresponde declarar inaplicables al *sub lite* las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, *no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad*”. Ahora bien; sentado lo anterior, el voto reflexiona que “hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber (...) produce una restricción al derecho de de-

fensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional” (consid. 12), máxime si, como se anticipó, “la restricción de [sus] derechos es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento (...) en el que (...) no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos” (consid. 15). De ahí que “se plantea la *paradoja* de que *solo* es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino (...) *restringiendo fuertemente los derechos de defensa (...) garantizados al imputado* por la Convención Interamericana” (consid. 16).

Las proposiciones enfatizadas revelan la profunda perplejidad que experimentaron los ministros que suscribieron este voto. Por de pronto, se emplea el *potencial* (“resultaría”) para significar que la confirmación de la sentencia apelada (esto es, la prescripción otorgada), de así suceder, entraña cercenar los derechos de una de las partes del conflicto, lo cual, además, nuevamente generará la responsabilidad internacional del Estado por el mismo hecho por el que fue demandada y ya se allanó. El tiempo verbal no es casual y debe conectarse con la referencia “en principio” antes señalada, por lo que, en ambos casos, se está revelando la hondura del problema: es claro que convalidar la prescripción dejará inerte el reconocimiento de los eventuales derechos de los familiares de Bulacio; pero, lo es también, que el camino opuesto dejará inermes los de Espósito.

Al respecto, al señalar el voto que lo resuelto en sede interamericana ha restringido “fuertemente” los derechos de este último, da a entender que no se está ante un “dilema” por cuanto la afectación del derecho de Espósito no es absoluta, sino relativa. El equilibrio alcanzado sería entonces “mínimo”. Bajo esa lógica, podría pensarse que la reapertura del juicio le permitirá ejercer sus derechos en plenitud.

Con todo, si un proceso ha concluido de conformidad con normas constitucionales e infraconstitucionales (como es el caso bajo examen, ya que, según estos jueces, la prescripción declarada es conforme a derecho), entonces la restricción parecería no fuerte, sino absoluta; de donde no habría equilibrio alguno. Se estaría, más bien, ante un “dilema”. Si se releen los considerandos precedentemente transcritos, creo que es posible concluir que la *argumentación* desplegada por el voto tiende a decantarse en el sentido de que la restricción es completa. Con todo, la *decisión* adoptada se encamina en sentido contrario. A mi juicio, en esa postura gravita, además de la necesidad de resguardar la afectación a los derechos de una de las víctimas (la familia Bulacio), el alcance de lo dispuesto por el art. 68.1 CADH. De ello surge que el “ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”, al extremo que, en orden a no garantizar los derechos de Espósito, se deben tener como imprescriptibles normas que “en principio” no resultan alcanzadas por dicha nota, en tanto es obvio que el presente no es un caso de lesa humanidad, por lo que no correspondería predicar dicha característica acerca de delitos comunes.

En suma: son demasiadas las molestias que exhibe el *dictum* glosado con la decisión que adopta (la afectación del derecho de defensa de la otra parte, la inaplicabilidad de las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción, la reducción del ámbito de decisión de los tribunales nacionales, el modo de interpretar los derechos constitucionales/convencionales), lo que me permite plantear que la obligatoriedad “en principio” de la decisión de la CIDH asignada por la CS-JN dice mucho: *está anticipando que cuando se traspasa un umbral de severa afectación a derechos constitucionales y convencionales, el*

“margen de apreciación” nacional permitiría hacer excepción a dicha obligatoriedad. El voto, pese a las palpables incomodidades, consideró que no se daba tal circunstancia en el caso examinado pero dejó pavimentado el camino para adoptar, en otros, un temperamento diverso de así corresponder. Es lo que considero que ocurrió, tiempo después, al resolverse la famosa causa “Fontevicchia”²⁸.

Pero, regresando al voto bajo examen, conviene recordar que uno de los tópicos centrales de la interpretación constitucional reside en la necesidad de armonizar derechos de primer orden, justamente porque, en tanto emanan de la persona humana, no cabe establecer una jerarquía entre ellos. Por ello, si el derecho de Espósito se ha “subordinado” al de los familiares de Bulacio, puede inferirse que el resguardo de los derechos humanos, tanto desde el punto de vista conceptual, cuanto pragmático, ha quedado, en el caso, comprometido. En términos de exégesis constitucional, no se está ante un caso “difícil” (en el que, ponderando los derechos en juego, se obtiene un reconocimiento cuanto menos del núcleo esencial de aquellos, esto es, el “equilibrio mínimo” ya citado), sino ante un caso “trágico” (en el que no es posible ponderación alguna, por lo que uno de los derechos en disputa resulta irremediabilmente cercenado).

¿Cuál es el precio de esta “tragedia”? En parte importante es la “eficacia” de la sentencia de la CIDH, como surgiría (el voto no es categórico) de los consid. 6° y 16. Es claro, el “en principio” obedece a “las reservas señaladas” por las “restricciones” advertidas; aunque, como “el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limi-

tado” (consid. 10) en casos como el presente no queda otra alternativa que el señalado cumplimiento a título de “deber”.

El texto es hondo en consecuencias ya que el voto reconoce que la CSJN ha dejado de ser “suprema” cuando la CIDH habla en supuestos en que el Estado argentino ha sido parte, bien que la referencia del consid. 6° al “en principio” deja abierta la posibilidad de excepción. Ahora bien, lo que más preocupa de las consecuencias del voto no es, esencialmente, si la CSJN ha dejado de tener la última palabra, sino si ha dejado de cumplir su alta función de tribunal de garantías constitucionales; es decir, de guardián del resguardo de los derechos fundamentales (lo que, en la misma lógica, vale también para la CIDH).

De ahí que, acaso, una manera de sortear el atolladero a que conduce la solitaria lectura del art. 68.1 con sustento en la cual —sospecho— el voto resuelve la *litis*, sea retornar, como se anticipó, al análisis sistemático del documento constitucional, que es la manera en que tanto la teoría constitucional e iusfilosófica como la práctica tribunalicia han reputado adecuadas a fin de resguardar cabalmente los derechos fundamentales comprometidos en cada caso. El art. 27 de la Constitución Nacional, texto según la primigenia redacción de 1853 —clave en el voto que a continuación se glosa— ofrece un camino: los tratados suscritos por la Nación solo valen si están “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Es decir, la entrada de cualquier convención al ordenamiento jurídico nacional entraña que ha de pasar por la prueba de su compatibilidad con los principios

²⁸ CSJN, causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’ Amico vs. Argentina”, del 14/2/2017, Fallos: 340:47. De ahí que, como se señaló en otro lugar, las perplejidades aquí presentes anticipan el sentido de dicha decisión. Cfr. “Un año de “Fontevicchia. Crónica de una sentencia anunciada”, La Ley, Buenos Aires, diario del 15/2/18, pp. 1-8.

constitucionales que, en último término, no son otros que los derechos fundamentales que la Ley Suprema manda garantizar. Y en esta línea, repárese que el art. 75, inc. 22, CN —texto de la última reforma de 1994— reitera esta idea al expresar, categóricamente, que los tratados internacionales sobre derechos humanos constitucionalizados “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. A mi modo de ver, la “complementariedad” alude a una característica sumamente exigente, por cuanto lleva ínsito el deber (constitucional e interpretativo) de apelar *siempre* (no algunas veces) a la interpretación armónica.

Ante ello: ¿no cabe sino leer el art. 68, 1 CIDH en armonía con el resto del ordenamiento jurídico? ¿Y no será que una lectura armónica es aún más perentoria cuando el voto reconoce que el art. 18 —una de las claves de bóveda de la arquitectura de nuestra CN— ha quedado “fuertemente restringido”? El modo interrogativo de estas proposiciones no es retórico, por cuanto las respuestas no son sencillas y, por tanto, no están claras, bien que señalan una línea de trabajo que juzgo estimulante. El último voto del caso aquí traído a reflexión, según creo, asume alguno de los interrogantes que acabo de plantear.

4. También el ministro Fayt deja sin efecto la sentencia apelada, pero las razones son diversas. A su juicio, el *a quo* no computó circunstancias que podrían haber conducido a desestimar la prescripción declarada, lo que la torna arbitraria (consids. 3° y 4°). Y ello es suficiente para resolver la *litis*, sin que lo expuesto implique “en modo alguno asumir que los jueces nacionales se encuentren obligados a declarar la imprescriptibilidad en esta causa como derivación de lo resuelto por la CIDH” en el caso “Bulacio”.

El razonamiento bajo examen se escalona como sigue: en primer término, reconoce el carácter vinculante de las decisiones de la CIDH a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano (consid. 7°). Empero, de ello no se sigue “la restricción a los derechos procesales de los individuos imputados en una causa penal, como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional” (consid. cit.), toda vez que (a) la CIDH no emite condenas penales; (b) su competencia se ciñe a la responsabilidad internacional del Estado, no de los individuos (consid. 8°); (c) por lo que no es posible hacer caer sobre el imputado (en el caso, Espósito), los efectos de la infracción de un tercero (el Estado) (consid. 9°), (d) máxime si el acusado no ha tenido la oportunidad de discutir los hechos reconocidos por aquél ni el proceso se ha orientado a la búsqueda de la verdad real (consids. 10° y 15), (e) lo que implicaría que la Corte Suprema ha “renunciado deliberadamente a la más alta atribución”, esto es, a ser “custodio e *intérprete final de la Constitución Nacional*”, arribándose, (f) además “a la inicua —cuanto paradójica— situación de hacer *incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional* por afectar garantías y derechos reconocidos en los instrumentos cuyo acatamiento se invoca” (consid. 10). Así las cosas, expresa este voto que lo que la CIDH ha considerado inadmisibles son las disposiciones de prescripción mediante las que se pretenda impedir la investigación y sanción de delitos contrarios a las normas de la Convención, pero *no “las normas generales de prescripción del Código Penal argentino que no han sido sancionadas con [esa] finalidad”* y que cumplen “un relevante papel en la preservación de la defensa en juicio” (consid. 11). Por ello, concluye, “en el ámbito nacional, *el art. 27 de la Constitución Nacional prohíbe*

cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local. Y es claro que afectaría principios de derecho público local una decisión que restringiera el derecho de defensa del imputado a que su proceso se resuelva en un plazo razonable y que soslayara el principio de legalidad al ampliarse los plazos de prescripción o derechamente declararse la imprescriptibilidad sin base legal y retroactivamente” (consid. 13) (el énfasis se ha añadido en todos los casos).

Los párrafos transcriptos desarrollan, más que un vigoroso contrapunto frente a las proposiciones del anterior voto, el lógico despliegue de las tesis presentadas en aquel. Las diferencias se ubican en el diverso alcance que se otorga al art. 68.1 CADH. Para Petracchi/Zaffaroni esa norma (aun con vacilaciones) “derrota” a las mentadas “reservas”. Por el contrario, en el voto bajo examen, si bien no se ignora la responsabilidad del Estado nacional frente al sistema interamericano, se limita su alcance en función del filtro del histórico artículo 27. Siguiendo implícitamente a Kelsen²⁹, Fayt asume que la CN, mediante la norma recién citada, ha adoptado un “monismo” con prevalencia del derecho interno, de modo que la totalidad del sistema normativo se reconduce a la Ley Suprema y, en particular, a los principios de derecho público constitucional que ella resguarda. Así las cosas, todo aquello que violente tales principios queda fuera del sistema jurídico nacional por no superar el *test* de constitucionalidad al que debe resguardar. Como anticipé, esta conclusión no es novedosa, pues el sentido

del histórico art. 27 de la CN ha sido refrendado por el propio constituyente de 1994 cuando dispuso (art. 75, inc. 22) que las convenciones constitucionalizadas serán tales si, y solo si, “no derogan artículo alguno de la primera parte”, respecto de los cuales, a mayor abundamiento, se reputan “complementarias”.

b. El diverso punto de partida fáctico de los votos y su influencia en el alcance de la protección de los derechos constitucionales/convencionales en tensión

En lo que sigue deseo llamar la atención acerca del hecho de que tal vez la clave de la desavenencia entre los dos últimos votos reposa en una lectura opuesta de la exégesis dada al tema de la prescripción por parte del tribunal *a quo*. Para los jueces Petracchi/Zaffaroni (al igual que para Highton) “la decisión apelada no puede ser calificada de arbitraria”, de donde su lógica consecuencia —el rechazo de la apelación— “tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción (...) en contravención” a lo resuelto por la CIDH en “Bulacio”. Dicho en otras palabras: de no existir la resolución de la CIDH la causa habría concluido con la decisión confirmatoria de la prescripción por parte de la CSJN, ya que para dichos jueces lo resuelto por el *a quo* era conforme a derecho. La prescripción declarada habría alcanzado, entonces, autoridad de cosa juzgada, por lo que resultaba inconvencional. Sin embargo, estando el antecedente “Bulacio”, dichos votos consideran que deben merituarlo y, al hacerlo, se “traba” el conflicto antes descripto y que motiva estas páginas: entre el señor Espósito, respecto de quien para dichos jueces

²⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (del alemán por R. Vernengo), Porrúa, México, 1993, pp. 330-345. Sobre este aspecto, cfr. más ampliamente mi estudio “La Corte Suprema en el origen y desarrollo de la constitucionalización sobre derechos humanos”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 186 (1999), pp. 1386-1396.

la prescripción declarada es válida y los deudos de Bulacio, quienes tienen un título jurídico asignado por la CIDH. Y aquí se vuelve al *iter* argumentativo ya descrito que había calificado al caso como “trágico”, con la consecuente irremediable afectación de algunos derechos constitucionales/convencionales.

Por el contrario, la premisa de la que se parte en el voto del juez Fayt, según se anticipó, es la exacta contradictoria, por lo que *no había un derecho consolidado en cabeza de Espósito*, de modo que al dejar sin efecto la sentencia apelada (lo que trae como consecuencia la reapertura de la causa), no solo conjuga los derechos constitucionales/convencionales de la representación de Bulacio, sino que también garantiza los de Espósito, pues, respecto de este, no se cercena su garantía de la defensa en juicio, la que podrá ejercerse en plenitud cuando la causa sea nuevamente sustanciada. De ahí que la argumentación del juez Fayt, dado su punto fáctico de partida, “armoniza” los derechos de las partes en tensión, por lo que evita el “dilema” (de orden constitucional e iusfilosófico) al que se ven conducidos los restantes votos a raíz de su opuesta valoración de lo decidido por la anterior instancia, por lo que, en buena lógica, y como lo señala categóricamente en el consid. 5°, prescinde de toda consideración respecto de lo resuelto por la CIDH. Por ello, si bien dicho resultado es semejante al que, en definitiva, prohija la resolución de la CIDH, su razonamiento evita muchas de las dificultades interpretativas a las que se enfrentan los restantes votos.

Así las cosas, y en cuanto concierne al aspecto interpretativo que es el que aquí fundamentalmente interesa, se advierte que el voto reseñado conduce a un camino por completo diverso al anterior y que, en definitiva, sitúa al caso, cuanto menos, como “difícil” en tanto, al asegurar lo esencial de todos los derechos

constitucionales/convencionales en disputa, alcanza un “equilibrio mínimo” (tal vez, en el caso de los deudos de Bulacio, dicho equilibrio sea incluso “óptimo”). Por el contrario, la afirmación de que lo resuelto por el *a quo* no es arbitrario, conduce inexorablemente a la consideración que quepa otorgar a lo resuelto por la CIDH y, con ello, el caso termina suscitando —cualquiera sea el alcance que se asigna a dicha decisión— un “dilema” y, por tanto, se transforma en uno de índole “trágico”. En efecto, si, como ocurre con los votos precedentes, los *dicta* de la CIDH en supuestos en que nuestro país es parte, resultan vinculantes (de modo absoluto, según lo expuesto supra 1, o “en principio”, según lo señalado supra 2 y 3), su seguimiento entraña cercenar el alcance de una decisión firme, esto es, que tiene autoridad de cosa juzgada.

CONCLUSIONES

Las páginas precedentes procuraron ilustrar algunas de las complejas aristas que reúne el tópico de la interpretación jurídica. El campo de análisis fue la hermenéutica constitucional a partir del estatuto y aplicabilidad de las garantías constitucionales, así como su concreción desde el análisis de los casos jurisprudenciales según se los considere como “fáciles”, “difíciles” o “trágicos”. En ese horizonte, se empleó un ejemplo concreto, al hilo del cual se plantearon algunas dificultades al nivel de la dogmática constitucional, del derecho internacional de los derechos humanos y de la teoría de la argumentación jurídica. Ahora bien, como es claro, dichos problemas impactan de lleno sobre el objetivo central de protección de los derechos humanos al que conducen los sistemas, tanto internacional como nacional, por cuanto la presencia de casos “trágicos”, esto es, de cir-

cunstancias en las que no es posible satisfacer siquiera mínimamente los derechos fundamentales allí presentes, habla de un retroceso en el campo de la protección de éstos.

Precisamente, el notable esfuerzo desplegado por las teorías argumentativas de las últimas décadas (algunas de las cuales se han repasado aquí) procura evitar, tanto como sea posible, encontrarse con esas consecuencias. Estos afanes, se sabe, no son nuevos. Si bien se mira, entroncan —en el campo de la interpretación jurídica— con el recurso al “elemento sistemático” planteado en su momento por Savigny³⁰ y —en el ámbito de las tradiciones filosóficas— con el modelo de razonamiento retórico-tópico inaugurado por Aristóteles y que buscó dar cuenta de elementos “indisponibles” en la determinación de lo justo concreto (o, para decirlo en la semántica de este ensayo, criterios que aseguraran cuanto menos un “equilibrio mínimo” en la protección de los derechos fundamentales)³¹. Y si bien se acepta que estos esfuerzos no siempre resultan satisfactorios, se asume que, *idealiter*, esto es, como “idea regulativa”, se trata de una propuesta que siempre ha de acompañar al quehacer humano³². Aquí se ha puesto de relieve esa falencia en relación

con un aspecto especialmente delicado: el que concierne al alcance del sistema constitucional *vis à vis* el interamericano de protección de los derechos humanos.

Bajo tal premisa, este ensayo aspira a servir de acicate para redoblar los esfuerzos teóricos con el objetivo de sortear las situaciones dilemáticas que puedan presentarse y que, además de los diversos ámbitos de análisis recién expuestos, reenvían centralmente a una consideración de orden filosófico jurídico puesto que, en primera línea, detrás de las numerosas dificultades que se observan en el afán por garantizar los derechos esenciales de las personas, late una determinada comprensión de la antropología que les da su cabal sentido y, por tanto, que explica el alcance de esos derechos, en especial, en las diversas circunstancias en las que actúan. Por ello, el tópico no debería simplificarse (como de modo creciente se tiende a observar) en una mera disputa de “poder” acerca de qué ordenamiento o cuál tribunal tiene la última palabra. Pues la cuestión es cómo esas normas y esos tribunales sirven al objetivo para el que han sido constituidos: la garantía efectiva y permanente de los derechos esenciales de las personas.

³⁰ Savigny, M. F. C. de, *Sistema de derecho romano actual* (del alemán por J. Mesía y M. Poley), Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/f, 2º, t. I, pp. 187 ss. Cfr., sobre el tema, Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 107-152 y lo expuesto en mi trabajo citado en la nota 1, esp. pp. 320-327.

³¹ Cfr., entre otros lugares, Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, esp. 1134 b 18-32. Para un desarrollo de este aspecto cfr. mi estudio de la nota 1, esp. pp. 139-146 y pp. 164-173.

³² Cfr. Alexy, nota 16, p. 151.

Situación de adoptabilidad: cuando ser de la familia no es suficiente... (Comentario a un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta¹)

Adoptability: when being a family member is not enough...
(A commentary on a ruling of the Court of Civil
and Commercial Appeals of Salta)

Ivanna Chamale de Reina²

Para eso están, queridos padres, específicamente para eso. Primero el alimento, el techo, la salud, la protección física, y luego —pero no después, sino al lado— el velar por el crecimiento de la persona en su individualidad, lo que implica crecer con ella.

Jaime Barylko

Resumen

A partir de la sanción de la Ley 26061, las decisiones sobre si un niño se encuentra en condiciones de permanecer en su familia de origen o debe ser incluido transitoriamente en otro grupo familiar se toman a partir de las evaluaciones sobre las medidas excepcionales aplicadas para su protección. La declaración de adoptabilidad instituida por el nuevo ordenamiento legal se materializa con la decisión to-

Abstract

Since the enactment of the law Law 26.061, decisions on whether a child is able to remain in his family of origin or must be included temporarily in another family group, are taken from the evaluations on the exceptional measures applied for their protection. The declaration of adoptability instituted by the new legal system is materialized with the decision taken by the court, af-

Derecho / jurisprudencia

Citar: Chamale de Reina, I. (2018). Situación de adoptabilidad: “Cuando ser de la familia no es suficiente (comentario a un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta). *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 127-134.

¹ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta, Sala I, T. 2016 S.D., folios 49/54; 08/03/2016, caso “R. J. E.; R. J. M. y otros - Declaración de Abandono, Estado de Adoptabilidad”.

² Poder Judicial de Sala.

mada por el órgano jurisdiccional, luego de haber analizado los hechos y circunstancias que colocaron a ese niño, niña o adolescente en una situación de vulneración tal que justifica la pronta separación de su familia de origen, la que debe ser reemplazada. En este trabajo se analiza el fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta, Sala I en el caso “R., J. E.; R., J. M. y otros - Declaración de Abandono, Estado de Adoptabilidad”, en el que se confirma la sentencia que declaró a cinco hermanos en estado de adoptabilidad.

Palabras clave: adoptabilidad - familia - interés superior - niños

ter having analyzed the facts and circumstances that placed that child or adolescent in a situation of such violation that justifies the early separation of his family of origin, which must be replaced.

This paper analyzes the ruling of the Chamber of Civil and Commercial Appeals of Salta, Room I in case “R, J.E; R.J.M. and others - Declaration of Abandonment, State of Adoptability” which confirms the sentence that declared that five brothers are in a state of adoptability.

Key Words: adoptability - family - higher interest - children

INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN), en lo que respecta al instituto de la adopción, ensambló dos sistemas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes que hasta ahora funcionaban en forma desarticulada.

En efecto, por un lado se tenía el sistema de las medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes establecido por la Ley 26.061, de 2005 —Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes— y, por otro, a la adopción regulada en el Código Civil a partir de la normativa incorporada por Ley 24.779 del año 1997.

El nuevo ordenamiento unificado diseña un proceso de adopción compuesto por lo que podrían considerarse tres juicios: el de estado de adoptabilidad, el de guarda y el de adopción propiamente dicha, receptando así una práctica judicial consolidada tendiente a demarcar un procedimiento con reglas particulares, en el que los roles de la familia de origen y de la pretensa adoptante quedan perfectamente identificados.

Ya desde la definición de la adopción en el art. 594, el CCyCN —partiendo de principios

tales como la prevalencia de la familia de origen del niño o niña y la excepcionalidad de la intervención del Estado a través de las medidas extremas de separación familiar— concibe a aquella (la adopción) como una institución de carácter subsidiario que se activa cuando los cuidados familiares no pueden ser brindados en el ámbito familiar de origen.

Por ello hace expresa mención al “agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada” (art. 595, inc. “c”) y la improcedencia de la declaración en situación de adoptabilidad “si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado en el interés de este” (art. 607 CCyCN).

Se innova, pues, legislando sobre un proceso de declaración judicial de adoptabilidad, armonizado con el Sistema Protectorio de la Ley 26.061, que prevé una primera intervención del Estado en esos contextos de amenaza o vulneración de los derechos del niño y con la finalidad de preservarlos o restituirlos. Del mismo modo, se procura otorgar a todas las partes intervinientes en la adopción de un niño, el goce de las debidas garantías constituciona-

les, tanto en los procedimientos administrativos como en los procesos judiciales correspondientes.

El art. 607 prevé los supuestos en los cuales debe dictarse el estado de adoptabilidad. Así, en su inciso “a” contempla la situación de los menores que no tienen filiación establecida o sus padres han fallecido y se agotó la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de 30 días, prorrogables; en el inc. “b”, la de aquellos cuyos padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña fuera adoptado, siempre que esta manifestación se produzca después de los 45 días del nacimiento; en el “c”, el de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en situación de riesgo conforme a las previsiones de la Ley 26.061, cuando las medidas tomadas por el organismo administrativo para mantenerlo en su familia de origen o ampliada han fracasado, estableciendo específicamente un plazo máximo de 180 días; ello, sumado a un dictamen que debe emitir dicho organismo para la evaluación de esa etapa previa. Recién entonces se habilita la declaración del juez sobre la situación de esos niños o adolescentes.

En síntesis, la declaración de adoptabilidad instituida por el nuevo ordenamiento legal se materializa con la decisión tomada por el órgano jurisdiccional, luego de haber realizado un análisis concienzudo de los hechos y circunstancias que colocaron a ese niño, niña o adolescente en una situación de vulneración tal que justifica la pronta separación de su familia de origen, la que debe ser reemplazada.

En este sentido, se ha sostenido que la decisión judicial

...involucra la evaluación del rol que despliega la familia de origen en sus funciones de amparo y responsabilidad en el desarrollo de

los niños, la implementación de políticas públicas destinadas al fortalecimiento familiar, el derecho del niño a vivir en una familia que le provea la satisfacción de sus necesidades en la mayor medida posible, la intervención del Estado como garante a través del poder público (administrativo y judicial); la necesidad de adoptar decisiones para producir los cambios en tiempo oportuno y ante su fracaso, evaluar la pertinencia de una filiación adoptiva (Herrero, Caramelo, Picaso, 2015:401).

LA PRIORIDAD: PERMANENCIA DEL NIÑO EN SU FAMILIA DE ORIGEN

La incorporación de los tratados internacionales “en las condiciones de su vigencia” en nuestro ordenamiento institucional, a partir de la reforma constitucional del año 1994, produjo intensos debates y marcados cambios de paradigmas en los distintos regímenes legales vigentes a ese tiempo.

Va de suyo que el sistema jurídico del derecho de familia y, específicamente, el del derecho de menores no ha quedado ajeno a tales implicancias, correspondiendo reconocer el alto impacto producido por la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, a partir de ella se aceleraron los tiempos de consolidación de un sistema de garantías para el ámbito de la minoridad, reforzada por la responsabilidad internacional asumida por el Estado Nacional de tutelar a las personas menores de edad en la plenitud de ejercicio de sus derechos, en la mayor medida posible y en consideración a su condición de vulnerabilidad y estado de desarrollo madurativo creciente y constante.

Se verificaron profundos cambios en la concepción de la infancia y el niño pasó de ser un “objeto” de pertenencia y determinación de los

adultos, a ser tratado como un sujeto pleno de derecho, con autonomía progresiva para ejercitarlos y al que la sociedad en su conjunto debe brindar una protección integral.

En ese contexto se sanciona la Ley 26.061, la que sucintamente

...consiste en un conjunto de garantías y procedimientos destinados al ejercicio de la mayor cantidad de derechos posibles por parte de los niños, niñas y adolescentes, en todos los ámbitos en que se desarrollen, que deben serles garantizados por la familia, la comunidad y el Estado, en ese orden (Herreiro, Caramelo, Picasso, 2015).

De esta forma, el sistema se presenta articulando la actividad de los órganos administrativos con el Poder Judicial, trabajando de consuno avocados a atender la situación particular en la que se encuentren los destinatarios para garantizar su protección integral, haciendo operativo el compromiso asumido por el Estado a tal fin.

Por ende, las decisiones sobre si un niño se encuentra en condiciones de permanecer en su familia de origen o debe ser incluido transitoriamente en otro grupo familiar (ya sea ampliado o comunitario o, en su defecto, definitivamente a través del instituto de la adopción en una familia alternativa), se toman a partir de las evaluaciones que se realicen respecto de las medidas excepcionales aplicadas para su protección, previstas en la citada Ley 26.061.

En definitiva, la directriz está orientada a la reorganización y el fortalecimiento de la familia nuclear, la que, eventualmente y dadas las características propias de cada caso particular, puede dejar de ser un ámbito propicio para el desarrollo integral de un niño e, inclusive, llegar a convertirse en un factor de riesgo el permanecer en el espacio familiar.

En estas circunstancias adquiere especial importancia la actividad interdisciplinaria desplegada por los órganos administrativos, obligados a “agotar” todas las medidas a su cargo, con control judicial, tendientes a lograr el fortalecimiento familiar y la efectivización del derecho de todo niño a convivir con su familia de origen.

El art. 607 inc. “c” del CCyCN prevé que, para el supuesto que dichas medidas excepcionales hayan fracasado en el plazo máximo allí indicado de 180 días, se proceda a la “declaración de adoptabilidad” del niño, niña o adolescente en situación de amenaza o vulneración de sus derechos, dando lugar a la separación de la familia de origen.

En una primera etapa, la intervención estatal se verifica a través de los órganos administrativos y está orientada a la recuperación de ese espacio familiar originario, a rehabilitar a la familia en su función de crianza de los hijos. Para ello cuenta con una serie de mecanismos que deben activarse y poner a disposición del grupo nuclear, con diversos elementos para su fortalecimiento, ya sea a través de “políticas públicas integrales” o con programas de acción adecuados destinados a paliar la situación de vulneración que se alertó y en la que se encuentra inmerso el niño.

Asimismo, y ampliando un poco más el espectro de los sujetos involucrados en esta especial tutela, se ha señalado que

...toda la sociedad, la sociedad en su conjunto, debe proteger los derechos de sus niños. Eso significa, por un lado, que el Estado, que nos representa, tiene que ocuparse de todos y cada uno de los niños y niñas del país, garantizarles el bienestar y hacer que se respeten cada uno de sus derechos. Pero también significa que cada adulto de una sociedad debería sentirse responsable por

cada niño, protegerlo y exigir que el Estado lo proteja, protegiendo sus derechos. Esta idea de la responsabilidad social que nos cabe en conjunto por el bienestar de todos los niños y niñas es el gran aporte de esta Convención por los Derechos del Niño: los Estados que la han firmado se han comprometido en esa responsabilidad (Montes, 2000:8-9).

EL “INTERÉS SUPERIOR”

Son conocidas las dificultades que ha ocasionado al intérprete la determinación del alcance y contenido del “interés superior” a través de una noción general, abstracta. El concepto se define y establece en cada caso particular y luego de valorar las circunstancias personales del niño y su grupo familiar de origen.

No obstante, se ha entendido al interés como un “principio general del derecho” y no solo un “principio del derecho de familia”, en tanto en muchos casos es aplicable a los niños, niñas y adolescentes no solo en el ámbito interno de la familia, sino también por fuera de ella e incluso a los niños que no cuentan con una familia (Méndez Costa, en Tagle de Ferreyra, 2009:199).

La Convención sobre los Derechos del niño (CDN) prevé en su art. 3 que: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En nuestro ámbito jurídico nacional, la Ley 26.061 prescribe la aplicación obligatoria de la CDN (art. 2), definiendo en forma expresa al interés superior como “[...] la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y

garantías reconocidos en esta ley” (art. 3), entre los que figura el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos (art. 3, inc. “c”).

Cabe preguntarse entonces, cuáles son los derechos protegibles en forma integral. Al respecto, Graciela Montes señala que el niño

En primer lugar, tiene derecho a vivir, a gozar de estar vivo [...] Tiene derecho a disfrutar de su cuerpo y del mundo que lo rodea. A crear lazos de afecto con otras personas y disfrutar de esos lazos. A desarrollar su inteligencia, sus emociones y sus fantasías. A hacerse preguntas, a conocer. Un niño tiene derecho a un lugar en el mundo. Tiene derecho a una oportunidad, y es la sociedad la que debe ocuparse de proporcionársela (2000:13).

De allí la importancia fundamental que reviste concretar y dar pautas de aplicación de este principio rector garantista, establecido por la CDN (el interés superior) al momento de resolver el caso particular, evitando la utilización de una noción vaga, imprecisa, que se aleje discrecionalmente de su verdadero sentido y la trascendencia que conlleva.

Se exige así de los jueces que deben aplicarlo, la mayor diligencia y máxima probidad al momento de dictar sus sentencias, pues de ellas dependen no solo la vida actual sino también la futura de ese niño, niña o adolescente.

En definitiva, el “interés superior del niño” no debe comprenderse como una mera inspiración de las decisiones judiciales sino que, por el contrario, su acatamiento implica una limitación a sus resoluciones, una obligación y una prescripción imperativa, entornándose en definitiva como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: “[...] debe entenderse como la ‘plena satisfacción de los intereses’, que lleve al juzgador a realizar un *prius* en su actividad con

miras a su determinación en cada caso especial y que se construye justamente con ese límite/obligación” (Cillero Bruñol, en Tagle de Freyre 2009:199).

EL FALLO EN COMENTARIO

En el decisorio objeto del presente trabajo (referenciado arriba, en nota al pie número uno), la Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta rechazó la apelación interpuesta por la abuela materna de cinco niños (hermanos entre sí) que se encontraban en diferentes Centros de Inclusión Transitoria (CIT, del Ministerio de Derechos Humanos de la Provincia de Salta), confirmando la sentencia de grado que los declaró en estado de adoptabilidad. Ello, con fundamento en que habían resultado infructuosas las numerosas acciones realizadas por los órganos administrativos intervinientes, tendientes a la permanencia de aquéllos en su familia de origen.

Así, en esa oportunidad se consideró que la progenitora de los niños no había desarrollado conductas positivas de asunción de su rol materno, ni mucho menos generaba la convicción en el juzgador de que en un futuro (inmediato ni mediato) pudieran revertirse para modificar la situación de altísimo riesgo en la que colocó a esos niños, que en definitiva llevó a los organismos intervinientes a adoptar las medidas de institucionalización dispuestas. Puntualmente, uno de los niños involucrados —de solo seis años— fue hallado en situación de calle y real abandono, lo que provocó la inmediata alerta e intervención de la Asesora de Incapaces con competencia en el lugar de los hechos, quien dio inicio al proceso de protección de personas.

Cabe destacar, además, que la evaluación sobre la falta de aptitud materna de la proge-

nitora y las consecuencias nefastas que ello provocó en la crianza de sus hijos fue corroborada por numerosos y diversos informes interdisciplinarios realizados en forma previa, que luego fueron ratificados en el extenso proceso judicial llevado a cabo, el cual —dicho sea de paso— superó ampliamente el plazo legal aludido por el art. 607 del CCyCN, al que hicieramos puntual mención en el análisis precedente.

Los órganos jurisdiccionales actuantes, tanto en la primera como en la segunda instancia, partieron —en su argumentación jurídica— de esta base dogmática: la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y cualquier cambio implica necesariamente un trauma. Sin embargo, ponderaron en el caso concreto que ello no debe considerarse como una barrera infranqueable cuando la existencia comprobada de situaciones anómalas —como la presente— genera la convicción de que la permanencia en ese espacio originario ocasionará sufrimientos o daños aún mayores que los propios o naturales de un cambio en dicho paradigma.

En clara muestra de un “análisis consecuencialista” (conf. Lorenzetti, 2006:457-458), se decidió que en el contexto de los antecedentes fácticos de la causa y las recomendaciones interdisciplinarias colectadas, la decisión judicial de la declaración de adoptabilidad de esos niños era la solución que mejor armonizaba con el interés superior, aún a fuerza de franquear ese ámbito familiar natural, y que así se lograría la tutela efectiva de sus derechos a crecer y desarrollarse en condiciones dignas de salud y educación en un marco de contención afectiva y espiritual. En fin, en condiciones de vida distintas de las que tenían esos niños desde su nacimiento junto a su progenitora y que fueron las que alertaron a los órganos intervinientes —tanto administra-

tivos como judiciales— sobre un probable daño efectivo a tales integridades, que ameritaba la intervención estatal.

Concretamente sostuvieron que la circunstancia precisa de confrontación de intereses que se verificaba en la causa entre familia de origen o ampliada y posible familia guardadora surgida a partir de la declaración de adoptabilidad de estos, debía ser evaluada a la luz de privilegiar la situación real de los niños, y que ello no debe ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los progenitores u otros miembros de la familia biológica (en el caso, la abuela materna), pues de lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisfaca el interés superior del niño (art. 607, párrafo 2° CCyCN).

Finalmente, es dable destacar que las apreciaciones negativas realizadas respecto de los cuidados y la atención que no supo dispensar a los niños su madre biológica resultaron extensibles al examen de la conducta asumida por la abuela materna, quien, como miembro representativo de la familia ampliada, solo limitó su participación a la impugnación —vía apelativa— de la decisión judicial de adoptabilidad, sin concretar otra acción que justificara su revocación.

En definitiva, el tribunal de alzada confirmó la declaración judicial en la convicción de que tal decisorio no vulneraba el interés superior del niño —como contrariamente esgrimía la apelante— siendo que este, pese a la imprecisión que tiene en sus límites normativos, siempre permite al juzgador su determinación sobre la plataforma fáctica de cada caso sujeto al análisis, quedando librado entonces a su razonabilidad y sana crítica.

Entonces, resulta atinado señalar que la valoración realizada respecto de la situación particular de esos niños, calificada como de alto riesgo,

...no cambia por el mayor o menor grado de responsabilidad subjetiva que los progenitores tengan en la generación de las circunstancias socioculturales y económicas en las que les toca vivir, sino que se trata de establecer la existencia de causas objetivas que perjudican el derecho del niño a su libre e integral desarrollo, puesto que la mayoría de las familias, aunque estén en difícil situación económica, no descuidan ni abandonan afectiva y materialmente a sus hijos (Cámara de Familia de 1ª Nom. de Córdoba, en *Tagle de Ferreyra*, 2009:405)³.

CONCLUSIÓN

En casos como el que motivó este artículo, es evidente que las declamaciones bien intencionadas —como las de la abuela de los niños— no son suficientes frente a la comprobación de las escasas posibilidades que tienen tanto la familia nuclear como la ampliada, de brindar sostén y contención adecuadas para las necesidades psico- emocionales de aquellos, que ya vienen sufriendo carencias afectivas y materiales desde temprana edad.

La sola impugnación de la sentencia por parte de un miembro de la familia de origen de los niños, sin el aporte de elementos que demuestren que ese ambiente familiar puede ser apto para brindar la estabilidad y el bienestar necesarios para su desarrollo integral, no debe sustentar una modificación o la revocación

³ Sentencia de la Cámara de Familia de 1ª Nom. de Córdoba, del 04/07/2003, A., A.A. - Internación - Recursos de apelación y anulación.

de una decisión judicial paradigmática que, sin duda, valoró previamente el agotamiento de todas las medidas tendientes a la revinculación materno filial y familiar ampliada, resolviendo en favor del verdadero interés superior.

Lamentablemente, hay situaciones que se verifican en la realidad de niños, niñas y adolescentes en las que con “ser de la familia” no es suficiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alterini, J. H. (2015) *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*, Tomo III, 1ª edición Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Barylko, J. (1999) *Queridos Padres. El arte de crecer juntos, con nuestros hijos*, pg. 26, 3ª impresión. Buenos Aires: Emecé.
- Constitución de la Nación Argentina. Antecedentes. Leyes Constitucionales. Derechos Humanos* (1999) 15ª ed. Buenos Aires: A-Z Editora.
- Fernández, S. (2015) “Medidas de protección de derechos y adopción. La complejidad en la articulación y el Código Civil y Comercial”. *Revista Código Civil y Comercial*, año 1, nº 5, noviembre. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Herrera, M.; Caramelo, G.; Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II Libro Segundo, 1ª Ed. Buenos Aires: Infojus (infojus.gov.ar).
- Lorenzetti, R. L. (2006) *Teoría de la decisión judicial - Fundamentos de Derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Montes, G. (2000) “¿De qué hablamos cuando hablamos de Derechos? Convención sobre los Derechos del Niño”. Unicef, Cámara Argentina del Libro y CTERA. Buenos Aires: Indugraf S.A.
- Tagle de Ferreyra, G. (2009) *Interés Superior del Niño - Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico.

Reseñas

Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial. Aproximación a algunos aspectos novedosos, de Renato Rabbi Baldi Cabanillas

Reseña descriptivo-crítica por
Beatriz Escudero de Quintana¹

Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial. Aproximación a algunos aspectos novedosos es una obra colectiva que está dirigida por el doctor Renato Rabbi Baldi Cabanillas. En ella participaron varios integrantes de su cátedra de Teoría General y Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires: los doctores Maximiliano Conso, Luciano Laise, Carolina Caliva, Melany Esses y Luciana Abreu.

Se trata de un estudio de filosofía del derecho que indaga en las causas y resultados de la nueva normativa civil y comercial argentina en varios temas esenciales vinculados a la persona humana y sus derechos. En él se sientan pautas y principios que pueden ser utilizados, también, como fuente de inspiración para la resolución de problemas jurídicos distintos de los analizados.

La obra, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Editorial Thomson Reuters-La Ley, se encuentra estructurada en cinco capítulos, cada uno de los

cuales analiza un tema diferente que contribuye a la comprensión de la concepción de persona que subyace en el Código. Los capítulos están precedidos por un estudio introductorio, redactado por los doctores Rabbi Baldi y Laise, que nos orienta sobre lo que vamos a encontrar en el libro y sobre la filosofía que lo sustenta.

Lo más destacable de la obra en cuestión es que, en estos tiempos en que tanto se ataca al ser humano —especialmente en los momentos iniciales de su derrotero vital—, se revaloriza a la persona humana y se remarca el carácter instrumental del derecho, que fue ideado para el hombre, por causa del hombre y para defender sus derechos. Afirman los autores que las normas jurídicas solamente “tienen sentido si se destinan a salvaguardar al ser humano en tanto que tal”; al ser humano desnudo, sin la capa de accidentes (sexo, raza, capacidades y discapacidades, nacionalidad, religión, ideario político, decisiones personales, etcétera), que inexorablemente van formando parte de su trayectoria vital.

Derecho / reseña científica

Citar: Escudero, B. (2018). Reseña descriptivo-crítica: Los derechos de la Persona en el nuevo Código Civil y Comercial. Aproximación a algunos aspectos novedosos. *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 137-139.

¹ Profesora de la cátedra Derecho Civil - Parte General, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Salta.

A partir de esta concepción, al analizar cada uno de los temas propuestos se pone el acento en la dignidad de la persona humana y se remarca que es un atributo sustancial del individuo frente al cual todo otro valor debe tener carácter instrumental. De allí que se juzgue el articulado o la falta de inclusión de algunas normas a la luz de este principio rector, de este principio fundante de todos los derechos personalísimos.

El acento sobre la dignidad humana que caracteriza la obra resulta evidente desde el primer capítulo. En él se plasma el resultado de un análisis de las exposiciones vertidas durante el debate parlamentario del Proyecto de Código Civil y Comercial (CCyC) en la Cámara de Senadores. El doctor Maximiliano Consolo identificó qué legisladores utilizaron el término “dignidad” en sus intervenciones, para averiguar si, en cada caso, el sustento filosófico del término se compadecía o no con la noción kantiana de dignidad. Así, el objetivo de este estudio en particular fue encontrar el sustrato filosófico del artículo 51 del CCyC.

Los dos capítulos siguientes tratan sobre la capacidad de la persona humana — fundamentalmente sobre la capacidad de hecho y derecho de las personas con discapacidad—, y de la experimentación sobre los seres humanos. Ambos temas resultan apasionantes, pues son actuales y de gran significación para las personas. En su desarrollo se alienta a priorizar siempre la identidad, la autonomía y la dignidad del ser humano como criterios para dar soluciones más justas a los problemas que se presentan en la vida profesional.

En su parte final, el libro que analizamos trata, en dos capítulos, sobre derechos de incidencia colectiva. En ellos se evidencia que los autores tienen conciencia del papel que la comunidad juega en el desarrollo de la persona. Asimismo, se postula que el recto ejercicio

de los derechos individuales no debe suscitar controversia con el interés del grupo social. Si así fuera, estaríamos en presencia de un ejercicio abusivo. Pero, también —y esto es fundamental—, se sostiene que el reconocimiento de derechos a la comunidad no debe implicar un menoscabo de la dignidad del ser humano individual.

El capítulo III versa sobre el derecho humano personalísimo al agua potable. Se recuerda que estaba incluido en el Proyecto de Código y se analizan brevemente los alcances que allí tenía. Luego, se reprueba la eliminación de ese derecho, efectuada por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, el aspecto central del estudio es la afirmación de que, pese a la supresión, en el ordenamiento jurídico argentino está efectivamente consagrado el derecho de todos los habitantes de nuestro país a acceder al agua potable, tanto como un derecho de incidencia colectiva cuanto como un derecho individual homogéneo, y que ello es una exigencia de la dignidad del ser humano. Se arriba a tal conclusión por medio del análisis de las fuentes constitucionales y los artículos 14, 51 y 52 del Código.

Y así llegamos al capítulo final, que trata sobre un tema muy sensible para los salteños: la propiedad comunitaria indígena y su vinculación con el derecho al medio ambiente. Luego de una reseña sobre el articulado que el Poder Ejecutivo eliminó del proyecto, se analiza el texto del artículo 18 del Código, haciendo para ello una comparación con los artículos suprimidos y brindando una justificación filosófica y jurídica del cambio realizado. En este análisis se destaca la estrecha vinculación de los pueblos originarios con la tierra y se señala que excede el marco material o el contenido económico del derecho a la propiedad, en tanto que estos pueblos tienen una visión totalizadora del mundo en el cual se conciben inmersos como un elemento más.

En síntesis, se trata de una obra original, de fácil lectura pese a su profundidad, que nos ayudará a superar los desafíos actuales y futuros que enfrentamos —y enfrentaremos— ante la vorágine de cambios científicos, tecnológicos y culturales. Felicito a sus autores por el aporte realizado a la comunidad jurídica argentina.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Rabbi Baldi Cabanillas, R. (2017). *Los derechos de la Persona en el nuevo Código Civil y Comercial. Aproximación a algunos aspectos novedosos*. CABA: La Ley.

Perfil académico-profesional de los autores

- Abud Rodríguez, Silvina V. Licenciada en Relaciones Internacionales egresada de la UCASAL. Especialista en Dirección de Recursos Humanos por la UCASAL. Diplomada en Políticas Públicas para el Desarrollo Local y Regional por la UCASAL. Maestrando en Políticas Públicas y Cooperación por la FLACSO. Ayudante Docente en la Lic. en Comercio Internacional (UCASAL) y Coordinadora en la Lic. de Higiene y Seguridad en el Trabajo (UCASAL).
svsabud@ucasal.edu.ar
- Barbarán, Gustavo E. Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor de Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Salta. Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL, en las carreras de Abogacía y de Relaciones Internacionales. Jefe de la Carrera de Abogacía de la UCASAL. Director del Instituto de Derecho Internacional de la UCASAL. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Investigador Independiente cat. "A" de la UCASAL.
voqueran@yahoo.com.ar
- Chamale de Reina, Ivanna Abogada, egresada de la Universidad Católica de Salta (1993). Profesora en Ciencias Jurídicas, egresada de la Universidad Nacional de Salta (2001). Mediadora (Homologación Ministerio de Justicia de la Nación). Funcionaria del Poder Judicial de Salta (ingreso 2003).
chamaleivanna@gmail.com
- De Singlau, Federico Alejandro Licenciado en Relaciones Internacionales, egresado de la UCASAL (2012). Diplomado en Desarrollo Humano por la FLACSO (2014). Docente de la cátedra de Geopolítica en la carrera de Relaciones Internacionales (UCASAL). Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la UCASAL. Investigador de la UCASAL.
fades217@yahoo.com.ar

- Escudero, Beatriz Abogada, egresada de la UCASAL con medalla de oro (1981). Profesora en Ciencias Jurídicas, egresada de a UNSA (1986). Titular (I) de la cátedra de Derecho Civil - Parte General, en la carrera de Derecho (UCASAL). Miembro del Instituto Salta de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.
beqsalta@hotmail.com
- Gialdino, Mariano Licenciado en Filosofía por la U.B.A. Fue becario del Instituto Internacional de Derechos Humanos “René Cassin” (Estrasburgo-Francia); en la actualidad investiga como miembro del CEIL-CONICET. Desde una perspectiva basada en la filosofía de la ciencia, sus consideraciones epistemológicas lo acercan a una metodología cualitativa mediante la que investiga los sistemas de gobierno y el “tratamiento” de la marginalidad, orientado por el diseño de políticas públicas, de mediación y de resolución de conflictos.
marianogialdino@gmail.com
- Languasco, Melisa R. Licenciada y Profesora Universitaria en Relaciones Internacionales por la Universidad Católica de Salta. Maestrando en Ciencias Sociales y Humanidades con orientación en Sociología, de la Universidad Nacional de Quilmes. Jefa de Carrera de la Licenciatura en Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL. Docente del Seminario de Problemática de Política Exterior Actual de Argentina en la Licenciatura en Relaciones Internacionales (Presencial). Secretaria del Instituto de Derecho Internacional de la UCASAL. Investigadora Independiente categoría “C” por la UCASAL.
mlanguasco@ucasal.edu.ar
- Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato Abogado por la UBA (1984); Doctor en Derecho, Universidad de Navarra (1989); Estudios post doctorales en la Universidad de Münster (1990-1991) y en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo (1997). Profesor Titular Regular de Teoría General y Filosofía del Derecho (UBA) y Profesor Titular por concurso de Introducción al Derecho (cátedra B), UCASAL. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho, Córdoba; de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Morales, Buenos Aires; de la Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas, Tucumán.
renatorabbibaldi@gmail.com

- Safar, Elizabeth Abogada y Procuradora, títulos otorgados por la Universidad Nacional de Córdoba, 2000, distinguida como egresada sobresaliente. Profesora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Salta, 2006. Especialista en Derecho Público y de la Empresa por la Universidad de Castilla - La Mancha (España), 2006. Especialista en Derecho de Daños por la Universidad de Buenos Aires (título en trámite). Mediadora: Certificado homologado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2003). Diplomada en Estudios Avanzados de Doctorado: Período de Docencia e Investigación del Programa de Doctorado Interuniversitario en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Castilla - La Mancha (España), 2011. Docente de la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Salta. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad de la UCASAL. Investigadora de la UCASAL. Autora de diversas publicaciones jurídicas. Disertante y expositora en Carreras de Grado y de Posgrado.
elizabeth_safar@yahoo.com.ar
elizabeth.safar3@gmail.com
- Toledo, Víctor F. Licenciado y Profesor Universitario en Relaciones Internacionales, egresado de la UCASAL. Magister en Administración de Negocios por la UCASAL. Maestrando en Ciencia, Tecnología y Sociedad (Universidad Virtual de Quilmes). Responsable de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL. Docente en las Facultades de Ciencias Jurídicas, Economía y Administración y de Artes y Ciencias. Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la UCASAL y de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Investigador de la UCASAL.
vtoledo@ucasal.edu.ar

Guía para autores

Omnia. Derecho y sociedad es la revista científica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, Argentina, creada en el año 2018 (ISSN: e-ISSN:) y publicada bajo el sello EUCASA (Ediciones Universidad Católica de Salta).

Es una publicación de periodicidad anual que reúne colaboraciones que versan sobre temas de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Se recogen en ella artículos y ensayos científicos, textos sobre jurisprudencia y doctrina y reseñas de libros. Todos ellos son sometidos a un proceso de evaluación por pares externos. Todos los escritos son inéditos y de carácter original. La revista cuenta con las siguientes secciones: investigaciones, jurisprudencia, doctrina y reseñas de libros.

El nombre de la revista, *Omnia*, obedece a

dos razones. En primer lugar, se trata de una publicación que involucra a todas las carreras que se imparten en la Facultad —Abogacía, Lic. en Relaciones Internacionales, Lic. en Criminalística, Lic. en Seguridad, Perito en Accidentología y Martillero Público y Corredor Inmobiliario—. En segundo lugar, se busca dar cabida al más amplio abordaje de los temas de interés de la revista. La denominación, *derecho y sociedad*, define un contenido disciplinar propio de las ciencias sociales.

Esta publicación ha sido creada con el fin de promover la divulgación del conocimiento generado en la Facultad de Ciencias Jurídicas como producto de sus funciones sustantivas de investigación, docencia y extensión, así como favorecer la construcción de vínculos con otras instituciones nacionales e internacionales.

RECEPCIÓN DE TRABAJOS

La convocatoria permanece abierta de forma permanente. En la medida en que ingresan las colaboraciones, se inicia el proceso de evaluación de manera que, una vez completado el volumen de textos necesarios, se cierra el número y todo lo que ingresa a partir de allí se programa para el número siguiente.

Se aceptan trabajos originales según las siguientes especificaciones:

- Artículos científicos (de 7.000 a 10.000 palabras, incluidos resumen, notas y bibliografía).

- Ensayos científicos (de 3.000 a 10.000 palabras).
- Textos de jurisprudencia y doctrina (de 3.000 a 7.000 palabras).
- Reseñas bibliográficas (hasta 1.000 palabras).

La indicación de extensión de los diferentes tipos de textos es solo a modo ilustrativo y para aportar al autor un parámetro de base. Por lo tanto, el no cumplimiento de este requisito no será excluyente en la decisión del evaluador.

La responsabilidad sobre las opiniones ver-

tidas en los textos y sobre el respeto a la propiedad intelectual corresponde a los autores.

Los autores reciben separatas impresas del número en que se publica su contribución (5 separatas por cada artículo).

ARBITRAJE

Los trabajos recibidos serán inicialmente aceptados por el Comité Editor luego de que se realice el análisis de su pertinencia temática y el cumplimiento de las normas formales de la revista.

Luego de esta primera instancia, los trabajos son sometidos a un proceso de evaluación por pares —dos evaluadores externos al ámbito de la UCASAL—.

De obtenerse un resultado dispar, se recurre a un tercero. En todos los casos, la decisión de publicación es asumida por el Comité Editor sobre la base de las opiniones vertidas por los árbitros.

El sistema de evaluación es de doble ciego, es decir se mantiene el anonimato de los árbitros, salvo que ellos soliciten expresamente contactarse con el autor, en cuyo caso se favorece desde el Comité Editor la intercomunicación; también es anónima la autoría de los trabajos.

Con el fin de garantizar, en la medida de lo posible, la aplicación de criterios semejantes a la hora de evaluar, se proporciona a los especialistas una ficha de evaluación en donde se especifican los estándares exigibles para las colaboraciones en general y para cada tipo de escrito en particular. El resultado (publicable sin modificaciones - con ligeras modificaciones - con modificaciones sustanciales - no publicable) es comunicado a los autores, quienes tienen la oportunidad de ajustar su trabajo según las recomendaciones de los árbitros.

CIRCUITO PARA LA PUBLICACIÓN

El texto a publicarse puede ser presentado en la Facultad de Ciencias Jurídicas (Campus Universitario Castañares) en copia digital e impresa; o por correo electrónico a: revistaomnia@ucasal.edu.ar, en cuyo caso es necesario adjuntar, junto con el archivo en formato de Word, otro en formato PDF.

Debe presentarse o remitirse también la correspondiente Solicitud de Publicación, debidamente completada.

Con el fin de unificar los criterios a tener en cuenta para la presentación de trabajos destinados a edición, se establecen las siguientes Normas Editoriales y Normas para referencias bibliográficas.

NORMAS EDITORIALES

Generales:

- Los trabajos deben ser presentados en copia papel y soporte magnético. En caso de ser remitidos vía correo electrónico, no es necesario el soporte papel, el que es sustituido por el archivo en formato pdf.
- Evitar el empleo de diferentes tipos de letras o fuentes. Se sugiere “Times New Roman”, cuerpo 12 para el texto en general, y cuerpo 11 o 10 para las citas o notas al pie de página.
- Se pueden diferenciar distintos niveles de títulos con el tamaño de la letra, utilizando siempre la misma empleada en el texto. Se aconseja no pasar los tres niveles de subtítulos.
- Evitar el uso de MAYÚSCULAS en palabras completas.
- No utilizar subrayado o **negrita** en el cuerpo del texto.
- Usar *cursiva* únicamente para palabras en otro idioma.

- Señalar los énfasis con «comillas».
- No superponer «comillas» y *cursiva*. Las citas textuales se colocan «entre comillas», sin cursivas.
- Las notas aclaratorias deberán ser colocadas a pie de página con el sistema automático de Word.

Específicas:

1. Toda colaboración deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) constituir un escrito original científicamente fundado y gozar de unidad interna;
- b) suponer un aporte para la profundización en las diversas dimensiones y ámbitos de la disciplina que aborda;
- c) ser de carácter inédito y no haber sido simultáneamente enviado a otras publicaciones.

2. Estructura del texto:

- Título del trabajo, en español e inglés. A renglón siguiente, entre paréntesis, aclarar si se trata de: artículo científico/ensayo científico/texto de jurisprudencia o doctrina/reseña.
- Autor/es y lugar de desempeño (nombre y apellido, institución, lugar)
- Resumen (hasta 150 palabras)
- Palabras clave (máximo 5 descriptores)
- Abstract (hasta 150 palabras)
- Keywords (máximo 5 descriptores)
- Texto del artículo
- Referencias bibliográficas (según normas establecidas por la Editorial)
- Perfil académico y profesional del autor (hasta 75 palabras). Dirección electrónica.

3. En el caso de que se incluyan gráficos, fotografías o figuras, estos figurarán incluidos en la página correspondiente del artículo, pero se deberán adjuntar los archivos aparte, claramente identificados, en formato JPG o TIF, en

una resolución de 300 ppi o más. No se aceptarán otros formatos digitales.

4. Las reseñas bibliográficas deberán consignar: cita bibliográfica del libro a que se hace referencia, autor de la reseña y su filiación institucional.

NORMAS PARA REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Citas y referencias bibliográficas:

Las citas y referencias bibliográficas se realizarán según las Normas APA (se puede consultar una guía muy completa en las siguientes direcciones:

<http://normasapa.com/como-hacer-referencias-bibliografia-en-normas-apa/>
<https://columbiacollege-ca.libguides.com/apa/books>)

Citas de jurisprudencia:

En las citas de jurisprudencia se deberá consignar: Tribunal, “Autos” (entre comillas), Sala, fecha, publicación, página.

- Tener en cuenta: *todas* las obras citadas o aludidas en el texto deben constar en el apartado de Referencias bibliográficas; consecuentemente, solo se deben incluir en este apartado los títulos mencionados en el cuerpo del trabajo.
- Ordenamiento de la bibliografía: alfabético.
- Uso de mayúsculas en los títulos de libros: solo se escribe en mayúscula la primera letra del título y los nombres propios. El resto de las palabras, en minúscula.
- Los títulos de libros se escriben en el idioma y con la ortografía del original. La ciudad en que se edita el libro debe escribirse siempre en español.

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA

AUTORIDADES

Rector	Ing. Rodolfo Gallo Cornejo
Vicerrectora Académica	Mg. Prof. Lilian Constanza Diedrich
Vicerrector de Investigación y Desarrollo	Dr. Federico Colombo Speroni
Vicerrector Administrativo	Dr. Darío Eugenio Arias
Vicerrector de Formación	Pbro. Dr. Cristian Arnaldo Gallardo
Director General del Sistema de Educación a Distancia	Ing. Lic. Daniel Torres Jiménez
Secretaría General	Lic. Silvia Milagro Álvarez

CONSEJO DE INVESTIGACIONES

Director	Dr. Federico Colombo Speroni
----------	------------------------------

CONSEJEROS

Facultad de Ciencias Jurídicas	Mg. Víctor Toledo
Facultad de Economía y Administración	Lic. Eduardo Bojanich
Facultad de Ingeniería	Dra. Lía Orosco
Facultad de Arquitectura y Urbanismo	Dra. Ma. Laura Gatto D'Andrea
Facultad de Ciencias Agrarias y Veterinarias	Dra. Olga Sánchez Negrette
Facultad de Artes y Ciencias	Lic. Paula Ulivarri
Facultad Escuela de Negocios	Ing. Horacio Pellegrini
Escuela Universitaria de Turismo	Lic. María Elena Teseira
Escuela Universitaria de Música	Maestro David Gómez García
Escuela Universitaria de Educación Física	Lic. Ricardo Vargas
Escuela de Educación y Perfeccionamiento Docente	Lic. Mariela Elsa Capaldo
Escuela de Ciencias de la Salud	Dra. Rocío Pérez Abud
Escuela Universitaria de Trabajo Social	Lic. Víctor Ligarribay

EUCASA

EDICIONES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA

Directora	Lic. Rosanna Caramella
Edición	Prof. Soledad Martínez
Comercialización	Lic. Mariana Remaggi

