

EL DERECHO Y LOS CONCEPTOS

El rol de las definiciones en el campo jurídico



Helga María Lell
Lidia Raquel Miranda
(Editoras)

Edith Esther Alvarellos • Yamila Eliana Juri
Natalia Monge • Diego José Mayordomo
Ana Lis Palacios • Josefina Villagra Pagella

Helga María Lell
Lidia Raquel Miranda
(Editoras)

EL DERECHO Y LOS CONCEPTOS

EL ROL DE LAS DEFINICIONES EN EL CAMPO JURÍDICO

Helga María Lell • Lidia Raquel Miranda
Edith Esther Alvarellos • Yamila Eliana Juri
Natalia Monge • Diego José Mayordomo
Ana Lis Palacios • Josefina Villagra Pagella



Índice

Cubierta

Portada

Palabras preliminares, por Helga María Lell y Lidia Raquel Miranda

El Derecho y las definiciones, por Helga María Lell

1. Introducción
2. Definir la definición
3. Definiciones normativas y definiciones doctrinarias
4. Las definiciones en el Derecho y la ambigüedad
5. Qué dicen las definiciones sobre el Derecho
6. Referencias bibliográficas

Referente, significado y sentido. La definición como problema semiótico,
por Lidia Raquel Miranda

1. Un caso como punto de partida
2. La definición como objeto semiótico
3. Referencia, significado y sentido en la definición
4. Comentarios finales
5. Referencias bibliográficas

La Historia constitucional: una mirada desde la interdisciplinariedad y los factores de poder, por Edith Esther Alvarellos

1. Presentación
2. La Historia como ciencia y su metodología
 - 2.1. Historia como recreación
3. El método histórico
 - 3.1. Concepto del método
 - 3.2. Teorizadores y metodólogos de la Historia
 - 3.2.1. En la Antigüedad
 - 3.2.2. En el Medioevo
 - 3.2.3. Durante la Modernidad
 - 3.2.4. Los significativos cambios contemporáneos
 - 3.2.5. El método en la historia como ciencia
4. La Historia constitucional y la interdisciplinariedad
5. El Poder: carácter relacional
 - 5.1. Poder público
 - 5.2. Dispositivos del Poder
 - 5.2.1. Discurso del orden
 - 5.2.2. Imaginario social
6. Conclusión
7. Referencias bibliográficas

Notas al poder político en Tomas Hobbes: una mirada al rol estatal en tiempos de pandemia, por Yamila Eliana Juri

1. Introducción
2. Los dos estados del hombre
3. Conformación del Estado a través del pacto
4. Teoría de la soberanía. El término “absoluto”

5. El soberano y la instrumentalidad de la ley
6. Conclusiones
7. Referencias bibliográficas

El concepto de emergencia económica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante los años 1990-2004, por Natalia Monge

1. Tema
2. El derecho de propiedad
3. El contexto histórico y económico que vivió Argentina
 3. a) Los Decretos N° 36/1990, 1570/2001 y 214/2002
4. El concepto de emergencia económica en la jurisprudencia de la Corte
 4. a) Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía- Banco Central)
 4. b) Banco Ciudad de Buenos Aires s/solicita se declare estado de emergencia económica –caso Kiper–
 4. c) Ulloa, Patricia M. c/ PEN dec. 1570/01 s/amparo Ley 16.986
 4. d) Banco Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención en autos Smith, Carlos Antonio c/Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo
 4. e) Provincia de San Luis c/ Estado Nacional y otros
 4. f) Bustos, Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros
5. Reflexiones finales
6. Referencias bibliográficas

Concepto de “Derechos Reales”. La combinación de estrategias definitorias en el Código Civil y Comercial, por Diego José

Mayordomo

1. Introducción
2. Concepto de “derecho real”
3. Evolución en la historia de los últimos siglos
 - 3.1. Doctrina social de la Iglesia
 - 3.2. El siglo XX de los derechos reales
4. Incidencia del orden público en los derechos reales
 - 4.1. Número cerrado
5. Derecho real como derecho subjetivo
6. Objeto de los derechos reales
7. Facultades del titular del derecho real en la evolución del tiempo
8. Conclusiones
9. Referencias bibliográficas

Vivienda adecuada y el derecho a decidir dónde y con quién vivir por parte de personas mayores, por Ana Lis Palacios

1. Introducción
2. Envejecimiento de la población. Una realidad sociológica que demanda políticas públicas de abordaje integral
3. Vivienda adecuada. Parámetros de aceptabilidad
4. Personas mayores y el derecho a decidir dónde y con quien vivir. Análisis de normativa vigente a nivel supranacional, provincial y municipal vigentes
5. Interdependencia, indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos
6. Palabras finales
7. Normas referenciadas
8. Referencias bibliográficas

La dignidad en la historia de los Derechos Humanos, por Josefina
Villagra Pagella

1. Introducción
2. Uso actual del concepto
3. Desarrollo histórico del concepto de dignidad
4. Contenido semántico
5. Conclusiones
6. Referencias bibliográficas

Sobre este libro

Sobre las editoras

Sobre los autores y las autoras

Créditos

Palabras preliminares

Helga María Lell
Lidia Raquel Miranda

Los trabajos que componen esta obra han sido redactados por investigadores e investigadoras que participan del proyecto de investigación “Controversias semánticas en el componente descriptivo del concepto jurídico de persona”, acreditado en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa mediante resolución 155/20 CD. También han contribuido a esta obra invitadas que, aunque no integran el equipo, sí se encuentran conectadas con él y las actividades de discusión que realiza.

Dicho proyecto tiene como hipótesis guía que el componente descriptivo del concepto jurídico de persona es indeterminado y la casuística a la cual se ha aplicado esta noción no aporta a una definición certera. Por ello, el tratamiento de “persona” como concepto esencialmente controvertido, en el marco del Derecho, puede aclarar el campo semántico de este término.

De esta manera, a partir de pensar cómo se define el concepto jurídico de persona es que hemos derivado en la convocatoria de este libro. Hemos notado que la discusión preliminar y que forma parte del marco teórico debe abordar qué es definir, qué son los conceptos y qué rol cumplen estos en el marco de la disciplina jurídica en la cual se entremezclan las técnicas descriptivas con las prescriptivas.

Cabe destacar que esta publicación es posible gracias al apoyo brindado por la Universidad Nacional de La Pampa a través de un programa especial para brindar asistencia financiera a las acciones de investigación y difusión de la ciencia (resolución 275/21 CS).

El Derecho y las definiciones

Helga María Lell

1. Introducción

Todas las ciencias construyen conocimiento a partir de definiciones. Las propiedades que se incluyen como elementos necesarios y característicos de un término no son esenciales a este, aunque sean empíricamente propios de un fenómeno. Esto nos permite vislumbrar una diferencia entre aquello que es nominal en una definición y aquello que es propio de lo material. Los referentes de los signos lingüísticos se perciben a través de las definiciones y estas, a veces, constituyen nuevos objetos en el mundo. No obstante, el mundo, más allá de lo lingüístico, existe. Así, debemos observar la interacción entre lo material y lo simbólico. Un billete, es decir, una moneda de curso legal, es un elemento de la realidad, es un papel. No obstante, el valor real de ese papel difiere del valor nominal, esto es, aquel atribuido por y para cumplir una función (Searle, 2017). Un billete de \$1000 vale ciertamente mucho más que el mero papel y la tinta volcados en él. Hay que advertir que el papel es material y existe y lo mismo sucede con su valor. Una definición es ideal, pero no por ello menos real que el papel.

El criterio demarcatorio que se utiliza para definir fenómenos y para aproximarse a la realidad varía según el conocimiento que se tenga de ellos

a la vez que revela la forma de entenderlos. Pensemos que el arcoíris hoy en día es definido como un fenómeno físico que ocurre por la refracción de la luz solar en el agua pulverizada y que se manifiesta como un arco de siete colores. En otros tiempos y culturas, era una divinidad o una señal divina. Por ejemplo, el Génesis lo postula como un mensaje de Dios tras el diluvio universal; para la mitología nórdica es un puente custodiado por una diosa; para los celtas y mayas es un Dios; para los sumerios era el collar de la madre Ishtar, etc. (Cotterrell, 1990). Así como en otros contextos cada religión proporcionaba diferentes formas de concebir lo que ocurría según los dioses que intervenían y los sucesos naturales y sociales que acontecían, los avances científicos permitieron entender de otra forma aquel elemento que aparecía en el cielo tras algunas lluvias, pero también revolucionaron las concepciones religiosas y expropiaron de la mitología parte de su campo.

Para complejizar este panorama, pensemos, por un lado, que no todos los fenómenos de la realidad cuentan con una definición o, más bien, percibimos la realidad de diferentes maneras según lo que culturalmente consideramos relevante¹. Por ejemplo, los hispanohablantes nombramos y definimos bajo el rótulo “reloj” aquello que en inglés se nombra y define a través de dos términos: “clock” y “watch”, y, en francés, a través de tres: “montre”, “horloge” y “pendule” (Guibourg, Ghigliani y Guarinoni, 1986). Lo que en otros espacios culturales representa diferencias relevantes y que difícilmente puedan encuadrar en un común denominador revela aquello que es significativo para la comunidad de hablantes.

Por otro lado, no todas las definiciones cuentan con un referente en el mundo. El significante “unicornio” tiene su significado –“Animal fabuloso que fingieron los antiguos poetas, de forma de caballo y con un cuerno recto en mitad de la frente” (RAE, 2014)–, tiene un referente ideal, una idea

mental, pero no tiene un objeto existente que pueda ser señalado en caso de que quisiera brindarse una definición ostensiva.

Así, los conceptos y sus definiciones nos ayudan a percibir el mundo de una manera y se erigen en mediadoras entre el sujeto y su entorno. Esto recuerda la conocida frase de Wittgenstein (1993) acerca de que los límites del lenguaje son también los límites del mundo.

La variedad de respuestas sobre qué es el mundo que rodea a la humanidad son variadas. Las definiciones muestran la tensión entre lo conocido y aquello por conocer. Los criterios demarcatorios de los conceptos cooperan en la delimitación de los campos de estudio, en el hallazgo de relaciones y regularidades y en la detección de novedades. Ahora bien, el éxito de las investigaciones depende en buena medida del respeto y buen uso de las definiciones ya que ello permite la comunicación entre los miembros de una comunidad científica. Esto produce un movimiento disciplinar que tiende a ser conservador y que resiste los cambios semánticos y los cuestionamientos sobre los criterios demarcatorios. Simultáneamente, cada estudio, cada avance científico, cada uso de los signos lingüísticos y el mero transcurso del tiempo impactan en las definiciones, a veces para reforzar su adecuación y, otras, para generar leves y paulatinos cambios. El uso de una lengua, los actos de habla, tienden a producir variaciones en el signo lingüístico. Así, conviven los dos movimientos: uno que apunta a lo estático de las definiciones y otro que les aporta dinámica.

En este marco, estudiar qué son las definiciones y reflexionar sobre el rol que ellas cumplen en una disciplina específica permite evaluar las propias prácticas como sujetos que investigan bajo un prisma que, a la vez que constituye el fenómeno, se autoconstituye. En particular, nos interesa adentrarnos en la disciplina jurídica ya que el ordenamiento legal se

presenta a sí mismo como un complejo normativo que produce normas y, por lo tanto, define al mundo, a los hechos y acciones y a sus consecuencias. El Derecho construye conceptos constantemente y quizás sea la disciplina que más depende de esta tarea. A la par que describe, prescribe. Los conceptos no son ingenuos en el ámbito jurídico y por ello interpelan en mayor medida a quienes los usan a repensar cómo se define, qué se define y qué no.

2. Definir la definición

Definir qué es una definición es, de por sí, un acto autorreflexivo y tautológico pues, para lograr dicha tarea, hay que recurrir necesariamente a una definición. Así, podemos encontrar que el conocimiento respecto de qué es un concepto es un acto lingüísticamente originario. Si en términos ontológicos la categoría del ser es la más amplia posible, la estrecha relación que guarda la definición con este verbo da cuenta de su amplitud y carácter fundacional en el ámbito gnoseológico.

La Real Academia Española define “definición” como una “proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial” (2014b) y se lo concibe en materia filosófica y científica como un recurso metodológico con el que se determina el significado de un término, aunque, en verdad, lo que interesa es la función que tienen (Gupta, 2021). Las partes que la componen son el *definiendum*, esto es, el signo lingüístico sobre el que se establece un significado, y el *definiens*, aquello que se dice sobre el *definiendum*.

Por definiciones en el Derecho entendemos aquellas que surgen de las normas jurídicas en un sentido amplio: principalmente las leyes, reglamentos, ordenanzas y resoluciones, pero también sentencias,

constituciones y tratados internacionales, entre otros documentos. Incluso podemos considerar a la doctrina como una fuente de definiciones, aunque este es un ámbito más problemático en cuanto al análisis ya que, a diferencia de aquellas que surgen de las normas, son preponderantemente descriptivas y argumentativas. Las primeras, en cambio, son principalmente estipulativas y prescriptivas. Volveremos sobre este punto en las próximas páginas.

Usualmente el *definiendum* se une con el *definiens* a través de algún tipo de verbo. El caso más frecuente es el del verbo “ser” que vincula un sujeto con su predicativo obligatorio. Por ejemplo, el Código Electoral argentino dice:

Son electores los argentinos nativos y por opción, desde los dieciséis (16) años de edad, y los argentinos naturalizados, desde los dieciocho (18) años de edad, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en esta ley. (art. 1, Decreto N° 2135/83).

Como podemos ver en este artículo el sujeto de la oración, “electores”, se une a su significado (el predicativo obligatorio) a partir del verbo conjugado en tercera persona del plural: “son”. Es interesante destacar la inversión del orden lógico de la oración ya que el verbo es ubicado en primera posición y el sujeto en segunda². También podría entenderse de una manera semejante, pero a partir de invertir el orden: los argentinos que cumplen ciertas condiciones podrían ser el sujeto de la oración y “electores” el predicativo obligatorio. Esto último cumple con la regla de que cualquier ocurrencia del *definiens* puede ser reemplazada por una ocurrencia del *definiendum* y viceversa (Gupta, 2021).

Retomando la cuestión de los verbos, no solo “ser” es una opción que indica que podríamos estar en presencia de una definición, sino que también es frecuente encontrar otros como:

- “comprender”: “El término “capitán” comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye” (art. 77, Código Penal argentino);
- “designar”: “Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente” (art. 77, Código Penal argentino);
- “entender”: “Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente” (art. 77, Código Penal argentino);
- “constituir”: “Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración” (art. 4, Ley de Contrato de Trabajo argentina);
- “llamar”: “A los mismos fines, se llama ‘empresario’ a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la ‘empresa’” (art. 5, Ley de Contrato de Trabajo argentina);
- “denominar”: “Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años” (art. 25, Código Civil y Comercial argentino);
- “haber”: “Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor” (art. 1910, Código Civil y Comercial argentino).

Estos son tan solo algunos de los múltiples ejemplos que podemos encontrar cuando revisamos normas jurídicas. Todos estos casos tienen en común que la legislación procura delimitar el campo semántico de un término que es frecuentemente usado en el articulado. De esta manera, se pretenden evitar problemas interpretativos que puedan darse en la práctica. Es decir, mediante la estipulación se conviene un sentido específico que puede ser distinto al de la lengua cotidiana e, incluso, de otros ámbitos jurídicos³.

3. Definiciones normativas y definiciones doctrinarias

Anteriormente hemos mencionado que existe una diferencia entre las definiciones que aparecen en las normas jurídicas, sin importar la jerarquía de ellas, y aquellas que aparecen en la doctrina. El contraste viene dado por la función que cumplen en uno y otro ámbito. Mientras que las normas jurídicas crean un nuevo significado y respaldan dicha creación con consecuencias jurídicas desagradables (por ejemplo, una sanción, la nulidad de un acto o un encuadre indeseado), cuando los doctrinarios presentan definiciones pueden también estipular, pero sin la fuerza prescriptiva de las anteriores. No obstante, aun cuando son estipulativas, las definiciones doctrinarias suelen ser de carácter descriptivo (remiten a definiciones de uso corriente y a las normativas).

Comencemos por ver algunos ejemplos. Una definición normativa que aparece en la Constitución Nacional argentina es la siguiente:

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República (art. 120).

Claramente, la Asamblea Constituyente no pretendió comentar a los ciudadanos en qué consiste el órgano respectivo, sino que, al incluirlo en la Constitución, lo creó y mediante esta definición le atribuyó sus características esenciales. La definición es, en este caso, un acto creativo o, al decir de Austin (2005), un acto de habla performativo.

Ahora bien, un artículo doctrinario que aborda la posibilidad de remover a quien sea titular de dicho órgano; reitera la misma afirmación con ligeros cambios:

De acuerdo al Artículo 120 de la Constitución Nacional, el Ministerio Público es un órgano independiente, que cuenta con autonomía funcional y autarquía financiera, cuya función consiste en promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República (Chas, 2018).

Ahora bien, si bien incluye prácticamente las mismas palabras, los efectos de una y otra definición son totalmente diferentes. Mientras que la definición normativa crea un nuevo objeto en el mundo y tiene fuerza prescriptiva, la segunda describe lo que la primera menciona y es únicamente informativa.

Veamos ahora este otro ejemplo:

A mayor abundamiento, el Ministerio Público es parte procesal, por cuanto Herrero define a la parte procesal con criterio dualista como toda persona que invocando un derecho o un interés propio, o un título legal o convencional cuando carece de aquellos, afirma o niega en la demanda o en la contestación de demanda (plano jurídico del proceso), la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social que puede o no existir (Brasesco, 2014).

Aquí la autora retoma una definición doctrinaria que no se basa en otra normativa. Es la propuesta de un autor, se funda en el marco de una perspectiva teórica y cumple la finalidad de explicitar la mirada desde la

cual se analiza un fenómeno. Esta clase de definiciones, además de ser descriptivas, encierran una dimensión argumentativa por cuanto pretenden prevalecer como más adecuadas que otras que pudieran disputar el mismo campo de aplicación. No obstante, la prevalencia o no queda sujeta a la autoridad de la argumentación con la que se acompañe o a la autoridad de quien las enuncie, a diferencia de las definiciones normativas, cuya aplicación y acatamiento dependerá de la fuerza prescriptiva y la recepción social.

4. Las definiciones en el Derecho y la ambigüedad

A este panorama hay que agregar que las definiciones dependen en buena medida del ámbito en el cual se esgrimen. Por ejemplo, el significante “tradicición” tiene una definición muy distinta en el lenguaje jurídico que en el cotidiano. Mientras que en el segundo se refiere a un conjunto de costumbres, ritos y a la conservación de ciertos productos culturales (como estilos literarios, musicales, danzas y vestimentas), en el primero apunta al acto traslativo de dominio sobre una cosa⁴.

Los ejes asociativo y sintagmático que propuso Saussure (1945) cobran vigencia para comprender qué *definiens* acompaña a un *definiendum* en una determinada instancia. Para este autor, el eje de las asociaciones muestra todos los posibles significados que tiene un significante de manera aislada. El eje sintagmático, por su parte, permite ver el significado específico que tiene un significante en el marco de un sintagma. La conclusión que el lingüista deriva de esto es que un signo es lo que los otros no son. Es decir, cada signo lingüístico se define en oposición a otros, ya sea en aquel eje asociativo como en el sintagmático. Derrida interpreta esto como la no coincidencia del presente consigo mismo, ya que al afrontar un término

siempre deberemos remitirnos a otros. Para ejemplificar esto, detengámonos en el caso del término “prescripción”. En cuanto al eje de asociaciones, este significante, en forma aislada, puede tener los siguientes significados (RAE, 2014c y d; Garrone, 2003):

- a. Resultado de la acción de ordenar algo;
- b. Resultado de la acción de recetar un medicamento;
- c. Modo de extinguirse un derecho como consecuencia de su falta de ejercicio durante el tiempo establecido por la ley;
- d. Modo de adquirir un derecho por el transcurso del tiempo.

Ahora bien, en el marco del eje sintagmático podremos distinguir cómo la sucesión de signos lingüísticos determina el significado de un significante. Por ejemplo:

a)

Norma jurídica. Regla de conducta dictada o promulgada por un poder legítimo para regular la conducta humana por medio de una prescripción, autorización o prohibición. (Sistema de Información Legislativa, s/d).

La oración relaciona la prescripción, por un lado, con un acto que regula conductas y, por el otro, con las autorizaciones y prescripciones. Esto la ubica en el sentido de órdenes.

b)

Toda receta o prescripción médica deberá efectuarse en forma obligatoria expresando el nombre genérico del medicamento o denominación común internacional que se indique, seguida de forma farmacéutica y dosis/unidad, con detalle del grado de concentración. (art. 2, Ley N° 25.649)

Al calificar de “médica” a la prescripción o proponerla como sinónimo de “receta”, se puede comprender que remite al documento por el que se

señalan los medicamentos que debe consumir una persona.

c)

La principal diferencia entre la caducidad del derecho y la prescripción estriba en que la primera extingue el derecho (artículo 2566 CCyC); mientras que la prescripción extingue la acción, subsistiendo en cabeza del deudor un deber moral o de conciencia (artículo 728 CCyC). (Pfister Puch, 2019)

Aquí, al asociar el término “prescripción” con la extinción de la acción, se permite vislumbrar que la referencia es a la prescripción liberatoria.

d)

El Máximo Tribunal de la Nación ha señalado que si bien es cierto que en el juicio por prescripción adquisitiva el tribunal que tiene por acreditada la posesión invocada por el actor con la prueba que reseña, resuelve cuestiones de hecho, prueba y de derecho común irrevisables, en principio, por la vía del recurso extraordinario, cabe apartarse de dicha regla general, en especial atendiendo al criterio restrictivo antes expuesto, cuando la sentencia omite la consideración de elementos de juicio relevantes, atribuyendo a su vez importancia a otros, inconducentes para la correcta solución del litigio. (SAIJ, 2016)

En esta cita puede notarse cómo la atribución de un adjetivo, “adquisitiva”, circunscribe el sentido.

5. Qué dicen las definiciones sobre el Derecho

El Derecho se presenta como una disciplina normativa que regula conductas y brinda seguridad jurídica en el marco de una sociedad. Ello requiere de precisión, por un lado, para no violar derechos de los ciudadanos y, por el otro, para que las consecuencias de las acciones sean previsibles. En ese marco, las definiciones jurídicas constituyen una herramienta clave.

Si, como se mencionó en la introducción, las definiciones generan una perspectiva desde la cual mirar el mundo, pero también explicitan la mirada desde la cual se abordan los fenómenos, entonces, el estudio de ellas no es una tarea superficial o que pueda tomarse a la ligera. Por el contrario, el análisis de las definiciones debe ser autorreflexivo: qué se mira, cómo se define, qué características se resaltan, cuáles son los resultados de definir, qué dice una definición del sujeto que define, etc. En el Derecho, estas preocupaciones se redoblan, pues además de tener un efecto cognitivo, las definiciones tienen fuerza prescriptiva y creativa (excepto en la doctrina, donde suelen preponderar las descriptivas y argumentativas).

Lo anterior es el punto de partida de esta obra: ¿qué dicen las definiciones sobre la ciencia jurídica? ¿Cómo se definen los fenómenos que se estudian y regulan? ¿Cuáles son los efectos de las definiciones y cuáles las características de la técnica definitoria?

Para realizar tal reflexión retomamos una idea de Hernández Gil (1976, 1981 y 1988), quien señala que la metodología del Derecho implica el desarrollo de un autoconocimiento del quehacer científico a la par que se aborda un objeto. Por ello, a la metodología jurídica le corresponde el análisis acerca de cómo la ciencia del derecho puede aproximarse a su objeto de estudio y cómo utiliza ciertos conceptos. Entonces, en este marco, nos proponemos indagar cómo aborda la disciplina jurídica una serie de conceptos y cómo este abordaje devela potencias e impotencias de esta disciplina.

Los capítulos que siguen abordan las problemáticas de diferentes conceptos presentes en ramas del derecho: Historia Constitucional, Filosofía Política, Derecho Constitucional, Derechos Reales y Derechos Humanos. A través de ellos podremos ver que definir no es una tarea simple

en términos disciplinares y que cada debate encierra también una opción epistemológica que puede impactar en las decisiones prácticas.

6. Referencias bibliográficas

Austin, J.L. (2005). *How to Do Things with Words*. 2º ed. Harvard University Press.

Brasero, A. P. (2014). El Ministerio Público a la luz del art. 120 de la Constitución Nacional y de la Ley 24.496. *Institutas. Revista de derecho procesal*. N°2. Universidad del Salvador. Disponible en p3.usal.edu.ar

Chas, M. (2018). La remoción del Procurador General de la Nación a través de Juicio Político: consideraciones a la luz de la Constitución Nacional. *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*. Cita Online AR/DOC/762/2018. Disponible en www.saij.gob.ar

Cotterell, A. (1990). *Die Welt der Mythen und Legenden*. Deutschen Bücherbundes GmbH; Genehmigung der Dromerschen Verlagsanstalt Th. Knaur Nachf.

Decreto nacional n° 2135/83. Código Electoral nacional. BO 16/9/83. Disponible en servicios.infoleg.gob.ar

Derrida, J. (2005). *De la gramatología*. 8º ed en español. Siglo XXI.

Eco, Umberto (1995). *Signo*. Labor.

Eco, Umberto (1999). *Kant y el ornitorrinco*. Lumen.

Gallie, W.B. (1959). Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*. Vol. 56, pp. 167-198.

Garrone, J. A. (2003). *Diccionario manual jurídico*. Abeledo Perrot.

Ghibourg, R., Ghigliani, A., y Guarinoni, R. (1986). *Introducción al conocimiento científico*. Eudeba.

Greenberg, Joseph (1966). *Universals of language*. MIT Press.

- Gupta, A. (2021). Definitions. Zalta, E. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2021, forthcoming URL: plato.stanford.edu.
- Haspelmath, Martin, Matthew S. Dryer, David Gil y Bernard Comrie (eds.) (2005). *World Atlas of Language Structures*. Oxford University Press.
- Hernández Gil, Antonio (1976). *Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Madrid: Civitas.
- Hernández Gil, Antonio (1981). *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Madrid: Civitas.
- Hernández Gil, Antonio (1988). *Metodología de la ciencia del Derecho (Obras completas; T 5)*. SLU Espasa Libros.
- Ley 20744. Ley de contrato de trabajo. BO 21/05/1976. Disponible en servicios.infoleg.gob.ar
- Ley 24430. Constitución Nacional. BO 10/01/1995. Disponible en servicios.infoleg.gob.ar
- Ley 25649. Promoción de la utilización de medicamentos por su nombre genérico. BO 19/09/2002. Disponible en servicios.infoleg.gob.ar
- Ley 26994. Código civil y comercial. BO 8/10/2014. Disponible en servicios.infoleg.gob.ar
- Pfister Puch, A. (2019). El Nuevo Código Civil y Comercial Argentino y las Relaciones Laborales. Prescripción y Caducidad. *Revista de derecho laboral y seguridad social*. Abeledo Perrot. Pp. 227-238
- Real Academia Española (2014). Unicornio. *Diccionario de la Real Academia Española*. 23º ed. Disponible en dle.rae.es
- Real Academia Española (2014b). Definición. *Diccionario de la Real Academia Española*. 23º ed. Disponible en dle.rae.es
- Real Academia Española (2014c). Prescribir. *Diccionario de la Real Academia Española*. 23º ed. Disponible en dle.rae.es

- Real Academia Española (2014d). Prescripción. *Diccionario de la Real Academia Española*. 23^o ed. Disponible en dle.rae.es
- SAIJ (2016). Prescripción adquisitiva, prueba de la posesión. Sumario de fallo. Disponible en www.saij.gob.ar
- Sapir, E. (1954). *Lenguaje. Introducción del estudio del habla*. Fondo de Cultura Económica.
- Saussure, F. de (1945). *Curso de lingüística general*. Publicado por Charles Bally y Albert Sechehaye con la colaboración de Albert Riedlinger. Amado Alonso (trad.). Losada.
- Searle, J. (2017). The Normative Structure of Human Civilization. Gephart, W. y Suntrup, J. C. (eds.). *The Normative Structure of Human Civilization. Readings in John Searle's Social Ontology*. Käte Hamburger Kolleg, Recht als Kultur; Vittorio Klostermann Verlag.
- Sistema de Información Legislativa (s/d). Norma jurídica. Secretaría de Gobernación, México. Disponible en sil.gobernacion.gob.mx
- Tomlin, Russell (1986). *Basic Word Order. Functional Principles*. Croom Helm.
- Wittgenstein, L. (1993). *Tractatus lógico-philosophicus*. Edición bilingüe. J. Muñoz e I. Reguera (trad.). 1^o ed. 4^o reimp. Alianza.

¹ Esta idea se inspira en Sapir, 1954.

² La tipología del orden de los constituyentes se sustenta en la ordenación que presentan el sujeto, el objeto y el verbo en las distintas lenguas. En ciertos casos, el orden de los elementos puede ser fijo y determinado (como, por ejemplo, en español el orden entre artículo y sustantivo); en otros, es posible que el orden de los constituyentes varíe. La combinación de sujeto, verbo y objeto da lugar a muchas combinaciones posibles, aunque la tendencia más común es a colocar el sujeto antes que el objeto y que el verbo (Greenberg, 1996; Tomlin, 1986; WALS, 2005), como ocurre en la lengua española.

3 Vale la pena recordar aquí que ‘significado’ no es lo mismo que ‘sentido’. En efecto, la noción de ‘significado’ es interna a cada sistema semiótico (o sea, al conjunto de signos relacionados entre sí que funcionan en el marco de una estructura, con es el caso del sistema lingüístico): es decir que el significado asignado a un término tiene validez en un determinado sistema semiótico, ya que todo sistema se organiza para permitir la significación (Eco, 1995). Por su parte, la noción de ‘sentido’ es interna a los enunciados o textos particulares en que el signo aparece. Como sostiene Eco (1999), toda interpretación requiere un mínimo de información léxica (el significado) y una vasta información sobre lo ya dicho (el sentido), puesto que los términos aislados no afirman nada, apenas poseen un significado.

4 El art. 24 del Código Civil y Comercial dice: “Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla”.

Referente, significado y sentido. La definición como problema semiótico

Lidia Raquel Miranda

1. Un caso como punto de partida

En 1983, Natalie Zemon Davis publicó *The return of Martin Guerre*¹, un libro que, según sus propias palabras, intenta explicar el pasado “de una forma distinta” (Zemon David, 1984: p. XI). Ciertamente, la autora había colaborado poco tiempo antes con el guionista y el director de la película que, con idéntico título, se rodó en 1982² con base en los hechos sucedidos en el siglo XVI en el pueblo pirenaico de Artigat, región histórica de Occitania, narrados en los expedientes judiciales y otros textos a los que dio lugar un suceso que podemos considerar, cuanto menos, inusitado.

El caso de Martin Guerre gira en torno del tema del matrimonio entre campesinos, estudiado por los historiadores en contratos, testamentos, registros parroquiales y toda suerte de documentos que, sin embargo, no aportan datos sobre las posibilidades de elección vital y las aspiraciones de la gente común en las postrimerías de la Edad Media, razón por la cual la historiadora justifica la necesidad de buscar otras fuentes para sacar a la luz esos aspectos ocultos. Dicha tarea se encuentra con una dificultad desde el mismo momento inicial de la investigación: los campesinos del siglo XVI,

en general, no sabían escribir por lo que no han dejado a la posteridad diarios, memorias, cartas u otras anotaciones de naturaleza personal. Las obras literarias, por su parte, muestran el tipo de sentimiento y lo que los autores podían imaginar acerca de la vida campesina, pero ciertas reglas comunes en la composición de la literatura popular a la hora de representar a los campesinos hacen que sus registros no incluyan emociones o características auténticas de la vida aldeana (por ejemplo, la inclusión en la comedia de personajes tipo, como el avaro o el cornudo, que encarnan comportamientos estereotipados). En ese contexto, otros textos documentales se presentan como fuentes privilegiadas para el estudio histórico: los anales judiciales se hallan atestados de asuntos matrimoniales y procesos verbales que resultan reveladores de las expectativas y las reacciones del campesinado en momentos de crisis³.

Uno de los jueces que intervino en el proceso de Martin Guerre, Jean de Coras, escribió en 1561 un libro sobre el caso, el *Arrest Memorable*, que contiene pruebas, argumentos formales y opiniones junto a sus propias anotaciones que dan cuenta de las emociones, las reacciones, las expresiones del rostro y los gestos del acusado y los testigos. Zemon Davis (1984) lo describe como un texto jurídico y literario a la vez. Ese mismo año, Guillaume Le Sueur escribió sobre el caso la breve *Historia*, obra que también toma como fuente la investigadora⁴.

El caso en sí es excepcional: se trata de un matrimonio fingido. Arnaud du Tilh, alias Pansette, aprovechó el parecido físico que tenía con Martin Guerre y su larga ausencia para suplantarlo y ocupar su lugar en la comunidad, en sus tierras y en su familia. La aceptación generalizada del extraño, incluso por parte de la propia esposa de Martin, Bertrande de Rols, con quien logra convivir por largo tiempo, es indicativa de los modos de vida campesina y de la situación de la mujer en la época, quien necesitaba

el respaldo de un hombre en la familia y en la aldea para usar sus bienes y mantener el honor y el de sus hijos. Todo iba bien en lo que podemos suponer una historia de amor entre el falso marido y Bertrande hasta que aparece el verdadero Martín Guerre, con una pierna de madera como resultado de su participación en la guerra.

Coras concede gran importancia a la retórica en el desarrollo de todo el procedimiento: destaca la notable memoria, capacidad de actuación y recursos de persuasión que exhibía Arnaud. Es un personaje que fascina a Coras y con quien se identifica porque él mismo era un fogoso enamorado de su mujer y, por ende, comprendía sus sentimientos e, incluso, había llevado adelante un pleito contra su propio padre, así como ahora ocurría entre el supuesto Martin y su tío Pierre.

En la retractación final, cuando ya no puede sostener sus argumentos frente a la presencia real del verdadero Martin Guerre, Arnaud du Tilh habla con franqueza, aun poniendo en riesgo su propia vida: se advierte un paso de la retórica a la parresía, es decir del discurso elaborado para convencer al discurso franco y sin reservas que puede, como en ese momento, poner en riesgo la propia vida. Vestido de penitente, con una camisa blanca, la cabeza descubierta, descalzo y con una antorcha en la mano, la confesión tiene un sentido ritual que ubica al reo en el panteón de los héroes literarios.

Llegado este punto es lícito interrogarnos cómo se relaciona esta historia y los textos que la contienen⁵ con el tema de las definiciones en el campo del Derecho. Podemos hallar una respuesta en las palabras del físico forense argentino Rodolfo Pregliasco: “La realidad está atravesada de múltiples narrativas y hay que hilar las que son relevantes en cada contexto” (Conicet Noticias, 2022). Un texto, una foto o un video no constituyen una evidencia judicial *per se*, puesto que requieren una lectura técnica, una contextualización y una interpretación que procese sus capas, las ubique en

un tiempo y espacio y las considere desde perspectivas diferentes para lograr la descripción, reconstrucción, narración y organización del material en pos de una argumentación válida en juicio. En ese contexto de trabajo, una de las tareas más arduas para los operadores jurídicos es la de ser conscientes del lenguaje que se utiliza no solo para que sea compartido por las partes intervinientes en el proceso sino también para que los resultados sean relevantes, pertinentes y, sobre todo, justos.

Es así que tanto la construcción de la narrativa para la justicia –como en el caso del ficticio Martin Guerre– como la utilización de otras formas enunciativas –el empleo de definiciones, por ejemplo– constituyen instancias de creación significativa que merecen ser tenidas en cuenta a la hora de reflexionar sobre la praxis jurídica y los ideales de justicia. Al aludir a un constructo significativo nos referimos al carácter semiótico que posee todo uso del lenguaje, en cualquier circunstancia comunicativa, incluida la de tipo forense/judicial.

2. La definición como objeto semiótico

Según Eco (2011), un objeto semiótico consiste en un conjunto de propiedades significativas registradas en el acervo de conocimientos de una cultura, transmitido por alguna expresión, que puede ser una palabra, una imagen o algún otro elemento. Un conjunto de propiedades de ese tipo es lo que se denomina ‘sentido’ o ‘significado de la expresión, aunque no son conceptos equivalentes y sobre ellos volveremos más adelante.

Desde esa perspectiva, la palabra ‘perro’ comunica las características de ser un animal, mamífero, cuadrúpedo, carnívoro, doméstico, que ladra, considerado el mejor amigo del hombre y una serie de otros atributos que enumera un buen diccionario o una enciclopedia. Tales propiedades, a su

vez, pueden ser ilustradas o explicadas por otras expresiones, por ejemplo un dibujo o una fotografía:



“La serie de esas interpretaciones interrelacionadas constituye el conjunto de todas las nociones relativas al término que una comunidad comparte, y que están colectivamente registradas” (Eco, 2011: 105).

Los objetos semióticos pueden ser de varios tipos: algunos representan objetos físicos (tanto naturales –‘vaca’– como artificiales –‘silla’–); otros apuntan a nociones abstractas (‘paz’) u objetos ideales (‘raíz cuadrada’) y otros refieren a objetos sociales (cualquier objeto establecido por acuerdo colectivo o por ley: el matrimonio, los títulos, las prohibiciones, entre otros

muchos). Existe también un grupo de objetos semióticos que se refieren a individuos o constructos, denotados por nombres propios como ‘Realicó’ o ‘Juan Pérez’⁶.

La mayoría de los objetos semióticos comparten la condición de tener un posible referente, es decir que remiten a entes existentes –‘cerro Uritorco’– o que han existido –‘Dalmasio Vélez Sarsfield’–. Si bien los objetos ideales y los sociales, en ocasiones, pueden referirse a casos individuales concretos –‘la raíz cuadrada de 20 es 4.472135955’; ‘la unión entre Martin Guerre y Bertrande de Rols es un caso de matrimonio’–, hay otros que no remiten a ninguna experiencia individual: “Así conocemos el significado (las supuestas propiedades) de ‘unicornio’, ‘Santo Grial’, ‘la tercera ley de la robótica’ definida por Isaac Asimov, el ‘circulo cuadrado’ y ‘Medea’, pero somos conscientes de que no podemos aislar ninguna instancia de esos objetos en nuestro mundo físico” (Eco, 2011: p. 107). En esa clase de objetos semióticos el semiólogo italiano ubica los personajes de ficción, a los que denomina “objetos absolutamente imaginacionales” (Eco, 2011: p. 108).

Y es justamente el problema de la referencia de los personajes literarios la que exige a la semiótica escrutar algunas de sus perspectivas ya que, junto a ellos, otros objetos semióticos también carecen de un referente.

Sentido o significado o contenido,
como conjunto de propiedades

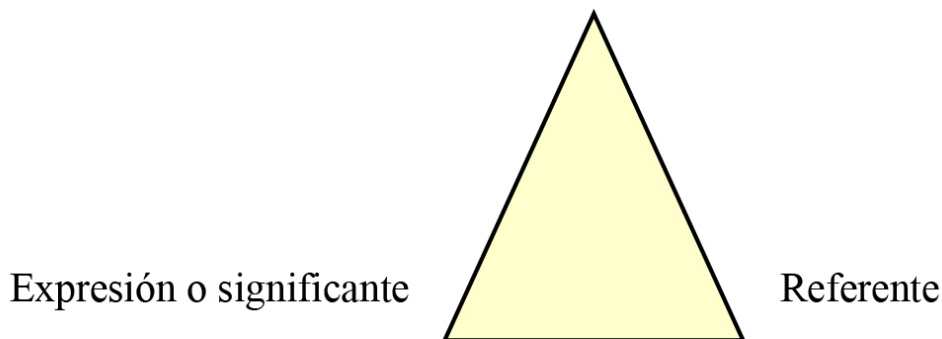


Figura tomada de Eco (2011: p. 112)

El triángulo semántico que muestra la figura anterior incluye el referente porque es habitual que los hablantes usen expresiones verbales para mencionar algo que existe físicamente en la realidad. Sin embargo, no es seguro que las definiciones sean un acto de referencia puesto que se tratan, en rigor, de la emisión de juicios sobre un objeto semiótico o sobre una clase de objeto semiótico determinado a los que se les atribuyen propiedades específicas, como cuando decimos ‘los perros son animales’ o ‘el matrimonio es la unión formal o ritual entre dos personas’.

Consideremos el modo en que se define una definición, valga la tautología. Constituye

un texto que indica cuáles son las propiedades de un objeto, un individuo, un proceso, un fenómeno que hacen que ese objeto, individuo, etc. pueda ser reconocido y diferenciado de otros similares. La definición es, entonces, un texto que identifica, es decir, permite establecer la identidad de un objeto, individuo, proceso, etc. Esa identificación implica la indicación de propiedades que son consideradas como esenciales, distintivas o exclusivas de aquello que se quiere definir. (Resnik, 2007: p. 16)

La explicación de Resnik postula seguidamente que las definiciones son textos que indican las propiedades distintivas de un objeto, entendido no

como entidad singular (‘tal perro en particular’), sino como una categoría (‘el perro’, es decir ‘cualquier perro’).

La descripción antedicha resulta adecuada y útil para comprender para qué sirve una definición y, en función de ello, reconocer sus características textuales prototípicas en pos de favorecer tanto su comprensión como su redacción. Pero, desde el punto de vista semiótico, ratifica lo que hemos afirmado antes: una definición no es un acto de referencia porque no se refiere a un ser o entidad existente, sino que sirve para mencionar algo, es un texto que una persona usa para que se mencione o se refiera a algo, cosa que la expresión por sí misma no hace: “‘Mentioning’, or ‘referring’, is not something an expression does; it is something that some one can use an expression to do. Mentioning, or referring to, something is a characteristic of a *use* of an expression, just as ‘being about’ something, and truth-or-falsity, are characteristics of a *use* of a sentence” (Strawson, 1950: p. 326)⁷.

Vista así, la definición no es un acto de referencia, pero ello no implica que no tenga un sentido y un significado, los que proponen el enunciador e, incluso en mayor medida, el receptor:

para salvar el texto –es decir, para transformarlo de una ilusión del significado en la conciencia de que el significado es infinito–, el lector tiene que sospechar que cada línea esconde otro significado secreto; las palabras, en vez de decir, esconden lo no dicho; la gloria del lector es descubrir que los textos pueden decirlo todo, excepto lo que su autor quería que dijeran; en cuanto se pretende haber descubierto un supuesto significado, podemos estar seguros de que no es el real; el real es el que está más allá y así una y otra vez; los hílicos –los perdedores– son quienes ponen fin al proceso diciendo “he comprendido.” (Eco, 2002: p. 51)

Volviendo a nuestro ejemplo inicial, el caso exige el planteo de (varias) hipótesis sobre los enunciadores y el contexto histórico en el que se produjeron y circularon los textos para intentar postular posibles valores y referentes. No obstante, nadie podría sostener que el mensaje significa

cualquier cosa: existe una significación básica –la existencia de un proceso judicial que condenó a un hombre por fingir ser un marido ausente y ocupar su lugar– que opera como una limitación insalvable en cualquier interpretación.

En efecto, la modalidad afirmativa que caracteriza a cualquier definición, aunque no necesariamente remite a un orden físico del mundo, como dijimos precedentemente, proporciona una suerte de contrato social acerca de cómo debe entenderse el texto. Dicho estatuto casi legal opera como un límite, como una frontera (Eco, 2002). Por ello, una definición, aunque no refiere a algo concreto, sienta los límites para la comprensión de un contenido en términos de significado y sentido.

El *modus* que los romanos tomaron de los griegos y transformaron y enriquecieron refleja la obsesión latina por los límites espaciales, que se remonta a la leyenda de la fundación de la ciudad de Roma⁸. Eco (2002: p. 38) lo explica con la máxima “Si no se conocen las fronteras, no puede haber *civitas*”, que bien puede aplicarse a la interpretación de los textos: si no hay fronteras (como las que establece una definición) no hay posibilidad de delimitar o reconocer las instancias de un proceso de semiosis. Este postulado se reafirma si pensamos que el término ‘definición’ procede, precisamente, del latín *definitio*: *de*, ‘separación’, y *finio*, ‘limitar’, ‘poner límites’ (Zamudio y Atorresi, 2000).

3. Referencia, significado y sentido en la definición

En el caso de Martin Guerre, antes de decidir y dar un veredicto los jueces debían entender con exactitud y claridad el problema, es decir debían ‘definirlo’: delimitarlo y separarlo de otras cuestiones ‘limítrofes’ para evitar cualquier confusión que pudiera derivar en una equivocada práctica de justicia. Lo mismo ocurre con enunciados menos complejos⁹, como una

definición, pues también requieren una delimitación de sus alcances semánticos y pragmáticos.

En relación con lo que venimos desarrollando, juzgamos que “la significación de las oraciones incluye una referencia virtual a los ejemplares que deben encarnarlos, y cuando se los enuncia, esta referencia se actualiza, de modo que en el sentido de los enunciados se refleja el hecho de su enunciación” (Récanati, 1981: p. 145). A pesar de que la explicación del filósofo francés parece diáfana y sencilla, tiene la virtud de problematizar las tres nociones básicas de la semiótica que nos interesan: el referente, el significado y el sentido.

Sin pretender agotar las perspectivas de estudio que tales conceptos habilitan, es posible afirmar que la referencia radica en el proceso que relaciona el enunciado con el referente, es decir, el “conjunto de mecanismos que permiten que se correspondan ciertas unidades lingüísticas con ciertos elementos de la realidad extralingüística” (Kerbrat-Orecchioni, 1997: p. 46). Este es un sentido amplio de la noción, dado que ‘referirse a algo’ sería, en suma, ‘hablar de algo’. Una acepción más restringida, que Eco denomina ‘designación’ (Eco, 1999), remite a los casos en que los enunciados mencionan individuos particulares, grupos de individuos, hechos o secuencias de hechos concretos, en tiempos y lugares determinados. En ambas perspectivas, como hemos visto antes, una definición carece de referencia porque no alude a ninguna realidad fuera del texto ni a ese tipo de objetos existentes particularizados.

Sin embargo, ello no implica que una definición, como enunciado, esté privada de significado o sentido.

El concepto de ‘significado’ es interno a cada sistema semiótico, pues el significado asignado a un término tiene validez en el contexto de un determinado sistema semiótico y todo sistema, en especial el lingüístico, se

organiza para permitir la significación (Eco, 1994). En consecuencia, una definición posee un significado determinable o pasible de ser determinado, pero que no lo está aún por carecer de referencia a una situación y a agentes enunciativos precisos: se trata de “un nivel *simbólico* en que los signos remiten *en general* a las instancias del discurso o, si se quiere, en el que proporcionan instrucciones previas a la ubicación de aquellas instancias en un discurso efectivo” (Lozano, Peña-Marín y Abril, 1993: p. 199, cursiva de los autores).

A diferencia de ello, la noción de ‘sentido’ resulta interna a los enunciados o textos. El sentido aparece determinado gracias a referencias puntuales a instancias efectivas de la circunstancia comunicativa, es decir remite a sujetos y coordinadas espaciotemporales precisos e identificables.

En síntesis, “el significado (...) es el significado de una expresión-tipo. Por él nos preguntamos al indagar ‘qué quiere decir’ una expresión. Contrariamente, (...) la expresión-ocurrencia y su sentido es ‘lo que efectivamente significa’ una expresión determinada” (Lozano, Peña-Marín y Abril, 1993: p. 199). Desde esta óptica, en el aspecto pragmático –cuando realmente ‘se cumple’ la enunciación, más allá de su significado típico o determinable– reside la posible caracterización de una definición como objeto semiótico, porque ontológicamente hablando, la semiótica se ocupa de estudiar el sentido y sus manifestaciones en la comunicación, a través de los múltiples registros de signos que existen en las culturas (Brandt, 2018). De este modo, la interpretación de una definición requiere examinar un mínimo de información léxica (el significado) y una considerable información sobre lo ya dicho (el sentido), pues los “términos aislados no afirman nada (a lo sumo, tienen un significado)” (Eco, 1999: p. 329).

4. Comentarios finales

La definición como parte de la secuencia expositiva o explicativa ha recibido profusa atención en el campo académico, en especial porque es un texto que se emplea en los distintos campos de conocimiento y también en el ámbito de la enseñanza de las ciencias. La comprensión y asimilación de los conceptos fundamentales de una disciplina no es una tarea menor, por lo tanto la textualización¹⁰ y elucidación de las definiciones resulta crucial para el conocimiento, el avance y la aplicación práctica de cualquier área científica. El campo del derecho no es la excepción a ello.

Pero más allá de eso, la definición es un objeto semiótico que promueve otras reflexiones. Si consideramos, como hemos procurado en este capítulo, los tres ejes de la significación –referencia, significado y sentido–, advertimos que la definición se caracteriza por un particular funcionamiento en el que no existe una referencia, pero sí un significado delimitable que puede establecerse como sentido en la aplicación a casos determinados, en los que se identifiquen los actantes y el contexto de enunciación. El paso de ese estado de posibilidad al de realización efectiva es un aspecto relevante que todo operador jurídico debe tener en cuenta a la hora de utilizar e interpretar definiciones que impactan en entidades específicas.

5. Referencias bibliográficas

Bajtin, M. (1982). *Estética de la creación verbal*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

Brandt, P. A. (2018). “Qu’est-ce que la sémiotique? Une introduction à l’usage des non-initiés courageux”. *Actes Sémiotiques*. N° 121: 1-19.

Conicet Noticias (2022). “Un investigador del Conicet participó en la Feria del Libro de Buenos Aires con una charla sobre evidencia judicial y narrativa”. Disponible en: www.conicet.gov.ar

- Eco, U. (1994). *Signo*. Barcelona: Labor.
- Eco, U. (1999). *Kant y el ornitorrinco*. Buenos Aires: Lumen.
- Eco, U. (2002). *Interpretación y sobreinterpretación*. Madrid: Cambridge University Press, sucursal España.
- Eco, U. (2011). *Confesiones de un joven novelista*. Barcelona: Lumen.
- Ekirch, A. R. (2005). *At Day's Close: Night in Times Past*. New York: W. W. Norton.
- Jager, E. (2004). *The Last Duel: A True Story of Trial de Combat in Medieval France*. London: Random House.
- Kerbrat-Orechioni, C. (1997). *La enunciación. De la subjetividad en el lenguaje*. Buenos Aires: Edicial.
- Lozano, J.; Peña-Marín, P. y Abril, G. (1993). *Análisis del discurso, hacia una semiótica de la interacción textual*. Madrid: Cátedra.
- Miranda, L. R. (2018). "Héroes y tumbas. Reflexiones en torno de los personajes referenciales". En Miranda, Lidia Raquel (Ed.). *Héroes medievales en espejo. Personajes históricos y literarios de la Edad Media*. Santa Rosa: EdUNLPam: 19-38.
- Récanati, F. (1981). *La transparencia y la enunciación. Introducción a la Pragmática*. Buenos Aires: Hachette.
- Resnik, G. (2007). "La definición". En Resnik, Gabriela y Elena Valente. López Casanova, Martina (Comp.). *La lectura y la escritura en el trabajo de taller. Aspectos metodológicos*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento: 16-43.
- Strawson, P. F. (1950). "On referring". *Mind*, New Series. Vol. 59, N° 235 (Jul. 1950): pp. 320-344. Disponible en: semantics.uchicago.edu
- Zemon Davis, N. (1984). *El regreso de Martín Guerre*. Barcelona: Antoni Bosch. Disponible en: dokumen.tips
- Zamudio, B. y Atorresi, A. (2000). *La explicación*. Buenos Aires: Eudeba.

1 *El regreso de Martín Guerre*, en la traducción al español, se publicó en 1984.

2 *Le retour de Martin Guerre*, filme realizado por Daniel Vigne, con guion de Jean-Claude Carrière y con Gérard Depardieu y Nathalie Baye en los roles protagónicos. Disponible en: www.youtube.com

3 Vale la pena mencionar, a título ilustrativo, que el estudio de instrumentos judiciales es una vía cada vez más usada por los historiadores para analizar la vida en el pasado. Por ejemplo, una declaración penal es la que permitió registrar y comprender la práctica del sueño bifásico, fenómeno de fases del descanso nocturno registrado en obras literarias clásicas de la Antigüedad y la Edad Media, como *Odisea* y *Los cuentos de Canterbury* de Geoffrey Chaucer (Ekirch, 2005). Un proceso judicial también se halla en la génesis de *The Last Duel: A True Story of Trial de Combat in Medieval France* (Jager, 2004), historia sobre un problema jurídico que impacta sobre un matrimonio, retomado en 2021 en la película *El último duelo*, dirigida por Ridley Scott.

4 El juicio se hizo muy popular y concitó la atención de muchos redactores, entre ellos el filósofo Miguel de Montaigne, quien lo menciona en uno de sus ensayos.

5 Entendemos aquí el texto en un sentido amplio, es decir como una entidad que se manifiesta a través de una actividad productiva que traspasa la o las obras puntuales, pero que conserva una forma, una configuración o “una Gestalt, una relación constante entre sus elementos, aunque esos elementos ya no sean los mismos” (Eco, 2011: p. 109). En nuestro ejemplo, dichas propiedades esenciales, que se identifican en los textos del juicio, en las obras de Coras y Le Sueur y en la película, son el marido ausente, la esposa abandonada, el regreso de un extraño, la acusación, el juicio, la aparición del marido y la condena.

6 El uso de los nombres propios instaura un problema teórico adicional ya que refieren, pero no tienen sentido como los elementos descriptivos. Cf. Miranda (2018) para este tema en particular.

7 “‘Mencionar’ o ‘referir’ no es algo que una expresión haga; es algo que alguien puede usar para que una expresión haga. Mencionar o referir a algo es una característica del *uso* de una expresión, así como el ‘hecho de referirse a la esencia de’ algo, y su valor de verdad o de falsedad son características del *uso* de una frase” (traducción propia).

8 Como es sabido, Rómulo dibujó una línea fronteriza y mató a su hermano Remo por no haberla respetado.

9 Bajtin (1982) establece una clasificación de los géneros discursivos en primarios o simples y secundarios o complejos, en función de la complejidad de sus características (contenido temático, estilo y composición) y de las esferas de la praxis humana donde son empleados.

10 Se conoce como textualizar la actividad de escribir textos con sentido, que contemplan el contexto social en el que se inscriben y que se ajusten a la intención comunicativa, a los destinatarios y al género discursivo.

La Historia constitucional: una mirada desde la interdisciplinariedad y los factores de poder

Edith Esther Alvarelos

1. Presentación

Para evaluar la significación de la asignatura Historia constitucional, en la carrera de Abogacía, se incursiona en los aspectos generales de la ciencia histórica. Ello es así, porque es necesario plantear el contexto al que pertenece la “Historia constitucional” para no caer en el riesgo de considerarla emancipada de ese tronco originario. Solo se trata de una especialidad dentro de la ciencia histórica y, como tal, le caben las cualidades y dificultades de aquella.

No obstante esa pertenencia, la Historia constitucional no puede desprenderse de su otro vínculo que es el Derecho. Podría decirse que es una rama muy especializada de la ciencia histórica que se ocupa de evaluar los antecedentes de normas y proyectos constitucionales y cómo han influido en el constitucionalismo liberal y liberal democrático y su posición en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, cuando se hace un recorrido para la construcción de una Historia constitucional se deben tener en cuenta otras influencias no menos

valiosas que las disciplinas troncales que la constituyen: ellas son el clima de cada época en que se produjeron los hechos observados y los factores de poder que operaban para que así se sucedieran. Una breve definición de poder y sus dispositivos –el discurso del orden y el imaginario social– sirven de aclaración de cómo se construye el poder público que sostiene, o no, las instituciones y las reglamentaciones dictadas para su organización.

2. La Historia como ciencia y su metodología

2.1. Historia como recreación

Es oportuno comenzar por dar una definición de la Historia como ciencia y plantear su objetivo de estudio, sus características y sus límites. Ello no es una tarea fácil si tenemos en cuenta su encuadre dentro de las ciencias sociales que refieren a conocimientos que tienen lugar en la sociedad (Política, Economía, Derecho, Historia). El objeto de conocimiento de estas ciencias es cultural, creado y/o modificado por el hombre. Hay interrelación entre sujeto y objeto; por lo tanto, este no es neutro al valor. Ello es así porque en las ciencias de la sociedad, el conocimiento es múltiple, con varias versiones y vertientes, en la medida en que la humanidad está hecha por los hombres y los hombres son siempre múltiples (Gilly, 1980).

De igual manera, Lobosco (2001, p.109) plantea que en la historia se puede recurrir a pronósticos. La diferencia con otras ciencias es “que estos pronósticos no se refieren a hechos futuros, sino a hechos del pasado todavía no conocidos. Sobre la base de ciertos hechos conocidos, dice este autor, se puede “predecir que debió haber ocurrido tal o cual cosa que aún no conocemos, pero cuya existencia podemos constatar investigando los documentos históricos con los que contamos o buscando otros nuevos”.

El historiador intenta explicar los acontecimientos en su particularidad o unicidad, por lo cual deberá incluir en su descripción aspectos del conocimiento que no podrá explicar causalmente. Lobosco (2001, p.109) recurre a Popper para salvar esta dificultad, al indicar que “el historiador debe suplantar su explicación causal de los hechos mediante la indicación de los factores y circunstancias accidentales que concurren en la causación y en la descripción de los hechos”.

Hechas estas salvedades, se puede decir que la “historia es la re-creación intelectual de un pasado específicamente humano, mediante una pesquisa de *res gestae* (lo sucedido) realizada en base a testimonios, y la exposición congruente de sus resultados” (Cassani y Pérez Amuchástegui, 1970, p.30). Solo hay una manera de hacerlo: repensándolo en la propia mente del historiador. “El historiador no se limita a revivir pensamientos pasados, los revisa en el contexto de su propio conocimiento y, por lo tanto, al revivirlos los critica, forma parte de sus propios juicios de valor” (Collingwood, 1968, p.210) o bien “la historia tal como la concebimos es una construcción del historiador, basada en un cierto código, que efectúa un cierto recorte de los hechos acontecidos” (Lévi-Strauss en Lobosco, 2001, p.116).

Como se puede apreciar en estas definiciones, más allá de los avances ocurridos en el tiempo; existe coincidencia en cuanto al protagonismo intelectual del que estudia el pasado de las sociedades humanas y, por lo tanto, sobre el esfuerzo que se debe volcar en la recreación para no caer en el presentismo de un hecho que ya no existe. Definidas estas circunstancias, se puede decir que, al pensar objetivamente la historicidad humana, se inicia la indagación científica.

3. El método histórico

3.1. Concepto del método

Toda actividad específicamente humana se realiza con un orden determinado. Tales rutinas, tales maneras de hacer las cosas que, en buena medida nos han sido impuestas por la experiencia, representan otros tantos métodos. La palabra método proviene de dos vocablos griegos que traducidos literalmente quieren decir “camino hacia” o por extensión el vocablo camino significa también marcha, por lo que método equivale a “marcha hacia alguna parte” o bien “manera o medio de hacer algo”.

La palabra método significa, entonces, la búsqueda del camino adecuado para resolver un problema determinado. La aplicación de un método da rigor científico al trabajo de investigación.

Para Galletti (1987, p.8) la Historia es un suceder de hechos humanos en cuya indagación e interpretación participan seres humanos. De tal manera, la Historia se constituye como ciencia, con su propia metodología.

3.2. Teorizadores y metodólogos de la Historia

3.2.1. En la Antigüedad

La evolución de la historia, desde Heródoto a Bernheim, recorrió un camino historiográfico tortuoso, que no abría espacios definidos para colocarla en el plano científico. Sin embargo, es inherente al hombre buscar explicaciones sobre sus orígenes. Las sociedades no se han construido y expandido solo buscando nuevas perspectivas hacia delante; todo lo contrario, cuanto más crece una comunidad humana, más necesidades se generan respecto del pasado. Ello tiene que ver con la exigencia de que todo grupo humano tenga conciencia de su pasado colectivo. La conciencia de ese pasado grupal común constituye un componente inevitable de su dinámica social, instituciones, sistemas de valores, ceremonias y relaciones con el medio

físico y otros grupos humanos circundantes. Esta concepción del pasado comunitario y de la duración como grupo es una pieza trascendental para su identificación, orientación y supervivencia en el contexto natural y cultural de su emplazamiento (Moradiellos, 1993. p.111).

Hay una coincidencia generalizada en los estudiosos sobre la datación de los inicios estrictos de la historia como rescate de los hechos que la condujeron a la cientificidad: esto es, cuando los estudiosos u observadores de acontecimientos comenzaron a separar lo verdadero de lo falso al rescatar las acciones concretas de los hombres, antes planteada en un marco de epopeya, parcialmente real y parcialmente fabuloso. Si bien hubo un largo recorrido de construcción del método para rescatar los hechos en que los seres humanos intervinieron como protagonistas, hay consenso respecto a ubicar en Heródoto de Halicarnaso (c. 480-430 a. de C.)¹ el comienzo de ese camino de precisiones sobre los acontecimientos reales en la antigüedad.

Sin embargo, dice Collingwood (1968, p.36), Heródoto no tuvo continuadores que lo sobrevivieran. Después de él “la búsqueda de objetos del conocimiento, inmutables y externos, ahogó poco a poco la conciencia histórica e impuso el abandono de la esperanza herodotiana de alcanzar un conocimiento científico acerca de las acciones humanas del pasado”.

3.2.2. En el Medioevo

La concepción providencialista de la historia, predominante en el Medioevo, hizo superfluas las especulaciones metodológicas. Si los acontecimientos estaban dispuestos por Dios, no había más que atenerse a la autoridad establecida para reseñarlos. La historiografía cristiana ganó, sin duda, en amplitud conceptual, pero retrocedió en calidad metodológica.

Barreras idiomáticas y religiosas impidieron que se conociera a un historiador árabe muy importante: Abejaldún (1332-1406) y que influyera

en el pensamiento occidental. Los “Prolegómenos” de su *Historia Universal* constituyen un importante tratado de teoría y filosofía de la Historia. Opinaba este pensador que los errores provienen de “reseñar indistintamente toda clase de relatos, sin controlarlos por los principios generales que a ellos se aplican, sin compararlos con relatos análogos o hacerlos experimentar la prueba de las reglas que proporcionan la filosofía y el conocimiento de la naturaleza de los seres; en fin, sin someterlos a un examen atento y a una crítica inteligente”. Esto se escribía hacia 1378, en los confines del mundo civilizado (en Cassani y Pérez Amuchástegui, 1970, p.8).

3.2.3. Durante la Modernidad

En el siglo XV, el hombre vuelve a ser el centro de la reflexión intelectual, y la historiografía retoma los caracteres humanísticos y racionalistas que distinguieron a la producción griega. Sin embargo, la metodología no mejoró visiblemente. El criterio de autoridad siguió prevaleciendo, solo que este se desplazó del sector eclesiástico a la tradición grecorromana.

En el siglo XVII se reaccionó contra el modo retórico y tradicionalista de la historiografía humanista. Esta reacción procedió, sobre todo, del campo confesional y respondía a intereses religiosos. Pero no debe olvidarse que es este el siglo de Galileo y de Newton, y del *Discurso del Método* de Descartes. “La historia experimentó las mismas incitaciones que las ciencias exactas y naturales, abandonando las autoridades de escuela e iniciando decididamente la etapa de la crítica documental” (Cassani y Pérez Amuchástegui, 1970, p.12).

En contraste con la minuciosidad laboriosa y callada del siglo anterior en el siglo XVIII aparecen las visiones panorámicas, el conocimiento de pueblos exóticos y las grandes reflexiones filosóficas. Las reflexiones acerca de la historia van dirigidas, en este siglo, al aspecto conceptual y

gnoseológico, e inician la gran corriente historicista² que culminó en el siglo XIX. “No obstante, la metodología propiamente dicha continuó depurando sus procedimientos a fin de lograr un conocimiento preciso y objetivo del pasado mediante el aumento de la erudición documental y escrita” (Cassani y Pérez Amuchástegui, 1970, p.13).

3.2.4. Los significativos cambios contemporáneos

Los avances definitivos de la metodología histórica corresponden al siglo XIX. El mejoramiento de los métodos e instrumentos científicos en general repercutió favorablemente en el campo de la historia, hasta lograr un cuerpo de normas y de principios que condujeron a la certeza por el camino de la erudición.

Este movimiento erudito que orientó a la historia hacia el alto grado de precisión que hoy ostenta determinó la fijación de las distintas etapas y aspectos que presenta el método histórico. La figura culminante de la metodología histórica es el alemán Ernest Bernheim (1850-1942) que escribió el *Tratado del método histórico y de la filosofía de la historia. Con indicación de las principales fuentes auxiliares para el estudio de la historia* (1903).

Esta estabilización parece haber llegado impelida por el afianzamiento del positivismo y la reputación de las ciencias naturales. Así, Bernheim expuso un método para la historia que abría la posibilidad de investigación histórica en un todo de consonancia con el paradigma de la época, en que el científico debía ser ‘imparcial’ y ‘objetivo’.

Droysen complementa los aportes de Bernheim cuando “inicia la fundamentación científica de un método histórico propio a base de ‘comprensión’. A partir de él, no puede hablarse con seriedad de una historiografía meramente ‘datista’ que pretenda ubicar las categorías historiológicas de singularidad, unicidad y preteridad en la individualidad

absoluta del hecho suelto y descarnado” (Cassani y Pérez Amuchástegui, 1970, p.208).

3.2.5. El método en la historia como ciencia

Las cuatro etapas del método de la historia científica siguiendo a Cassani y Pérez Amuchástegui, que provienen de esa necesidad de imparcialidad y objetivismo del siglo XIX, son las siguientes:

- La heurística: de búsqueda de fuentes de información.
- La crítica: referida al análisis cualitativo de los documentos obtenidos.
- La síntesis: que es el trabajo de recreación del corpus investigado.
- La exposición, es decir, dar a conocer los resultados de la investigación realizada.

La heurística: La palabra “heurística” proviene del griego y significa “hallar algo oculto” como técnica, se ocupa de fijar normas para obtener noticias en las fuentes de información; vale decir, para transformar los testimonios en fuentes. En esta etapa es necesario realizar la búsqueda de antecedentes; en general se trata de consulta de la bibliografía existente respecto del corpus, su selección y fichado. Una vez efectuada esta selección, es necesario remitirse a las fuentes, aun cuando ellas hayan sido analizadas en la bibliografía consultada, a los efectos de hallar nuevas huellas orientadas a la propia investigación. En esta tarea, se hace necesario recurrir, además de las ciencias orientadas a la propia investigación, a las ciencias auxiliares que concurren, desde sus propias experticias, a facilitar la atarea del historiador.

La etapa crítica: (del griego: arte de discernir) es aquella en la que se analiza cuantitativamente, en todos los órdenes, el material obtenido en la etapa heurística. En esta etapa, dicen Cassani y Pérez Amuchástegui, se pueden reconocer “cuatro momentos”:

En el primero se determina si el testimonio es auténtico o fraguado, es la confirmación de la autenticidad, si el documento es auténtico o falso (otros historiadores lo llaman crítica formal o externa). En el segundo hay que averiguar el grado de verdad que encierra la noticia contenida en él; es decir, un testimonio puede ser auténtico, pero no veraz, o puede serlo parcialmente (tradicionalmente se lo denomina “crítica interna”). Un tercer “momento” es el hermenéutico (del griego: “arte de interpretar”) o de interpretación. En este “momento” se interpreta el testimonio a la luz de los antecedentes reunidos para comprenderlo e insertarlo en el trabajo de investigación. Hecho esto, se está en el último “momento”: el “axiológico” (del griego: algo que tiene un valor), en el cual el investigador puede hacer una valoración mediante la cual verifica (o no) la validez de su hipótesis.

La etapa expositiva es la culminación de una investigación en Historia. No hay producción científica sin la transmisión de las conclusiones a las que se ha arribado. La tarea del historiador termina cuando presenta o expone los resultados de su investigación.

Esta presentación no debe dejar de lado los detalles formales, propios de cualquier obra, además de aquellos específicos de la composición histórica y característica del tipo de trabajo ejecutado (monografía, contribución, ensayo, tratado).

El hecho de exponer como sucesivas las etapas de investigación, no significa absoluta separación y sucesión temporal entre ellas; por el contrario, la crítica es una etapa que debe estar presente en todo momento del trabajo de un investigador.

El método de Bernheim fue funcional durante el siglo XIX y principios del XX, no sin plantear discusiones sobre las dificultades que los historiadores positivistas debían afrontar; discusiones que crecieron y se agitaron en el siglo XX, en que las ciencias sociales comenzaron a reclamar

posiciones cada vez más importantes en el plano científico, buscando diferenciarse en sus métodos de investigación de las ciencias naturales.

Ya en el siglo XIX comienzan a manifestarse esfuerzos de desvinculación del método (para la historia) de las ciencias naturales. El filósofo neokantiano Wilhelm Dilthey postuló la existencia de dos métodos científicos diferentes. Uno es válido para las ciencias naturales y consiste en deducir el hecho que se quiere explicar a partir de un conjunto de leyes y condiciones iniciales. En cambio, en las ciencias del espíritu (hoy las llamamos ciencias sociales) el método consiste en comprender el sentido de los fenómenos estudiados. Comprender el sentido de algo no es lo mismo que explicarlo. La comprensión está vinculada a la intencionalidad, se comprenden los propósitos del sujeto que actúa, el significado o intención de un signo, el sentido de una institución. La explicación, en cambio, no está vinculada de este modo con la intencionalidad y opera mediante leyes del modo que hemos visto, de las que la comprensión prescinde (Lobosco, 2001).

En la actualidad, no es discutido que ese método tuvo –y aún la tiene– utilidad para anclar a la historia en el lugar de la científicidad, pero “este trabajo erudito ya no presenta la mayor parte de la actividad del historiador, como ocurría cuando predominaba la concepción positivista de la historia” (Cardoso y Pérez Brignoli, 1986, p.20).

De este párrafo se deduce una apertura de la Historia hacia otras influencias que tuvo una expresión importante en 1929 con la creación de la revista de los *Annales* por Lucien Febvre y Marc Bloch, permitiendo la discusión no solo entre historiadores, sino que se abrió a las ciencias sociales en general. Nuevos nombres fueron sumándose para potenciar las transformaciones –F. Simiand, E. Labrousse, J. Meuvret, F. Braudel–.

Esa apertura es expuesta con claridad por Cardoso y Pérez Brignoli (1986, p.21) al referir que,

al contacto de las otras ciencias del hombre, la historia, a partir de 1930 aproximadamente, se interesa por los hechos recurrentes así como por los singulares, por las realidades y por aquellos de que los contemporáneos no tienen necesariamente conciencia –los ciclos coyunturales de larga duración– por ejemplo.

Esta nueva forma de abordar los estudios en la ciencia histórica trajo como consecuencia la necesidad de adoptar en sus nuevas prácticas metodológicas términos y conceptos que provienen de otras disciplinas, tales como “cuantificación, coyuntura/estructura, modelo”.

El debate metodológico no está cerrado, y a pesar del crecimiento de las especializaciones, existe un número importante de científicos que buscan acercarse cada vez más a la verdad (siempre relativa para las ciencias sociales) a través de interpretaciones en las que concurren las diferentes perspectivas que rodean al corpus de estudio. Una manifestación de esa discusión enriquecedora es la expresada por Lobosco y otros (2001, p.107):

La historia es una ciencia, y en cuanto tal debe ser objetiva, sin embargo, la hace el hombre y es el propio hombre histórico quien juzga su pasado. ¿Puede alcanzarse entonces en este caso el ideal de objetividad al que aspira la ciencia? ¿Nuestra visión de la historia está condenada a ser siempre parcial, ya que nuestra perspectiva presente limita nuestra comprensión e incluso la relación misma de los hechos? Además, si la historia es el escenario de la libertad humana, ¿puede aceptarse que se rija por leyes como los fenómenos de la naturaleza? En tal caso, ¿cómo conciliar libertad y necesidad? Las explicaciones históricas se encuentran ante estas dificultades que deben resolverse”.

4. La Historia constitucional y la interdisciplinariedad

En este trabajo se sostiene que la Historia constitucional participa en su pertenencia tanto de la ciencia del Derecho como de la Historia. Esto es, la Historia constitucional es una rama de las ciencias de la Historia que aborda temas vinculados con la ciencia del Derecho. No se la puede desvincular de su origen histórico, a la vez que sería incompleta si no se nutre de su otra parte con la que puede analizar los antecedentes que conducen a una Constitución. Para que los resultados sean positivos es deseable la participación de investigadores que provengan de ambas disciplinas. “La diferencia de perfiles entre la Historia constitucional que hacen los historiadores y los juristas es claramente comprobable, y consiste –quizás por ello sea tanto más necesaria una colaboración interdisciplinar- en que cada perfil propio se ve completado recíprocamente o también relativizado, por el otro.” (Böckenförde, 2015, p.40).

Una respuesta al respecto la da jurista francés Michel Troper (2015, p.46), quien sostiene que existen dos razones para justificar la concurrencia de ambas ciencias en el análisis –el Derecho y la Historia-. Para este autor, el objeto del Derecho constitucional son los discursos para entender algunos presupuestos sobre si el Estado es soberano o que la soberanía es indivisible. Es preciso, sostiene, comprender de dónde provienen esos discursos y esa es tarea de la Historia.

Siguiendo a Varela Suanzes-Carpegna, el estudio de la Historia constitucional puede realizarse desde dos miradas distintas: la normativo-institucional y la doctrinal.

La primera refiere a la existencia de textos constitucionales, incluidos aquellos proyectos que no llegaron a entrar en vigor, pero también es necesario ahondar en diferentes documentos constitucionales de muy variada procedencia, tales como leyes, reglamentos u otros antecedentes que hayan servido a la organización y funcionamiento del Estado.

En cuanto a la segunda, es muy amplia en cuanto a las posibilidades de lograr la mayor cercanía a la interpretación de las normas por sus creadores o intérpretes. Entre la documentación a observar se pueden citar los diarios de sesiones de los cuerpos legislativos, artículos de la prensa en cada época, publicaciones científicas, etc. Ello incluye también las influencias y modelos externos que los hay, como en el caso argentino en cuya Constitución de 1853 el modelo norteamericano tiene mucha presencia.

Sin embargo, una y otra no pueden separarse en la reconstrucción que hace un historiador. Aún mucho más, no alcanza con el ensamble de ambas, sino que deben indefectiblemente entenderse en el contexto de la sociedad en la cual estos hechos se producen. Hay que tener en cuenta que el historiador trabaja con hechos del pasado, por lo tanto, su recreación es compleja porque debe evitar el riesgo de hacerlo desde una mirada actual para realizar la síntesis de su búsqueda. En el caso de la Historia constitucional el investigador busca rescatar tanto las normas como las doctrinas en su contexto social global y cómo han influido en el constitucionalismo actual, teniendo en cuenta la época en que sucedieron, es decir su historicidad. Ello es importante a los efectos de evaluar algunos de los inconvenientes que surgen del rescate en tiempos pasados de las normas y de las doctrinas, todo ello en un contexto de fuerzas económicas, sociales y políticas que influyeron en esa construcción. Eso es expuesto por Varela Suanzes-Carpegna (2015, p.17) al sostener que “al historiador del constitucionalismo no le basta con ensamblar la perspectiva normativo-institucional con la doctrinal, sino que además debe conectar las normas, las instituciones y las doctrinas constitucionales con la sociedad en la que se insertan”.

En este último sentido, se puede decir que existe una condicionalidad histórica del Derecho “como producto de la vida humana encajada en

circunstancias vivas y cambiantes” (Galletti, 1987, p. 27).

Wolfgang Böckenförde (2015, p.36) hace referencia a que el tema elegido para su tesis doctoral “Los interrogantes de la época histórica en la investigación histórico-constitucional del siglo XIX” se trataba de un tema adaptado para un jurista y para un historiador. Su interés principal de tesis se orientaba hacia “los aspectos normativo e institucional pero siempre con la inclusión de aquello que se puede denominar los fundamentos político-sociales de una época”.

Este autor alemán refiere que los investigadores a que acudió en sus consultas querían ser auténticos historiadores para mostrar realmente aquello que estudiaban, pero que, a su vez, se le presentaban dudas o interrogantes propios de su época y de sus posturas ideológicas presentes.

Si partimos de la necesidad de diferenciar una constitución formal de una constitución real; esto es: que una constitución vigente no es el mero fruto de la experticia de juristas especializados, sino que en su elaboración estuvo presente el “espíritu del pueblo”³ para el que fuera creada, el trabajo que se aporta desde la Historia constitucional es una herramienta para su mejor análisis específico, que es tarea de constitucionalistas. De ese modo, “la Constitución de un país es una parte, pero solo una parte, de su sistema político. La distribución del poder político, y la forma en que este se ejerce, interactúan con las disposiciones constitucionales de formas muy distintas atendiendo a la historia de ese país, a sus condiciones sociales y económicas, a su psicología política y a otros factores diversos” (Ville, 2015, p.60).

Estas últimas consideraciones, nos llevan a buscar un complemento para el análisis en las relaciones de poder que, en cada época y lugar, determinan las influencias que llevan a plasmarse en una Constitución. Para Ferdinand Lassalle (1931/1862) la Constitución de un país es, en esencia, la suma de

los factores reales de poder que rigen en ese país. “Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas”.

5. El Poder: carácter relacional

El orden es una propiedad de la vida social y no hay orden sin dirección. La necesidad de dirección, inherente a todo agrupamiento humano estructurado o no, se satisface mediante el poder.

Como señala Celso Lorenzo (2006) el Derecho puede ser comprendido como un producto definido por las relaciones de poder y por ello, el conocimiento de su evolución histórica debe dar cuenta de las funciones que las instituciones, especialmente aquellas de derecho público, cumplen como frutos de luchas políticas y sociales.

El poder es, entonces, un fenómeno social, producto de la interacción humana. Consiste en la relación de subordinación en que se colocan recíprocamente los seres humanos. Esta relación de subordinación requiere la presencia de dos términos, el mando y la obediencia. Puede darse entre dos o más individuos, o bien abarca la totalidad de un grupo de la comunidad.

El carácter relacional del poder se hace evidente a poco que se lo observe. El gobernante es poder o tiene poder solo en la medida en que es obedecido. Si falta este requisito de nada vale que lleve una corona sobre la cabeza y se siente en un trono de oro o que el Boletín Oficial lo llame Presidente (López, 1970).

5.1. Poder público

El poder público (también denominado poder político-estatal) se diferencia de cualquier otra relación de poder por la esfera de su actividad, su modo de influir en la conducta humana, los instrumentos que controla y los propósitos que la orientan.

Su esfera no la constituyen algunos individuos, ni una determinada categoría de individuos, sino la totalidad de un pueblo o de una nación, dentro de un ámbito espacial determinado. Su finalidad es el orden de la organización que controla.

El poder público no es ilimitado, no puede ser caprichoso ni arbitrario, sus límites están fijados por la Constitución y demás normas legales.

Las temáticas referentes al poder público y sus dispositivos se nutren, sobre todo, de la óptica que proporciona la teoría crítica del derecho.

Esta corriente de pensamiento, coincidente con el movimiento francés de teoría crítica del Derecho, surgía en Argentina en la década de 1970, y contaba entre sus inspiradores a Carlos M. Cárcova, Enrique Marí, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman.

Sostenían la necesidad de hacer pertinente el aporte de una teoría de la ideología que se hiciera cargo de los niveles del imaginario social y su articulación múltiple con el mundo de las normas, las prácticas institucionalizadas, el saber de los juristas y las representaciones de los súbditos. Impugnaban la pretensión hegemónica y el reduccionismo de las corrientes normativistas que implicaban un puro juego de disposición y organización metodológica de lo jurídico, con su escuela de preterición y olvido de lo social (Cárcova, 2000, p.12).

5.2. Dispositivos del Poder

En la construcción del dispositivo del Poder, su reparto y la necesidad de alcanzar la legitimación y sostenimiento, convergen diferentes acciones.

Dos son las vertientes significativas que conducen a esta construcción: el discurso del orden y el imaginario social. “El discurso del orden y el

imaginario social concurren y convergen en el ‘dispositivo del poder’, del que constituyen instancias distintas pero no independientes” (Marí, s/d, s/p).

5.2.1. Discurso del orden

El discurso del orden es el lugar de la razón, pertenece al ámbito cognoscitivo de la teoría y de las representaciones racionales. Existen muchos ejemplos en el desarrollo de teorías justificadoras de los diferentes regímenes políticos. Uno indiscutiblemente claro es el de Thomas Hobbes que, en su Leviathan, elabora una teoría de justificación del poder absoluto del rey de Inglaterra, fundado en los derechos naturales del hombre y la defensa de los mismos por un soberano con la fuerza suficiente para conservar la paz. Para ejercer eficientemente su labor el soberano necesita, mediante un “pacto” legitimante que el pueblo delegue en él todo el poder. “Los particulares... renuncian a ejercer su derecho natural para obtener en compensación, seguridad a condición de que todos hagan lo mismo” (Marí, s/d, s/p).

De lo expuesto hasta aquí con el ejemplo de El Leviathan, se deduce que la fuerza es el elemento constitutivo del poder. No obstante, su sustentabilidad en el tiempo, requiere de instrumentos que conduzcan al pacífico convencimiento del ejercicio de la “obediencia”. Allí aparece el imaginario social.

5.2.2. Imaginario social

El imaginario social es una estructura legitimante del poder que recurre a símbolos y su existencia es casi inherente a la existencia de la humanidad y tiene que ver con la convivencia social, en general y no solo con motivaciones políticas de alcanzar (o sostenerse en) el poder público.

El imaginario, como lo indica el término, se relaciona con la imaginación, pero no es lo mismo. La imaginación forma parte de

actividades creativas individuales, mientras el imaginario es el efecto de una compleja red de relaciones entre discursos y prácticas sociales.

El imaginario social interactúa con las individualidades. Se construye a partir de las coincidencias. Se manifiesta en lo simbólico (lenguaje y valores) y en el accionar concreto entre las personas (prácticas sociales).

No obstante, cuando el imaginario se libera de las individualidades, cobra forma propia. Y por una especie de astucia del dispositivo se convierte en un proceso sin sujeto (Díaz, 1998: 13-14).

Simplificando esta definición se puede decir que el imaginario comienza a actuar tan pronto como adquiere independencia de las voluntades individuales, aunque necesita de ellas para materializarse. Existe interacción entre valoraciones individuales y valoración colectiva. Las acciones (la materialidad) las realizan las personas, pero aspirando a determinados modelos o paradigmas reconocidos como los mejores. En tal sentido, es móvil y contundente produciendo materialidad (el ideal de belleza de nuestro tiempo y espacio es la delgadez y se puede llegar hasta la enfermedad para lograrla). No se puede hablar de uniformidad de conductas, sino de tendencias. En un discurso político se puede aspirar a lograr que todos crean que “el candidato” es el “único”, si se instala en el imaginario colectivo, cobrará materialidad en la mayoría, pero nunca en la totalidad de los votantes.

En resumen, en el dispositivo de poder, como ya se dijo, discurso del orden e imaginario social interactúan: el discurso, es decir el fluir de proposiciones coherentes circula por la sociedad y genera espacio para que ingrese al imaginario que opera “en el fondo común y universal de los símbolos, seleccionando los más eficaces y apropiados a las circunstancias de cada sociedad para hacer marchar el poder” (Marí, s/d, s/p).

Así como el discurso se vincula con la razón, el imaginario busca su fundamentación en las emociones, la voluntad, los deseos. El sujeto de una época (o de una situación dada en lo político, religioso, etc.) no es la suma de individuos sino, el imaginario social de lo que significa ser sujeto de esa época. Y en cada época, los antecedentes constitucionales producidos se nutren de los modelos imperantes.

6. Conclusión

Este trabajo se centra en tres ítems para explicar el lugar que ocupa la Historia constitucional como ciencia, lo cual no significa ignorar la multiplicidad de influencias y debates sobre su cientificidad y método de estudio que se hayan todavía abiertos.

El primero es la interdisciplinariedad respecto de su doble pertenencia a las ciencias de la Historia y del Derecho. Para ratificarlo se recurre a autores que sostienen en sus trabajos la justificación de esa postura.

En cuanto al método de investigación, ya no está en discusión que las ciencias sociales se abordan de forma diferente que las ciencias naturales las que, en el siglo XIX, fueron el sostén necesario para hacer de la historia una disciplina científica. Para ello se recorre brevemente la evolución producida desde la antigüedad hasta el siglo XIX.

Por último, se hace referencia al Poder y sus dispositivos en el entendimiento que, si para la reconstrucción de la Historia constitucional hay que tener en cuenta el clima de época en que se sucedieron los hechos estudiados, es importante definir este concepto como herramienta de los distintos factores de poder que operaron en uno u otro sentido en la sucesión de hechos que llevaron a plasmarlos en una Constitución.

En conclusión, se ha recurrido a autores que, en sus estudios, abordaron temáticas sobre historia constitucional, a los efectos de ratificar la premisa inicial de la doble pertenencia de esta rama a las ciencias del Derecho y de la Historia, y la necesidad de la situar esos estudios en los tiempos y lugares en que los hechos abordados sucedieron. Para ello, y en el entendimiento que es importante observar de donde proviene como rama de un tranco original que es la ciencia histórica, se hizo un breve recorrido para rescatar la evolución que se fue produciendo en su estudio. En cuanto a la otra pertenencia, es posible que el historicismo desde fines del siglo XVIII y la teoría crítica del Derecho en la década de 1970 hayan sido puntos de inflexión muy importante a la hora de considerar que una constitución real se nutre de antecedentes históricos que deben tenerse en cuenta.

7. Referencias bibliográficas

- Böckenförde, E.W. (2015). *La Constitución: entre la Historia y el Derecho*.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2015) *Historia e historiografía constitucionales*. Madrid. Editorial Trotta.
- Cárcova, C. M. (1991). “Prólogo” en AA.VV. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cárcova, C. M. (2000). *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*. Bs.As. Disponible en <http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=1254&n=BIBLIOGRAFIA.Notas%20acerca%20de%20la%20Teor%20DDa%20Cr%20DDtica%20del%20Derecho.doc>. Consultado el 14/05/2022.
- Cardozo, C.F.S. y Pérez Brignoli, H. (1986). *Los métodos de la historia*. Barcelona: Crítica.
- Cassani, J. L. y Pérez Amuchástegui, A.L. (1970). *Del ‘epos’ a la historia científica*. Buenos Aires: Nova.

- Collingwood, R.G. (1968). *Ideas de la Historia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Díaz, E. (1998). *La ciencia y el imaginario social*. 2º ed. Buenos Aires: Biblos.
- Galletti, A. (1987) *Historia constitucional argentina*. Tomo I. La Plata (Bs.As.). Editora Platense S.R.L.
- Gilly, A. (1980). “Historia y Poder” en *Nexos*. N° 34. Octubre de 1980. México.
- Lassalle, F. (1931/1862) *¿Qué es una Constitución?* Traducción del alemán y prólogo por W. Roces Madrid, Panorama-Editorial “CENIT”, S. A. www.filosofia.org. Consultado el 14/05/2022.
- Lobosco, M. (2001). “El sentido de la historia desde el concepto de progreso”. *Tópicos de la razón humana*. Buenos Aires: Eudeba.
- Lorenzo, C.R. (2006). *Historia Constitucional Argentina*. Tomo I. Rosario: UNR Editora.
- Marí, E. *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*. Universidad de Buenos Aires. (Mimeo).
- Moradiellos, E. (1993). “Últimas corrientes en historia”. *Historia Social*. N° 16. Valencia.
- Troper, M. (2015) La dimensión histórica del constitucionalismo. En Varela Suanzes-Carpegna, J. *Historia e historiografía constitucionales*. Madrid. Editorial Trotta.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2015). *Historia e historiografía constitucionales*. Madrid. Editorial Trotta.
- Ville, M. J. C. Política y Constitución en la historia británica y estadounidense. Varela Suanzes-Carpegna, J. (2015). *Historia e historiografía constitucionales*. Madrid. Editorial Trotta.

1 Galletti cita a Chatelet (1962) para agregar a Tucídides en la paternidad de origen de la ciencia histórica.

2 El historicismo es un movimiento cuya vigencia se sitúa en el siglo XIX, pero sus antecedentes se remontan más atrás. Se trató de una reacción ante la doctrina del derecho natural, o más precisamente del jusnaturalismo que, fundados en la razón, ignoraban las fuentes, esto es la evolución histórica (Galletti, 1987)

3 Se trata de un concepto utilizado por los historicistas, entre los cuales merece mencionarse a Savigny entre sus principales representantes. Dice este pensador que no se trata de ignorar otras concepciones, sino que es necesaria la recuperación del elemento histórico como productor del carácter nacional y el espíritu particular de un pueblo (Savign en, Galletti, 1987, p. 28).

Notas al poder político en Tomas Hobbes: una mirada al rol estatal en tiempos de pandemia

Yamila Eliana Juri

1. Introducción

Los últimos acontecimientos relacionados con la pandemia han traído como consecuencia un auge del poder político, aumentando exponencialmente la actividad estatal con el dictado de normas y decisiones jurídicas y políticas en áreas de la vida privada cada vez más personalísimas. Este panorama nos lleva a mostrar la vigencia de las tesis hobbesianas en lo referente a la creencia radicada en la población de obedecer a su soberano sea cual fuese el contenido de lo que éste mande.

Como veremos a continuación, Thomas Hobbes (1588-1679) considera que solo puede existir paz y seguridad -el primero de los dones que Dios puede otorgar a los hombres- si se garantiza una obediencia al soberano en términos radicales. En esta perspectiva, podemos ver un cierto paralelo con la situación que atravesó el mundo entero con la pandemia, pues se dieron y aún siguen los ecos de ciertas herramientas de poder a los gobiernos locales para acotar las libertades individuales de los ciudadanos, bajo el lema de proteger la vida y la salud de los mismos.

Sabemos que en la doctrina del autor inglés, todo comienza con el estado de naturaleza en el cual los hombres son iguales, todos tienen el mismo derecho, como por ejemplo a ser libres¹ y realizar todo aquello que les permita conservar el bien máspreciado que es la vida. En este sentido, afirma el autor: “el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas” (Hobbes, 2007: 106), asimismo, la legalidad, no se funda en la rectitud y la justicia de quien detente el poder, sino en la fuerza. Antes de existir la ley civil, nada puede considerarse justo ni injusto, ni recto ni vicioso, por tal motivo “una norma común para la virtud y el vicio no aparece excepto dentro de la vida civil” (Hobbes, 2008, 116-117).

Entre las dimensiones de nuestra vida que se han visto afectadas por la prolongada emergencia sanitaria está nuestra relación con el Estado. La legitimidad del Estado moderno es en gran parte una legitimidad biopolítica, en donde el poder soberano tiene caracteres muy marcados. En tal sentido, resulta de interés el trabajo reciente de Toscano, quien afirma que los poderes soberanos y administrativos han aprovechado la ocasión de un estado de excepción, impregnando nuestra atmósfera social como las gotas de aire que tanto tememos, con el fin de emprender una mutación al por mayor de nuestros paradigmas de vida política, obligando a todos y cada uno de nosotros, a través de una “obligación jurídico-religiosa” con la salud, a cumplir con las exigencias infinitamente plásticas e innegables de la bioseguridad (2020, p.15).

2. Los dos estados del hombre

Es ampliamente conocida la teoría explicitada por el autor inglés, en cuanto a los dos momentos en la vida del hombre, uno el estado de naturaleza y

otro el estado político. En el primero cada uno tiene tanto derecho como fuerza física. De ahí que se caracterice este primer estado como un momento desgraciado del cual se debe lograr salir. Recordemos que existía hasta ese momento, una gran tradición de raigambre aristotélica, con una visión antropológica definida respecto a la persona y a la sociedad política, de la cual Hobbes comienza a apartarse. En efecto, Aristóteles veía al hombre como un animal social o político, (*zôon politikôn*), que, en cuanto tal, realizaría su forma o naturaleza en el marco de una polis, gracias a participar cívica y políticamente en el ágora², esto se traduce en que el hombre tiende naturalmente a vivir en sociedad y ésta lo perfecciona como tal.

Por el contrario, Hobbes en *De Cive* (1642), intentará demostrar que el ser humano, lejos de constituir un ser político por naturaleza, se ve conducido por su propio modo de existencia a un espiral de violencia y de guerra que conforma ese estado natural. Por ello, el ser humano naturalmente quiere pasar por encima de su semejante, esto lo expresa en la célebre frase: “el hombre es lobo del hombre” (Hobbes, 2000, 32-33). En el estado de naturaleza no hay más que el juego desatado de las pasiones y además el nivel de avance intelectual que necesita la vida política tornaba imposible que los hombres formaran sociedades civiles sin que antes hubieran desarrollado suficientemente el habla³.

En oposición a la tesis aristotélica, sostiene que, si bien el hombre tiene una disposición natural a unirse, no puede en modo alguno considerarse como una disposición a la sociedad política, “de ahí la afirmación según la cual no es la naturaleza sino la educación, lo que hace al hombre apto para la sociedad” (Zarka, 1997, 66). Esta disposición natural se fundamenta básicamente en que el hombre se caracteriza por ser “un ente de deseos y de palabra” (Gabriel, 2009, 74). Estos deseos se resumen en uno más intenso

que es el deseo del hombre de continuar siendo, otro es el deseo perpetuo e insaciable de poseer poder y la búsqueda constante del placer. De esta manera mientras que la principal preocupación de Aristóteles era la *polis* y no el individuo, Hobbes toma al individuo como punto de partida de su filosofía política.

En el capítulo XIII del Libro II del *Leviatán*, el autor explica por qué ocurre la guerra de todos contra todos. Argumenta que, al ser los hombres iguales, siempre desean más los unos que los otros, esto deriva en una competencia entre los individuos, un desenfreno en las manifestaciones del ser humano conducentes a un alto grado de competición y temor, que de no mediar un poder del Estado con una soberanía absoluta, se convierte en una guerra sin límites. Por tanto, los hombres no experimentan placer ninguno (sino por el contrario, un gran desagrado) reuniéndose, cuando no existe un poder capaz de imponerse a todos ellos.

Considera Hobbes que este egoísmo impele a la enemistad y de ella surge la inseguridad; el derecho natural sólo indica al hombre la conveniencia de hacer “lo que considere necesario para sobrevivir” (Hobbes, 2007, 107). Semejante libertad, redundante en perjuicio de todos: de esta guerra es también consecuencia que nada pueda ser injusto, ya que donde no hay Estado constituido para todos no hay legislación y por tanto no existe la injusticia. Va de suyo que no es la búsqueda de la vigencia de valores humanos lo que impele al hombre a erigir el Estado, sino el deseo de no perder la propia vida. Uno de los pilares donde se asienta la teoría política hobbesiana es ciertamente este egoísmo del hombre, que como bien lo señala Torres del Morral, (1992, 249) se traduce en “un afán de autoconservación, de seguridad y temor a la muerte”. La apetencia de poder, prestigio y riqueza se inscribe en ese interés por la seguridad, pero como todos buscan lo mismo se da este deseo perpetuo de poder.

Después de rechazar el carácter natural de la política, Hobbes centra sus esfuerzos en poner de relieve la importancia que tiene el miedo a la hora de salvar el conflicto en el que nos sitúan la antropología y la moral. La naturaleza humana, lejos de convertirnos en animales políticos, nos conduce directamente al enfrentamiento y a la competición. La búsqueda de la supervivencia y la avidez por el reconocimiento de nuestro poder se convierten en un juego de suma cero en el que sólo maximizaremos nuestro beneficio. Por ello, el estado de naturaleza es una hipótesis lógica, es decir, es el estado anterior a toda sociedad y esta anterioridad “no es cronológica ni histórica, es una anterioridad en la naturaleza, no en el tiempo” (Lukac de Stier, 1999, 224). El miedo que genera este estado de cosas es lo que llevará a la conformación del Estado.

3. Conformación del Estado a través del pacto

La superación de este estado natural es posible a partir de la conformación de la sociedad civil que nace del conocido contrato social. Para Hobbes, el único camino para la constitución de un poder común que pueda ser capaz de garantizar la seguridad de las personas consiste en “elegir un hombre o asamblea de hombres que represente su persona; y cada uno poseer y reconocerse a sí mismo como autor de aquello que pueda hacer o provocar quien así representa su persona” (Hobbes, 2007, 140). Esta unidad real de la multitud es lo que denominará Estado, al cual define como:

Una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que se pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina soberano, Y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es súbdito suyo (Hobbes, 2007, p. 141).

En el pacto todos prometen obedecer, es decir, se obligan a someterse a una autoridad que sólo existe como resultado de su sumisión. El contrato que funda el estado civil es concebido como un pacto realizado entre los futuros súbditos y no entre estos y quien, mediante él, se convertirá en su soberano (Salas, 2005, p.49-50). Lo que pactan entre sí es esto: “autorizo y concedo el derecho a gobernarme a mí mismo, dando esa autoridad a este hombre o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú también le concedas tu propio derecho de igual manera, y les des esa autoridad en todas sus acciones” (Hobbes, 2007, p.141). Se trata entonces más bien de una traslación de derecho, y no una mera renuncia o transferencia:

En la autorización yo habilito a la persona para que actúe en mi lugar y haga uso de mi derecho. La autorización es la que posibilita que un hombre actúe por otro. El derecho de un hombre se convierte así en el derecho de otro, en el sentido que el que actúa, desde ahora llamado actor, lo hace en uso pleno de los derechos de otro, desde ahora llamado autor (Lukac de Stier, 2015, p.7).

Con lo cual, el derecho que cada uno tenía de utilizar sus propias fuerzas en su interés personal se ha transferido para el beneficio común. Así la soberanía queda protegida por una doble obligación de los ciudadanos: los pactos hechos entre los particulares que los obligan recíprocamente, y la donación del derecho al soberano que se comprometen a respetar. La función que Hobbes atribuye al pacto de unión es hacer que la humanidad pase del estado de guerra al estado de paz, instituyendo el poder soberano, “atribuyendo a un tercero por encima de las partes el poder que cada uno tiene en el estado de naturaleza” (Bobbio, 1992, pp. 52-53). Este pacto de unión, por otra parte, está ideado para mostrar la soberanía que deriva de él: “la necesidad de atribuir un poder absoluto al soberano se justifica así en la necesidad de proteger a los súbditos” (Isler, 2015, p. 581).

Para constituir este poder común es necesario pues, que todos acuerden atribuir a una sola persona todos sus bienes, es decir, el derecho sobre todas las cosas, y tanta fuerza como sea necesaria para poder resistirse contra cualquiera que se atreva a violar el acuerdo. El primer paso es, entonces, un acuerdo unánime en erigir una unión aceptando, bien la voluntad de la mayoría de los miembros (democracia), ya la voluntad de la mayoría de un grupo específico (aristocracia), o bien la voluntad de un único hombre (monarquía), que acoja y represente las voluntades de todos.

De esta manera el fin del Estado parece centrarse en lo sociológico, una paz común entre los hombres. Como afirma Heller, esta función sirve para dar fundamento a casi todos los preceptos del derecho natural con lo que, al hacerlos derivar del fin del Estado, les atribuye un origen político-sociológico:

Con la doctrina contractual de Hobbes, el Estado recibe, por primera vez, una fundamentación inmanente, es decir, referida a la función de la organización estatal en el seno de la totalidad social. Hobbes no pretendió explicar empíricamente, con su doctrina contractual, el nacimiento histórico del Estado, sino que sólo quiso afirmar que la necesidad de un poder político absoluto debía justificarse partiendo de la esencia del propio Estado. (Heller, 1985, 33)

Hobbes sostiene que el poder absoluto se basa en el consentimiento universal, el cual se satisface por cada uno de los métodos que ofrece para construir sociedades, ellos son institución y adquisición, las dos formas básicas de conformar un Estado (Hobbes, 2007, 142). En tanto que poder constituido, el Estado podrá establecer la ley y con ella la posibilidad de prohibir por injustos ciertos actos. Son muchas las consecuencias que se derivan de la institución del Estado, entre ellas hay que resaltar especialmente tres de los derechos que posee aquel a quien se confiere el poder soberano: el derecho de establecer reglas, el derecho de judicatura y

el de hacer la guerra y la paz, esto son los derechos de carácter indivisible que constituyen la esencia de la soberanía.

En la mirada de nuestro autor, un Estado es legítimo sin importar cómo fue conformado. La legitimidad consiste, más que en la racionalidad del pacto, en la legitimidad natural de todo contrato efectuado, pues se supone que éste por definición, ha de justificarse por el *conatus* de cada individuo. En la propuesta de Hobbes es inexacto hablar de un Estado bueno o malo, por lo que “decir que una mala monarquía es una tiranía, que una mala aristocracia es una oligarquía o que una mala democracia es una anarquía es inapropiado” (Berns, 1996, 389). Para Hobbes, solo el soberano cumple sus deberes como pastor supremo por derecho divino, mientras que cualquier otro pastor lo ejerce solo bajo la ley civil, *jura civil*: “los obispos deberían decir al comienzo de sus mandatos: obispo de dicha diócesis por gracia de la majestad del rey; o, como ministros civiles: en nombre de su majestad” (Hobbes, 2007, 449).

4. Teoría de la soberanía. El término “absoluto”

La doctrina de la soberanía es recogida en *Elementos del Derecho Natural y Político, De Homine* y un análisis más completo y relevante en el capítulo X del *Leviatán* e inicio del XI. En primer lugar, el poder de un hombre es la suma de los medios que están en su posesión, ya que sólo podremos lograr algo en la medida en que tengamos la capacidad de alcanzarlo: “el poder de un hombre – universalmente considerado– consiste en sus medios presentes para obtener algún bien manifiesto futuro” (Hobbes, 2007, p. 69). El soberano ejerce esta potestad promulgando leyes para que los ciudadanos conozcan su voluntad en lo referente a la manera en la que éste decide organizar y compatibilizar las actuaciones de los hombres, pero las leyes en

sí mismas se convierten en meras palabras si carecen de la coacción que les produce el miedo a la fuerza y el castigo.

La ley tiene tal importancia que sin ella sería imposible la existencia del Estado o, por lo menos, no sería posible que éste cumpliera con su papel. Ello no quiere decir que el propio soberano esté sujeto al imperio de la ley: “El soberano concentra todos los poderes fundamentales en sus manos: el legislativo, el judicial y el ejecutivo. Corresponde al soberano – ya sea un hombre o una asamblea– convertirse en juez para garantizar la paz y la defensa de los súbditos” (Zárate, 2011, p. 7).

Los derechos y consecuencias de la soberanía son los mismos tanto en los casos de estado por institución o estado por conquista. Las características particulares del poder del soberano hacen que no pueda transferirse a otro sin su consentimiento, no puede enajenarlo ni ser acusado de injuria por ninguno de sus súbditos o castigado por ellos; él es el sólo legislador y juez supremo de las controversias, y quien decide cuándo es la ocasión de hacer la guerra o la paz. A él le corresponde el derecho de escoger a sus magistrados, consejeros, jefes militares y demás funcionarios o ministros; él es quien determina las recompensas, castigos, honores y jerarquías. En este esquema de la soberanía representativa, una persona ejerce el poder con el consentimiento de los que integran la sociedad, de modo que el soberano decide sobre los medios necesarios para mantener la paz y la seguridad, y como representante es dueño de todas las acciones, en caso que le den autorización ilimitada (Hobbes, 2007).

El soberano, en estas circunstancias descritas, posee el poder constituyente en su totalidad, “ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas” (Hobbes, 2007, p. 218). No

hay derecho que no emane del Estado, ni existe la ley antes o fuera de él, y ésta “no responde a algún ideal de justicia” (Schmitt, 1968, p. 53).

Por tales motivos consideramos que el absolutismo con todo su vigor se inicia con la doctrina hobbesiana, ya que el soberano puede disponer ilimitadamente sobre el derecho, por ser fuente del mismo, inclusive del derecho constitucional, ya que podría violarlo asumiendo en todo momento “cualquier competencia” (Hobbes, 2007, p. 166). Se mantiene, por tanto, todo el poder indiviso en manos del gobernante y los súbditos deben resignarse ante ello. Este poder es ilimitado en su contenido, por eso no puede haber un derecho de resistencia contra el soberano, ni por parte del pueblo ni de los estamentos. Encontramos una cierta incompatibilidad entre el derecho de resistencia inalienable del individuo y los derechos ligados a la soberanía:

De este modo surge un conflicto entre lo privado y lo público. Renunciar al derecho de resistencia no permite fundar una obediencia activa. De un compromiso de no resistencia, no se puede deducir un compromiso positivo de obediencia. (Lukac de Stier, 1999, p. 252)

Esto nos lleva a realizar una consideración fundamental que tiene relación con dos posibles sentidos del término absolutismo, que muchas veces se confunden. Si pensamos en un absolutismo, como un poder “absuelto”, es decir libre de ataduras, tiene dos sentidos diferentes. Un primer sentido en donde no hay límites de ningún tipo, ni ascendentes ni descendentes, ni normatividad superior; y otro sentido en que los límites existen, y por tanto se ve al absolutismo como una unicidad o concentración de los factores de poder dentro de la sociedad, desconociendo los fueros de otras instancias, sean gremios o ciudades. Está libre hacia los súbditos, pero no de forma ascendente, es decir teniendo presente que hay otras instancias

normativas que ponen un contrapeso al Estado, estos límites están dados principalmente por el derecho consuetudinario, natural y divino.

La doctrina del estado absolutista conlleva elementos de teoría política, jurídica, económica y teológica. Para autores como Jean Bodin (1530-1596)⁴, el hecho de que la soberanía sea absoluta implica principalmente la falta de sometimiento del soberano al imperio de otros y el poder dar la ley sin estar sujeto a ella: “se dice que el príncipe soberano absoluto es aquél que está exento de la autoridad de las leyes” (Bodin, 1853, I, 180). No obstante, el jurista francés sigue ligando al soberano a los límites de la ley divina, natural y leyes fundamentales del reino, a su vez coloca la fuente del poder en la voluntad del soberano, con lo cual el positivismo jurídico se encuentra en el umbral.

El Angevino posee una posición que repercutirá sobre estas teorías positivistas de la ley que imperarán en el régimen jurídico occidental⁵. Pero en el caso de Hobbes, el absolutismo toma otro matiz muy diferente llevado al primer sentido expuesto, libre de todo tipo de ataduras internas y externas, como veremos a continuación.

5. El soberano y la instrumentalidad de la ley

Las características de la soberanía estatal, resultantes de la teoría de la representación, giran en torno a tres ejes principales: el carácter absoluto o ilimitado del poder; su carácter indivisible y su irrevocabilidad. En primer lugar, el poder soberano es absoluto porque no tiene límites internos ya que no es parte del pacto, el soberano se encuentra en estado de naturaleza y en ese estadio pre-político la ley natural sólo obliga en el fuero interno o en conciencia. Tampoco tiene límites externos porque el titular del poder soberano no está sujeto a las leyes civiles ya que no puede obligarse a sí

mismo. Él decide lo justo y lo injusto, e incluso la propiedad es creación suya. Nadie puede reclamar un daño o perjuicio por la razón de que los actos del Estado son –por representación– actos de cada uno de los súbditos.

En segundo término, la soberanía es indivisible, en el sentido de que no puede compartirse con otras instancias o personas sin negarse a sí misma. El poder soberano para considerarse como tal debe gozar de totalidad. Su división es causa de destrucción; los poderes que existían en el estado de naturaleza por parte de los particulares son superados por el poder público, siendo una especie de dictadura.

Por último, dado que el pacto de sumisión ha sido estipulado entre los individuos singulares, y no entre el pueblo y el soberano, esto implica una irrevocabilidad tanto de *facto* como de *iure*. Es irrevocable de *facto* porque la rescisión requiere de la unanimidad y no de la mayoría, unanimidad empíricamente improbable de alcanzar y que evita el peligro de una desposesión legítima de la autoridad soberana. Es irrevocable de *iure*, la acción del soberano es “la acción fáctica liberada de consideraciones jurídicas, pero puesta al servicio de un fin político” (Schmitt, 1968, p. 225), ese fin es la seguridad.

En la cuestión de los límites del poder soberano, se muestra genuinamente su concepción del mismo: un monarca limitado no es soberano sino ministro de aquellos que tienen el poder soberano. Así pues, el convenio establecido por el pueblo, lo define como poder absoluto sin posibilidad de límites, no importa que sea el de una asamblea o el de un monarca, sino que constitutivamente sea un poder ilimitado.

La reflexión de Hobbes sobre la ley tiene un importante lugar en su teoría de la soberanía. El pacto es el fundamento de la legitimidad del poder soberano y por tanto de la ley misma (Hobbes, 2007). La ley tiene un

carácter formalista, es decir, no importa tanto su contenido sino que sea ordenada por quien tiene derecho a hacerlo, en este caso el soberano, ya que éste siempre buscará el bienestar de sus súbditos. El poder legislativo del soberano no está limitado por las leyes y costumbres existentes; esto permite abrogar reglas legales decretando otras nuevas, puesto que la ley de la costumbre es válida en virtud de su aprobación tácita, él tiene el poder de juzgar qué costumbres son razonables y han de mantenerse y cuáles no: “es tan grande su poder que será quien decida, en favor de la paz, qué va a entenderse por bueno y malo, por justo e injusto” (Panea Márquez, 1996, p. 265). Todo ello converge en que el soberano es responsable únicamente ante Dios, no ante los miembros de la sociedad, los cuales no pueden castigarlo por ninguna supuesta infracción a las leyes de la naturaleza.

Todo lo expuesto hasta aquí produce un finiquito con respecto a la tradición política imperante, es ahora el poder espiritual el que queda bajo las órdenes y la voluntad del soberano civil, dando la interpretación final de lo que la ley de naturaleza prescribe, por lo cual, la auténtica función de la ley natural, la única que resiste a la demolición, es la de dar el fundamento más absoluto a la norma de que “no puede haber otro derecho válido que el derecho positivo” (Bobbio, 1991, p.103).

El filósofo inglés se cuida bien de decir que la obediencia al soberano se basa en la autoría divina de la ley natural, por el contrario, la obediencia se legitima en el contrato realizado por los súbditos: “cualquier acción que realice el soberano es obligatoria por el pacto al que se ha sometido el súbdito que las autoriza” (Frére, 2011, p. 69). Por esto, las leyes naturales de Hobbes, claramente no son las de los iusnaturalistas pues para estos, una ley civil sólo es válida (y en consecuencia obligatoria) si concuerda con la ley natural, en cambio para el autor inglés, la ley natural es obligatoria sólo en cuanto concuerda con la ley positiva, y así “el hurto, el homicidio, el

adulterio y cualquier injuria están prohibidos por la ley natural, pero es la ley civil, no la natural la que debe determinar a qué se deba llamar hurto, a qué homicidio, a qué adulterio, a qué finalmente injuria en cada caso” (Hobbes, 2000, p.127).

En consecuencia, de lo que hemos analizado, la ley será el criterio de justicia, no pudiendo definirse una ley como injusta: “sucede con las leyes del Estado lo mismo que con las reglas del juego: lo que todos los jugadores acuerdan entre ellos, no es injusticia para ninguno” (Hobbes, 2007, p.285). Todo ello supone que la soberanía unificada mantiene una sociedad atomística compuesta de individuos. El soberano se convierte en “el representante”, la encarnación de la unidad social, de la misma identidad y coherencia del cuerpo político. Este modelo de representación como encarnación está en el centro del modelo absolutista de la soberanía; en consecuencia, ésta no puede dividirse porque no puede haber más que un representante soberano para el mismo pueblo. La existencia de otra fuente de derecho o poder autónomo resucitaría el espectro de la dislocación, la fragmentación del cuerpo político y la guerra civil⁶.

6. Conclusiones

De lo que acabamos de analizar, surge el hecho de que la vida política no se halla en la línea de la expansión, sino de una especie de represión de la naturaleza humana. Es decir que no está en función de la perfección sino del control, esto porque el fin que persigue es la mera seguridad. El orden político protege a los hombres egoístas de sí mismos mediante la amenaza o la aplicación de la coacción física, por ello la vida política agota su valor en la utilidad, un mero medio al servicio de la seguridad de los individuos.

El poder carece de todo fundamento jurídico porque es él el fundamento de toda juridicidad. Esto nos hace reflexionar acerca de si el derecho no termina siendo un compartimiento vacío en todo momento: antes del pacto, por reducirse al poder de cada individuo y después del pacto al poder del soberano.

Es claro que este esquema hobbesiano no admite en todo el edificio social más que a dos personajes: el individuo, definido por el carácter esencial de buscar el placer y huir del dolor, y el soberano, definido por este carácter esencial de disponer de la fuerza, y que por tanto, tiene la capacidad de “imponer penas y causar dolores, o bien, otorgar recompensas y hacer deseable la conducta que le plazca” (Jouvenel, 1957, p.349). Su lectura no dista de lo que podemos encontrar en los totalitarismos contemporáneos, habida cuenta de los límites impuestos a la autonomía individual, como sostiene Theimer:

Nuestros modernos dictadores son leviatanes hobbesianos, si bien seguramente ninguno de ellos habrá leído nunca a Hobbes. Aunque el frío escepticismo de Hobbes despierta pocas simpatías, no se puede negar que ha sido uno de los pensadores políticos más influyentes de la edad moderna. En él encontró su más vigorosa expresión el concepto de estado y terminó de realizarse la transición del pluralismo al centralismo (Theimer, 1960, p. 109).

Recorriendo distintas interpretaciones de su obra, nos encontraremos con matices diversos, algunos acentuando la importancia de la ley natural que prescribe la búsqueda de la paz; otras privilegiando el razonamiento autointeresado de los individuos como vía de salida del estado de naturaleza; y aun las hay que resaltan la relación entre protección y obediencia como fundamento vertebrador del poder soberano. Lo cierto es que ese dios “terreno” y “mortal”, que sólo está presente acá abajo, “no cuenta más que con la acción política del hombre, a fin de salir del caos del estado de naturaleza, con lo que “se enfatiza una gran batalla histórica

contra la teología política en cualquiera de sus formas, siendo el Leviatán el gran símbolo de esa lucha” (Schmitt, 2002, p.149).

A diferencia de autores como Jean Bodin, no utiliza el método histórico ni el de la experiencia política, sino el deductivo matemático. Las nuevas ciencias naturales influyen sobre su concepción determinista y mecanicista de la naturaleza humana. Hace radicar la motivación de la autoridad y de la ley en el egoísmo y el fin de la existencia estatal es la seguridad. En ese contexto, la idea de soberanía opera, no como fuerza correctiva del orden social y jurídico sino como legitimación de la fuerza arbitraria del poder sometido tan solo a la razón de Estado.

Hobbes es de esta manera, el teórico por excelencia de la soberanía absoluta, ilimitada, omnipotente. Los hombres han cedido todos sus derechos políticos y en consecuencia el Estado todo lo domina para garantizar la paz y la seguridad. Y en este panorama, el miedo tiene una importante implicancia en su teoría política. Una implicación es cómo el miedo mutuo de los hombres es la fuente de una mancomunidad por institución. La segunda implicación es que el poder soberano es la fuente del miedo, utilizado especialmente para gobernar a la gente.

En gran medida, estas consideraciones nos ayudan a enfocarnos en el análisis de esta época caracterizada por un giro epocal, en el que el cual el espectacular aislamiento de los miembros de la sociedad vislumbran una única religión: la salud, y converge en un Estado empeñado en expropiar las libertades ciudadanas ¿será la pandemia una ocasión de actualizar los propios escenarios utópicos del poder soberano?

Si bien los efectos de estas medidas se verán con el pasar del tiempo, en un mundo atravesado por una pandemia, no podemos dejar de reflexionar acerca de la necesaria definición de los límites de la soberanía, de las libertades que como ciudadanos se consideran inherentes e innegociables.

Si el Estado capta el miedo mutuo que reina en una multitud y lo transforma en una herramienta política destinada al gobierno de los súbditos ¿cuáles serán los resultados que podrá obtener de dicha comunidad?

Si bien aún no sabemos cuáles serán los efectos jurídicos que dejará la emergencia sanitaria de la cual vamos saliendo, ciertamente siguen vigentes las ideas hobbesianas, ¿acaso el miedo no es la motivación del comportamiento humano que se ha visto de manifiesto en esta pandemia? ¿Cómo garantiza el Estado la seguridad y la política sanitaria? Las regulaciones internacionales vigentes muestran que por más que han pasado cinco siglos desde el *Leviatán*, los Estados tienen cada vez más protagonismo en la vida de las personas, imponiendo restricciones y regulando las libertades individuales. Como miembros de la comunidad académica tenemos el deber de analizar estos límites, y preguntarnos hasta dónde se puede sacrificar la libertad individual en aras de ello. Una relectura de Hobbes en esta época puede darnos luces al respecto.

7. Referencias bibliográficas

Aristóteles (1988). *La Política*, Madrid: Gredos.

Berns, L. (1996). Thomas Hobbes [1588 – 1679], *Historia de la Filosofía política*. México: FCE.

Bobbio, N. (1991). *Ley natural y ley civil en la filosofía política de Hobbes*, México: FCE.

Bobbio, N. (1992). *Tomás Hobbes*, México: FCE.

Bodin, J. (1853). *Les Six livres de la République de Bodin Angevin*. Paris: Jacques du Puys.

De Jouvenel, B. (1957). *La soberanía*, Madrid: Rialp.

- Frére, T. (2011). Súbditos soberanos La obediencia al soberano en el Leviatán de Hobbes, *Cuadernos de Pesquisa Política* 3, pp. 69-82.
- Gabriel, S. (2009). Un panorama actual de la discusión en torno al Leviatán, *Lecciones y Ensayos* 86, pp. 73-95.
- Heller, H. (1985). *Teoría del Estado*, México: FCE.
- Hobbes, T. (2000). *De Cive*, Madrid: Alianza.
- Hobbes, T. (2007). *Leviatán*, México: FCE.
- Hobbes, T. (2008). *De Homine*, Paris: Librairie philosophique Vrin.
- Isler, C. (2015). “Los fundamentos del erastianismo hobbesiano” en *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, 3, pp. 577-594.
- Lukac de Stier, M. (1999). *El fundamento Antropológico de la Filosofía Política y Moral en Hobbes*. Buenos Aires. UCA.
- Lukac de Stier, M. (2015). “Hobbes y la construcción racional del estado” [en línea]. Universidad Católica Argentina. Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/hobbes-construccion-racional-estado.pdf> consultado el 15 de junio de 2021, pp. 1-9.
- Panea Márquez, J. (1996). Soberanía, Obediencia y salus populi en Thomas Hobbes, *Anuario de Filosofía del Derecho XIII*, pp. 265-279.
- Salas, M. (2005). Hobbes, el Estado por adquisición y los límites del poder soberano, *Rev. de Filosofía, Universidad de Costa Rica*, XLIII, pp. 49-57.
- Schmitt C. (2002). *El Leviatán en la teoría del Estado de Tomás Hobbes*, Buenos Aires: Struhart y Cía.
- Schmitt, C. (1968). *La Dictadura*. Madrid: Revista de Occidente.
- Theimer, W. (1960). *Historia de las ideas políticas*, Barcelona: Ariel.
- Torres del Morral A. (1992). La teoría política de Hobbes, un temprano intento de síntesis metódica, *Boletín de la Facultad de Derecho n° 1*, UNED, pp. 237-266.

Toscano, A. (2020). The State of the Pandemic, *Historical Materialism*, 28(4), 3-23. doi: doi.org

Zárate, J. (2011). *El concepto de soberanía en la filosofía política moderna: del poder absoluto en Thomas Hobbes a la soberanía popular democrática de Tocqueville*. Buenos Aires: UNSAM.

Zarka, Y. (1997). *Hobbes y el pensamiento político moderno*, Barcelona: Herder.

1 “Por libertad se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere” (Hobbes, 2007, 106).

2 Aristóteles desarrolla este pensamiento en el primer libro de *La Política*, 1252b 9.

3 Para la vida en sociedad se hacen imprescindibles elementos como la fe o los contratos, cosas que son imposibles hasta que los hombres desarrollan cierto número de conceptos y acuerdan las normas adecuadas para su uso.

4 En la doctrina de Jean Bodin reflejada en *los Seis libros de la República*. Para Bodin el fundamento del poder soberano se encuentra en la ley de Dios y en la ley natural. Y como ambas no se comprenden sin en una perspectiva teleológica, en la cual el bien común y la justicia son el fin universal, la soberanía, por su fundamento natural no puede ser sino justa, y por ser conforme a la ley divina que establece el orden del mundo no puede ser sino legítima.

5 La irrupción del positivismo que define a la soberanía como el monopolio del derecho positivo por parte del Estado. Esta tesis asimilada al monismo jurídico kelseniano, no significa solamente que el Estado es el único creador del derecho, sino que gracias a la soberanía, el Estado controla lo que crean los otros organismos jurídicos.

6 Recordemos que también en el modelo político antipluralista elaborado por Hobbes desaparece cualquier estructuración de “cuerpos intermedios” (sean estas clases o corporaciones) y toda forma de pluralismo de las fuentes y de las articulaciones del poder, típicas de la organización feudal.

El concepto de emergencia económica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante los años 1990-2004

Natalia Monge

1. Tema

Si algo caracteriza a la década del '90 Argentina son las medidas económicas adoptadas por el Poder Ejecutivo para hacer frente a la crisis. Convencidos de que tales sucesos formaban parte de nuestra memoria, durante los primeros años del 2000 las corridas económicas se repitieron, así como las acciones tendientes a estabilizar la inflación del momento y el valor del dólar.

La concurrencia de estos episodios generó nuevos conceptos, entre ellos, el de emergencia económica. Sin embargo, el ordenamiento jurídico nacional no proporciona una definición que se constituya en el supuesto clave o en la situación típica a configurarse para que con certeza o coherencia se establezca que estamos ante una situación de emergencia.

No obstante, nuestro país ha acumulado, a partir de la crisis de la década del '90 y los primeros años del segundo milenio numerosos antecedentes

jurisprudenciales sobre esta materia. Sirven como ejemplo las sentencias “Peralta c/Estado Nacional (Ministerio de Economía- Banco Central)¹”; “Kiper Claudio M. y otros c/Estado Nacional s/medida cautelar autónoma”²; “Ulloa, Patricia M. c/ P.E.N. dec. 1.570/01 s/ Amparo Ley 16.986”³; “Smith Carlos A. c/P.E.N s/sumarísimo”⁴; “Provincia de San Luis c/Estado Nacional”⁵ y “Bustos Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/amparo”⁶.

Lo cierto es que el estado de emergencia implica la existencia de una situación anormal o casos críticos que, previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales.

A partir de esta idea, el tema elegido se enmarca en la teoría de la interpretación jurisprudencial y, en particular, se centra en examinar el concepto de emergencia económica elaborado por la Corte Suprema de Justicia a partir del análisis de distintos casos sucedidos durante los años 1990-2004. Más allá de advertir los vaivenes decisorios que mantuvo el cimero tribunal y que se reflejaron en el derecho constitucional de propiedad se hará hincapié en estudiar la construcción del concepto tomando en cuenta el tipo de emergencia que remarca el tribunal en cada caso, los elementos que la caracterizan y la definición que brinda al respecto.

2. El derecho de propiedad

Si hay un tema medular que subyace en la base del análisis del concepto de emergencia económica es el derecho de propiedad. Esto es así, porque el tratamiento de la jurisprudencia seleccionada se enmarca en el derecho constitucional receptado en los artículos 14 y 17 de nuestra Carta Magna y de esto deriva el concepto de emergencia económica que elabora el tribunal.

Ahora bien, ¿qué se entiende por propiedad? Las ideas propuestas por Vanossi (2009, p. 9) para responder este interrogante apuntan a destacar que la amplitud del concepto es tal que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia argentina, incluye todo lo que tenga valor para la persona y forma parte del patrimonio. En el año 1925 el citado Tribunal dijo:

Las palabras ‘libertad’ y ‘propiedad’ comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio. El término ‘propiedad’, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte,

Todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’⁷.

La Constitución Nacional, en su parte dogmática, refiere al derecho a la propiedad en dos oportunidades. El artículo 14 de la Constitución consagra para todos los habitantes el derecho de “usar” y “disponer” de su propiedad, protección que resulta abarcativa; y específicamente el artículo 17 se apoya en la garantía de la “inviolabilidad”. La Corte Suprema también se expidió sobre el principio de inviolabilidad en el citado caso “Bourdieu” y dijo:

El principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones. Mientras se halle garantizada en la Constitución la inviolabilidad de la propiedad o en tanto que el Congreso no se halle investido de facultades constitucionales expresas que lo habiliten para tomar la propiedad privada sin la correspondiente indemnización o para alterar los derechos derivados de los contratos, ha dicho esta

Corte (tomo 137, página 47), la limitación existe para el departamento legislativo cualquiera que sea el carácter y la finalidad de la ley⁸.

La importancia de este pronunciamiento se manifiesta con la caracterización que el Tribunal elabora del principio de inviolabilidad y lo distintivo de la teorización para aquella época pero, sobre todo, porque expresa que la protección del derecho de propiedad es amplia, es decir, abarca los bienes de una persona ya sea corporales e incorporales, materiales o inmateriales, derechos reales o personales, derechos intelectuales, derechos de autor y también el capital que conforma una empresa o emprendimiento.

3. El contexto histórico y económico que vivió Argentina

A fin de comprender en qué consistió la crisis que vivió nuestro país y poder contextualizar la jurisprudencia seleccionada se hará un breve repaso histórico.

Argentina atravesó una de las peores crisis de su historia y sus habitantes han sufrido, desde la devaluación de principios de 2002, una caída en su nivel de vida. Uno de los capítulos más graves de este descalabro económico de la Argentina lo constituyó el elevado desempleo: desde 1989 hasta fines de 2001 la tasa de desocupados aumentó más del doble pasando del 7,1% al 18,3% (Guido y Lázzari, 2003, p.1).

Ante tal situación, durante la primera mitad de la década del '90 el gobierno del ex presidente Carlos Menem inició un programa de reformas económicas que tuvo resultados en apariencia exitosos: entre 1991 y 1994 el producto bruto interno (en adelante, PBI) alcanzó una tasa de crecimiento promedio anual cercana al 9%. La época difícil llegó en 1995, cuando se produjo una retracción del 4% en la actividad económica. Si bien durante el

trienio comprendido entre 1996 y 1998 se retomaron tasas de crecimiento positivas del 5,5% promedio anual, podemos decir que la segunda mitad de los ´90 significó en términos acumulados una etapa de estancamiento para la economía argentina: entre 1995 y 2001 la economía creció tan solo un 3,3% o sea un casi 0,5% anual (Guido y Lázari, 2003, p. 39).

Con respecto al sistema financiero argentino, entre marzo y diciembre de 2001, las entidades bancarias sufrieron un retiro de depósitos privados del 20% sobre el total. Existieron tres periodos de fuertes retiros de depósitos: 1) en marzo y abril el promedio anual diario de retiros fue de 100 millones; 2) en julio y agosto de 235 millones diarios; y 3) entre los meses de octubre y noviembre la caída de depósitos alcanzó los 148 diarios.

En noviembre de 2001, la velocidad del retiro de fondos por parte de los ahorristas argentinos se aceleró y, en la última semana de ese mes, el retiro promedio diario fue de 150 millones, para terminar el día viernes 30 de aquel mes en 1500 millones de depósitos menos que el día anterior. Esto generó la reacción del gobierno, que en la misma noche anunció la creación del famoso “corralito”: los fondos de todos los ahorristas se congelaban, imposibilitando a aquellos a retirarlos del sistema bancario. Esto tuvo su contrapartida en la restricción crediticia al sector privado, ya que los préstamos disminuyeron un 19% (Guido y Lázari, 2003, pp. 3-4).

Paralelamente, con la sanción de la Ley de Emergencia Pública y reforma del Régimen Cambiario N° 25.561 el país abandona el régimen de convertibilidad de su moneda con el dólar vigente desde hacía más de una década a partir de la Ley 23.928 y ampliada, a mediados del año 2001, con la sanción de la Ley 25.445. El fundamento fue la grave crisis económica y financiera. El 29 de agosto de 2001 se dictó la Ley de Intangibilidad de los Depósitos N° 25.466, cuyo artículo 1 dispuso que todos los depósitos ya sean en pesos, o en moneda extranjera, a plazo fijo y a la vista, captados por

las entidades financieras autorizadas para funcionar por el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con las previsiones de la Ley 21.526 y sus modificatorias, quedaban comprendidos en el régimen de dicha ley, considerándose intangibles.

La Ley 25.561 y la devaluación del peso originaron un aluvión de leyes, decretos, resoluciones reglamentarias, aclaratorias, complementarias y en algún caso contradictorias que, al modificar el régimen monetario a partir de enero de 2002, se proyectaron sobre las relaciones jurídicas provocando su desfase. En virtud de ello, y a fin de evitar repeticiones, se transcriben algunos datos relevantes referidos a dicha legislación.

Ley 25.466, cuyo artículo 2 previó que la intangibilidad establecida en el artículo 1 consiste en: el Estado Nacional en ningún caso, podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado Nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes.

Ley 25.561, dispuso en su artículo 11 que las prestaciones dinerarias exigibles desde su fecha de promulgación, originadas en los contratos celebrados entre particulares en moneda extranjera, fuesen canceladas en pesos a la relación de cambio de un peso igual a un dólar estadounidense, en concepto de pago a cuenta de la suma que, en definitiva, resultara de la reestructuración de las obligaciones que las partes debían negociar durante un plazo no mayor a los 180 días, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio.

Dicho artículo, autorizó al Poder Ejecutivo Nacional para “dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas,

sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y en el principio del esfuerzo compartido”.

3. a) El Decreto N° 36/1990, 1570/2001 y 214/2002

El 3 de enero de 1990, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 36/90 (llamado Plan Bonex) y dispuso que todas las entidades financieras del país satisficieran las obligaciones derivadas de los depósitos en australes a plazo fijo, mediante la entrega de bonos externos, así como también el canje de las obligaciones de la deuda pública interna vigentes al 28 de diciembre de 1989, en dichos bonos externos. Tiempo después, el 1° de diciembre de 2001, dictó el Decreto N° 1570/2001, por el cual, estableció una fuerte restricción a los ahorristas. Principalmente, la norma limitó la extracción a una suma máxima de \$ 250 o dólares por semana. Ese fue el puntapié inicial de una serie de disposiciones que derivaron en lo que se dio en llamar corralito financiero, preludio de la pesificación de la economía. El Poder Ejecutivo justificó este régimen en la posibilidad de que se generara inestabilidad en el nivel de los depósitos en el sistema financiero: un eufemismo para referirse a la fuerte huida de fondos, que se venía produciendo con motivo de la desconfianza en la solvencia del sistema en general (Asociación por los Derechos Civiles, 2005).

Al principio, el Ejecutivo solo se había propuesto acortar la disponibilidad de efectivo en forma temporal, hasta que se concretara el denominado “Megacanje” de deuda. La intención era lograr que el dinero se mantuviera dentro del sistema financiero y que el público recobrara la confianza en él, pero que la medida no se prolongara en el tiempo ni disminuir los créditos de los particulares. En ese momento, el ministro Cavallo anunció que la restricción tendría vigencia por 90 días, a pesar de

que la norma no lo especificaba. Además, agregó que los ahorristas no tendrían ningún problema para efectuar sus pagos y utilizar sus recursos.

En tan solo dos días, desde el lunes 3 de diciembre —fecha en que los ahorristas pudieron empezar a accionar ante la medida dictada en día sábado— al miércoles 5, se abrieron 40 mil nuevas cuentas bancarias. El sábado siguiente, 8 de diciembre, los bancos abrían sus puertas para atender al público. Paralelamente, los ahorristas planteaban las primeras acciones judiciales y en algunos casos lograban que los jueces ordenaran medidas cautelares que les permitían retirar sus depósitos. Muchas fueron las demandas contra el decreto antes mencionado y que, a raíz de las sentencias que ordenaban devolver los salarios y varios plazos fijos, el Gobierno temió una catarata de fallos que hiciera caer el plan económico (Asociación por los Derechos Civiles, 2005, pp.209-210).

Con motivo de ese temor, el 14 de diciembre, el Ministro de Economía emitió la Resolución N° 850/2001, por la que dispuso un régimen especial para el cumplimiento de los mandatos judiciales que afectaran de algún modo las disposiciones del Decreto N° 1570/2001. Esta resolución estableció que los bancos “no podrán aceptar bajo ningún concepto las mandas judiciales, cuyo cumplimiento quedaba condicionado a la previa intervención del Estado nacional en los juicios en los que se dictarán”. También indicó que los bancos podían responder a los juzgados que se estaba dando cumplimiento a la presente resolución.

Entiendo, aunque sin compartir, que el Ministro de Economía a través de medios poco ortodoxos intentaba frenar órdenes judiciales, y mostró el principio de una larga batalla entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 214/2002, cuyo artículo 1 dispuso transformar a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero de cualquier causa u origen,

expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la Ley 25.561. La conversión se ordenó a razón de un dólar igual un peso y se previó que las obligaciones no vinculadas al sistema financiero fueran reajustadas por el coeficiente de estabilización de referencia (CER) a partir del 3 de febrero de 2002, más una tasa de interés “mínima para los depósitos y máximas para los préstamos” (conforme artículos 1,2, 4 y 8).

Tal decreto, que fue ratificado expresamente por el Congreso de la Nación (artículo 64 de la Ley 25.967), estableció también que si por su aplicación el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuese superior o inferior al del momento del pago, cualquiera de las partes podría solicitar una recomposición equitativa del precio, salvo que se encontrara en mora y esa situación le fuera imputable. Para el caso de no mediar acuerdo, puso a cargo de los jueces el deber de arbitrar medidas tendientes a preservar la continuidad de la relación contractual de modo equitativo (artículo 8).

Con el objeto de despejar dudas interpretativas acerca del alcance que se debía asignar al citado artículo 8 del Decreto N° 214/2002, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 320/2002, también ratificado por el artículo 64 de la Ley 25.967, por el que aclaró que dicha norma era de aplicación exclusiva a los contratos y a las relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 25.561.

Con fecha 8 de enero de 2003 se promulgó la Ley 25.713 a los efectos de establecer la metodología de cálculo del indicador CER para las obligaciones que originariamente hubieran sido expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, transformadas en pesos a partir de la sanción de la Ley 25.561 o bien posteriormente (artículo 1°), estableciéndose, además, supuestos de excepción distintos al que ha originado la presente causa.

Con posterioridad, el 2 de diciembre de 2003, fue dictada la Ley 25.820 que al sustituir el texto del artículo 11 de la Ley 25.561, estableció la transformación de las obligaciones en cuestión en los términos dispuestos por los artículos 1, 4 y 8 del Decreto 214/2002, para todos los casos en que “haya o no mora del deudor”, y señaló en el párrafo final que “la presente norma no modifica las situaciones ya resueltas mediante acuerdos privados o sentencias judiciales”.

Con posterioridad se sancionó la Ley 26.167 con el objeto de aclarar e interpretar la aplicación del conjunto normativo de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria declarada por la Ley 25.561, sus modificatorias y complementarias, prórrogas y aclaratorias, inclusive la ley 25.798, sus modificatorias y prórrogas. La Ley 26.167 estableció un procedimiento especial para la determinación de la deuda correspondiente a las obligaciones de dar sumas de dinero expresas en origen en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras que reuniesen la totalidad de los requisitos enumerados en su artículo 1. Asimismo, establece en su artículo 7 que el pago de la totalidad de la deuda importa la cancelación total y definitiva de todo lo adeudado y la subrogación del banco fiduciario.

4. El concepto de emergencia económica en la jurisprudencia de la Corte

El inicio de estos fallos seleccionados se remontan al año 1990 y al emblemático caso “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía- Banco Central)”. Posteriormente se hace un salto en el tiempo para examinar los principales casos que se dieron desde fines del año 2001 hasta el año 2004. Los casos a los que me refiero, son: “Kiper, Claudio M. y

otros c/ Estado Nacional s/ medida cautelar autónoma”; “Ulloa, Patricia M. c/ P.E.N. dec. 1570/01 s/ Amparo Ley 16.986”; “Smith, Carlos Antonio c/Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo”; “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional y otros” y “Bustos, Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros”.

4. a) Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía- Banco Central)

Este es un fallo del año 1990, los hechos del caso fueron que por medio del Decreto N° 36/90 fue confiscado el dinero de ahorristas depositados en plazos fijos en todos los bancos públicos y privados del país, canjeándolos por bonos de la deuda pública a largo plazo. La Corte Suprema convalidó el decreto. El contexto fáctico en que basó su decisión, en términos del Tribunal, era la necesidad de detener el proceso inflacionario por el que en ese momento atravesaba el país, como así también la estabilización del valor del dólar.

En este caso, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito de aplicación temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esta situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional”.

Nótese, que el Tribunal destaca que el concepto de emergencia es de hecho. Estamos hablando de una situación diferente, extraordinaria, que está presente en el orden económico-social y extiende sus efectos “perturbadores” al orden social; básicamente porque estamos hablando de pobreza, escasez, indigencia por eso es necesario ponerle fin. Además, toda esta situación generada autoriza al Poder Ejecutivo a restringir de manera limitada, razonable y temporal algunos derechos que están tutelados por la Constitución Nacional. Esta suspensión queda sujeta al control de constitucionalidad porque y haciendo el Tribunal alusión a la diferencia entre estado de sitio y situación de emergencia, en esta última las garantías constitucionales no se suspenden.

Tal como sostiene Pinése,

Podemos concluir que antes de la reforma constitucional operada en 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirma su atribución para examinar el estado de emergencia, pero tampoco surge de los fallos de la misma un concepto de emergencia económica sin perjuicio de establecerse condiciones como: a) descalabro económico generalizado, b) necesidad de asegurar la continuidad y supervivencia de la unión nacional, c) existencia de grave riesgo social, d) circunstancias que comprometan el desarrollo económico del estado y exijan la puesta en marcha de medidas súbitas para ponerles remedio, lo que habilitaría el dictado de decretos de necesidad y urgencia (Pinése, 2005, p. 1).

4. b) Banco Ciudad de Buenos Aires s/solicita se declare estado de emergencia económica –caso Kiper–

El 28 de diciembre de 2001, en medio de un clima político social caótico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recibió y resolvió, después de once años, la primera causa relacionada con el retiro de fondos de los bancos. Claudio M. Kiper solicitó a una juez de primera instancia el dictado de una medida cautelar que declarara la inconstitucionalidad del Decreto N° 1570/2001 y que se le permitiera recuperar su depósito de 200 mil dólares

en el Banco Ciudad de Buenos Aires. Kiper, que se desempeñaba como Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, no dirigió su demanda en contra del Banco tenedor de los depósitos sino que la dirigió contra el Estado nacional, que era quien había dictado a través del Ministerio de Economía la norma (decreto) que le impedía disponer de sus fondos. El juez a quien dirigió la demanda resolvió e hizo lugar a la petición y, consecuentemente, ordenó el secuestro del dinero bajo amenaza de procesar por desobediencia a los funcionarios del banco que se negaran a cumplir con la medida judicial. Kiper, acompañado por un oficial, de justicia, se constituyó en la casa central del Banco Ciudad de Buenos Aires y allí se le entregó la suma de 200 mil dólares. Paralelamente, el Banco se presentó directamente ante la Corte Suprema, en virtud de la mencionada más arriba, modificación al Código Procesal y requirió que se declarara la constitucionalidad del decreto del corralito. Adujo que si se aceptara el retiro de los depósitos, el sistema bancario colapsaría. A su vez, se produciría una seria desigualdad, ya que los únicos beneficiados son aquellos que pudieron recurrir a la justicia a tiempo, en perjuicio de quienes no tuvieron tal acceso, o lo hicieron cuando ya no había fondos suficientes para devolver. Es decir, el Banco planteó que esta solución solo era buena para los ahorristas que reaccionaron más rápidamente frente a las medidas de gobierno que instauraron el corralito, y además era perniciosa para el resto de los miles de afectados. El Máximo Tribunal Judicial hizo lugar al pedido del Banco y falló en contra de Kiper revocando el pronunciamiento del juez de 1º instancia. Con voto de los Ministros Nazareno, Fayt, Belluscio, Boggiano, López, Bossert y Vázquez, invocó una reiterada jurisprudencia del tribunal y sostuvo que la medida cautelar otorgada a favor de Kiper revestía los mismos efectos que si se hubiera hecho lugar a la demanda y ejecutado la sentencia, cuando la demanda ni siquiera se había

iniciado. Afirmó, que ello constituía un claro exceso jurisdiccional y un menoscabo al derecho de defensa del Estado nacional.

De este modo, al revisar los argumentos de la sentencia, encuentro que estos fueron de índole procesal y advierto que la Corte no se manifestó sobre el fondo del asunto, es decir, si era o no constitucional restringir el retiro del dinero de las cuentas bancarias. La decisión del Tribunal pareció ser insuficiente ya que solo se basó de manera exclusiva en indagar sobre criterios formales acotando su importancia como antecedente de futuras decisiones. Posteriormente, Kiper recusó a los jueces de la Corte y pidió la revocación y nulidad de la mencionada sentencia. El 21 de septiembre del año 2004, el Tribunal desestimó los tres pedidos del juez utilizando, una vez más, argumentos de tipo formal. Esta vez, el voto fue de los Ministros Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda y Zaffaroni. De esta manera, la sentencia de la Corte se mantuvo firme y Kiper fue condenado a devolver el dinero al banco.

Esta vez, la emergencia fue un concepto citado por la Procuradora General Sustituta Dra. Graciela Reiriz, quien apuntó a destacar que “se trata de una situación de público y notorio conocimiento, situación sumamente grave que no puede ser ignorada. Prueba de ello es la declaración de emergencia dispuesta legalmente, así como los recientes sucesos que afectaron a las instituciones políticas, económicas y sociales del país, algunos de cuyos efectos se manifiestan en nuestros días y otros todavía no se vislumbran”. En tales condiciones, podemos advertir que la Procuración General no elabora una definición del concepto y tampoco lo hace la Corte cuando interviene ya que su pronunciamiento es más bien fuertemente procesal y analiza la virtualidad de las medidas cautelares.

4. c) Ulloa, Patricia M. c/ PEN dec. 1570/01 s/amparo Ley 16.986

Patricia Ulloa había obtenido de un juez de primera instancia un fallo que le permitía sacar la totalidad de sus depósitos bancarios. Ella adujo que tanto su madre, que sufría mal de Alzheimer, como su padre, jubilado y afiliado a la obra social de docentes, dependían de aquel dinero inmovilizado para subsistir. Posteriormente, informó que su padre había intentado suicidarse, afectado por las medidas económicas de restricción bancaria.

Ante estos hechos, el representante del Estado desistió de la apelación. Sin embargo, el Banco Río acudió directamente ante la CSJN, tal como el Banco Ciudad lo había hecho en el primer fallo analizado caso Kiper. Sin embargo, la decisión final fue bien diferente entre uno y otro caso tratado por el Máximo Tribunal. Esta vez, la Corte con el voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Bossert y Vázquez resolvió unánimemente declarar desierto el recurso interpuesto por el Banco. Es decir, tenerlo como no presentado. El Tribunal se basó en que el Banco, en su apelación, no se hizo cargo de los fundamentos del juez de 1º instancia, que daban cuenta de la delicada situación de salud de los reclamantes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación puso énfasis en que aquellas particularísimas circunstancias no podían dejar de ser consideradas por el banco, más aún cuando el Estado nacional no mantuvo la apelación en virtud de aquellos motivos. En definitiva, el fallo de la Corte hizo que se cumpliera la sentencia que había autorizado el retiro de los fondos. En mi opinión, considero que los jueces que votaron en tal sentido aplicaron a su interpretación y, de manera indirecta, un orden de prelación valorativo con relación a los derechos en juego. Salud por un lado y propiedad por el otro, ambos considerados Derechos Humanos fundamentales pero que este

último ni siquiera surge del contenido en la toma de decisión final. Claramente, el derecho a la salud fue colocado por encima del decreto que estableció el corralito financiero. A partir de entonces, “Ulloa” es el primer caso en que, de algún modo, la CSJN admite excepciones al régimen de emergencia que recientemente se había instaurado.

El tribunal habló sobre la “emergencia económica” en los considerandos 4º y 5º para señalar que: “Aún en situaciones de emergencia económica declaradas por ley, corresponde por razones de índole humanitaria, adoptar soluciones de excepción, ponderando para ello si la restricción a los derechos se traduce -por la situación fáctica del caso- en una “degradación de su sustancia”.

En este sentido, corresponde apuntar que la Corte Suprema no elabora un concepto de emergencia económica, sino que sobre la base del mismo consagra excepciones en términos de razones de índole humanitaria, las que traducidas en los hechos del caso consiste en priorizar el derecho a la vida y dentro de éste el derecho a salud de los progenitores de la actora.

4. d) Banco Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención en autos Smith, Carlos Antonio c/Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo

El 1º de febrero de 2002, primer día hábil luego de la feria judicial de enero, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa “Smith”. En este caso, la situación fáctica quedó configurada de la siguiente manera: Carlos Antonio Smith, tenía dinero depositado en una sucursal del Banco Galicia de la Ciudad de Corrientes, reclamó judicialmente para recuperar los dólares que no podía retirar en virtud del vigente Decreto N° 1.570/2001. El juez de primera instancia, como medida cautelar, ordenó que se le restituyera el dinero. Por ello, el Banco de Galicia recurrió

directamente ante la Corte Suprema de Justicia y solicitó que se revocara esa decisión. El Tribunal a través del voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, López y Vázquez decidió que el Banco debía entregar a Smith la totalidad de sus fondos.

Es interesante destacar que en esta causa la Corte tampoco define un concepto de emergencia económica sino que simplemente en el Considerando 9º, apunta a recordar el fundamento de las normas de emergencia como la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que, atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto.

4. e) Provincia de San Luis c/ Estado Nacional y otros

La Provincia de San Luis presentó, directamente ante la CSJN, un amparo contra el Estado nacional, el Banco Central de la República Argentina y el Banco de la Nación Argentina, para recuperar los fondos que tenían retenidos en esta última entidad. En la demanda se impugnaban por inconstitucionales los decretos del Poder Ejecutivo que restringieron el retiro de los depósitos bancarios y dispusieron su devaluación y conversión al tipo de cambio 1 dólar: 1,40 peso; la llamada “pesificación”. La provincia había efectuado sus depósitos en dólares y entendió que la pesificación compulsiva y la pérdida de valor del peso frente a la moneda estadounidense vulneraban su derecho de propiedad. Por ello, solicitó que el dinero le fuera devuelto íntegramente en dólares o en la cantidad suficiente de pesos para adquirirlos al valor de mercado (por entonces, de 3,15 pesos por dólar para la compra y 3,21 pesos para la venta) (Asociación por los Derechos Civiles, 2005, p. 327).

Para la fecha en que la Corte debió fallar, la provincia de San Luis ya había hecho uso de parte del dinero en sus cuentas, pues las provincias gozaban de ciertas excepciones que les permitían extraer sus fondos en pesos. De esta forma, el reclamo se circunscribió a la diferencia que aún no había sido retirada. El Banco de la Nación recusó con causa a los jueces Moliné O'Connor y Fayt. Al primero le imputaba haber hecho público su proyecto de sentencia y al segundo tener un interés directo en la resolución del caso, pues también poseía fondos que estaban inmovilizados en ese banco. Respecto de Moliné O'Connor, todos los jueces que conformaban el tribunal en ese momento –Nazareno, Fayt, Belluscio, Boggiano, López, Vázquez y Maqueda- concordaron en la improcedencia del pedido. Belluscio, Boggiano y Maqueda dijeron que no había elementos para afirmar que el propio Moliné O'Connor hubiera suministrado el proyecto de sentencia a la prensa, sino que, en todo caso, se habría producido un desvío como consecuencia del proceso de circulación de expedientes dentro de la Corte, sin que fuera posible imputar tal hecho a una persona determinada. En relación con Fayt, en cambio, no hubo acuerdo sobre la procedencia o no de su recusación. El juez había reconocido públicamente que era titular de un depósito a plazo fijo en dólares estadounidenses en el Banco Nación. Para la mayoría –Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, López y Vázquez- la recusación era improcedente. En cambio, para la disidencia -Belluscio, Maqueda y Boggiano- Fayt no era imparcial ya que por su situación de ahorrista perjudicado por la pesificación tenía un interés directo en la solución del caso y correspondía su recusación. Estos tres jueces también hicieron notar la gravedad de que el juez recusado participara con su voto en el rechazo de su propia recusación, convirtiéndose así en juez y parte.

Como conclusión, la disidencia estimó que se estaban desconociendo reglas éticas elementales dado que la integración estaba viciada por un juez

necesariamente parcial. Por lo tanto, se pronunciaron por la nulidad de la sentencia que eventualmente se dictara con la intervención de Fayt. La cuestión principal que se debatía en este caso era si el Poder Ejecutivo estaba facultado constitucionalmente para pesificar los depósitos que la provincia de San Luis tenía en el Banco Nación. En una larga sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de las normas del Ejecutivo que se impugnaban y ordenó al Banco Nación el reintegro de los fondos en dólares estadounidenses o su equivalente en pesos según la cotización del mercado libre al día del pago (Voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, López y Vázquez. En disidencia votaron Belluscio, Boggiano y Maqueda. Petracchi no formó parte de la decisión dado que se excusó por mantener los fondos depositados).

El Máximo Tribunal Nacional, fundó su decisión en que el Poder excedió las facultades delegadas por el Congreso; las normas impugnadas violaban el derecho de propiedad, los bonos ofrecidos por el gobierno no eran obligatorios, y los ahorristas no eran responsables de la ficción monetaria que implicó el régimen de convertibilidad (Asociación por los Derechos Civiles, 2005, p. 329).

Esta causa es la más jugosa de todas en tanto que revela un variado contenido argumental. En cuanto a la emergencia, el Tribunal destaca en el considerando 29 que es inherente a la misma los complejos fenómenos sociales y económicos. Más tarde, en el considerando 43, expresa que los graves efectos de la emergencia alcanzan a todo el país alterando el ritmo de vida de la población y la magnitud de sus recursos económicos y en el considerando 44 apunta a las situaciones de extrema gravedad.

En conclusión, este fallo tampoco revela una definición del concepto de emergencia económica, sino que solo reputa de manera aislada distintas características que lo integran.

4. f) Bustos, Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros

Un año y medio más tarde, en octubre de 2004, la Corte Suprema, con nueva composición (Antonio Boggiano, Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, Eugenio R. Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco) resolvió en el caso Bustos y aceptó por primera vez la constitucionalidad de la pesificación de los depósitos bancarios regulada por las normas de emergencia. El depósito, de 1.334.110 dólares, había sido efectuado en el Banco Bersa de Entre Ríos por un grupo de médicos. Alberto R. Bustos y su colega Ramón Giacchi habían fundado en 1994 un instituto de nefrología en la ciudad de Paraná. Luego de algunos años lo vendieron y con ese dinero constituyeron el depósito en cuestión.

A partir de entonces, Alberto R. Bustos y otros promovieron amparo contra el Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina, el Banco de Entre Ríos y el BBVA Banco Francés S.A. en razón de las normas de emergencia dictadas por el Gobierno Federal entre 2001 y 2002 por las que se concretaron restricciones al retiro de depósitos a plazo fijo y cuentas a la vista, así como la conversión en pesos de los depósitos en dólares. La Cámara Federal de Paraná confirmó el fallo de primera instancia haciendo lugar al amparo y declaró la inconstitucionalidad de las Leyes N° 25.557 y 25.561, así como los decretos, resoluciones vinculados y “toda otra norma que impida, limite o restrinja de cualquier manera a los actores la posibilidad de disponer inmediatamente de sus depósitos a plazo fijo y en cuentas a la vista, y ordenó que las entidades financieras intervinientes devolvieran los depósitos en el signo monetario efectuado, en el plazo de diez días.” Por su parte, el Estado Nacional y los bancos demandados interpusieron recurso extraordinario y la Corte falló a favor de éstos, revocando la sentencia de Cámara, rechazando el amparo y consagró la

constitucionalidad de las medidas de emergencia, amén de realizar una dura crítica a los tribunales que acogieron inicialmente demandas similares.

Esta causa es interesantísima, resulta que en el voto del Procuración General Dr. Esteban Justo Antonio Righi se anticipa (Considerando VII) la doctrina de la emergencia para tratar el fondo del asunto. Seguidamente, el Procurador realiza un tratamiento de la doctrina de la emergencia y recorre distintos hechos históricos que tuvieron lugar en nuestro país en el marco de diferentes crisis económicas. Un rasgo interesante es que del análisis surge que la emergencia se trata de un hecho público y de notorio conocimiento. Asimismo, es medular el Considerando VIII ya que ahí se indica que la legislación de emergencia constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado cuya existencia y gravedad corresponde que sea apreciada por el legislador y los órganos judiciales no puede apreciar la oportunidad o conveniencia de esas medidas sino sólo su razonabilidad, esto es, que los medios elegidos para decretarla resulten razonables y no respondan a móviles discriminatorios o de persecución contra grupo o individuos.

Asimismo, en el Considerando X se vuelve sobre el fundamento de las leyes de emergencia con idéntico argumento que el utilizado en Smith, esto es, la necesidad de remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos o concediendo esperas, como formas de hacer posible el cumplimiento de obligaciones, atenuando su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto.

En tanto, la Corte siguiendo la idea del Procurador General recalca que para que la emergencia esté justificada es necesario que se den una serie de requisitos que los toma del caso (“Home Building v. Blaisdell”) y son: a) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de

amparar los intereses vitales de la comunidad; b) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; c) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; d) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria (Considerando 9).

De lo expuesto, se desprende que existe una doctrina de la emergencia que sin precisar un concepto puntual recalca que se trata de un estado de necesidad, grave y para que exista es necesario que sea declarado por ley. Además, se puntualiza que esa emergencia está sujeta a un control judicial sesgado en tanto que el Poder Judicial sólo puede examinar su razonabilidad o la adecuación entre el medio elegido para restringir derechos y el fin perseguido.

5. Reflexiones finales

Luego de haber analizado a lo largo del presente trabajo, las distintas construcciones argumentales sobre el concepto de emergencia económica elaborado por la Corte Suprema a través de distintas causas es posible arribar a una serie de conclusiones y reflexiones.

Tal como anticipamos al principio no surge del plexo jurídico nacional un concepto de emergencia económica que se constituya en el norte de la situación típica a configurarse para que con certeza y coherencia se pueda establecer que estamos ante tal situación.

Del conjunto de sentencias tratadas, el tribunal ha esbozado ciertas caracterizaciones del concepto sin establecer una definición concreta. Con ello referimos, a que sostuvo por ejemplo que el fundamento de las leyes de emergencia obliga a intervenir en el orden patrimonial para poder

solucionar situaciones de gravedad. Las situaciones de gravedad, “obligan” a meterse en el orden patrimonial. En el mismo sentido, destacó que los contratos, las sentencias firmes y los efectos de ambos quedan suspendidos por un lapso de tiempo como consecuencia de la constitucionalidad de las leyes que autorizaron esa suspensión. Todo ello con el fin de proteger el interés público cuando se desatan situaciones graves de carácter físico, económico o de otra índole.

Asimismo, la Corte resaltó que la temporalidad es una característica central de la emergencia. Esto es, no se puede pensar la emergencia en una cantidad de años, de meses, de días; ella está condicionada y va a durar hasta que desaparezcan las causas que la generaron. También destacó que el concepto de emergencia es de hecho, esto es, una situación diferente, extraordinaria, que está presente en el orden económico-social y extiende sus efectos “perturbadores” al orden social ya que estamos hablando de pobreza, escasez, indigencia por eso es necesario ponerle fin.

A su vez, esta situación autoriza al Poder Ejecutivo a restringir de manera limitada, razonable y temporal algunos derechos que están tutelados por la Constitución Nacional. Esta suspensión queda sujeta al control de constitucionalidad porque y haciendo el Tribunal alusión a la diferencia entre estado de sitio y situación de emergencia, en esta última las garantías constitucionales no se suspenden. En todas las causas el Tribunal habla de emergencia, salvo en “Ulloa”, que destaca el concepto de emergencia económica para adoptar una solución de excepción basada en las razones de índole humanitaria ante situaciones de emergencia económica declaradas por ley.

A partir de lo señalado precedentemente, podemos concluir y señalar que los juristas definen la emergencia en términos de gran vaguedad. En general se refieren a “situaciones de extrema gravedad”, “que afectan a la sociedad

en su conjunto” “que son graves”, “que perturban a la sociedad” “que hay que remediar o ponerles fin”, entre otros términos. Por lo general, las definiciones incluyen las consecuencias de la emergencia, es decir, la posibilidad de adoptar medidas de restricción a los derechos restando utilidad al concepto. En esto, suelen coincidir con las definiciones que adoptan los jueces. Como puede verse, en la causa “Peralta” la Corte se ha referido a una “situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico social; con su carga de perturbación acumulada en variables de penuria, escasez, pobreza e indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin”. En el mismo sentido, en el fallo “Smith” el Tribunal se refirió a “desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico, o de otra índole...”. Sin embargo, en uno y otro caso las decisiones finales fueron diferentes y dentro de esas diferencias justificaron el avasallamiento de los poderes estatales sobre las garantías individuales o resguardaron el derecho de propiedad privada. A partir de entonces, podemos señalar que la falta de juridicidad en el concepto impacta en la seguridad jurídica de un Estado de Derecho ya que habilita que la emergencia económica no tipificada se constituya en un fundamento jurídico válido utilizado para justificar una actuación excepcional del Poder Ejecutivo por sobre los derechos individuales.

Hay que apuntar a una construcción jurídica del concepto de emergencia económica para evitar que las subjetividades, las oportunidades y las necesidades políticas suplan su falta.

Al respecto, interesa destacar que la emergencia económica no está prevista constitucionalmente sino la emergencia de tipo política y pública consagradas en los artículos 23 y 99 inciso 3) de la CN; sin embargo, tal como sostiene Pinése dichos conceptos se constituyen en el fundamento válido de gran parte de la actuación de nuestro Estado. Son conceptos tan

latos que de hecho toda materia queda comprendida en su interior y no actúan como límite institucional de los poderes públicos que apelando a la emergencia económica terminan afectando garantías constitucionales (Pinése, 2005).

Por eso, creemos que la ausencia de tipicidad del concepto es tan grave como la actuación misma de los poderes constituidos que bajo el lema de ser los representantes de los intereses de la comunidad cuando la situación amenaza la continuidad social del Estado usan la emergencia económica que ellos mismos generan para burlarse de toda construcción jurídica del Estado, pues ni la delegación pone límites, ni se controla el poder delegado en la utilización de la facultad legislativa que se transforma en propia y discrecional y el resguardo de las garantías constitucionales individuales queda de lado a fin de poner fin a la crisis y salvar la existencia del Estado mismo.

Lo importante en la construcción del concepto de emergencia económica es sincerarnos y reconocer que ante tal situación se habilita la delegación legislativa del Poder Ejecutivo prevista constitucionalmente que se entromete en la regulación de los derechos afectando garantías individuales. En este sentido, entendemos que la definición enunciada por Lorenzetti (1993, p. 811) respecto de la emergencia económica es la que más se adecua a lo que expresamos. Él destaca que, “La emergencia económica es, entonces, un hecho externo, temporalmente limitado, que afecta aspectos esenciales de la organización del Estado, creando una situación de peligro colectivo que autoriza la adopción de medidas que afectan las garantías individuales”.

6. Referencias bibliográficas

- Asociación por los Derechos Civiles (2005) *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003.2004*. Siglo XXI editores. Buenos Aires.
- Guido, P. y Lazzari, G. (2003), *Apuntes sobre la caída de la economía argentina: (se puede evitar todo, menos las consecuencias)*. Revista Libertas 38. Instituto Universitario ESEADE.
- Lorenzetti, R. (1993) *Los contratos ante la emergencia económica*. Buenos Aires. La Ley.
- Pinése, G. G. (2005), *El derecho de emergencia o el derecho en emergencia*. Id SAIJ: DACC050009.
- Vanossi, J.R. (2012), *La raigambre constitucional del derecho de propiedad. ¿Vivo o sobreviviente? ¿Existe y subsiste?* Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires sesión plenaria del 24 de septiembre.
- Ylarri, J. S. (2020), *La situación de Emergencia Económica y su Control Judicial*”, trabajo publicado en *Forum Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina*.

1 CSJN, 1990/12/27 (Fallos 313:1513)

2 CSJN, 2001/12/28 (Fallos 324:4520)

3 CSJN, 2002/01/15 (Fallos 325:8)

4 CSJN, 2002/02/01 (Fallos 325:28)

5 CSJN, 2003/03/05 (Fallos 326:417)

6 CSJN, 2004/10/26 (Fallos, 327:4495)

7 CSJN, 16/12/1925 (Fallos 145:325), *Bourdieu c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*. Pág. 827

8 Idem ob. citada. Pág. 828

Concepto de “Derechos Reales”.

La combinación de estrategias definatorias en el Código Civil y Comercial

Diego José Mayordomo

1. Introducción

Los derechos reales son esenciales para la vida en comunidad ya que son la expresión de un conjunto de temáticas económicas, sociales y políticas. Su reglamentación depende del modelo de comunidad que se pretende alcanzar.

La normativa de los derechos reales se traza para satisfacer intereses superiores a los meramente particulares. Estos intereses fueron variando con los cambios económicos, sociales y políticos que se aprecian en la historia.

En el presente trabajo, pretendemos desarrollar brevemente los principales cambios que han modificado el concepto de los derechos reales tan arraigados en la historia de la sociedad.

2. Concepto de “derecho real”

Mariani de Vidal nos dice que el derecho real “es un derecho, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona y una cosa una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo, naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persecuendi* y al *ius preferendi*” (Mariani de Vidal, 2004, p. 24).

Analizaremos este concepto actual, aceptado por la doctrina mayoritaria.

En principio, tal definición da cuenta de que se trata de un derecho absoluto; esto implica que tiene oponibilidad contra todos. Para eso necesariamente deberá cumplir con ciertos requisitos los cuales harán a la perfección de la adquisición y su posterior publicidad con carácter declarativo.

A continuación, nos expresa que es de contenido patrimonial; sin lugar a dudas, integran el patrimonio del titular del derecho real, y, por ende, queda incluido dentro de este tipo de derechos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de sus normas se dice que son sustancialmente de orden público. Esto implica que están vinculadas al conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y religiosos a los cuales la sociedad considera vinculada la existencia de la organización social establecida, por lo tanto, no pueden ser dejados de lado por los particulares.

Las normas de orden público que contienen los derechos reales son una de sus características definitorias y diferenciadoras de los derechos personales. Esto hace que el ámbito de los derechos reales se diferencie del resto de los derechos civiles con una profunda incidencia del orden público en el ámbito del derecho privado.

En cuanto al sujeto interviniente, que mantiene una relación unidireccional con el bien objeto del derecho real, puede ser una persona humana o jurídica. Los titulares de derechos reales pueden ser varios sobre idéntico objeto, pero cada uno tendrá un derecho real diferente sobre el mismo.

En cuanto al sujeto pasivo, grandes discusiones doctrinarias han trazado este tema. Por un lado, se marca la existencia de un sujeto pasivo indeterminado que tiene la llamada obligación pasivamente universal, esto es, un deber de abstención, negativo, que no constituye propiamente una obligación. Por otro lado, subsiste un sector que niega la existencia de una obligación pasivamente universal.

En cuanto al objeto hoy ya no solo son las cosas sino también los bienes taxativamente señalados por la ley. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa.

La relación entre el sujeto y el objeto es directa e inmediata, ello quiere decir que no existen intermediarios entre ellos, a diferencia de los derechos personales, donde la relación con el objeto es indirecta y mediata, y directa entre los sujetos intervinientes.

La publicidad es otra de las características distintivas de los derechos reales, ya que si puede oponerse a todos es indispensable que ese derecho pueda ser conocido también por todos. De allí la necesidad de la publicidad para poder oponerse a terceros. En Argentina conocemos dos tipos de publicidad la posesoria y la registral. En un primer momento solo se utilizó la publicidad registral para el derecho real de hipoteca, con el tiempo y el avance de la sociedad, de las provincias y de la legislación, se oficializó la publicidad registral para todos los derechos reales sobre inmuebles. Sin

embargo, hoy el Código Civil y Comercial ha dado un importante campo a la publicidad posesoria.

En el caso de ser atacados en cuanto a su existencia, plenitud o libertad, los derechos reales están protegidos por las acciones reales que son: la acción reivindicatoria, la acción confesoria y la acción negatoria.

Por último, el derecho real, a diferencia del derecho personal, otorga a su titular las ventajas del *ius persecuendi* y del *ius preferendi*, pudiendo perseguir la cosa de manos de quien la tenga y teniendo preferencia tanto de privilegio como de exclusión ante otros derechos posteriores.

3. Evolución en la historia de los últimos siglos

Alterini (2018, p. 12) nos dice “Los derechos reales son la expresión de un conjunto de temáticas económicas, sociales, y políticas que son esenciales para la organización de la vida en comunidad. Los derechos reales no son neutrales, pues la organización jurídico real depende del modelo de comunidad que se procura alcanzar”.

Sin lugar a dudas la evolución de los derechos reales fue modificada en cuanto a su alcance por las diferentes concepciones político-económicas-religiosas de cada momento de la historia.

Los derechos reales atañen a las entrañas más profundas de cada organización social, por lo tanto, su modificación y/o adecuación resultan relevantes para cada pensamiento político-ideológico.

La regulación de los derechos reales es delineada para satisfacer intereses superiores a los meramente particulares, los cuales fueron variando con las diversas mutaciones económicas, sociales y políticas que se aprecian en la historia.

Santos Briz (1973, pp.4-5) afirma:

El derecho de cosas, como parte del ordenamiento jurídico contiene las normas que regulan la soberanía del hombre sobre los bienes (...). Es pues, patente la vinculación jurídica constitucional de esta parte del Derecho Civil, basada en el reconocimiento de la propiedad privada, compatible con el bien común y, por tanto, con las consiguientes limitaciones (...). Pasada la época del Estado Liberal del siglo XIX, la propiedad y los demás derechos reales basados todos en ella se mueven en nuestra época entre los dos polos indicados de libertad personal y vinculación social (...). La intervención estatal en el ámbito jurídico real persigue la protección de la pacífica convivencia social...

Los valores esenciales de libertad e igualdad siempre juegan en la regulación de los derechos en general. En cuanto más se garantice uno de ellos, esto va en detrimento del otro, y en viceversa sucede de igual manera.

Nuestro derecho, y el derecho comparado en general, ha transitado un camino desde el liberalismo pasando por la doctrina social de la iglesia y los embates del socialismo que han modificado y han dejado sus rasgos para llegar al derecho que hoy tenemos. En este aspecto, el derecho, y los derechos reales en particular, son normas en continuo avance, podríamos decir en movimiento, ya que van siendo embestidas en forma constante por los cambios sociales.

El liberalismo del siglo XIII y XIX, impulsor y padre de los códigos civiles actuales, impregnó en ellos un derecho netamente liberal, un concepto de propiedad sin limitaciones, y derechos reales con escasos límites.

El concepto de dominio era tan amplio que cada uno podía hacer lo que quisiera con su objeto. Tuvo que llegar de la mano de las doctrinas del siglo XX la teoría del abuso del derecho para poner límites a estos derechos que facultaban hasta destruir la propiedad sin fundamento.

3.1. Doctrina social de la Iglesia

La doctrina social de la Iglesia, en continuas encíclicas, establece una armonización del derecho de propiedad en general y en particular de los derechos reales, con las exigencias del bien común.

La Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII del 15 de mayo de 1891, dice:

el fundamento del uso de las riquezas consiste en distinguir entre la recta posesión del dinero y el recto uso del mismo. Poseer bienes en privado, es derecho natural del hombre y usar de este derecho en la sociedad es necesario en absoluto. En cuanto a esto, el hombre no debe considerar las cosas externas como propias, sino como comunes; es decir de modo que las compartan fácilmente con otros en sus necesidades

La Encíclica *Quadragesimo Anno* de Pio XI, del 15 de mayo de 1931, enuncia:

debe tenerse por cierto y probado el doble carácter del derecho de propiedad llamado social e individual... la justicia llamada conmutativa manda a respetar santamente la división de la propiedad y no invadir el derecho ajeno excediendo los límites del propio dominio; pero que los dueños no hagan uso de los propios si no es honestamente, no atañe ya a dicha justicia, sino a otras virtudes, el cumplimiento de las cuales no hay derecho a exigirlo por la ley

La Encíclica *Mater et Magistra* de Juan XXIII, del 15 de mayo de 1961, expresa:

Nuestros predecesores nos han enseñado que el derecho de propiedad privada le es intrínsecamente inherente a una función social... todos los bienes de la tierra están destinados, en primer lugar, al decoroso sustento de todos los hombres

La *Pacem in Terris* de Juan XXIII, del 11 de abril de 1963, dice: “El derecho de propiedad privada entraña una función social”

La Encíclica *Populorum Progressio* de Paulo VI, del 26 de marzo de 1967: “...la propiedad privada no constituye para nadie un derecho

incondicional y absoluto...”

La Encíclica *Centesimus Annus* de Juan Pablo II, del 1 de mayo de 1991, enuncia: “Dios ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno (...)”

Por último, la Encíclica *Laudato si* de Francisco, del 24 de Mayo de 2015, expresa:

El principio de subordinación de la propiedad privada al destino universal de los bienes y, por tanto, al derecho universal a su uso es una regla de oro del comportamiento social y el primer principio de todo el ordenamiento ético-social. La tradición cristiana nunca reconoció como absoluto e intocable el derecho a la propiedad privada y subrayó la función social de cualquier forma de propiedad privada... sobre toda propiedad privada grava siempre una hipoteca social, para que los bienes sirvan a la destinación general que Dios les ha dado...

Al hablar del contenido del derecho de propiedad, las encíclicas papales enumeradas, expresan un concepto social que incluye todos los derechos reales.

La concepción del derecho real del liberalismo, se ve limitada o recortada por el sentido social que impregna la doctrina social de la Iglesia. Dicha doctrina se fue introduciendo en varias normativas en todo el mundo lo que se vio reflejado en leyes como la 17.711 introduciendo la doctrina del abuso del derecho y otros límites y restricciones a los derechos reales.

3.2. El siglo XX de los derechos reales

El siglo XX fue tiempo de las grandes transformaciones de los derechos reales, tanto por los pensamientos ideológicos políticos como los religiosos que ya hemos analizado.

Desde el punto de vista político ideológico, el Estado de Bienestar, en donde el Estado provee determinados servicios en garantía de toda la sociedad, se introdujo en el ámbito de los derechos reales imponiendo en sus normativas determinadas condiciones y límites a los derechos.

El siglo XX impregnó las normativas de rasgos sociales y, en aras del orden público, se introdujeron muchas normativas que limitaron los alcances ilimitados de los derechos reales, entre ellas la ley 17.711.

La reforma de la Constitución Nacional de 1949 fue reflejo de ello en los artículos: artículo 38 en cuanto a la función social de la propiedad; el artículo 39 en lo atinente a que el capital está al servicio del bienestar social; el artículo 40 respecto a la actividad económica marca la facultad del Estado para intervenir en la economía y monopolizar ciertas actividades, el comercio exterior como función irrenunciable del Estado, los minerales y fuente de energía, son de propiedad inalienable de la Nación, los servicios públicos, función irrenunciable del Estado y establece las pautas para fijar el precio de las expropiaciones.

La constitución de la provincia de La Pampa, sancionada en 1960, reformada en 1994, como otras pocas constituciones provinciales, es un claro reflejo de lo dicho. En su artículo 33 nos dice que:

La propiedad debe cumplir una función social y su explotación conformarse a la convivencia de la comunidad. La expropiación, fundada en el interés social, deberá ser autorizada por ley previamente indemnizada, beneficiando a la comunidad el mayor valor del suelo que no sea producto del esfuerzo personal o de la actividad económica del propietario, de acuerdo a la reglamentación que fije la ley.

El artículo citado refleja la ideología política económica del Estado de Bienestar y su influencia sobre los derechos reales en cuanto a sus facultades y caracteres.

El siglo XX fue reflejo de grandes cambios en el ámbito del derecho, y en particular en el ámbito de los derechos reales. La concepción de los derechos reales nacida durante el liberalismo pierde fuerza y nace una nueva concepción con restricciones y límites basada en un uso razonable de los derechos adquiridos.

Los derechos reales dejan de ser un derecho ilimitado en su extensión y uso, comenzando a ser derechos limitados en sus facultades. El abuso del derecho real ya no es lícito y los límites en razón de cuestiones sociales se ven plasmados en normas de diferentes rangos.

Los límites impuestos por razones ideológicas fueron siempre requerimientos que nacieron de la sociedad misma, y como siempre la ley va por detrás de los requerimientos de ella. No obstante, siempre hubo una resistencia a ellos por ciertos sectores de la doctrina y de la sociedad en particular. La función social de la propiedad nunca dejó de ser un tema controvertido, lo que llevó a la derogación de las reformas realizadas en 1949 poco tiempo después de su sanción en el año 1956 por el gobierno militar de Aramburu.

El siglo XX, ha sido el siglo que ha limitado los derechos reales en cuanto a su extensión y facultades impregnadas del liberalismo de los siglos XVIII y XIX. Un cambio de paradigmas ideológicos que se transmitió a las entrañas mismas de los derechos reales.

4. Incidencia del orden público en los derechos reales

El orden público es un concepto difícil de definir, pero sí existe certeza en que envuelve a principios superiores organizativos de la comunidad.

Al decir de Risolía

...el orden público es relativo, variable en el tiempo y en el espacio entregado a la ponderación del juez... limita la autonomía individual cuando las bases en que se apoya la organización de la sociedad a que se lo refiere resultan comprometidas... el orden público se anuda consustancialmente al estado de equilibrio, de paz social, de justicia, al que deben acomodarse las leyes y los actos de los particulares (1958, pp. 241-243)

La relevancia política, económica y social de los derechos reales determina que su régimen esté regido por la noción de orden público.

Al decir de Lafaille

la distribución y explotación de los bienes envuelven problemas económicos de la mayor trascendencia, trátase de muebles o de inmuebles. Acerca de estos últimos principalmente, se han trasladado al orden político y social, determinando a menudo, la formación de clases y hasta el régimen gubernativo de los pueblos o la calidad de sus instituciones...la existencia y el crecimiento de la riqueza privada han gravitado generalmente en la paz interior de las sociedades... son innumerables las contiendas civiles que tienen como causa la mala repartición de la riqueza o el abuso de los detentores...el legislador ha debido pues, desde muy temprano vigilar estas relaciones jurídicas, a fin de encauzarlas, de crear o adaptar figuras adecuadas y de protegerlas con defensas suficientes... es que tales conflictos hacen a la entraña misma de las sociedades, a cuanto integra el concepto de orden público. Por ello, cada nación se ha reservado celosamente reglamentar los derechos reales... (2010: pp. 54-55)

Vélez Sarsfield en la nota del artículo 2828 del Código Civil expresaba: “la naturaleza de los derechos reales en general...está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones, y no depende de la voluntad de los particulares”.

A diferencia de los derechos personales, los derechos reales están regulados con la mira puesta en intereses superiores a los meramente particulares y por ende en el ámbito del orden público. Grafica ello, Molinario, expresando que los derechos reales son “creados y organizados exclusivamente por la ley y su regulación total es de orden público”. Allende (1967, p. 19) sostiene, con distinto criterio, que las normas que rigen los derechos reales son “sustancialmente” de orden público, con lo

que expresa que son ‘en general’ de orden público, pero no es su ‘totalidad’ de ese carácter.

Señala Alterini (2018, p. 85) que “la presencia del orden público es dominante en los derechos reales, pero no exclusiva. Coexistiendo dos planos normativos, el de las normas estatutarias, y las normas reglamentarias”.

En cuanto a las normas estatutarias, estas son exclusivamente de orden público, precisan cuáles son los derechos reales y cómo son. El Código Civil y Comercial lo estableció en el artículo 1884 de “Estructura”¹. Por otro lado, las normas reglamentarias son aquellas que pueden ser dejadas de lado por una manifestación de voluntad en contrario expresada en el título constitutivo del derecho real respectivo, por lo tanto, no son de orden público. Ejemplo de estas últimas podemos encontrar en las normativas que regulan el dominio fiduciario, el dominio revocable, el condominio, etcétera.

La incidencia del orden público en los derechos reales actúa de diferentes formas en cada uno de ellos, pero no debemos soslayar que está prohibido todo lo no permitido directamente por la ley. No hay autonomía de la voluntad si la ley silencia su mensaje en esa dirección.

4.1. Número cerrado

Ya el derecho romano se pronunció en contra de la configuración de los derechos reales por los particulares². A ello siguieron el Código italiano, el alemán, el chileno, el argentino, el colombiano, el peruano, el paraguayo, el brasileño, entre otros.

Existe una marcada tendencia hacia el número cerrado en el derecho comparado. En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2009, en la ciudad de Córdoba, se concluyó: “La creación indefinida de derechos

reales conspira abiertamente contra el numerus clausus y solo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes”.

Vélez en la nota al artículo 2502³ hablaba de las desventajas de la multiplicidad de derechos reales sobre los mismos objetos, determinando ello una proliferación de complicaciones que derivarían en pleitos. Vélez temía al descontrol, por ello eliminó la superficie, la enfiteusis y prohibió la propiedad horizontal.

Alterini (2018, p. 94) indica que múltiples razones abonan la conveniencia del sistema de número cerrado, entre ellas: 1) la protección de los terceros ya que la autonomía privada no es idónea para proteger sus intereses; 2) la certeza sobre los derechos reales, reduciendo la incertidumbre de los adquirentes y se facilitan las operaciones económicas; 3) la distribución y aprovechamiento equilibrado de los bienes dentro de ciertos límites; 4) la tutela del débil jurídico; 5) competencias razonables para los operadores jurídicos, facilitando el funcionamiento de los registros de la propiedad inmuebles; 6) confluencia con el interés general, ya que el Estado tiene interés en la regulación de los derechos reales porque la explotación de los bienes tiene consecuencias económicas, sociales y políticas. Lo que se procura tutelar con el sistema de numerus clausus es el bien común y no exclusivamente el bien de los particulares.

5. Derecho real como derecho subjetivo

Los derechos reales por su oponibilidad son derechos subjetivos ya que son absolutos y pueden hacerse valer frente a todos, se los conoce como erga omnes. Ello hace que, a diferencia de los derechos personales, luego de

registrados puedan ser opuestos a los terceros interesados, y antes de ello a cualquier otro tercero.

Dentro de esa clasificación según su contenido pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales según tengan o no raigambre económica. Por ende, los derechos reales, se ubican como subjetivos de carácter patrimonial, siendo este último carácter trascendente en la vida político-económica de cualquier comunidad.

El carácter subjetivo y patrimonial de los derechos reales hace referencia, también, al interés que cada Estado ha tenido históricamente en la regulación de los mismos. Estas dos características constituyen dos de los ejes principales por los que a cada ideología económica, social o religiosa, le ha importado incidir sobre su normativa y sus caracteres.

6. Objeto de los derechos reales

El pensamiento clásico, el que siguió Vélez Sarsfield en el Código Civil, estrechó el objeto de los derechos reales a las “cosas”, es decir, a los objetos materiales susceptibles de tener valor económico.

Las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2001, reunidas en Buenos Aires, concluyeron que: “Los derechos reales tienen por objeto: a) las cosas; b) las partes materiales de las cosas; c) los derechos, excepcionalmente si la ley lo establece”.

El Código Civil y Comercial sigue en esta temática el principio establecido en el Proyecto de 1998 y en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Por lo tanto, el nuevo Código, en el artículo 1883, expresa que los derechos reales se ejercen sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, el todo o una parte indivisa y que también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley.

Aquí observamos otra de las grandes modificaciones que se ha impuesto sobre el concepto de los derechos reales en cuanto a su objeto. Sin dudas la ampliación del objeto de los derechos reales, deriva de cuestionamientos sociales a las restricciones a las limitaciones de su objeto y por otra parte también al interés del legislador en la ampliación de su objeto incidiendo en ello cuestiones político-económicas y sociales.

7. Facultades del titular del derecho real en la evolución del tiempo

El tema de este título es, sin dudas, un punto esencial en donde inciden netamente los cambios de ideologías político-económicas a lo largo de la historia. Las facultades que tiene el titular de un derecho real en la actualidad no son las mismas que las que tenía en el siglo XIX o principios del siglo XX.

Los grandes cambios de paradigmas y la incidencia de las nuevas ideologías produjeron que las facultades del titular de un derecho real sean acotadas, restringidas y limitadas.

Los siglos XVIII y XIX, empapados de liberalismo y de las ideologías de Adam Smith, produjeron que los límites y las restricciones a los derechos reales estuvieran minimizadas a su máxima expresión.

La llegada del Estado Benefactor en el siglo XX, las ideas del socialismo y la doctrina social de la Iglesia produjeron, como ya hemos comentado en la primera parte de este trabajo, un cambio de rumbo en las facultades que tiene el titular de un derecho real.

Los derechos reales ya no significan que su titular tiene facultades ilimitadas, sino que sus facultades, especialmente en el dominio, están

limitadas a un uso racional, acorde a la moral, las buenas costumbres y el orden público.

La Ley ya no ampara el ejercicio abusivo de los derechos según expresa el artículo 10 del Código Civil y Comercial, y considera un ejercicio abusivo aquel que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. En concordancia con ello, el artículo 19 de la Constitución Nacional, expresa “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.”

Las modificaciones y cambios de paradigmas han limitado las facultades de los titulares de los derechos reales, ciñéndolas a un uso acorde a la finalidad que tuvo el legislador al momento de crearlos, y estos últimos actuaron teniendo en cuenta intereses superiores que representan los intereses generales de la sociedad.

8. Conclusiones

En lo extenso del trabajo podemos observar cómo el concepto de derecho real en su contenido fue modificado por las diferentes concepciones liberales, socialistas y religiosas.

En los últimos siglos, en muchos códigos y leyes, quedaron plasmados los intereses del Estado en regular los derechos reales con su incidencia en el orden social, económico y político.

La doctrina social de la Iglesia incidió profundamente en la normativa de los límites y restricciones de los derechos reales, apelando a ello para la protección de los más débiles y las desigualdades sociales.

La incidencia del orden público en la materia en análisis hace que la misma sea tierra fértil para el legislador pudiendo regular cuestiones que hacen a los intereses de cualquier ideología política económica.

Al ser el campo de los derechos reales encasillado como derecho subjetivo y de carácter patrimonial, esto constituye otra característica por la que al Estado le interesa regularlos, siendo de esta forma posible garantizar muchos de los intereses generales de cualquier sociedad.

La amplitud del objeto de los derechos reales en Argentina es un claro ejemplo de la importancia de ellos para un Estado que quiere regular lo más acabadamente posible y direccionado los intereses generales económicos y políticos.

9. Referencias bibliográficas

Allende, G. (1967) *Panorama de derechos reales*. La Ley.

Alterini, J.H. y otros (2018). *Tratado de los derechos reales*. Tomos I y II. Parte general y Parte Especial. Editorial La Ley.

Lafaille, H. y Alterini, J. H. (2010). *Tratado de los derechos reales*. 2° edición, con la colaboración especial de I. E. Alterini. La Ley-Ediar.

Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Tomo 1. 7° Edición. Zavalía. Buenos Aires.

Risolia, M.A. (1958) Soberanía y crisis del contrato. En nuestra legislación civil. Abeledo Perrot.

Santos Briz, J. (1973). *Derecho Civil*. Teoría y práctica. Tomo II. "Derecho de cosas". Editorial Revista de Derecho Privado.

1 Artículo 1884: Estructura: La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

2 Nota al artículo 2502 del Código Velezano.

3 La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros o a la licitación.

Vivienda adecuada y el derecho a decidir dónde y con quién vivir por parte de personas mayores

Ana Lis Palacios

1. Introducción

Las presentes líneas proponen recuperar algunos lineamientos relativos a la vivienda adecuada como derecho humano reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y realizar un análisis que lo vincule con otro derecho humano: el de decidir dónde y con quien vivir por parte de personas mayores, previsto en el artículo séptimo de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIDHPM). De esta forma, se procura acercarnos a una noción de vivienda adecuada, no solo para desentrañar sus caracteres, sino también para identificar las obligaciones del Estado para garantizar este derecho.

Sabemos que nuestra sociedad actual atraviesa un proceso de envejecimiento de su población, lo cual tendrá progresivamente consecuencias e influirá necesariamente en los distintos ámbitos de nuestra sociedad, en los diferentes niveles local, regional y mundial. También es cierto que el derecho y las instituciones sociales creadas no pueden estar

ajenos a esta innegable realidad y, ya sea de manera preventiva y razonada o por la fuerza de las circunstancias, deberá hacerse eco de la situación demográfica de cada sociedad.

Uno de los aspectos en que esta situación demográfica tiene incidencia es el de la vivienda. La cuestión del derecho a la vivienda y al mantenimiento de su hogar por parte de la persona mayor no es una cuestión trivial. Así, se ha dicho que:

En los adultos mayores, la problemática del hogar reviste mayor envergadura que en otras edades de la vida, ya que en la mayoría de los casos los recuerdos del propio pasado habitan allí, y ellos pueden ayudar a mitigar la soledad de la que son víctimas en muchos casos, cuando pierden a sus seres queridos o bien cuando se sienten abandonados o utilizados por sus familias o sus afectos. El traslado de la vivienda familiar para un adulto mayor puede provocar un daño inconmensurable, derivando en un deterioro general de su calidad de vida y en una angustia —tal vez, sin retorno— respecto de su identidad. Así también lo entiende autorizada doctrina cuando expresa: ‘Su alejamiento de este lugar puede conmover al anciano, impresionándolo como un entierro anticipado, o un desapoderamiento de sus recuerdos, o una desvalorización de sus vivencias; como un cerrar la puerta a su pasado que el adulto mayor no tiene interés de olvidar porque, en general, las personas grandes viven de sus recuerdos. Existen más posibilidades de que la vejez de la gente mayor transcurra saludablemente si permanece en el hábitat acostumbrado, en el mismo entorno geográfico, cultural y afectivo de sus amigos y conocidos de la vecindad, del consorcio o condominio en el que se domicilia, ya que esa morada, por su cercanía, suele facilitar su participación en los centros de la propia fe religiosa o en los que desarrolle su dimensión ético-espiritual, o le permita mantenerse inserto en los ambientes deportivos de su afición, o continuar proveyéndose de lo necesario en los mismos negocios o establecimientos de toda la vida (Assandri & Rossi, 2017: s/p).

Sucede que la residencia independiente en la vejez está fuertemente relacionada con la viabilidad física y financiera. En la medida en que las personas mayores disfruten de buena salud o puedan pagar por servicios de asistencia, y estén en condiciones de solventar los costos de mantener un hogar, es probable que opten por vivir de manera independiente (CEPAL, 2009). No obstante, el proceso de envejecimiento se produce en un contexto

de carencias de vivienda y de dificultades de accesibilidad a servicios básicos y como consecuencia de esta situación muchas de las soluciones habitacionales deben buscarse alternativas habitacionales. Es ahí donde aparecen las llamadas residencias de corta y/o larga estadía.

Así es que, las residencias gerontológicas constituyen una alternativa adoptada por la familia, la sociedad y el Estado frente a la necesidad de alojamiento, cuidados y, en algunos casos, asistencia sanitaria, que requieren las personas mayores, de manera creciente (Davobe, 2014). De tal modo existen múltiples residencias de cortas y larga estadía –antiguamente y hasta no hace mucho tiempo fueron denominadas “geriátricos”- destinadas a que vivan en ellas personas mayores. En muchos casos, estos lugares constituyen verdaderos hogares para personas de la tercera edad, dado que ingresan a vivir en ellos por distintas razones y permanecen allí hasta el momento de su fallecimiento. En este contexto, podríamos cuestionarnos si tales residencias podrían constituir una “vivienda adecuada” de conformidad a los parámetros internacionales vigentes en la materia.

2. Envejecimiento de la población. Una realidad sociológica que demanda políticas públicas de abordaje integral

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

potencial que lo convertirá en uno de los cambios demográficos de mayor relevancia en las próximas décadas.

En el marco de la CEPAL -Comisión Económica para América Latina y el Caribe- se han realizado trabajos de investigación y estadísticas de población. En una de las publicaciones, se menciona que:

A nivel mundial, entre 2015 y 2030 la población de 60 años y más se elevará de 900 millones a más de 1.400 millones de personas. Ello supone un incremento del 64% en tan solo 15 años, siendo el grupo de edad que más crece. En términos relativos, el porcentaje de población de 60 años y más pasará del 12,3% en 2015 al 16,4% en 2030. (...) América Latina y el Caribe se encuentra además en la antesala de un cambio sin precedentes en su historia: en 2037 la proporción de personas mayores sobrepasará a la proporción de menores de 15 años. En valores absolutos, la población de 60 años y más, compuesta en la actualidad por unos 76 millones de personas, tendrá un período de amplio incremento que la llevará a alcanzar las cifras de 147 millones de personas en 2037 (Huenchuan, 2018: s/p).

Este paulatino e inevitable envejecimiento de la población constituye un proceso generalizado, pues todos los países de la región se van convirtiendo, a distinto ritmo, en sociedades más envejecidas. Este cambio demográfico presenta dos características que preocupan: un ritmo más rápido que el registrado históricamente en los países desarrollados y un contexto caracterizado por una persistente desigualdad, un débil desarrollo institucional, sistemas de protección social de baja cobertura y calidad, y una institución familiar muy exigida en materia de seguridad y protección (Huenchuan, 2018).

De ahí que una transformación demográfica de este carácter tendrá profundas repercusiones en el papel del Estado en torno a este grupo en situación de vulnerabilidad y requerirá la ampliación de la protección efectiva de sus derechos humanos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. A la luz de estos datos, es innegable la importancia de determinar qué es lo que constituye una vivienda adecuada para una

persona mayor, sin cuya determinación no sería posible exigir del Estado acciones positivas de garantía de este derecho.

3. Vivienda adecuada. Parámetros de aceptabilidad

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC, los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Se ha caracterizado a la vivienda familiar como

...el lugar físico en que de modo permanente la familia desenvuelve su realidad cotidiana. Es el sitio en que ella concreta su existencia, el lugar determinado que ocupa, localizado en la ciudad o en la zona rural, y que se destina a la vida familiar. Se constituye así en uno de los elementos fundamentales para la dignidad humana, la salud física y mental y sobre todo para la calidad de vida que permite el desarrollo del individuo, lo que ha llevado a definirla como: ‘el ámbito en el cual toda persona se desarrolla como tal’ (Assandri y Rossi, 2017: s/p).

Por su parte, a través de la Observación General N° 4, el Comité estableció que el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales; y estableció ciertos parámetros de interpretación de la norma. Así, dispone que

El derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo (...). Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a

todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: “el concepto de “vivienda adecuada”... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable” (Observación General N° 4, ap. 7°).

Asimismo, además de resaltar el concepto de adecuación de la vivienda, explica que el derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables. Además, destaca el pleno disfrute de otros derechos tales como el derecho a la libertad de expresión y de asociación (como para los inquilinos y otros grupos basados en la comunidad), de elegir la residencia, y de participar en la adopción de decisiones, son indispensables si se ha de realizar y mantener el derecho a una vivienda adecuada para todos los grupos de la sociedad. De manera semejante, el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada (Observación General N° 4, ap. 9°)

Por último, según el Comité la vigilancia eficaz de la situación relativa a viviendas es una obligación de efecto inmediato para los Estados, quienes deben adoptar una estrategia nacional de vivienda, asegurar los demás derechos humanos y adoptar medidas necesarias para los casos de falta de hogar y vivienda inadecuada en su jurisdicción (ap. 12 y 13).

4. Personas mayores y el derecho a decidir dónde y con quien vivir. Análisis de normativa vigente a nivel supranacional,

provincial y municipal vigentes

En Argentina, el 1,3% de la población total registrada en el año 2010, se encontraban viviendo en residenciales de corta y/o larga estadía para personas mayores. Desde la perspectiva jurídica, los establecimientos de larga estadía también son viviendas complejas, en las cuales una persona mayor tiene su centro de vida, junto a otras con quienes comparte habitación, comidas, rutinas, servicios, recreación derechos y deberes propios de una unidad doméstica. Sin embargo, son también residencias destinadas a brindar prestaciones y servicios que garanticen la calidad de vida de sus moradores, son, pues, hábitat por su importancia funcional (Davobe, 2019). Sentado lo expuesto, resulta interesante vincular los parámetros mencionados de existencia de una vivienda adecuada y repensar en torno a si las residencias de corta y/o larga estadía reúnen ese carácter.

Cabe mencionar que, hasta el presente, la legislación argentina sobre esta materia ha sido elaborada en el ámbito provincial y local, sin atención a criterios iusfundamentales. De manera tal que su regulación es profusa, ambivalente, contradictoria y burocrática, y requiere con urgencia de un régimen nacional diseñado a la luz de los parámetros de la Convención Interamericana (Davobe, 2019).

Al respecto, la CIDHPM consagró de manera expresa y como principio neurálgico el de autonomía de las personas mayores. Ya en su preámbulo reconoce que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma. El artículo 1 establece como objeto de la Convención el de promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el goce pleno y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. El artículo 3 menciona como principios generales que informan la

Convención a la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.

En relación específica al derecho analizado en este trabajo, es decir, el derecho a decidir dónde y con quien vivir, el artículo 7 reconoce el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente. Además, expresamente establece que los Estados Parte deben asegurar el respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos y que tenga la oportunidad de elegir el lugar de su residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico. El artículo 12 consagra el derecho a un sistema integral de cuidados en protección de la salud, promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener independencia y autonomía. En términos similares se expide en relación al derecho a la vivienda de personas mayores, otorga primacía a las preferencias y necesidades de la persona mayor, y establece la obligación de los Estados de garantizar el acceso a servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propio domicilio conforme a su voluntad (artículo 24).

La observación general N° 6 la ONU sobre “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores” invoca las recomendaciones del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento. En su apartado N° 33 expresamente establece que: en las Recomendaciones Nos. 19 a 24 de dicho Plan de Acción “...se pone de relieve que la vivienda destinada a los ancianos es algo más que un mero albergue y que, además del significado material, tiene un significado psicológico y social que debe tomarse en consideración. Por ello, las políticas nacionales deben contribuir

a que las personas de edad permanezcan en sus propios hogares, mientras sea posible, mediante la restauración, el desarrollo y la mejora de sus viviendas y su adaptación a las posibilidades de acceso y de utilización por parte de las personas de edad (Recomendación N° 19). La Recomendación N° 20 pone el acento en la necesidad de que en la legislación y en la planificación en materia de desarrollo y reconstrucción urbana se preste especial atención a los problemas de las personas de edad para contribuir a su integración social, y según la Recomendación N° 22, que se tenga en cuenta la capacidad funcional de los ancianos para facilitarles un entorno adecuado y la movilidad y la comunicación mediante el suministro de medios de transporte adecuados.”

En la provincia de La Pampa hay algunas leyes con implicancia en la temática de personas mayores, como por ejemplo la Ley 3029 de fecha 12 de octubre de 2017 mediante la cual La Pampa adhiere a la Ley nacional N° 27360 que aprueba la CIDHPM y establece como Autoridad de Aplicación al Ministerio de Desarrollo Social a través de la Dirección de Adultos Mayores.

Sin duda, la normativa que aborda directamente la cuestión planteada en este trabajo es la Ley 3129, denominada “De regulación del funcionamiento de las residencias de corta y larga estadía, y centros de día para personas mayores con o sin fines de lucro”¹. Dicho microsistema de protección, tal como se nombre indica, se aplica a las residencias y centros de día, entendidos como establecimientos para personas mayores de 60 años de edad y que tengan como fin exclusivo brindar servicios de alojamiento, nutrición, higiene, recreación activa o pasiva, estimulación cognitiva, integración social y atención médica y/o psicológica no sanatorial, en forma permanente o transitoria (artículo 4). De esta forma se destierra el perimido concepto de geriátricos, más propio del paradigma anterior, el médico

rehabilitador, que concibe a la persona como objeto de protección, especialmente en cuanto a su salud física, muy alejado del actual paradigma de los derechos humanos.

Esta ley provincial establece una remisión expresa a la Convención al establecer que sus disposiciones se interpretarán conforme a las pautas y recomendaciones de la CIDHPM (artículo 2). Asimismo, reconoce a las personas alojadas en las residencias y centros de día los siguientes derechos: a) a ser consideradas siempre una persona capaz en pleno ejercicio de sus derechos; b) a decidir dónde, cómo y con quién vivir, así como a la permanencia o no en la institución, salvo en los casos en los que fuera declarado incapaz; c) a la comunicación e información permanente; d) a ser informados sobre su estado de salud, a conocer a las y los profesionales que la asisten y toda práctica que se realice en el lugar o fuera de él, con el correspondiente consentimiento de la persona mayor; e) a no ser discriminadas por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, posición económica, o cualquier otra condición social; f) a ser escuchadas en la presentación de reclamos ante las personas titulares de los Establecimientos y ante las autoridades públicas, respecto de quejas o reclamos vinculados a la prestación del servicio; g) a entrar y salir libremente de las Residencias de Corta y Larga estadía y Centros de Día, respetando sus pautas de convivencia, entre otros derechos (artículo 5).

Por otra parte, establece una serie de obligaciones para los titulares responsables de las residencias y centros de día. Entre ellas se hace necesario resaltar las siguientes: a) controlar de manera permanente los aspectos clínicos, psicológicos y sociales respetando la integridad: física, mental y espiritual de sus residentes; b) conservar una Historia Clínica de cada uno de ellos, elaborada por su médico/a de cabecera y c) Llevar un legajo personal por persona residente, donde se adjunte el correspondiente

certificado de salud extendido por médico/a matriculado/a y demás información necesaria, con detalle de los datos personales, familiares, de salud, historia social y de vida y situación de autovalía al ingreso, y que contenga obligatoriamente el consentimiento informado escrito por parte de la persona mayor y de los familiares sobre la internación y las condiciones de la misma.

Estas residencias requieren para funcionar de la habilitación de las autoridades municipales correspondientes, la cual se otorga con carácter temporal y luego de la conformidad de la Autoridad de Aplicación, que es el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia, a través del área de su competencia. Ante las autoridades municipales se inician y prosiguen los procedimientos administrativos relativos a la habilitación (artículos 11 y 12).

La ley establece que la Autoridad de Aplicación deberá implementar un Registro de residencias de corta y larga estadía y centros de día y un Comité de Bioética para la Prevención del Abuso y Maltrato hacia las Personas Mayores que residen en estas instituciones, conformado por un equipo interdisciplinario. (Artículo 12).

El Decreto Provincial (La Pampa) N° 5106 de fecha 05 de diciembre de 2019, aprueba la reglamentación de la Ley 3129. Como dato de interés, se establece en su artículo 8 que, al tiempo del ingreso, el titular de la residencia requerirá del Ingresante a los fines informativos, las razones que determinan la institucionalización. Asimismo, se harán constar los datos del familiar responsable a quien se cursarán notificaciones correspondientes. En caso de negativa del/de los familiar/es o de ausencia de ellos, se deberá poner en conocimiento del hecho a la Defensora Civil en turno y se permitirá la designación de un tercero con su expresa conformidad. Por su parte, el art. 9 prevé que el grado de capacidad de las personas residentes

estará expreso y por escrito en las historias clínicas con los estudios correspondientes que verifiquen este diagnóstico y deberá estar actualizado semestralmente a los fines de responder a la categorización de la residencia.

En el ámbito de la ciudad de Santa Rosa, La Pampa hasta hace poco tiempo, se encontraba vigente la Ordenanza N° 5342, sancionada el 19 de noviembre de 2015, titulada “Gerítricos. Regulación de su funcionamiento y habilitación”. Esta normativa fue creada a la luz del paradigma anterior en torno a la vejez dado que nada se estipula sobre el modo de ingreso de la persona mayor al establecimiento, es decir, si lo es con o sin su consentimiento o lisa y llanamente en contra de su voluntad. Nada se expresaba respecto a la libre autodeterminación, a la autonomía en la toma de decisiones respecto de su vida por parte de las personas mayores, y solo les estaría garantizado la circulación libre, pero con sujeción a las pautas de convivencia. No se exigía que el ingreso haya sido fruto de la decisión del interesado, sino que cualquier “responsable” podía disponer el alojamiento de la persona, aún en contra de su voluntad, con la sola suscripción del Acta de Compromiso. Felizmente, esa normativa fue derogada. Con fecha 19 de marzo de 2020, se sancionó la Ordenanza N° 6311/20 –promulgada mediante Resolución del Ejecutivo Municipal mediante Res. 340/20– la cual, en una brevísima redacción de tres artículos, se adhirió a la Ley Provincial 3129 y se derogó la anterior ordenanza mencionada. Aunque no existen mayores previsiones a nivel municipal, la adhesión a la ley provincial fue formalmente expresada, por lo que a su regulación deberá remitirse.

En conclusión, nuestro sistema normativo reconoce el derecho de las personas mayores a la autonomía y a decidir dónde y con quién vivir, a la vez que –como todas las personas– también tienen derecho a vivir en una vivienda adecuada entendida como el lugar físico en que de modo

permanente desenvuelven su realidad cotidiana, donde concretan su existencia. Se reitera que, al ser concebido como uno de los elementos fundamentales para la dignidad humana, la salud física y mental y sobre todo para la calidad de vida que permite el desarrollo del individuo, para garantizar este derecho, debe reunir los restantes parámetros y estándares vigentes.

5. Interdependencia, indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos

Ahora bien, sentados los lineamientos básicos de ambos derechos abordados en este trabajo, no está de más recordar que los derechos humanos tienen ciertas características especiales. Algunas de ellas que interesan resaltar a los fines de este trabajo son: a) indivisibilidad, lo cual se vincula al rechazo de jerarquización y que los Estados no deben proteger y garantizar una categoría determinada de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos merecen la misma atención; b) interdependencia, que pone el énfasis en la interrelación y dependencia recíproca entre las diferentes categorías de derechos; y la c) integralidad, conforme al cual cuando se violenta un derecho también es probable que se vulneren otros. Así, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 expone en su art. 5° que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”. En similar sentido se describen en el preámbulo de la CIDHPM.

Cabe resaltar que, en relación a los derechos aquí analizados, ya existen obligaciones –de aplicación inmediata- a cargo del Estado, dado que

mínimamente existe un compromiso contraído de “adoptar medidas” de protección y por “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (artículo 2, párr. 1 del PIDESC), las cuales deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto (Observación General N° 3).

Ello me permite concluir que nuestro Estado debe adoptar en su territorio medidas de garantía y de respeto del derecho humano de personas mayores de elegir su lugar de residencia, sin lo cual no habría “vivienda adecuada” en los términos del PIDESC.

Parte de la doctrina sugiere que “...para trabajar en torno a un derecho-principio se requiere previamente *desempacarlo o desarrollarlo* considerando los *subderechos* específicos que engloba y las obligaciones que conlleva” (Serrano & Vazquez, 2021, p. 229). De esta forma, se dimensiona los derechos y las obligaciones a cargo del Estado con la finalidad de que puedan ser operacionalizados en su jurisdicción interna.

Conforme al método que los autores citados proponen, a esos fines debemos realizar cuatro movimientos: 1) la desagregación del derecho analizado; 2) la construcción de las obligaciones generales; 3) la identificación de los elementos institucionales para el ejercicio de los derechos; 4) la identificación de los principios de aplicación (Serrano y Vazquez, 2021, p. 232). Atento a la extensión de este breve trabajo, a continuación, se intentará aplicar de manera acotada este método en relación a los derechos antes mencionados.

En consecuencia, como primer paso, repasamos que los dos “grandes derechos” aquí propuestos son el derecho a la vivienda adecuada y el de autonomía de las personas mayores y, especialmente, en la toma de

decisiones y de elegir el lugar de su residencia y dónde y con quién vivir. Siguiendo en un análisis, podrían mencionarse como subderechos desagregados y comunes a ambos derechos mencionados: a) la prohibición de desalojo forzado de las personas mayores de sus hogares; b) el respeto de las decisiones de personas mayores en relación a la elección de su residencia y dónde y con quién vivir. La identificación de estos subderechos es conteste con una interpretación dinámica, progresiva, armónica e interrelacionada de los derechos humanos consagrados tanto en el PIDESC como en la CIDHPM.

El segundo paso es la identificación de las obligaciones generales que se derivan. Sobre este punto, Serrano y Vázquez (2015, s/p) sostienen que "... algunas obligaciones se desprenden de manera natural de los propios derechos humanos –como la prohibición de torturar–, otras parecen estar ocultas en los derechos y es labor del intérprete –judicial, ejecutivo o legislativo– desprender su sentido...". Existen distinciones clásicas de obligaciones como la de hacer o no hacer, y ambas actividades pueden ser aplicables a cualquier derecho. Otra distinción puede derivarse de observar si la obligación pretende mantener el nivel de disfrute de un derecho o mejorar su situación, o bien, distinguir si se trata de una obligación de cumplimiento inmediato o progresivo.

Sabemos que, según la terminología propia utilizada en los tratados internacionales, las obligaciones de los Estados son de respeto, protección, garantía y promoción de derechos. En consecuencia, si seguimos adelante con el método propuesto en relación a los subderechos identificados, podría afirmarse que de ellos se derivan las siguientes obligaciones: a) de respeto, que consisten en que el Estado debe impedir los desalojos forzados –es decir, en contra de su voluntad- de personas mayores de sus hogares; b) de protección, por ejemplo la de supervisar los residenciales de corta y larga

estadía para personas mayores, especialmente el recaudo de consentimiento informado de cada residente para estar allí; c) de garantía, como la de crear el marco normativo e institucional para lograr en todos los casos una adecuada supervisión del ejercicio personal de sus derechos por parte de personas mayores residentes, con respeto de su autonomía en la toma de decisiones; d) de promoción, tales como el diseño de políticas y mecanismos de puesta en práctica y de garantía de estos subderechos y de toma de conciencia de todos los operadores involucrados (agentes estatales y propietarios y personal de residencias de corta y larga estadía para personas mayores).

Como ya se adelantara, el tercer paso en el método adoptado consiste en la identificación de los elementos institucionales para el ejercicio de los derechos que nos encontramos abordando.

Ahora bien, una metodología de control de cumplimiento de los DESCAs desarrollados en la doctrina internacional, ha sido el Esquema 4 A por sus siglas en inglés, que sostiene que para reunir los recaudos del Pacto en relación a un derecho se debe garantizar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad y también algunos autores han agregado el recaudo de calidad. Con Serrano y Vázquez, se puede afirmar que la disponibilidad implica garantizar "...la suficiencia de los servicios, instalaciones, mecanismos, procedimientos o cualquier otro medio por el cual se materializa un derecho...". Con el recaudo de accesibilidad se procura "...asegurar que los medios por los cuales se materializa un derecho sean accesibles a todas las personas, sin discriminación alguna". Este elemento comprende, a su vez, exigencias tales como la accesibilidad física, la asequibilidad (accesibilidad económica), y el acceso a la información, que engloba el derecho a solicitar, recibir y difundir información e ideas relacionadas con el derecho en cuestión. La calidad

procura que “...los medios y contenidos por los cuales se materializa un derecho tengan los requerimientos y propiedades aceptables para cumplir con esa función.” (Serrano & Vazquez, 2015: p. 248/250)

No obstante lo expuesto, considero que el elemento esencial más relevante en relación a los derechos aquí abordados es el de aceptabilidad que impone que se haya recabado el consentimiento de las personas en relación con el medio y los contenidos elegidos para materializar el ejercicio de un derecho. En el caso de los derechos y subderechos aquí analizados, resulta crucial que se exija y garantice en cada caso que las personas mayores residentes en residencias de corta y larga estadía presenten el debido consentimiento informado para el ingreso a las residencias y que el Estado supervise que tal decisión haya sido libremente adoptada por ellas. De igual forma se deberá respetar de modo especial, todo lo concerniente al derecho a residir en una vivienda digna y a vivir en un medio ambiente adecuado. Tendrán que considerar la protección del ejercicio del derecho a la salud y a la intimidad, en particular, respecto de los espacios necesariamente compartidos por el anciano con los demás. Será relevante observar el derecho de los residentes en cuanto a visitas, sobre el ingreso y el egreso del gerontocomio, el derecho de propiedad en general y, respecto de las jubilaciones o pensiones de las cuales sean beneficiarios (Davobe, 2019).

De esta forma, con un adecuado control e implementación de medidas de protección para los casos en que no se cumpla con el recaudo de la aceptabilidad, se daría cumplimiento con el art. 24 de la CIDHPM que, en relación al derecho a la vivienda de personas mayores, otorga primacía a las preferencias y necesidades de la persona mayor y establece la obligación de los Estados de garantizar el acceso a servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propio domicilio conforme a su voluntad.

6. Palabras finales

Los Estados deben promover el pleno goce de los derechos de las personas mayores, creando las condiciones jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que permitan el desarrollo íntegro de la persona humana. En este sentido, un país no solo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que, además, debería realizar prestaciones positivas, es decir, adoptar medidas administrativas y legislativas para que el ejercicio de esos derechos no sea ilusorio (CEPAL, 2009).

En ese marco, podría adelantarse que, del cotejo de la legislación actualmente vigente en la Provincia de La Pampa y en la ciudad de Santa Rosa, el Estado provincial cumple adecuadamente con la obligación de garantía de los derechos abordados dado que creó, a través de la Ley 3129, su decreto reglamentario y la Ordenanza N° 6311/20 de adhesión al régimen provincial, el marco normativo de reconocimiento de derechos en consonancia con las obligaciones internacionales asumidas, derivadas de la Convención. Asimismo, esa legislación prevé un marco institucional de promoción y de protección de derechos y un mecanismo de control mediante la autoridad de aplicación.

Ahora bien, para ahondar en el análisis propuesto, cabría indagar respecto del grado de cumplimiento de las obligaciones de protección, esto es, cómo se realiza la supervisión de los residenciales de corta y larga estadía para personas mayores, especialmente en relación al recaudo de consentimiento informado de cada residente para estar allí. Si esto se llevara a cabo de manera frecuente y exhaustiva en relación a cada residente, se garantizaría el elemento esencial de aceptabilidad en relación al ejercicio personal de la autonomía en la toma de decisiones por parte de personas mayores respecto a la elección de su residencia y dónde y con

quién vivir. En virtud del objetivo y extensión de este trabajo, no se puede realizar ninguna conclusión concreta al respecto en esta instancia.

No obstante lo expuesto, el análisis de derechos realizado permite aseverar que existe una verdadera interdependencia de los derechos humanos. Véase, hasta aquí se ha logrado avizorar cómo se vinculan el derecho a la autonomía en la toma de decisiones por parte de personas mayores reconocida en la CIDHPM con el derecho humano a la vivienda adecuada previsto en el PIDESC. Más aun, considero que, si una persona mayor es retirada de su hogar para ingresar en una residencia en contra de su voluntad, esto podría constituir un verdadero desalojo forzoso en los términos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre todo si no se cumple, en el lugar de destino, con los estándares de calidad, asequibilidad y demás. Por otro lado, si la persona mayor no emite su consentimiento informado –adoptado libremente, con conocimiento acabado de las características y especificidades del lugar de su próxima residencia y con los demás recaudos que este instituto exige- no se cumpliría con el elemento esencial de aceptabilidad en relación al ejercicio del derecho humano de acceso a una vivienda adecuada. En otras palabras, esta residencia no constituiría una vivienda adecuada en los términos del Pacto.

La cuestión no es menor. Se trata del ejercicio de los derechos humanos por parte de un grupo en situación de histórica desventaja. El cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas en términos de supervisión no exige, en primera instancia, de grandes inversiones de dinero, por lo que a cuestión presupuestaria no podría articular como excusa para el incumplimiento. Se necesita de un Estado activo, presente, promotor y protector de los humanos. No debemos olvidar que el ejercicio del derecho a decidir si permanecer o no en el hogar o decidir dónde vivir contribuye al

fortalecimiento de la autonomía, dignidad e independencia de las personas adultas mayores, a la vez que colabora con la efectivización de los restantes derechos humanos tales como el derecho a la salud, a la intimidad, a la calidad de vida, entre otros, todos los cuales ostentan la máxima jerarquía en nuestro derecho interno.

7. Normas referenciadas

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Convención Interamericana de Protección de los Derechos de Personas Mayores
Observaciones generales N° 3, 4, 6 y 7 del Comité PIDESC
Ley Provincial N° 3129, su decreto reglamentario N° 5106 y la Ordenanza Municipal N° 6311/20 de la ciudad de Santa Rosa.

8. Referencias bibliográficas

Assandri, M. y Rossi, J. (2017). *Thomson Reuters*. Obtenido de Cita: TR LALEY AR/DOC/3756/2017

Serrano, S. y Vazquez, D. (2015). Fase de inducción Fundamentos teóricos de los derechos humanos. Características y principios. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Obtenido de piensadh.cd hdf.org.mx. Consultado el 5 de julio de 2021.

Davobe, M. I. (2019), Vivienda y derecho de la vejez: perspectiva jurídica trialista. *Revista de la Facultad*, Vol. X • N° 2• NUEVA SERIE II (2019) 29 – 46

Davobe, M. I. (2014), Las residencias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en argentina. *Revista de la Facultad*, Vol. V

N° 2 Nueva Serie II (2014) 173-214

Huenchuan, S. (ed.), Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: perspectiva regional y de derechos humanos, Libros de la CEPAL, N° 154 (LC/PUB.2018/24-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2018.

¹ Sancionada el día 10 de diciembre de 2018 y publicada el día 21 del mismo mes y año.

La dignidad en la historia de los Derechos Humanos

Josefina Villagra Pagella

1. Introducción

La filosofía anglosajona sostiene que la mayor parte de los desacuerdos (filosóficos, políticos, éticos y jurídicos) se deben a una cierta confusión semántica, ya que todo lenguaje que tenga su base en el sistema lingüístico primario, como es el caso de la Filosofía y del Derecho, adolece de vaguedad y ambigüedad. En esto radica la importancia de clarificar a fondo los términos jurídicos, su significado y su función y elucidar términos que, sin ser estrictamente jurídicos, se hallan conectados estrechamente con el derecho y con su problemática tradicional (Cofre Lagos, 2004).

Si bien el derecho aspira a un lenguaje técnico que sea lo más unívoco posible, ya que se trata de situar a los ciudadanos en las mejores condiciones para prever las consecuencias de sus acciones, está ligado con una variabilidad y complejidad de la vida social que genera mucha confusión y una progresiva estratificación y superposición de términos similares.

El presente trabajo utiliza el análisis histórico del lenguaje para desentrañar y esclarecer el uso jurídico y moral de las expresiones

“dignidad” y “persona”, las cuales en otros tiempos jugaron un papel fundamental en el desarrollo de la teología, pero en la actualidad tienen un protagonismo igualmente determinante tanto en la comprensión del ser humano como en los más importantes debates modernos sobre ética, política y derecho (Viola, 2015).

Principalmente cuando se analiza el derecho internacional de los derechos humanos, conceptos como “dignidad”, “persona” y “derechos humanos” mantienen una cierta unidad semántica que requieren una especial atención a fin de precisar el uso de estos términos en el ámbito jurídico y contribuir a un mejor entendimiento de los discursos jurídicos y morales en los que tienen una presencia continua.

El método mencionado permitirá corroborar la hipótesis principal de acuerdo a la cual estos términos son ambiguos a los fines de precisar el ámbito de aplicación de los derechos humanos y sostener su fundamentación.

2. Uso actual del concepto

Desde la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (1948) se establece en su “Preámbulo” que “... la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad humana* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...” y en su art. n° 1 que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos...”.

Este discurso reconoce que la persona humana posee dos propiedades innatas que constituyen condiciones necesarias del ser humano: la “dignidad” y los “derechos humanos”. La “Declaración” los proclama, respectivamente, como intrínsecos, iguales e inalienables.

De modo que, si se pregunta, desde un punto de vista político-jurídico, qué es el ser humano, el texto de la “Declaración Universal” parece implicar que se trata de un ser “con dignidad y derechos inalienables” y que todo atropello o menoscabo que atente contra la dignidad y los derechos humanos importa una degradación ontológica de este.

Los conceptos de “dignidad”, “derechos inalienables”, “inviolables”, “naturaleza humana”, etc., son conceptos relacionados, pero distintos. A los derechos inalienables se los puede enumerar, categorizar y, principalmente, dilucidar con mayor precisión su contenido. No obstante, la idea de “dignidad” se muestra como un concepto intangible, difícil de definir de una única manera (Cofre Lagos, 2004)

Aun así, la Declaración parece fundarse en que la “dignidad”, siendo un valor que aprehende todo ser humano y que exige de él su absoluto e incondicional acatamiento, también puede ser dañada por un tercero, sea un ente público o privado y por ello requiere de normas dirigidas a resaltarla y protegerla.

Por esto se requiere analizar el estatus ontológico de la dignidad, ya que al condenar hechos que impliquen su violación, el Estado está suponiendo un conjunto de factores empíricos determinables en su constitución.

Asimismo, estos discursos ponen de manifiesto que el concepto de dignidad se dice del ser humano y respecto de este y, en ese sentido, comparte un campo semántico con el concepto de “humanidad”. En efecto, la dignidad se convierte en aquello que esencialmente tiene el ser humano y sin lo cual deja de serlo, es decir, su humanidad (Cofre Lagos, 2004).

A pesar de esta noción de dignidad que parecen compartir también otros textos internacionales de Derechos Humanos, la Corte IDH, al interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, no siempre la trae a colación con el mismo sentido. Principalmente, cuando se refiere al sujeto

sobre el cual se lo caracteriza como digno o como portador de dignidad, lo hace en sentidos diferentes que pueden resumirse en tres: 1) como estatus institucional; 2) como nota de las personas humanas y 3) como calificativo de otros elementos (Lell, 2016). También, la misma Corte, con relación al carácter de la dignidad se ha referido a ella como un derecho y también como un principio, y en cuanto a la concepción del individuo que sirve como base interpretativa, ha mencionado a la dignidad como vinculada o equivalente a la autonomía, pero también como un valor sustantivo (Lafferriere y Lell, 2021).

Esto se debe a que si bien las posturas ideológicas sobre la dignidad son muy variadas, en el contexto de los derechos humanos, la dignidad humana se erige por un lado, como principio esencial de los valores de autonomía, de seguridad, de igualdad y de libertad, que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos; y por el otro como el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, y que comparte un tratamiento acorde en todo momento con la naturaleza humana.

De esto surge que la dignidad humana está dentro del ser de cada persona desde el preciso momento en que esta empieza a existir y se convierte en parte de los valores morales que determinan la conducta del ser humano. Es decir, la posee el hombre al momento en que inicia su desarrollo vital, consolidándose al convertirse en persona. De ahí que corresponda a todo ser humano y sea exclusiva del mismo, con la consecuente exigencia de respeto por parte de los demás (Aristeo, 2008).

3. Desarrollo histórico del concepto de dignidad

El término “dignidad” tiene su origen en la raíz “dec” de la lengua indoeuropea, que quiere decir “ser conveniente, conforme, adecuado a algo o alguien”. Posteriormente, al ser adoptada por la lengua latina, se le añadió el sufijo “-mus”, formando el vocablo “decmus”, que acabó derivando en “dignus”. En el castellano, “dignus” se convirtió en “digno”, y de ahí, a su vez, derivó la palabra “dignidad” (Miguel Beriain, 2004).

En cuanto a su significado etimológico, la raíz latina *dignus*, significa “excelencia” y “grandeza”, entendiéndose por tal que el portador de esa cualidad no sólo se distingue y destaca entre los demás, sino que también denota un merecimiento a un cierto tipo de trato. Es así que, en su origen, la dignidad se definía como “la excelencia que merece respeto o estima” (Aristeo, 2008).

No obstante, en lo posterior, el concepto de “dignidad” recorrió una larga trayectoria en la cultura occidental, que lo fue despegando de su raigambre filosófica y religiosa y consolidándolo en su actual sentido jurídico y político.

En efecto, su origen se remonta a los estoicos que utilizaron el concepto de “dignidad” para afirmar, desde la igualdad de todos los seres humanos fundada en la común racionalidad y sociabilidad, hasta expresar el común parentesco por la filiación divina (Quintana, 2017).

Ya desde el estoicismo antiguo (Zenón, Cleantes, Crisipo) se había hablado de una igualdad sustancial entre todos los hombres, fundado en la común racionalidad. Luego, el estoicismo medio (Panecio, Posidonio) se inclinó por la sociabilidad natural del hombre basada no solo en su común racionalidad, sino también en el amor que une a los hombres entre sí. Es el caso de Cicerón, quien hablo de igualdad esencial de todos los hombres basada en la posesión de la razón y la moralidad.

Pero sería el estoicismo nuevo y, sobre todo, Séneca, quien divulgaría el ideal de la igualdad esencial de los hombres basada en la común filiación divina y postularía que la esclavitud es contraria a la naturaleza en razón de que el hombre es considerado algo sagrado. También es el caso de Epicteto, quien defendió la dignidad del hombre, incluidos los esclavos, fundado en su emparentamiento con Dios.

Todos estos razonamientos traían aparejada la idea de que existía un deber moral de tratar dignamente a los demás, lo cual implicaban altas intenciones para la época, y fuente de múltiples contradicciones. Es por este motivo que esas ideas no tuvieron trascendencia en la sociedad, en el Derecho de su tiempo, ni continuidad en la historia (García Cuadrado, 2012).

Recién a partir del judeo cristianismo el concepto tuvo una mayor expansión, sin embargo, su definición de “dignidad” se refería más bien a una cualidad virtuosa que a un constitutivo esencial de la persona (Quintana, 2017).

En la Biblia, “dignidad”, y los términos que de ella derivan, no tienen el sentido ontológico pasivo que hoy se le da, es decir, no se atribuye al hombre de manera expresa una dignidad especial por el mero hecho de serlo. Se lo utiliza, sobre todo, en el sentido de merecedor, adecuado, con categoría para algo, especialmente en el Antiguo Testamento; y, con menos frecuencia, como sinónimo de cargo público (sobre todo el del Sumo Sacerdote) o en el sentido de “dignación”, que significa condescendencia, generalmente de Dios con los hombres.

Aunque es importante remarcar algunos pasajes bíblicos que apuntan en otro sentido, por ejemplo, el texto que narra la creación y el Salmo 8. El primero, da a entender la suprema dignidad humana entre las criaturas de la Tierra, al haber sido creados “a imagen y semejanza” de Dios y puesta para

que domine sobre toda la creación, y el segundo manifiesta la grandeza del ser humano, mencionando la dignidad más como una cualidad o virtud humana.

Estas referencias son utilizadas por la Iglesia para sostener, en su mayoría, que en la Biblia ya se hacía manifiesta la dignidad de las personas humanas en su sentido actual, pero la verdad es que no existen en ella menciones directas a la forma moderna de entender la dignidad. Es decir, no se habla de dignidad humana, aunque esta pueda entenderse implícitamente (García Cuadrado, 2012).

Es importante distinguir estos dos sentidos históricos desde los que se ha mencionado a la dignidad, ya que se trata de una distinción que continúa a lo largo de la historia hasta la actualidad.

Por un lado, se desarrolló la conceptualización heterónoma de la dignidad, en la que se menciona a la dignidad como un atributo que encuentra sus causas o razones fuera de la persona, derivando de la autoridad, del puesto social que se ocupa o de una mediación fuerte de una institución, y por el otro, ha surgido la conceptualización autónoma de la dignidad humana, en la que se la vincula a un componente constitutivo de la persona, y que va a tener un mayor desarrollo a partir de la visión antropocéntrica y el proceso de secularización (Miguel Beriain, 2004).

En cuanto a la primera acepción, tiene sus orígenes en un concepto social y político ligado con las *maiestas*, que se desarrolló en la Antigua Roma al referirse a la dignidad del estado, que debía ser respetado sobre y ante todo. Más precisamente se trataba de un reconocimiento otorgado por la comunidad a quienes realizaban méritos a favor de los asuntos públicos y permitía, en consecuencia, establecer diferencias entre unas personas y otras.

De esta manera, surgió como una noción de dignidad vinculada al status, al rango, a la jerarquía o al estamento, y en la que serían esas categorías, y la posición que en ellas se ocupe, las que concedan, nieguen o determinen el estatuto de dignidad de la persona (Delgado Rojas, 2018).

Como se expresó anteriormente, para un sector de la doctrina, el cristianismo desempeñó un importante papel en el proceso de ruptura con esa visión heterónoma al afirmar la irreductibilidad del hombre al ciudadano y la existencia de la dignidad del hombre como algo previo a sus status sociales. Sin embargo, la Iglesia adoptó también el modelo heterónimo al asociar la máxima dignidad al Papa, cardenales y obispos. Inclusive autores cristianos de los primeros siglos, precisamente por esa vinculación entre “dignidades” y “honores”, utilizaron el término dignidad en un sentido peyorativo, como contraria al espíritu de humildad propio de los cristianos.

Lo que sí puede afirmarse es que, tanto a partir de la filosofía estoica romana como de la aparición del cristianismo, tiene nacimiento esa segunda concepción de la dignidad que, a diferencia de la dimensión heterónoma, se refiere directamente al campo del ser. Consiste, en concreto, en una visión que define al hombre, por un lado, como el ser de rango superior en el universo según la concepción estoica, y por el otro, como una criatura privilegiada creada por Dios a su imagen y semejanza de acuerdo al cristianismo emergente. Por tanto, a pesar de sus diferencias, tanto el pensamiento estoico como el cristiano confluirán en la elaboración de un concepto de dignidad directamente asociado a la esencia humana, en el que se manifiesta que el hombre es digno por su propia naturaleza, lo cual implica la unión indisoluble entre dos conceptos, persona y dignidad (Miguel Beriain, 2004).

Sin embargo, después de la caída de Roma y del advenimiento de la Edad Media, a esta concepción de la dignidad, propia de la antigüedad clásica le sucederá un período de imposición absoluta de la concepción heterónoma de la dignidad humana. En el que se referirán, por ejemplo, a los nobles como aquellos que a diferencia de todos quienes que no podían permitirse poseer un caballo, poseían la dignidad de caballero. También se la utilizo para definir el poder de los reyes y grandes señores, que se consideraba eran quienes podían acompañar su autoridad con signos de dignidad (Miguel Beriain (2004)).

Pero este período será pasajero gracias al resurgimiento de la filosofía clásica durante el Humanismo Renacentista, en el que el concepto de dignidad retomará su sentido de “lo propio del hombre”. Esto sucedió así porque a partir de esta época se configuró al hombre como algo valioso en sí mismo, independientemente de su religión, profesión o estatus. Se afirmó que lo verdaderamente valioso era la capacidad que tiene éste para moldearse, su libertad para elegir y para pensar (Delgado Rojas, 2018).

Aun así, se seguiría atribuyendo dicha cualidad a un don divino, es decir, la dignidad en el pensamiento renacentista también procederá de Dios. A pesar de que los autores del Renacimiento se referirán a ella como la “dignidad del hombre”, con esa denominación y haciendo hincapié en dimensiones puramente humanas para identificar sus rasgos (Miguel Beriain, 2004).

En el siglo XVII, por el contrario, se produce un retroceso en la concepción autónoma de la dignidad ya que el Barroco introduce un pesimismo acerca de lo humano que chocará con el antropocentrismo del Renacimiento.

Será recién el siglo XVIII el contexto histórico en el que se acepta de manera definitiva el sentido moderno de dignidad humana. Incluso

fragmentos de Thomasiaus o Wolff incluyeron muchos de los caracteres propios de esa conceptualización.

Pero será Kant el que dotará por completo al concepto de esta nueva dimensión, combinando sus antiguos rasgos con otros incorporados por él y poniéndolo en la posición central que ahora ocupa. A Kant se deben, entre otras, la idea de que lo digno es aquello que no tiene precio, o que la humanidad es en sí misma una dignidad, pensamientos que vienen a convertir a la dignidad en una idea clave dentro de su sistema moral (Miguel Beriain, 2004).

Desde entonces se interpretará la dignidad humana no solamente como lo más valioso, lo que no tiene precio, lo que exige un respeto inmediato, sino también como el derecho a tener derechos. Por tanto, respetar la dignidad de los seres humanos equivale a reconocerles ciertos derechos. Si el reconocimiento de los derechos humanos es el medio de garantizar la realización de una vida digna, su falta de reconocimiento significa vivir por debajo de la exigencia de esa vida digna (Delgado Rojas, 2018).

Aun así, hasta mitad del siglo XX, “la dignidad humana” no fue un término de uso cotidiano. Si bien en los comienzos de la segunda mitad del siglo XIX hubo algunos intentos desde posiciones socialistas y anarquistas de incorporar la idea de dignidad al lenguaje político, estas tuvieron escaso eco. Son el caso de Ferdinand Lasalle que propuso mejorar la posición material de la clase obrera afirmando la necesidad de conseguir una existencia real “acorde con la dignidad del hombre”, adoptando en lo esencial el concepto kantiano de dignidad; y de Pierre Joseph Proudhon, el gran propagador de las ideas anarquistas, que incluyó la dignidad e igualdad en el concepto de justicia (García Cuadrado, 2012).

Recién en 1948, tuvo una enorme expansión el concepto de “dignidad humana” con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pasando

luego a formar parte esencial de otros Tratados Internacionales, como La Convención Americana de Derechos Humanos, y en el ámbito del Derecho interno de los Estados, las referencias a la dignidad aparecen sobre todo a partir de la Ley Fundamental de Bonn en 1949.

La mayor parte de los estudios que se han ocupado del tema coinciden en señalar que fue la experiencia del régimen nazi, del Holocausto y de la Segunda Guerra Mundial la que constituyó el motor principal de esa extensión porque es en ese contexto que se va a incorporar en el plano internacional, mediante las primeras declaraciones y documentos elaborados por la ONU, la noción de dignidad como valor fundador de los derechos humanos.

Si bien existen otros principios jurídico-morales sobre los que se sostienen los derechos humanos, como son la libertad, la igualdad, la solidaridad, la seguridad o la paz, la dignidad se va a situar antes que ellos, constituyendo una especie de “prius” lógico y ontológico de los mismos. Se convirtió en el núcleo fundamental de la idea de derechos humanos.

Es por ello que la Carta de las Naciones Unidas de 1945 en su preámbulo enuncia “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a reafirmar la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y en las naciones grandes y pequeñas (...) hemos decidido unir nuestros esfuerzos para realizar designios”. Desde ese momento, la noción de la dignidad, aunque incluida en el Preámbulo de la Carta sin efecto jurídico vinculante, ha incidido en la interpretación y el sentido de numerosos instrumentos internacionales.

Principalmente, esos instrumentos se van a fundar en la consideración ética de que el Estado, la sociedad y los particulares están obligados a respetar a los demás como personas basados en su dignidad intrínseca. De

esta forma, elevan a la dignidad humana como mandato ético-jurídico del cual se derivan distintos valores, los cuales serían tutelados por los Derechos Humanos.

Es así que, como se ha señalado, en la antigüedad existieron precedentes que han servido en la construcción del concepto moderno de la dignidad, pero su sentido actual, arranca con el tránsito a la modernidad.

Pero el hecho de su inclusión en las más significativas cartas de derechos no implica que se haya acabado con las dificultades que nos plantea la dignidad como fundamento de los derechos humanos. Ni tampoco se ha eliminado las disputas en torno a la posibilidad de su renuncia ni por los propios seres humanos detentadores de ella, ni de los concretos derechos por ella afectados, ni siendo tampoco posible que el Estado renuncie a su protección.

Glendon, en su obra *La soportable levedad de la dignidad* señala al respecto que por entonces los mismos defensores de la carta de derechos humanos tenían cierta intranquilidad sobre si el concepto de dignidad humana podría efectivamente servir para su fundamentación. Principalmente porque ninguno de los documentos incluía una definición de la dignidad sino que se trató de un término genérico utilizado para referirse a lo que hace al hombre un ser capaz de derechos y libertades básicas (Glendon, 2012).

Maritain (1983), que formó parte del grupo internacional de filósofos consultado por la UNESCO en el proceso de la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, explicó que, si bien sería muy útil intentar llegar a una común justificación racional de esas conclusiones prácticas y de esos derechos, al hacerlo se correría el riesgo de imponer un dogmatismo arbitrario, o directamente de no poder lograrlo por diferencias ideológicas irreconciliables. Esto es así porque si bien las

justificaciones racionales son indispensables, al mismo tiempo, dificultan en gran medida el acuerdo entre los hombres.

De ahí que el portavoz del comité de filósofos de ese organismo internacional, Richard McKeon, advirtiera que esto podría generar graves problemas en el futuro, considerando que las diferentes concepciones en torno al significado de los derechos reflejan diferencias también sobre las concepciones sobre el hombre y la sociedad, por lo que los problemas surgirían cuando sobre la base de esas diferencias surja la sospecha de que una declaración de derechos está siendo manipulada para servir intereses particulares (Glendon, 2012).

En el mismo sentido, autores como Delgado Rojas advierten que el hecho de que el sentido y alcance del concepto de dignidad humana no sea ni claro ni unívoco, y que se encuentre cargado de vaguedad e imprecisión, sumado al uso y abuso en el empleo del término y el énfasis con el que se quiere revestir de autoridad y contundencia a los argumentos que de él se sirven, hacen que corra el riesgo de convertir al concepto en uno vacío de contenido. Es decir, en nombre de la dignidad se podría llegar a soluciones radicalmente contrarias sobre temas tan fundamentales como la admisibilidad de ciertas formas de provocación y manipulación genéticas, el aborto, la disponibilidad de órganos humanos, los experimentos médicos con personas y la eutanasia (Delgado Rojas, 2018).

Por su parte, Quintana afirma que esto es así porque el concepto de dignidad no puede ser despojado de su origen metafísico-religioso. El hecho de que el ateísmo lo vincule a una entidad finita y relativa como lo es la humanidad, no hace más que despojar a la idea de dignidad humana de su fundamentación y, con ello, de la posibilidad de autoafirmación teórica. Manifiesta que pensar a la dignidad fundada en la creación del hombre a imagen y semejanza de Dios implica, a la vez, poder darle una explicación a

su existencia ya que la dignidad humana no sería inmanente sino trascendente, es decir, que participaría en la dignidad propia del ser subsistente que es Dios.

Asimismo, esta participación significaría que la humanidad no es una especie animal mejor dotada que las restantes, sino que pertenece ontológicamente a otra gradación del ser que le viene dada por su conformación (Quintana, 2017).

Estas doctrinas ocasionan que el concepto de dignidad humana divida las aguas en la Filosofía del Derecho. Por un lado, se toma la dignidad humana con escepticismo y desde tal, se la describe como una construcción ideológica destinada, por una parte, a simbolizar el poder de la especie humana sobre las demás especies y, por otra, a fundar cierto umbral mínimo igualitario en el tratamiento que los seres humanos se dan entre sí; pero que en su contenido no logra constituir una propiedad verificable.

Mientras que, por otro lado, algunos autores se preguntan cómo puede negarse la dignidad humana cuando no solo está consagrada en el sistema internacional de Derechos Humanos, sino que también se encuentra reconocida estatalmente en las Constituciones Nacionales y calificada como principio de Derecho Público. Y además resaltan como es que podemos advertir empíricamente cuándo se produce una aberración incompatible con la dignidad humana o, al menos, cuándo se opera una privación de o una lesión a la misma, si esta resulta tan inverificable como afirman los escépticos (Sacristán, 2017).

Es por este motivo que es importante hondar en la posibilidad de acercar las distintas posturas en al menos una definición concreta de dignidad de la persona humana.

4. Contenido semántico

Algunos autores han denominado a la dignidad como “dignidad del hombre”; otros le llaman “dignidad humana”; en cambio, algunos más afirman que se le debe llamar “dignidad de la persona humana” y otros suelen llamarla dignidad del ser humano. Sin embargo, la denominación, per se, no es lo más importante, sino lo que verdaderamente tiene relevancia es su contenido semántico y la forma a través de la cual debe ser protegida la dignidad porque los desacuerdos sobre el alcance y contenido se deben, en muchos casos, a la confusión entre unos significados y otros.

Al respecto, García Cuadrado sintetiza que, conforme a su uso común, pero también al uso en Constituciones, leyes y documentos internacionales sobre derechos humanos, el sustantivo dignidad y su correspondiente adjetivo digno o digna pueden significar cuatro cosas distintas, aunque relacionadas estrechamente entre sí:

- Dignidad como rango superior de las personas humanas sobre los demás seres de la Tierra.
- Dignidad como forma de comportarse, referida a la cualidad de aquellos hombres que saben comportarse con belleza moral.
- Dignidad como cargo o función en la sociedad, en virtud de la importancia del papel social que cumplen.
- Dignidad como adecuación de una cosa a otra. Se dice así que una cosa es digna de otra cuando se ajusta a lo que le corresponde.

Todos estos significados están íntimamente relacionados entre sí: cuando se reconoce el derecho a una vivienda digna o a llevar una vida digna ciertamente se quiere decir que tal vivienda y tal vida han de ser “adecuadas” a la de las personas, pero precisamente porque los seres humanos tienen un rango superior, lo que obliga a todos a comportarse de conformidad con dicho rango o excelencia.

Asimismo, en virtud de estas conceptualizaciones, García Cuadrado manifiesta que la dignidad de la persona tiene cuatro acepciones distintas: la dignidad natural, la dignidad social, la dignidad pública y la dignidad moral.

- La dignidad natural sería una excelencia atribuida a todo ser humano en virtud de la cual se le debe un trato respetuoso.
- La dignidad social sería el prestigio social que alcanza una persona por el modo excelente en que ejerce su profesión u oficio.
- La dignidad pública es la que corresponde a una persona en virtud del puesto de poder que desempeña en la sociedad.
- La dignidad moral es aquella a la que toda persona está llamada según el recto uso de su libertad. Es decir, significa dignidad del comportamiento, aquella que las personas humanas alcanzan al hacer uso de la libertad de manera que sea congruente con su propio ser y su propia dignidad de persona.

A su vez, de esto puede deducirse una distinción entre una conceptualización ontológica y otra accidental de la dignidad. La primera hace referencia a determinada cualidad de los seres y diferencia a unos sujetos de otros. En la segunda distinción, la dignidad hace referencia a un comportamiento de las personas.

De esta manera, la dignidad puede hacer referencia a las cualidades de un ser o categoría de seres, o a la relevancia específica de un determinado sujeto, grupo o colectividad.

Por otro lado, también surge la necesidad de distinguir entre una dignidad activa y otra pasiva, que García Cuadrado define de la siguiente manera:

- La dignidad pasiva, exige que se trate a los sujetos dignos en la forma que se merecen.

- La dignidad activa exige a quien la tiene un comportamiento “decoroso”, esto es, adecuado a su dignidad.

De modo que existe una dignidad pasiva de todo ser humano y una, también pasiva, específica de algunas personas; pero también existe una dignidad activa que afecta a toda persona y una que es más intensa para algunos. Ya que cuando hablamos de la dignidad de la persona podemos distinguir una dignidad pasiva ontológica (el trato que merece todo ser humano), de una dignidad pasiva accidental (el trato que debe darse a quienes ocupan ciertos cargos), de una dignidad activa ontológica (lo que ningún hombre debería hacer nunca porque sería indigno de su condición humana o la forma en que debe conducirse toda persona) y de una dignidad activa accidental (lo que determinadas personas especialmente dignas no pueden o deben hacer en atención al puesto que ocupan en la sociedad).

En efecto, las calificaciones de “digno”, de “indigno” y de “indignante” nunca se refieren a hechos naturales sino al comportamiento libre de las personas. La naturaleza no da un trato digno o indigno a los hombres.

Pues bien, el significado original de dignidad, del cual proceden todos los otros, es el de dignidad entendida como cargo, o más específicamente, de la forma especialmente decorosa con la que deben comportarse quienes tienen poder sobre los demás (dignidad activa accidental) y, además, del especial respeto que todos deben tener a tales personas investidas de autoridad (dignidad pasiva accidental). Es decir, el comportamiento de quienes ocupan cargos y el comportamiento de todos con los que ocupan tales cargos.

Cuando empezó a aplicarse el concepto de dignidad a todo ser humano, lo que quería significarse es que todo ser humano tiene que comportarse (dignidad ontológica activa) y tiene que ser tratado (dignidad ontológica pasiva) con la dignidad que merece toda persona por el hecho de contar con

capacidad para razonar y decidir, que los otros entes no poseen. En palabras de González Pérez, la dignidad sería el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, y que comparte un tratamiento concorde a todo momento con la naturaleza humana y, en tal virtud, dentro del ser de cada persona, surge en el preciso momento en que esta empieza a existir y se convierte en parte de los valores morales del ser humano. Esos valores serán los que determinarán su conducta, y al momento de ser el hombre autónomo, podrá decidir haciendo uso de su libertad (Aristeo, 2008).

Con ello, podemos dar cuenta que todos los seres humanos somos iguales en la medida en que todos somos portadores de una dignidad común por encima de todas las diferencias que nos individualizan y nos distinguen unos de los otros, es decir, todo ser humano posee dignidad sin importar la condición en que se encuentre.

En síntesis, si bien las posturas ideológicas sobre la dignidad son muy variadas, en el contexto de los Derechos Humanos, y desde una perspectiva doctrinal, la noción de dignidad constituye el valor de cada persona y el respeto mínimo de su condición de ser humano, lo cual impide que su vida o su integridad sean sustituidas por otro valor social.

De ahí que la dignidad humana se erige como principio esencial de los valores de autonomía, de seguridad, de igualdad y de libertad. Valores estos que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos (Aristeo, 2008).

Por ende, la dignidad, en el contexto de los Derechos Humanos, sería la que posee el hombre al momento en que inicia su desarrollo vital, consolidándose al convertirse en persona, siendo parte de su proceso de humanización y de racionalización. De ahí que corresponda a todo ser humano y sea exclusiva del mismo, traducida en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta, con la consecuente

exigencia de respeto por parte de los demás. Es por ello, que la dignidad humana sirve como un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada como lo es el derecho positivo justo (Aristeo, 2008).

5. Conclusiones

Conforme lo expuesto, la dignidad configura un concepto tan amplio que abarca caracteres de principio, valor y derecho. Puede ser innata y accidental a la vez. Puede tener su origen en el comportamiento, en un oficio, en un cargo público o en el simple hecho de existir. Es irrenunciable, intrínseca del ser humano e igual en todas las personas, pero simultáneamente se la reconoce susceptible de ser atacada, disminuida, negada y hasta expropiada del propio ser. Además de ser fundamento, base y parte del esquema de derechos al mismo tiempo. Pero ¿puede el concepto de dignidad ser todo eso junto sin entrar en contradicción? ¿Puede abarcar tanto sin correr el peligro de ser tan abstracto que no termine precisando nada en concreto? ¿Existe una manera correcta de definir la dignidad?

Lo primero a resolver es si realmente vale la pena e importa encontrarle una definición concreta a la dignidad o vale más la aplicación práctica del concepto para no limitar su propio valor.

Sobre esto no puede negarse que la dignidad como concepto ha servido como fundamento primero de todo el esquema internacional de derechos humanos, es la base de la que se desprenden los principales valores del ser humano, como libertad e igualdad, y en su nombre se desatan los principales debates jurídicos morales y filosóficos en torno a los derechos del ser humano.

Esto es así porque la dignidad es entendida como aquel carácter esencial sin el cual la persona deja de ser considerada como tal. Se presenta como la cuota de humanidad que la distingue de los demás seres de la Tierra, y en virtud de ello se le asocia el carácter de ser intrínseca al ser humano, irrenunciable e inalterable. Porque el ser humano nace con ella desde el preciso momento en que se configura como tal. Es humano en tanto es digno y es digno en tanto es humano.

Además, la dignidad no solo es parte de la esencia de la persona, sino que también desde el momento mismo en que existimos, la conciencia de ser seres dignos nos atraviesa y estructura la manera en que debe desarrollarse nuestra vida. Desde los modos de gestación hasta el modo en que decidimos morir, todos se encuentran atravesados por la idea de dignidad. Es decir, también configura una especie de rango al que nuestra vida debe adecuarse.

Entonces, la dignidad tiene un componente de valor inalterable que es aquella que poseen todas las personas por igual, por el solo hecho de serlo; pero también es una vara a la que alcanzar por medio del comportamiento, por lo que también contiene un aspecto dependiente de las circunstancias de vida de cada persona. Por ejemplo, cuando se habla de derecho a una educación digna, se habla de reconocer y otorgar un estatus de vida a la persona a medida de su dignidad intrínseca, pero a la vez su cumplimiento se encuentra sujeto al comportamiento de esa persona. Aun así, no podría decirse jamás que la circunstancia de que una persona no logre obtener una educación digna signifique para ella el no tener dignidad, si no que se la reconoce poseedora de una dignidad propia e igual al resto de los seres de su misma naturaleza y a la vez se admite que las condiciones en que se desarrolla su vida no alcanzan el rango o vara que esa dignidad exige.

Es por esto que es necesario definir y agregarle contenido al concepto de dignidad, porque define a la persona en su carácter de tal y a la vez es

parámetro de todos los aspectos en que se va a desarrollar la vida de esa persona.

Pero el concepto de dignidad, como dijimos, no se agota en ese aspecto. Posee toda otra arista en su conceptualización. La práctica e historia del concepto nos ha encontrado constantemente con referencias a la dignidad vinculadas no solo al desarrollo del ser como persona, sino también a cargos, oficios e instituciones. La dignidad entonces, ya no solo vendría dada por el hecho de existir sino también por desarrollarse en determinado ámbito social o laboral.

En este sentido, ya no se habla de una dignidad intrínseca, propia e inalterable; si no de una dignidad variable, circunstancial y accidental. Además, no solo pueden distinguirse estas ideas de dignidad, sino que también en la práctica se interpreta que podrían convivir en una misma persona los dos tipos de dignidad.

Ahora bien, ambas dignidades no son igual fuente de derechos y obligaciones, porque no puede interpretarse que a aquel que posee la dignidad propia de un cardenal se le exija igual comportamiento que el resto de los seres humanos. Su dignidad de clero le exigirá condiciones y comportamientos propios del cargo que posee. Se le puede exigir a toda persona comportarse conforme a una belleza moral acorde a su dignidad, por ejemplo, no cometiendo actos de crueldad; pero no puede exigirse a toda persona que adapte su comportamiento a aquel que es correcto únicamente para un cardenal.

En conclusión, la dignidad conceptualmente es una, es un valor que aprende al ser humano, lo constituye como persona y le exige comportarse conforme a esa dignidad tanto como le da el derecho a ser reconocido como un ser portador de dignidad. Lo que varía es el carácter y fuente que otorga esa dignidad, y de la cual dependerá el comportamiento y estándares

exigidos. Si se trata de la dignidad intrínseca u ontológica del ser humano, exigirá de ellos un comportamiento que los distinga de los demás seres, como los animales. Si se trata de una dignidad política, la exigencia se circunscribirá a aspectos políticos que no serán exigidos al resto de las personas.

Pero volviendo a la importancia de alcanzar una conceptualización de la dignidad, independientemente de las diferencias doctrinarias al respecto y que se fueron recorriendo a lo largo de esta obra, la realidad es que en la práctica nuestra vida está plagada de un uso desmedido de este término, en el derecho, en las normas jurídicas, en la filosofía, en la religión, en las relaciones entre personas, en la educación, en la salud, en las cárceles, en los procesos de urbanización, en los programas de inclusión, entre otros miles de temas que forman parte de nuestra vida diaria.

En ese contexto, cuestionar la significancia del concepto no puede interpretarse como un ataque a la base moral de nuestro sistema de valores y principios, si no como una herramienta de empoderamiento para ese fundamento, que le permita sentar bases claras y concretas en un ámbito social que pretende constantemente atribuirle un contenido semántico que resulte propicio para sus propios intereses.

Tanto los agentes sociales como los creadores de normas y comunicadores sociales no pueden hacer una interpretación vacía del concepto a ser llenado a su propia conveniencia, por lo que es necesario darles un marco teórico en el que moverse a la hora de referirse a la dignidad. Aunque no pueda negarse tampoco que un concepto de dignidad excesivamente limitado le impediría alcanzar su verdadera funcionalidad que es la de sentar bases para el desarrollo de una vida de la persona conforme a su componente esencial de humanidad, y en este sentido es importante permitirle siempre al concepto adquirir nuevas aristas y

evolucionar a la par de la conciencia social del ser humano, pero no por eso dejar su conceptualización a la libre disposición de los agentes de poder, porque eso marca el inicio de las grandes peleas por apropiarse del concepto como argumento de políticas no siempre conformes a la “dignidad humana”:

Prueba de ello es cómo posturas radicalmente diferentes son fundamentadas por distintos grupos de poder con el mismo concepto de dignidad.

Mientras la dignidad continúe siendo entendida como un concepto vacío de contenido y abstracto en su significado, no podrá configurarse y construirse como la herramienta de fundamentación de los derechos y libertades humanas que debería ser.

6. Referencias bibliográficas

- Aguirre Pabon, J. (2011). Dignidad, Derechos Humanos y la Filosofía Práctica de Kant. *Vniversitas* , 60 (123), 45-74.
- Aristeo, G. G. (2008). La Dignidad Humana: Nucleo Duro de los Derechos Humanos. *IUS Revista Juridica* (28).
- Beade, I. (2016). Acerca del Concepto de Dignidad Humana en la Filosofía Kantiana: del hombre como fin en si mismo al hombre como ciudadano del mundo”. *Revista de Estudios Kantianos* (1), 27-42.
- Cofré Lagos, J. O. (2004). Los Términos “Dignidad” y “Persona”. Su Uso Moral y Jurídico. Enfoque Filosófico. *Revista de derecho (Valdivia)* , 17, 9-40.
- Delgado Rojas, J. I. (2018). Dignidad humana = Human dignity. *EUNOMIA: Revista en Cultura de la Legalidad* (15), 176-197.

- García Cuadrado, A. M. (2012). Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. *Revista Persona y Derecho* (67), 449-514.
- García González, A. (2013). La dignidad humana, nucleo duro de los derechos humanos fundamentales. *IUS Revista Jurídica* .
- Glendon, M. A. (2012). La sosportable levedad de la dignidad. *Persona y Derecho* , 67, 253 - 262.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Dianoia* , 55 (64), 3-25.
- Hoyos Castañeda, I. M. (2009). Los derechos humanos: expresion de la recuperacion de la dignidad de la persona humana en una epoca de crisis. *Dikaion: Revista de fundamentación jurídica* , 5.
- Hoyos Castañeda, I. M. (2005). De la dignidad humana como excelencia del ser personal: el aporte de Javier Hervada. *Persona y Derecho* , 52, 79-120.
- Lafferriere, J. N. y Lell, H. (2020). Hacia una sistematización de los usos semanticos del concepto de dignidad humana en la protección internacional de derechos humanos: una revision doctrinaria. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (43), 126-167.
- Lell, H. M. (2016). Problemas semánticos del concepto juridico de “persona” y el fundamento de los derechos humanos. Rupturas en el ordenamiento argentino. *XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana*. Facultad de Derecho, Buenos Aires.: Universidad Católica Argentina.
- Maria Castan, M. L. (2007). La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho* (9).
- Marin Castan, M. L. (2014). En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaracion Universal sobre Bioetica y Derechos

- Humanos de la UNESCO. *Revista de Bioética y Derecho* (31), 17-37.
- Maritain, J. (1983). *El Hombre y el Estado*.
- Massini Correas, C. I. (2017). Sobre dignidad humana y derecho: La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho. *Prudentia Iuris* (83), 49-72.
- Miguel Beriain, I. D. (2004). Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. *Anuario de filosofía del derecho* (21), 187-212.
- Nikken, P. (s.f.). *Instituto de Derechos Humanos - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*. Obtenido de www.derechoshumanos.unlp.edu.ar
- Pele, A. (2015). Kant y la Dignidad Humana. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (111), 15-46.
- Quintana, E. M. (2017). Dignidad y deberes humanos. *Prudentia Iuris* (83), 73-94.
- Rolla, G. (2002). El valor normativo del principio de la dignidad humana. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional* (6), 463-490.
- Sacristan, E. (2017). El concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Prudentia Iuris* (84), 41-72.
- Santiago, A. (2017). La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional. *Prudentia Iuris* (83), 95-108.
- Serna Bermudez, P. (1995). La dignidad de la persona como principio del Derecho Público. *Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, II (4), 287-306.
- Viola, F. (2015). El Estatuto Jurídico de la Persona en perspectiva histórica. *Derecho y Cambio Social*, 12 (40).

Esta obra surge en el marco de un proyecto de investigación radicado en el Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. El tópico central lo constituye la reflexión sobre el rol que las definiciones tienen en el Derecho como disciplina prescriptiva que, además de utilizar descripciones de referentes, también crea conceptos. Al hacerlo, no solo instaaura nuevas realidades, sino que también se obliga a explicitar los presupuestos epistemológicos que configuran el mundo y las perspectivas desde las que se interpreta o se debe interpretar tales definiciones.

Así, el Derecho se presenta como una disciplina normativa que regula conductas y brinda seguridad jurídica en el contexto de una sociedad. Ello requiere de precisión, por un lado, para no violar derechos de los ciudadanos y, por el otro, para que las consecuencias de las acciones sean previsibles. En ese marco, las definiciones constituyen una herramienta clave en la teoría y en la praxis jurídica.

Con estas ideas en mente, cada capítulo aborda distintos problemas de las definiciones jurídicas: el primero, describe la problemática y expone la necesidad de la auto-reflexividad en el quehacer normativo cuando se crean o describen conceptos; el segundo examina tres términos relacionados con los problemas semióticos de la definición: referente, sentido y significado; los capítulos tercero y cuarto se focalizan en el poder como fenómeno jurídico tanto desde la perspectiva de la historia constitucional como desde la filosofía política; los capítulos quinto, sexto, séptimo y octavo se enfocan

en conceptos en particular: el de propiedad en tiempos de emergencia económica y cómo su interpretación varió jurisprudencialmente según los derechos en juego, los derechos reales en torno al derecho privado, la vivienda adecuada para adultos mayores como grupo vulnerable y la dignidad como uno de los conceptos centrales más utilizados en el derecho internacional de los derechos humanos pero también uno de los más imprecisos.

SOBRE LAS EDITORAS



HELGA MARÍA LELL

Es investigadora adjunta de Conicet y docente de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Es Coordinadora de investigación y posgrado en esta última institución. Es doctora en Derecho (Universidad Austral), magíster en Filosofía con orientación en Filosofía Política y Social (Universidad Nacional de Quilmes), magíster y especialista en Estudios Sociales y Culturales (Universidad Nacional de La Pampa). Ha realizado su posdoctorado en la Universidad Nacional de Rosario, posee los diplomas en construcción de proyectos en ciencias sociales (Conicet, UNLP) y en humanidades digitales (UCES).



LIDIA RAQUEL MIRANDA

Es investigadora independiente de Conicet y docente de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de La Pampa. Es directora del Instituto de Estudios Americanos y Europeos de esta última institución. Es doctora en Letras con orientación en Literatura (Universidad Nacional de Tucumán), magíster en Historia de la Literatura Española (Universidad de los Pueblos de Europa), magíster y especialista en Estudios Sociales y Culturales (Universidad Nacional de La Pampa). Ha realizado su posdoctorado en la Universidad Nacional de Córdoba, en el programa multidisciplinario de formación continua para doctores en Ciencias Sociales, Humanidades y Artes.

SOBRE LOS AUTORES Y LAS AUTORAS

Edith Alvarellos es profesora consulta de la Universidad Nacional de La Pampa; **Natalia Monge, Diego José Mayordomo** y **Josefina Villagra Pagella** son docentes e investigadores de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam; **Ana Lis Palacios** es maestranda y graduada de la FCEyJ, UNLPam, y **Yamila Eliana Juri** es becaria posdoctoral de Conicet con lugar de trabajo en la Universidad Nacional de Cuyo.

El derecho y los conceptos : el rol de las definiciones en el campo jurídico / Helga María Lell ... [et al.] ; editado por Helga María Lell ; Lidia Raquel Miranda. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Biebel, 2022.

Libro digital, EPUB

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-987-8362-70-0

1. Derecho. 2. Jurisprudencia. 3. Historia Constitucional. I. Lell, Helga María, ed. II. Miranda, Lidia Raquel, ed. CDD 340.11

© Helga Lell y Lidia Raquel Miranda

© Ediciones Biebel, 2022

Armado de cubierta: Ramiro Pazo

Edición en formato digital: octubre de 2022

Ediciones BIEBEL

José Juan Biedma 1005, (1405)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Tel. (54-11) 4582-3878

www.edicionesbiebel.com.ar

info@edicionesbiebel.com.ar • edicionesbiebel@yahoo.com.ar

ISBN EBOOK: 978-987-8362-70-0

Libro de edición argentina.

Producido en la Argentina.

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

Conversión a formato digital: Libresque

