



PRIMAVERA 2020

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN





PRIMAVERA 2020

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



STAFF EDITORIAL

DIRECTOR

Prof. Pablo Octavio Cabral • UNLP

EDITOR GENERAL

Prof. Guillermo Raúl Moreno • UNLP

EDITORES ASOCIADOS

Prof. José Ignacio López • UNLP
Prof. María del Carmen Alemán • UNLP
Prof. Rosario Echevesti • UNLP
Prof. Fernando Maitini • UNLP
Prof. Stefanía Alba Nájera • UNLP

RESPONSABLES DE SECCIONES PERMANENTES

Profs. Eduardo Baldi, Ailén Díaz, James Vértiz
Medina, Fernando Amosa, Juan Francisco Díaz
y Penélope Canónico

CORRECTOR GENERAL

Abog. José María Maitini • UNLP

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Lic. Javier F. Luna • Estudio melHibe

DIRECCIÓN DE ARTE

Prof. Nazarena Mazzarini • UNLP

DIRECCIÓN LITERARIA

Abog. María Cecilia Rita Villegas • UNLP

EQUIPO DE IDIOMAS

Abog. Sofía Sarasqueta, Abog. María Fernanda
García, Prof. Rosario Echevesti, Ing. Can F. Ozden
y Lic. Juan Cruz Vallefín

EQUIPO DE COMUNICACIÓN

Lic. Leticia Rodríguez, Lic. Carolina Cabado,
Bernardo Vázquez, Juan Cruz Galeano
y Abril Di Fonzo

ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

Abog. Lucio Vallefín

CONSEJO EDITORIAL

Víctor Ernesto Abramovich

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Luis Hipólito Alén

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Elisabet Almeda Samaranch

Universidad de Barcelona - España

Ricardo César Andreu

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Gustavo Arballo

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Grethel Arias Gayoso

Universidad de Oriente - Cuba

Natalia Lorena Barriviera

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Mauro Benente

Universidad Nacional de José C. Paz - Argentina

Homero Bibiloni

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Milay Burgos Matamoros

Universidad Autónoma de México - México

Mario F. Cámpora

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ángel Carballal

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Franco Catalani

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Alfonso Celotto

Università Degli Studi Roma Tre - Italia

Nicolás Cendoya

Universidad de la República - Uruguay

Guillermo Justo Chávez

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Rodrigo Codino

Universidad Nacional de Avellaneda - Argentina

Mario Coriolano

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Solange Delanoy

Universidad Nacional de Rosario - Argentina

Graciela de Ortuzar

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Dino Di Nella

Universidad de Barcelona - España

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Universidad Autónoma de Aguas Calientes - México

Enrique del Percio

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Carlos Echevesti

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Leandro E. Ferreyra

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Lila García

Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina

Juan Martín González Moras

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Pablo Gres

Universidad Católica del Norte - Chile

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

Universidad de Chile - Chile

Omar Heffes

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Víctor Eduardo Hortel

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Bautista Justo

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Mariano Lovelli

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carolina Machado Cyrillo Da Silva

Universidad Federal Do Río de Janeiro - Brasil

Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana - Cuba

Ricardo Marcondes Martins
Pontificia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

Juliana Paula Magalhães
Universidad de San Pablo - Brasil

Alejandro Medici
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Enrique Javier Morales
Universidad Nacional de Formosa - Argentina

Juan Orsini
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Marcelo Pepe
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Alicia Pierini
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ana Laura Piñeiro Jardim
Universidad de la República - Uruguay

Julián Portela
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carlos Raimundi
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Miguel Revenga Sánchez
Universidad de Cádiz - España

Gisele Ricobom
Universidad Federal de la Integración Latinoamericana - Brasil

Esteban Rodríguez Alzueta
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

Romina Ronda
Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

Johanna M. Romero
Universidad de Cuenca - Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez
Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México

Marcelo Sain
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

David Sánchez Rubio
Universidad de Sevilla - España

Oscar Sarlo
Universidad de la República - Uruguay

Rodolfo Sosa
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Stinco
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Natasha Suñe
Universidad Central del Ecuador - Ecuador

Antonio Carlos Wolkmer
Universidad Federal de Santa Catarina - Brasil

Alejandro González Monzón
Universidad de La Habana - Cuba

CONSEJO ACADÉMICO HONORÍFICO

Ramón Torres Molina
Universidad Nacional de La Plata

Raúl Gustavo Ferreyra
Universidad de Buenos Aires

Alicia Ruiz
Universidad de Buenos Aires

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires

Paulo Bonavides
Universidad Federal de Río de Janeiro
Universidad Nacional de Ceará

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

RO BARRAGÁN

Artista visual. Magíster en Estética y Teoría del Arte por la UNLP. Profesora titular en grabado en la Facultad de Artes de la UNLP. Gestora de ilusión gráfica, taller de artes gráficas e imprenta letterpress y miembro fundador de la School of Bad-printing. Desarrolla actividades artísticas desde 1994.



La obra que presenta corresponde a la serie que desarrolla desde 2016 y tiene como eje el uso de la palabra como medio poético visual. Es una producción que busca poner en relevancia la multiplicidad de sentidos en los mensajes cotidianos. Las palabras se encuentran, bifurcan, superponen, amalgaman y yuxtaponen en los discursos y los contextos de las (in)comunicaciones y es esta multiplicidad la que quiere manifestarse como texto y que también funciona como imagen.

La poética de la obra se construye mediante la superposición de textos y/o formas abstractas, donde se muestran, sugieren y ocultan mensajes, resultando un texto-notexto que apela al

abandono del intento de lectura por parte del espectador y a su complicidad al aceptar una propuesta que interpela tanto como abruma por su repetición y por el juego que busca establecer como extraño aquello hartamente conocido: la palabra. Busca crear, con los elementos de la comunicación oral y escrita forzados en su uso, una nueva posibilidad del lenguaje, que permita arribar al sentido a partir de un sinsentido o de una exploración en apariencia incomprensible.

Contacto: www.robarragan.com.ar / Instagram: @robarragan.art / @ilusiongrafica

TEXTOS Y POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

JUAN MARTÍN GONZÁLEZ MORAS

Nació en La Plata, en 1973. Creció en la Patagonia y actualmente reside en City Bell. Es abogado por la UNLP y doctor por la UNC. Ejerce la profesión. Es docente en la UBA y en carreras de posgrado (UNC, UNL, UNCuyo, ECAE). Publicó los libros de poemas "Ángel Cuervo" (1996), "Anaranjado color de Tempestad" (2001), "Desear y tener" (2008), "Enero bajo cero Bologna" (2020), y la traducción de "La tierra y la muerte" de Cesare Pavese (2020). Y diversas obras jurídicas, como el libro "El servicio público como derecho social" EDULP (2017). Con el grupo Magnohlia editó tres discos.

Los poemas aquí presentados forman parte del libro "Arrecifes", que permanece inédito.

CONTRATAPA: MURAL DE DIEGO MARADONA

"Sembró alegría en el pueblo, regó de gloria este suelo"

Ubicado calle 9 y 60 La Plata. Bs. As.

Artistas: Damian Carrillo , Luks y Murga @damiancarrillo33

Fotografía: Franca Rueda @fotografiasfrabcarueda

Diseño de imagen: Daira Gomara @dai.ra._

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

A los efectos de facilitar el trabajo de edición de la revista los trabajos deben ser presentados en el siguiente formato:

- Extensión en carillas: mínimo 8 y máximo 25, incluyendo citas y bibliografía.
- Letra Times New Roman, tamaño 11 para el cuerpo del texto y 10 para las citas y referencias bibliográficas.
- Las notas al pie en tamaño 10.
- Interlineado a un espacio y medio.
- Página tamaño A4, márgenes “normal”.
- Resumen del trabajo en castellano de hasta 3000 caracteres.

El sistema de referato es externo doble ciego, y el procedimiento de selección se tramitará con el sistema Open Journal Systems (<https://pkp.sfu.ca/ojs/>), el autor deberá registrarse en el Portal de Revistas Académicas de la U.N.L.P. y remitir el documento sin mención expresa a su autor/autores dentro del trabajo.

ÍNDICE

EDITORIAL	19
ENSAYOS	27
Sobre el Ministerio Público. Nombramiento, duración y remoción	29
<i>Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina)</i>	
Volviendo de la diáspora: Liberando un nuevo <i>homo juridicus</i> desde el derecho humano a la comunicación	37
<i>Sebastián Alejandro García Caicedo (Universidad de Nariño, Colombia)</i>	
Magistratura y capitalismo: elementos para una crítica.	55
<i>Juliana Paula Magalhães (Universidade de Sao Paulo, Brasil)</i>	
John Tweedie (1775-1862) en la Argentina del siglo XIX. Un aporte para el estudio de los Derechos de Propiedad Intelectual sobre objetos biológicos vegetales	104
<i>Gonzalo L. Bailo (UNL, Argentina)</i>	
El arco de Heráclito. La inmanente tensión armónica entre los Derechos	129
<i>Camilo Blanco y Carlos Martínez (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)</i>	

Breves aspectos conceptuales sobre el Principio de No Intervención y la Responsabilidad de Proteger en el Derecho Internacional Público	164
<i>Maria Fatima Pinbo De Oliveira</i> (Universidad Simón Bolívar, Venezuela)	
El requisito de Agotamiento de Recursos Internos, ¿Principio de Derecho Internacional?	193
<i>Matías Manelli (UBA, Argentina)</i>	
Las herramientas se definen por su uso: Perspectivas en torno a la conceptualización de la dignidad humana	234
<i>Giuliana Denisse Riera y María Gabriela Mateo</i> (UNLP, Argentina)	
El derecho penal argentino y los desafíos de la participación ciudadana como derecho humano	237
<i>Agatha Ciancaglini Troller y Jorge A. Filipini</i> (UBA, Argentina)	
Historización del concepto de <i>poder constituyente originario</i> en la constitución mexicana de 1917: un concepto más allá de las ideologizaciones de la teoría clásica y el constitucionalismo hegemónico	259
<i>Andrés Alcalá Rodríguez y Alejandro Rosillo Martínez</i> (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México)	
COMENTARIO A LEGISLACIÓN	303
La Ley Micaela y el notariado	305
<i>Natalia Barriviera (UNLP, Argentina)</i>	
La (falta de) perspectiva de género en la Ley 14449 de la provincia de Buenos Aires	320
<i>Almendra Aladro (UNMdP, Argentina)</i>	

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA	339
Más allá del azul. Lecturas restrictivas de derechos sociales: sindicalización policial y penitenciaria ante la Corte Suprema	341
<i>Horacio Javier Etchichury</i>	
<i>Universidad Nacional de Córdoba, Argentina</i>	
El tratamiento jurisprudencial de la controversia sobre la reelección en Santiago del Estero	380
<i>Miguel Agustín Torres</i>	
<i>(Universidad Nacional de Tucumán, Argentina)</i>	
MATERIAL DE CÁTEDRA	417
¿Qué fue la enmienda de 1972?	419
<i>Diego Presa (UNLP, Argentina)</i>	
PROYECTOS DE EXTENSIÓN	435
Amparo por lxs pibxs de la plaza: la sentencia, 12 años después	437
<i>Martin Menestrina, Martina Flaberty, Manuel Rodríguez, Antonela Coroli y Lucía Belaunzarán</i>	
<i>(UNLP, Argentina)</i>	
TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO	451
Inequidades de género en la regulación del cuidado infantil en la ley de contrato de trabajo	453
<i>Verónica Nuguer (UNLP, Argentina)</i>	
Principios Procesales del Derecho en el Proceso de Franz Kafka. ¿Qué tan lejos estamos del proceso del autor austríaco?	487
<i>Matías Germán Rodríguez Romero</i>	
<i>(Universidad Nacional de San Juan, Argentina)</i>	

INVESTIGACIONES	495
Análisis de los Decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires durante el año 2019	497
<i>Esteban F. Taglianetti, Mariano Raffo, María Victoria Simioni, Erika Deantoni Mosca, Fernando Novelli, Guillermina Fernández, Jacqueline Grace, Mía Lasalvia, Noelia Bertoni, Victoria Credaro, Facundo Aravena (UNLP, Argentina); Daniel Herrera, Darío González (Universidad Católica de La Plata, Argentina); Guillermo Comadira (Universidad Austral, Argentina)</i>	
SECCIÓN ESPECIAL: COVID/19 Y DERECHO	605
COVID-19: Una mirada desde el Derecho Constitucional	607
<i>Matías Busso (UBA, Argentina)</i>	
La necesidad de abandonar o reformular la Ley Modelo de Insolvencia Familiar en el abordaje del sobreendeudamiento de la persona humana	626
<i>Ezequiel Rodrigo Galván UNLP, Argentina)</i>	
Teletrabajo, Covid-19 y el ejercicio regular de la función empresarial como forma de resguardar también los derechos de quienes prestan servicios	643
<i>Adolfo Nicolás Balbín (UNLP, Argentina)</i>	
Vacunación obligatoria en la República Argentina como política pública de salud. Un abordaje desde el conflicto entre el poder de policía y las libertades individuales	659
<i>Pablo Octavio Cabral (UNLP, Argentina)</i>	

SECCIÓN ESPECIAL: DERECHO CUBANO	687
Empleo, economía y parentalidad. Notas desde de la igualdad de género que necesitamos hoy	689
<i>Sonia Zaldivar Marrón</i> (<i>Universidad de la Habana, Cuba</i>)	
Desafíos de la responsabilidad administrativa ambiental en Cuba	710
<i>Yaraí Toledo Barrios y Daimar Cánovas González</i> (<i>Universidad de La Habana, Cuba</i>)	
El lenguaje del Derecho, retos y posibilidades para la interpretación jurídica	743
<i>Majela Ferrari Yaunner</i> (<i>Universidad de La Habana, Cuba</i>)	
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS	777
Reseña del libro: Derechos Económicos, Sociales y Culturales en colectivos vulnerados. Experiencias en La Pampa. Autoras: Cecilia Bertolé, Lucía Carolina Colombato y Gina Paola Rodríguez (Editoras). 2020. La Pampa. EdUNLPam	779
<i>Ivana Romina Barneix</i> (<i>Universidad Nacional de La Pampa, Argentina</i>)	

The background is a vibrant, abstract collage. It features several vertical film strips in various colors (blue, red, yellow, green) with sprocket holes. Large, stylized letters and symbols are scattered throughout, including 'XX', 'O', 'V', 'A', 'W', 'Y', 'X', 'Z', and '©'. The overall aesthetic is reminiscent of mid-century modern graphic design or a film noir aesthetic.

EDITORIAL

Despertar

Despertar.
Moviéndose ajeno está el cielo.
Despertar a un gris torvo,
al azabache.

Hay tormenta,
un sudor frío en noviembre golpea
las hojas de los tilos.

Aumento la memoria.

(Mis ojos son cenizas, sólo el color
que no enciende).

La noción del silencio es
el poema,
el silbar de los cables
tensados en el viento.

Será la hora de preguntar,
nuevamente.

¿Será otro anochecer en la mañana, otra
agitación de sedimentos?

Autor: *Juan Martín González Moras*

Arte de la portada: Ro Barragán

EDITORIAL

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 21-26
DOI: <https://10.24215/25251678e450>

Presentamos la edición primavera de 2020, dándole la bienvenida a nuestras lectoras y lectores al número 17 de ReDeA, con las renovadas ganas de compartir con ustedes algunos sucesos jurídicos y sociales que, a nuestro entender, resultan importantes y han sucedido en los últimos tres meses en la Argentina, la región y nuestra querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

En el inicio de estas palabras quisiéramos realizar un repaso de lo que ha sido este proyecto académico editorial, cumpliéndose cuatro años del primer número que vio la luz dando cuenta de la producción científica de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales correspondiente a la primavera del año 2016.

Se publicaron, con el actual 17 números cumpliendo con la periodicidad preestablecida. Un total que supera las 10.000 páginas impresas, los 500 artículos y un número similar de autores.

Las carátulas fueron ilustradas por artistas, bajo la coordinación de Nazarena Mazzarini, como: Luxor Magenta, Celina Torres Molina, Viviana Kert, Sergio M. Alvarez, Luz Mala, Valentino Tettamanti, Gabriela Caregnato, Raúl Pané, Leonardo Gauna, Mauricio Andrés Valenti, Eleonora Burry, Las Juanas, Dolores Mendieta, Hugo Echarri, Eleonora Calderón, estudiantes del Bachillerato de Bellas Artes de la UNLP.

En las contra carátulas compartimos –con la selección y edición de Cecilia Villegas- la poesía de Julián Axat; Ramón

Baibiene, Néstor Villoldo, Matías Fittipaldi, Gustavo Caso Rosendi, Martín Raninqueo, Natalia Geringer, Claudia Marcela López, Norberto Antonio, César Cantoni, Florencia Ronco, Norma Etcheverry, Luciano Scatolini, Guido L. Croxatto, María Florencia Salvatore y Juan Martín González Moras.

Se realizaron entrevistas a personalidades académicas y políticas como Ana Reyes Prado, Mario Coriolano, Fabián Salvioli, Estela de Carlotto, Baltasar Garzón, Raúl Gustavo Ferreyra, Fernando Tauber, Gustavo O. Carrara, Luigi Ferrajoli, Zhang Liling, Wang Ping, Xu Kexian, Luis Federico Arias, Alejandro Amor, Gabriel De Vedia, Nicolás Kreplak y Evo Morales.

La integración de un equipo de traductores nos permitió publicar los títulos, resúmenes y palabras claves de los trabajos de las primeras secciones a cuatro idiomas (inglés, portugués, francés y chino).

La continuidad en el trabajo y la mejora constante de diversos aspectos en la calidad académica y artística de la publicación se ve hoy reflejada en los diversos repertorios e indexadores en los que se encuentra registrada la Revista Derechos en Acción. Todo ello a pesar de dificultades económicas y presupuestarias que obstaculizan el cumplimiento de algunos de los objetivos propuestos por nuestro grupo de trabajo. Nada de lo anteriormente expuesto hubiera sido posible sin el trabajo de todo el equipo de la revista, de los artistas, poetas y autores que dieron contenido y sentido a este esfuerzo editorial que pretende aunar calidad y excelencia artística y académica, con acceso abierto y libre a quienes estén interesados en consultar sus páginas.

El impacto a nivel nacional, regional y mundial de nuestra publicación puede ser confirmado por las estadísticas que difunde la propia Universidad Nacional de La Plata, a través de su portal de revistas académicas, ubicando a ReDeA entre las producciones periódicas de contenido científico más visitada y consultada. A mediados del mes de diciembre del corriente año, se podía constatar que la revista contaba con 11.872 usuarios y 13.814 sesiones de 51 países. Entre los diez primeros

se destacan Argentina, México, Perú, República Dominicana, Ecuador, Venezuela, Colombia, Guatemala, España y Chile.

La anhelada finalización de la etapa más dura de la pandemia, con la inminente vacunación de la población mundial, nos permite proyectar algunas modificaciones estructurales de nuestra publicación científica que se desarrollarán a partir del próximo número que saldrá en marzo de 2021 y que dará inicio a lo que consideramos una etapa superadora de la hoy se cierra con el número 17 de la primavera del 2020.

Al flagelo de las muertes y enfermedad que está dejando en el mundo el COVID, en nuestra tierra tenemos que sufrir la pérdida del ídolo popular más importante de estos tiempos.

Pensar en ídolos refiere una especie de divinidad, algo así como una representación de un ser superior que trasciende al propio cuerpo que encarna tal idolatría. Los ídolos llevan consigo la premisa de perfección, así como también su condición de pertenecer al pueblo.

Es como lo narró Fontanarrosa en uno de sus cuentos; los ídolos populares no pueden ser demasiado perfectos porque la pregunta entonces es cómo las personas se van a poder sentir identificadas, por eso decía, relatando la historia de Pedrito: *“¿Qué tenés en común con los monos de la tribuna?”*.

El ídolo carga entonces con el peso de escribir su propia historia, con el peligro de que la misma se transforme en única. Historia que terminará no sólo representado a su persona sino también a quienes sientan amarlo u odiarlo, porque sí, los ídolos despiertan pasiones, y las mismas no son cualificables en términos medios.

Diego Armando Maradona se encarna sin ninguna duda en la figura de ídolo. Quizás tildado de “fuera de serie”, aunque en realidad rara vez los ídolos se emparentan con lo normado. Emparentado sino como un “ídolo popular”, lo que en muchos casos termina por adquirir una connotación negativa en tanto exista la creencia de que lo popular evoca a las masas, a

sentimientos de fascinamiento y fanatismo, vaciando las individualidades de su capacidad de pensar y elegir por *motu proprio*.

Un ídolo que mantuvo lejos del olvido su propio pasado, reivindicando de esta manera sus orígenes, sumado a una increíble autenticidad pese a los escenarios camaleónicos a los que asistió. Un ídolo que identificó y lo seguirá haciendo a cualquier argentino y argentina en el mundo. En especial a los sectores más pobres y excluidos, históricamente discriminados en nuestro país. Como bien lo dijo Eduardo Galeano; “Maradona se convirtió en una suerte de Dios sucio, el más humano de los dioses”.

En el ámbito regional el pasado 20 de octubre se realizaron elecciones generales en Bolivia eligiendo como presidente a Luis Arce del Movimiento al Socialismo, obteniendo el 55.1 por ciento de los votos. A su vez, el 26 de octubre Chile aprobó mediante plebiscito la reforma de su Constitución Nacional, la cual fue dictada en 1980 durante el gobierno de facto de Augusto Pinochet.

Por otro lado, el pasado 10 de diciembre, además de coincidir con el Día Internacional de los Derechos Humanos y el Día de la Restauración de la Democracia, se debatió en la cámara de diputados del Congreso de la Nación el Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo y el Proyecto de los Mil Días, obteniendo la media sanción de ambos luego de un extenso debate parlamentario. La última disputa legislativa sobre la temática fue en el año 2018, cuando también obtuvo media sanción en la cámara de diputados, no corriendo la misma suerte en la de senadores.

Dicho proyecto de ley, con el impulso de la “Marea Verde”, interpeló al poder punitivo con su sesgo histórico de discriminación sexual y legal que colocó durante décadas a la opresión femenina como legitimadora del sistema legal fundado en una estructura interna de opresión basada en el sexo. Graciela Angriman nos ha ilustrado al respecto en “Derechos de las mujeres, género y prisión” (2017) respecto del “uso del sistema

penal para controlar y modelar a la mujer, bajo representaciones y roles estereotipados de género”. Es así que la selectividad femenina, se puede decir que estuvo siempre basada en el rol patriarcal asignado, dando lugar a un catálogo de delitos prisionizantes para las mismas entre los cuales se encontró tanto al infanticidio como al aborto, denotando el rol pasivo y reproductor como asimismo la disciplina punitiva sobre sus cuerpos.

Las concepciones no seculares sobre la cuestión que han dado a los procesos de discusión demostraron que los varones, la Iglesia y el Estado han sido los encargados de reprimir las conductas vistas como “impropias de una mujer”. A partir de este proyecto, cuya sanción definitiva y promulgación esperamos, el colectivo feminista logró algo que desde abajo suele ser difícil: correr al poder punitivo de un espacio en nombre de la democracia y la autonomía ética de la persona, con una verdadera mirada en clave progresiva y activista de sus derechos en particular, y los derechos en general.

Desde una perspectiva Criminológica cabe coincidir con Elizabeth Gómez Alcorta acerca de que “La Construcción de una criminología del siglo XXI debe necesariamente incluir los fundamentos y estructuras que explican la delincuencia femenina, muchos asociados a la producción de la mujer normal y al control de toda desviación. Incorporar las categorías de género en la discusión y análisis debe impulsar una transformación radical de sus instrumentos teóricos, los que se declaran neutrales, pero sostienen el control social, específicamente hacia la sexualidad y capacidad reproductora de las mujeres”.

El proyecto ahora presentado es suficientemente claro; no será delito el aborto realizado con el consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce inclusive, sin importar la proveniencia del embarazo o las cualidades de la mujer. Si se diera el caso de un embarazo producto de una violación, el acceso a la práctica es irrestricto en el tiempo, debiéndose solo presentar una declaración jurada manifestando el estado de situación ante el personal de salud. Además, se incorpora la

atención posaborto en las propias instituciones sanitarias, como así también habilita al profesional de salud interviniente en su derecho a ejercer la objeción de conciencia siempre y cuando posibilite la atención de la paciente en forma temporánea y oportuna, adoptando todas las medidas necesarias para garantizar el acceso a la práctica.

Ahora solo resta esperar el debate en la cámara alta donde se podrá saber si finalmente, después de tantos años de lucha, el aborto legal, seguro y gratuito podrá consagrarse en nuestra legislación.

En lo que respecta a nuestra facultad, este año ha sido un año de grandes desafíos: tanto docentes, alumnos, personal administrativo, autoridades, y toda la comunidad universitaria en general, debimos adaptarnos a la nueva realidad que nos impuso, imprevista, la pandemia del Covid-19. No obstante lo intempestivo de su llegada, la Universidad Nacional de La Plata, y en particular nuestra Unidad Académica, logró sortear los obstáculos de manera más que satisfactoria. Pues, el dictado de clases continuó durante todo el año, las mesas examinadoras, las actividades de posgrado, investigación y extensión también se pudieron llevar adelante en este contexto. El Honorable Consejo Directivo, órgano de cogobierno y deliberación, continuó con sus sesiones de manera habitual, tanto en sus dos comisiones permanentes como en el pleno. Incluso, fue sancionada una resolución que permite la sustanciación de los concursos docentes de antecedentes y oposición de manera remota. Fue un año difícil, pero de mucho aprendizaje. Seguramente muchas de las cuestiones que hemos tenido que aprender, vinieron para quedarse.

Como siempre, nos despedimos hasta el próximo número (18), correspondiente al verano 2020/21, que saldrá a la luz el 21 de marzo próximo.

STAFF EDITORIAL

The background is a complex, abstract composition of overlapping geometric shapes and patterns. It features a central vertical axis with a white rectangular area containing the text. The design is dominated by two primary colors: a vibrant blue and a deep red. The blue elements include vertical bands with small white dots, circular motifs with concentric rings, and various angular shapes. The red elements include large, rounded rectangular shapes with concentric circles, and vertical bands with white dots. The overall effect is a dense, layered visual texture.

ENSAYOS

Deshoras

Hay deshoras en los rostros,
hay lluvias que nunca acaban.
Espacios donde los pies no caben.
Y habitaciones. Que fueron.

Autor: *Juan Martín González Moras*

Arte de la portada: *Ro Barragán*

Sobre el Ministerio Público. Nombramiento, duración y remoción¹

On Public Ministry. Appointment, duration and removal

Sobre o Ministério Público. Designação, duração e remoção

À propos du ministère public. Désignation, durée et suppression

关于公共部. 任命期限和罢免

*Raúl Gustavo Ferreyra*²
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 29-36
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e451>
Recibido: 20/11/2020
Aprobado: 25/11/2020

Resumen: El trabajo desarrolla la regulación constitucional de la institución del Ministerio Público en la Argentina, centrándose en los requisitos para el nombramiento en el cargo del Procurador General de la Nación, su duración y remoción. En cuanto a la designación, el autor afirma que para aspirar a dicho cargo es necesario acreditar, con razonabilidad erguida y suficiente, la cualidad y el compromiso democrático inherente e inmarcesible. Para mantenerse en la función: es menester la buena conducta, es decir racionalidad constitucional; tomar decisiones con

¹ De los "Fundamentos" del Dictamen individual presentado el 18/11/2020 al Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y el Ministerio Público, creado por el Presidente de la República, Alberto Fernández, por intermedio del Decreto 635/2020.

² Catedrático de Derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5089-8136>).

apoyo en la realidad y en la lógica y no cometer delitos funcionales. En cuanto a la duración en el cargo, propone una limitación temporal, sosteniendo que es constitucional determinar la naturaleza temporal de la designación del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, por la vía de un cambio legal, proponiendo un nombramiento por un término de 5 años con posibilidad de renovación en la misma forma en que fueron designados. Finalmente propone una modificación de las mayorías legislativas para su designación, y sobre la destitución alienta el mecanismo de juicio político.

Palabras clave: Ministerio Público, Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y el Ministerio Público.

Abstract: This paper develops the constitutional regulation of the institution of the Public Ministry in Argentina, focusing on the requirements for appointment to the office of the Attorney General of the Nation, its duration and removal. Regarding the appointment, the author affirms that in order to aspire to this position it is necessary to prove, with upright and sufficient reasonableness, the quality and inherent and unfading democratic commitment. To stay in office: good conduct is necessary, that is, constitutional rationality; make decisions based on reality and logic and not commit functional crimes. Regarding the duration in office, it proposes a temporary limitation, maintaining that it is constitutional to determine the temporary nature of the appointment of the Attorney General of the Nation and the Defender General of the Nation, by way of a legal change, proposing an appointment for a term of 5 years with the possibility of renewal in the same way in which they were designated. Finally, he proposes a modification of the legislative majorities for his appointment, and on the dismissal he encourages the mechanism of impeachment.

Keywords: Public Ministry, Consultative Council for the Strengthening of the Judicial Power and the Public Ministry

Resumo: O trabalho desenvolve a regulamentação constitucional da instituição do Ministério Público na Argentina, enfocando os requisitos para a nomeação para o cargo de Procurador-Geral da Nação, sua duração e destituição. Sobre a nomeação, o autor afirma que para aspirar a este cargo é necessário comprovar, com justa e suficiente razoabilidade, a qualidade e o compromisso democrático inerente e permanente. Para

permanecer no cargo: é necessária boa conduta, ou seja, racionalidade constitucional; tomar decisões com base na realidade e na lógica e não cometer crimes funcionais. Quanto à duração do mandato, propõe uma limitação temporária, sustentando que é constitucional determinar a natureza temporária da nomeação do Procurador-Geral da Nação e do Defensor-Geral da Nação, mediante alteração jurídica, propondo a nomeação pelo prazo de 5 anos com possibilidade de renovação na mesma forma em que foram designados. Por fim, propõe uma modificação das maiorias legislativas para sua nomeação e, na demissão, incentiva o mecanismo de impeachment.

Palavras-chave: Ministério Público, Conselho Consultivo para o Fortalecimento do Poder Judiciário e Ministério Público

Résumé: Le travail développe le règlement constitutionnel de l'institution du ministère public en Argentine, en se concentrant sur les conditions de nomination au bureau du procureur général de la nation, sa durée et sa révocation. En ce qui concerne la nomination, l'auteur affirme que pour aspirer à ce poste, il est nécessaire de prouver, avec un caractère juste et raisonnable, la qualité et l'engagement démocratique inhérent et sans faille. Pour rester en fonction: une bonne conduite est nécessaire, c'est-à-dire une rationalité constitutionnelle; prendre des décisions basées sur la réalité et la logique et ne pas commettre de crimes fonctionnels. En ce qui concerne la durée du mandat, il propose une limitation temporaire, soutenant qu'il est constitutionnel de déterminer le caractère temporaire de la nomination du Procureur général de la Nation et du Défenseur général de la Nation, par voie de changement juridique, en proposant une nomination pour une durée de 5 ans avec possibilité de renouvellement de la même manière dont ils ont été désignés. Enfin, il propose une modification des majorités législatives pour sa nomination, et sur la révocation, il encourage le mécanisme de mise en accusation.

Mot-clés: Ministère public, Conseil consultatif pour le renforcement du pouvoir judiciaire et ministère public

摘要: 这项工作制定了阿根廷公共事务部机构的宪法规定, 重点是国家总检察长办公室的任命, 任期和撤职要求。关于任命, 提交人申明, 为了追求这一立场, 有必要以正直和充分的合理性证明其质量以及固有的, 不褪色的民主承诺。留任: 良好的行为是必要的, 即宪法合理性; 根据现实和逻辑做出决策, 而不犯功能性犯罪。关于任职

期限, 它提出了一个临时限制, 坚持认为通过法律变更的方式确定任命国家检察总长和国家辩护人的临时性质符合宪法, 建议任命有效期为5年, 可以按照指定时的相同方式进行更新. 最后, 他提议修改立法多数以任命他, 并在罢免时鼓励弹机制.

关键字: 公共部, 司法权加强咨询委员会和公共部

El Ministerio Público es un órgano creado por la reforma de 1994, en el artículo 120. Gobierna el Estado federal junto al poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial. Así, resulta definido en la textura constituyente con inusual parquedad:

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. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones

La Ley fundamental ha referido a la “ley especial” del Congreso federal las determinaciones sobre la designación, destitución y duración de la tarea.

Una explicación adecuada sobre la idea de Constitución exige, por de pronto, como presupuesto, el diálogo entre las generaciones de argentinos.

¿Qué significa?

Son las distintas generaciones, dinámica y sucesivamente, las que, “dialogando entre sí”, permiten ir urdiendo la perdurabilidad o no del pacto asumido en la Constitución originaria. Esta suerte de conversación entre generaciones es la forma más persuasiva para explicar cómo y porqué, una vez generado, el Derecho constitucional requiere de las decisiones cotidianas del gobierno, de las “autoridades de la Nación”, como se las denomina en la Segunda parte de la Constitución federal (CF)

de la Argentina. Una vez creado, el Derecho constitucional necesita de un poder con la capacidad suficiente para aplicar con energía las reglas predeterminadas por su sistema y, en caso de ser necesario, apelar a la fuerza para imponer sus definiciones.

La Constitución originaria de 1853 fue reformada en seis ocasiones: 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994. De todas las enmiendas, la de 1994, fue la que produjo mayor cantidad de modificaciones en el texto.

El sistema constitucional argentino prevé que los servidores públicos son encargados de desarrollar y aplicar las pautas constitucionales. Las tareas constitucionales se encuentran distribuidas en tres poderes: legislativo, hacer la ley y controlar, artículos 44 y subsiguientes de la CF; ejecutivo, administrar y liderar el proceso político constitucional, artículos 87 y siguientes de la CF; y judicial, conocer y decidir en causas sobre el Derecho realizable en la causa, arts. 108 y siguientes de la CF. Más un órgano extra poder: el ministerio público: que promueve la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, art. 120 de la CF.

Para ser legislador, presidente, juez o procurador o defensor general, además de recaudos formales, la Constitución exige idoneidad (artículos 16, 36, 1 y 28). Es impensable, constitucionalmente, aspirar al cargo sin acreditar, con razonabilidad erguida y suficiente, la aludida cualidad y el compromiso democrático inherente e inmarcesible. Para mantenerse en la función: es menester la buena conducta, es decir racionalidad constitucional; tomar decisiones con apoyo en la realidad y en la lógica y no cometer delitos funcionales.

Respecto de las cualidades para acceder a la función o mantenerse en ella -que son exigidas a todos por igual- la Constitución estipula una radical diferencia en torno de la duración de las tareas: tiempo que transcurre entre el comienzo y el fin de cada proceso gubernativo.

Los legisladores y el presidente y el vicepresidente duran un período determinado, susceptible de renovación, bajo ciertas

condiciones. En cambio, la estabilidad de los jueces en la función es hasta los 75 años de edad, fijada por la propia letra constitucional (art.99, inciso 4: “estabilidad absoluta impropia”³). En el caso de los integrantes titulares del Ministerio Público, en la actualidad la naturaleza vitalicia (también estabilidad absoluta impropia) es hasta los 75 años de edad, según fijan la leyes (art. 21 de la ley 27149 y art. 62 de la ley 27.148, respectivamente) con posibilidad de renovación. En ambos casos, la estabilidad absoluta impropia en la función (según los parámetros indicados) se mantendrá mientras exista como regla el buen comportamiento institucional del magistrado: juez, procurador o defensor.

Con certeza en la necesidad del debate hago un planteo sobre la duración de las designaciones de los miembros titulares, los sujetos que encabezan el Ministerio Público, es decir, si corresponde o no corresponde que los nombramientos deban seguir siendo hasta los 75 años o, por períodos determinados susceptibles, acaso, de ser renovados.

Sin dejar de reconocer que la inamovilidad de la función es un ingrediente importante para afianzar la independencia de los magistrados titulares del Ministerio Público (Procurador y Defensor), cabe preguntarse si es imprescindible que sea vitalicia dentro del sistema republicano, donde una de las notas de la función del servidor público es, precisamente, la periodicidad de la actividad institucional. En el caso de los jueces de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, la única forma de

³ Artículo 99, inciso 4 de la CF: (El presidente tiene las siguientes atribuciones): “Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”.

plantear un cambio sobre el particular es reformar la Constitución. En cambio, para el Ministerio Público, cuya actividad es tan trascendente para la seguridad ciudadana, una reforma de esta naturaleza exigiría base legal. El carácter no vitalicio de las designaciones se compeadece con la periodicidad de la función republicana de gobierno, permitiendo la renovación o convalidación de los méritos, unido a la enorme posibilidad de contar con un mecanismo contundente y eficaz para controlar a quien, durante años, fue el intérprete último de la Constitución o veló por la legalidad. ¡Con la rendición de cuentas de su programa de gobierno!

No son inconfundibles las ventajas de los cargos constitucionales vitalicios; téngase presente que no se desdice la inamovilidad: solamente se pretende su limitación temporal. Apostar a esta clase de debate sobre el Ministerio Público del futuro, reforma legal de por medio, confirmaría que la democracia es un modelo de desarrollo que puede ser cambiado, y que justamente por su naturaleza de modelo puede -y debe- ser perfeccionado. La democracia es una meta y un camino.

Si el sistema constitucional es entendido como un compromiso originario de toda una comunidad para definir su autoorganización en paz en la búsqueda de justicia social, pero cuya conservación y profundización, depende, precisamente, de que las generaciones vivas “renueven” ese pacto mediante un diálogo abierto entre generaciones, ¿por qué limitar generacionalmente el acceso a la magistratura constitucional del Ministerio público, cómo se lo hace cuando es vitalicia hasta 75 años? ¿Dónde reside el fundamento epistémico que desdiga que nuevos puntos de vista son susceptibles de profundizar y perfeccionar los ya adquiridos? Evidentemente, nuevas perspectivas, servirían para enriquecer el sistema de gobierno republicano, desde que el aumento de la participación, necesariamente, consolida el piso y aumenta el techo del debate público. ¿O no es así?

Por todo ello, pienso fundadamente que es compatible con la CF determinar la naturaleza temporal de la designación del

Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, por la vía de un cambio legal. Quizá podrían ser designados por un término de 5 años con posibilidad de renovación en la misma forma en que fueron nombrados.

Al cambiar legalmente el modelo de duración, también podrían cambiarse las mayorías jurídicas requeridas para la designación de ambos funcionarios. Hay una habilitación constituyente referida a la decisión del Congreso. Así, la idea de “mayoría absoluta sobre la totalidad de los miembros del Senado”, un modelo generado por el poder constituyente en 1994, entiendo que se trataría de una decisión política lograda, en un marco de un proceso abierto, dialógico, consensuado y robusto y que garantice la comprensión, perspectiva y equidad de género. El cambio en el actual régimen legal podría, pues, establecer que el Procurador General y el Defensor General sean nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del Senado de la República.

Y sobre la destitución: aliento el juicio político, bajo semejante perímetro que el detallado en la Constitución federal y en la legislación vigente, con semejante cambio al sugerido en el párrafo anterior respecto de las mayorías congresuales a requerirse.

Las definiciones antedichas, a mi juicio, poseen suficiente cobertura en los principios y reglas propios de la Constitución federal al estatuir el órgano bicéfalo: Ministerio Público.

Volviendo de la diáspora: Liberando un nuevo *homo juridicus* desde el derecho a la comunicación¹

Returning from the diaspora: Releasing a new homo juridicus from the right to communication

Retornando da diáspora: Liberando um novo homo juridicus do direito à comunicação

Revenir de la diaspora: libérer un nouvel homo juridicus du droit à la communication

从侨民那里回来:从传播权中释放出一个新的“同性恋”

Sebastián Alejandro García Caicedo²
Universidad de Nariño - Colombia

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 37-54
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e452>
Recibido: 01/09/2020
Aprobado: 15/09/2020

¹ El presente trabajo hace parte de los primeros esbozos de un proyecto de investigación macro en el curso de una maestría en Derechos humanos, titulado “En disputa por el derecho humano a la comunicación en Colombia. Hacia su fundamentación desde abajo.” Así, lo presentado aquí se puede tomar como un avance inicial de una propuesta que acomete construir una fundamentación alternativa del derecho humano a la comunicación desde una postura iusmaterialista.

² Abogado, Universidad de Nariño. Candidato a especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Maestrando en Derechos Humanos - UASLP. Miembro del grupo de trabajo “Crítica jurídica y conflictos socio políticos” de CLACSO. Investigador colaborador en ILSA - Colombia. Teléfono: (+57) 301 641 1196 - (+52) 551 118 0397. Correo electrónico: jito.13@hotmail.com. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3766-9731>).

Resumen: En el presente documento se discute sobre la necesidad de crear un nuevo *homo juridicus* con carácter emancipatorio y liberador a partir de la fundamentación de un derecho humano a la comunicación que sitúe sus bases filosóficas y de reflexión desde el lugar de las mayorías oprimidas y empobrecidas en el mundo, considerando que aquel es el espacio privilegiado que da verdad para tales fines. Para ello, utilizando lo que nos ofrece el paradigma cualitativo de la investigación, se realiza un ejercicio de pesquisa inscrito en el alcance descriptivo que se reduce a un trabajo de revisión documental y se hace desde un enfoque histórico hermenéutico. Finalmente, se trata de confrontar la hegemonización del discurso, con consecuencias en la identidad, producido por el contexto de neoliberalismo actual, reconociendo que las identidades se dan en contextos determinados, contradictorios, situados y de manera relacional en un marco estructural que las posibilita y disputa de manera constante. En ese orden de ideas, se recurre al concepto del “lugar que da verdad” propuesto por Ignacio Ellacuría en su lucha por la justicia y se opta por una concepción materialista de la cultura.

Palabras clave: Identidad, lugar que da verdad, cultura, comunicación, discurso.

Abstract: This document discusses the need to create a new *homo juridicus* with an emancipatory and liberating character based on the foundation of a human right to communication that places its philosophical and reflection bases from the place of the oppressed and impoverished majorities in the world, considering that it is the privileged space that gives truth for such purposes. To do this, using what the qualitative research paradigm offers us, a research exercise is carried out inscribed in the descriptive scope that is reduced to a work of documentary review and is done from a hermeneutical historical approach. Finally, it is about confronting the hegemonization of discourse, with consequences for identity, produced by the current context of neoliberalism, recognizing that identities occur in specific, contradictory, situated and relational contexts in a structural framework that enables and dispute constantly. In that order of ideas, the concept of the “place that gives truth” proposed by Ignacio Ellacuría in his struggle for justice is used and a materialist conception of culture is chosen.

Keywords: Identity, “place that gives truth”, culture, communication, discourse.

Resumo: Este documento discute a necessidade de se criar um novo homo juridicus de carácter emancipatório e libertador a partir de um direito humano à comunicação que coloque suas bases filosóficas e reflexivas no lugar das maiorias oprimidas e empobrecidas em do mundo, considerando que é o espaço privilegiado que dá verdade para tais fins. Para tanto, a partir do que nos oferece o paradigma da pesquisa qualitativa, realiza-se um exercício de pesquisa inscrito no âmbito descritivo que se reduz a um trabalho de revisão documental e se realiza a partir de uma abordagem histórica hermenêutica. Por fim, trata-se de confrontar a hegemonização do discurso, com consequências identitárias, produzida pelo atual contexto do neoliberalismo, reconhecendo que as identidades ocorrem em contextos específicos, contraditórios, situados e relacionais em um quadro estrutural que possibilita e disputa constantemente. Nessa ordem de ideias, utiliza-se o conceito de “lugar que dá verdade” proposto por Ignacio Ellacuría em sua luta pela justiça e opta-se por uma concepção materialista de cultura.

Palavras-chave: Identidade, “lugar que dá verdade”, cultura, comunicação, discurso

Résumé: Ce document discute de la nécessité de créer un nouvel homo juridicus à caractère émancipateur et libérateur basé sur le fondement d'un droit humain à la communication qui place ses bases philosophiques et réflexives de la place des majorités opprimées et appauvries en le monde, considérant que c'est l'espace privilégié qui donne la vérité à ces fins. Pour ce faire, à partir de ce que nous offre le paradigme de la recherche qualitative, un exercice de recherche est mené inscrit dans la portée descriptive qui se réduit à un travail de revue documentaire et se fait à partir d'une approche historique herméneutique. Enfin, il s'agit de confronter l'hégémomisation du discours, avec des conséquences sur l'identité, produite par le contexte actuel du néolibéralisme, en reconnaissant que les identités se produisent dans des contextes spécifiques, contradictoires, situés et relationnels dans un cadre structurel qui permet et dispute constamment. Dans cet ordre d'idées, le concept de «lieu qui donne la vérité» proposé par Ignacio Ellacuría dans sa lutte pour la justice est utilisé et une conception matérialiste de la culture est choisie.

Mot-clés: Identité, «lieu qui donne la vérité», culture, communication, discours.

摘要: 本文件讨论了建立一种具有解放性和解放性的新的同居法的必要性, 该法则基于传播权的基础, 该权利的哲学和反思基础来自被压迫和贫穷的多数派的地位. 这个世界, 考虑到正是特权空间为此目的提供了真理. 为此, 利用定性研究范式为我们提供的内容, 在描述性范围内进行了一项研究活动, 该研究活动被简化为文献审查工作, 并从诠释历史方法入手. 最后, 它是关于面对新的自由主义当前语境所产生的话语霸权化, 以及对身份的后果, 认识到身份是在一个特定的, 矛盾的, 处境的和关系的语境中发生的, 这种结构性框架使得和不断发生争执. 按照这种思想顺序, 使用了伊格纳西奥·埃拉库里亚(Ignacio Ellacuría)在争取正义的斗争中提出的“赋予真理的地方”的概念, 并选择了唯物主义的文化概念.

关键字: 身份, “提供真理”, 文化, 交流, 话语的地方

I. Introducción

Como ya ampliamente se ha discutido en el campo de la antropología, la sociología y algunas corrientes críticas del derecho, este no se reduce al normativismo positivista ni mucho menos puede concebirse como un sistema cerrado, de principios universales e interdependientes y autopoyético. Al contrario, se ha demostrado que el derecho consiste más en una praxis o un discurso de prácticas culturales y sociales como productos históricos que, por eso mismo, es dinámico y no universalizable, dentro de un sistema de relaciones en disputa y dialécticamente configurado. De esa manera, lo que se tiene son procesos culturales conflictivos, donde el derecho es solo una manifestación derivativa de ello, con una articulación relacional dentro del espacio donde se manifiesta, que se traduce en su componente prescriptivo y discursivo. Empero, también tiene un carácter deóntico y performativo en lo que el grupo social considera como lo bueno, lo malo, lo justo, lo injusto y hasta su misma significancia e identidad, delineando aquel concepto discutido dentro de la antropología jurídica del *Homo juridicus*, como el resultado de algo vivo y proveniente de lo que la misma comunidad acuerda ampliamente.

En la configuración de esa identidad, existen entonces elementos de asimilación autoconsciente, pero cuyo marco referencial siempre es externo y material: se hace en perspectiva intersubjetiva y dentro de una estructura social amplia que lo posibilita, donde el discurso del derecho está regularmente interviniendo como consecuencia y condición de posibilidad. Hay, por lo tanto, una relación muy marcada entre identidad de los pueblos y los individuos y el derecho. Justamente esta relación es la que se trata de dilucidar muy precariamente en el presente ensayo, haciendo énfasis específicamente en el derecho humano a la comunicación y tratando de aproximarse a una respuesta a los siguientes cuestionamientos: ¿Cuál debería ser el rol del derecho humano a la comunicación en las disputas identitarias de los pueblos? ¿Cómo estructurar un derecho humano a la comunicación desde una praxis que crea identidad en contextos de disputa, con un enfoque relacional, para los oprimidos, víctimas o excluidos?

Sin la intención de ser para nada exhaustivos, se acude entonces a enfocar el análisis posicionándose en lo que Ignacio Ellacuría denomina “el lugar que da verdad” para pensarnos ese derecho humano a la comunicación desde una óptica material, haciéndolo con una mirada que recusa las opresiones múltiples en perspectiva decolonial y lanzando una crítica subyacente al proyecto discursivo de homogeneización propugnado por el capitalismo, que se evidencia más fehacientemente en el contexto actual de globalización y requiere con urgencia la configuración de un nuevo *homo juridicus* con enfoque liberador, capaz de edificar una identidad diferente que recupere las ausencias, donde una base materialista de la cultura nos da las luces aproximadas para ello.

II. Discursos homogéneos y excluyentes

Como parte de las contradicciones, necesidades y funcionamiento del capitalismo, el mundo y las relaciones humanas se han globalizado. El neoliberalismo, como la manifestación

cualitativa más latente de esos saltos que se dan con el trasegar histórico, hoy se ha hegemonizado valiéndose de sus sofisticados aparatos, instituciones, dinámicas y formas ideológicas para la alienación necesaria que requiere su círculo de producción y reproducción. Eso ha supuesto que la disputa por los sentidos, la subjetividad y simbología de las personas, se de en planos tanto estructurales como super estructurales, que a su vez ha significado como vencedores a los dueños de los medios de producción y como “vencidos”, pero en resistencia inagotable, a los oprimidos, excluidos y empobrecidos por el sentido ontológico y el *ethos* capitalista. Se ha homogenizado un discurso por antonomasia contradictorio y excluyente, con notables repercusiones en la uniformidad de la cultura y las identidades, como algo requerido para el mismo capitalismo desde su mismo proceso de formación, pues “no hay ninguna cultura popular autónoma, auténtica y completa que esté fuera del campo de fuerza de las relaciones de poder cultural y dominación.” (Hall, 2013a, pág. 191)³

De manera ineluctable, los más afectados han sido los países del sur global, quienes vendiendo su propio ser importan patrones de conducta y prácticas culturales del norte, por la simple e inconsciente consideración de superioridad de aquella, pauperizando y desconociendo la riqueza, pluralidad y hasta mejor forma de organización y vida social que existe en su propia cultura. Desde el capitalismo se ha exotizado lo externo a su lógica de funcionamiento y necesidades, en aplicación de esa filosofía utilitarista y razón instrumental hegemonizada en el mundo, en una disputa que no solo se da entre dominantes y dominados, sino también al interior de los dominantes para ganar mercados y acumular riqueza. Se trata, como diría Aníbal Quijano, de la pervivencia de la matriz de colonialidad insertada en el ser, saber y poder de los sujetos históricamente colonizados y subordinados por las pretensiones de la modernidad,

³ Hall, S. (2013a). “Notas sobre la deconstrucción de lo popular”. En: R., Soto S. (ed.). *Discurso y poder en Stuart Hall*. Ricardo Soto Sulca editores. Huancayo, Perú.

pero ampliada a la dialéctica con que opera el capital. Hay un discurso mundializado de la cultura (Wolkmer, 2008) que ha cumplido muy bien con las funciones y características que Foucault (2016) le atribuye al discurso mismo: replantear nuestra voluntad de verdad, su carácter de acontecimiento y borrar la soberanía del significante del otro.

En consecuencia, se tiene un proceso de mundialización cultural inscrito más en las necesidades mercantiles de quienes disputan el poder económico mundial, que en los discursos mismos evidenciados en la pluralidad de conocimientos e informaciones (Moraes, 2013). Por lo tanto, el discurso hegemónico debe comprenderse como una forma de violencia ideológica ejercida sobre las cosas, personas y colectividades, de manera práctica o desde el acontecimiento, siendo ese el lugar donde cada discurso encuentra su regularidad y sus más notables consecuencias. No se debe olvidar que la producción de los discursos en las sociedades viene controlada, seleccionada, distribuida y circulada para su reproducción a partir de procedimientos internamente formulados como marco de contención de poderes exteriores, la aleatoriedad y la misma materialidad (Foucault, 2016).

Se genera una institucionalidad interesadamente inerte, cerrada, mistificada y fetichizada, cuya bandera es verticalmente desconocida y desconocedora, pues el principio de acción e identificación del sujeto individual o colectivo se hace en orden de esas leyes y procedimientos, que durante mucho tiempo han esperado su aparición, pero para honrarlas, pues si consigue algún poder, es únicamente de ella de quien se lo obtiene. Así, el verdadero discurso es aquel normativamente permitido, performativamente adecuado y ritualísticamente conforme. El discurso, por lo tanto, no es solo un mecanismo de traducción de las diferentes luchas y contradicciones presentes en todos los sistemas de dominación, sino aquello por lo que también se lucha y se encuentra en disputa inherente (Foucault, 2016).

Hay una voluntad de verdad en todo discurso que se legitima a partir de esas reglamentaciones y no se encuentra exento

del deseo y el poder, nublando la visualización de aquella voluntad. El problema es que “la voluntad de verdad que se nos ha impuesto desde hace mucho tiempo es tal que no puede dejar de enmascarar la verdad que quiere.” (Foucault, 2016, pág. 24)⁴. Hay en el fondo un interés material representado en formas jurídicas, culturales, ideológicas y organizativas de los espacios de vida del ser humano que, por eso, se convierte en homogéneo y excluyente.⁵ No obstante, eso no significa que sea la única verdad, sino solo una voluntad entre variadas realidades que ha devenido en su hegemonía necesaria para seguir dominando los cuerpos, territorios, mentes, saberes, espacios de apropiación material y simbólica, etcétera. Así, “las formas ideológicas y culturales aparecen simplemente como varias objetivaciones reflexivas de una praxis humana única y no diferenciada, la cual, en las condiciones capitalistas de producción, deviene reificada y alienada (...)” (Hall, 1981, págs. 11-12)⁶

Es por eso que la cultura no puede ser comprendida de una manera aislada y fragmentada, sino más bien como un producto de esas relaciones y macrosistemas económicos y políticos donde confluyen dialécticamente las diferentes formas de asumir y vivir la realidad que, específicamente, se ve inserta en articulaciones de poder y dominación, que para el caso de los dominados ha supuesto en la historia la imposición de formas culturales con efectos identitarios a través de políticas coloniales y neocoloniales (Seider, s.f.). Se trata de un modelo que

⁴ Foucault, M. (2016). *El orden del discurso*. Editorial Planeta Mexicana, S.A. Ciudad de México, México.

⁵ Sobre este punto, Grimson (2000) sostiene que cualquier grupo humano y cualquier persona se encuentra, en un contexto espaciotemporal determinado, dentro de un campo de interlocución específico. Un campo de interlocución es un marco dentro del cual ciertos modos de identificación son posibles mientras otros quedan excluidos. Entre los modos posibles de identificación, existe una distribución desigual del poder. (pág. 41).

⁶ Hall, S. (1981). “La cultura, los medios de comunicación y el efecto ideológico.” En: J., Curran, et. Al. (comp.). *Sociedad y comunicación de masas*. Fondo de cultura económica. Ciudad de México, México.

promueve una visión homogénea del mundo bajo parámetros de estilos de vida que intentan moldear un consumidor universal único que brinde consenso a los intereses de las empresas transnacionales, para lo que necesitan ocultar, ridiculizar e invisibilizar a las identidades culturales locales, especialmente de la periferia global, en un renovado esquema neocolonial. (Maisonave, 2019, pág. 71)⁷

En ese sentido, hay una atribución antidemocrática y desigual para la distribución y consecuente apropiación y reproducción del discurso: eso se define en un espacio cerrado donde no se discute nada más que las formas de circulación, produciendo indirectamente un marco de no intercambiabilidad y restrictiva de la soberanía de los significantes y narrativas de ese otro discurso exotizado y excluido. Olvida que el ser y estar en el mundo se hace a través de las mediaciones discursivas existentes que están presentes inclusive antes del mismo marco definitorio para la circulación del enmascarado discurso verdadero, siendo que justamente están para encontrar la verdad (Foucault, 2016). Así,

El discurso no es apenas más que la reverberación de una verdad que nace ante sus propios ojos; y cuando todo puede finalmente tomar la forma del discurso, cuando todo puede decirse y cuando puede decirse el discurso a propósito de todo, es porque todas las cosas, habiendo manifestado e intercambiado sus sentidos, pueden volver a la interioridad silenciosa de la conciencia de sí. (Foucault, 2016, p. 49)⁸

De esa manera, existe un ocultamiento en el supuesto discurso de verdad que no hace más que hegemonizar, segregar

⁷ Maisonave, M. (2019). *El derecho humano a la comunicación. Análisis de la Ley 26.522 (Ley de servicios de comunicación audiovisual) en Argentina* (Tesis de Maestría). Universidad Autónoma de San Luis Potosí. San Luis Potosí, México.

⁸ Foucault, M. (2016). *El orden del discurso*. Editorial Planeta Mexicana, S.A. Ciudad de México, México.

e impedir el acceso de las mayorías a esa efectiva verdad. Eso significa que existe un lugar privilegiado para encontrarla, más allá de todas las practicas camaleónicas que se surten desde el neoliberalismo en el contexto de globalización cultural, cuyo cometido se delimita no solo en el encuentro consigo mismo, sino también en el develamiento y descubrimiento de lo materialmente real que parece esfumarse y naturalizarse en apariencia. Veamos entonces cuál es ese lugar.

III. El lugar que da verdad y liberación

Dentro de los planteamientos filosóficos de Ignacio Ellacuría de la realidad histórica como el último estadio de la realidad, recuerda el carácter liberador de las acciones de los sujetos como eso siempre presente en la praxis socio histórica⁹. Pero no se trata de cualquier sujeto, sino de aquel que aún no ha logrado liberarse a pesar de su capacidad creativa. Se trata de un sujeto sometido al dinamismo de su materialidad y realidad, así como al proceso histórico evolutivo de su existencia que, a su vez, determina sus posibilidades progresivas de liberación explicitada por imbricaciones de lo anterior y lo posterior, de lo inferior y lo superior y de su propia materialidad.¹⁰ La liber-

⁹ Valga recordar que, para Ellacuría, la realidad histórica es el objeto de la filosofía, entendida como metafísica intramundana, no solo por su carácter globalizante y totalizador, sino en tanto realidad histórica: campo máximo de lo real (respectividad de la realidad en el contexto del dinamismo), que supone un momento de realidad que se forma por todos los modos de realidad en respectividad y contexto dinámico. En ese contexto, la historia es un constante de ir hacia nuevas formas de realidad, en donde la interacción de las cosas forma las diversas formas de realidad, produciendo modos de realidad en estadios no jerárquica sino de apropiación que hace que algunos sean más o menos realidad (Ellacuría, 1999).

Al respecto se puede ver: Ellacuría, I. (1999). *Filosofía de la realidad histórica*. UCA editores. San Salvador, El Salvador.

¹⁰ Con esto se supera grados de abstracción e idealismo en la construcción de libertad humana, muy propios en la filosofía occidental clásica liberal y conservadora y se muestra la cercanía de Ellacuría con el marxismo y el materialismo -sin caer en el determinismo económico-, así como en la noción de realidad de Zubiri. Afirma Rosillo (2013): "La libertad en abstracto no existe; lo existente son las acciones libres, las cuales hacen del ser humano un ser relativamente absoluto, que puede optar dentro de una serie de posibilidades en virtud

tad es, entonces, un proceso de liberación que se da *de, en y desde* la naturaleza sumergida en dinanismos para ser lo que se quiere ser, erigiéndose como presupuesto y consecuencia de la misma historia. “Sin el proceso de liberación básico no habría historia, ni novedad en ella, y es gracias a ella que aparece un proceso de praxis en el ser humano con base en el dinamismo de actualización de posibilidades.” (Rosillo, 2013, pág. 102)¹¹

Las anteriores afirmaciones, coligen la necesidad de que sea el ser humano el responsable de su liberación y, por lo tanto, de la creación de su propia historia, cuya libertad como finalidad se obtiene solo si esos ejercicios de responsabilidad de liberación se surten. El sujeto histórico práxico Ellacuriano, es entonces, *auto responsablemente* transformador y liberador, donde su materialidad, conciencia y ejercicio intelectual de su realidad delinean su práctica activa, siempre como maniobras tendientes a producir estructuras más humanas. Empero, se trata de un ejercicio dialéctico, contradictorio y de disputa donde no siempre se sale triunfador. Es decir, puede que el sujeto práxico no logre construir su libertad a pesar de sus prácticas de liberación.

En específico, Ellacuría considera que la realidad del derecho y las disputas en torno a su configuración y fundamento debe darse desde el empobrecido, el oprimido que lucha por superar la alineación proveniente desde los discursos excluyentes o la totalidad alienante (Rosillo, 2013). Para él, ese es el lugar que da verdad, siendo que no se encuentra intrínsecamente en su logos, sino más bien en su realidad material como mayorías populares. Es decir, la verdad se encuentra no en lo que se dice de la injusticia, sino en la injusticia misma, que se encarna en este sujeto de derechos humanos. “A lo que apunta

de su apertura a la realidad.” (pág. 101) De ahí que se pueda afirmar que la construcción filosófica de libertad en Ellacuría supere análisis socio políticos ya dados y se haga desde el inicio de la misma realidad.

¹¹ Rosillo, A. (2013). *Fundamentación de los derechos humanos desde América Latina*. Editorial Ítaca. México.

Ellacuría como crítica es al proyecto de la recta estructuración del sistema de posibilidades que se muestra como injusto en las mayorías populares excluidas y no a la recta estructuración de los conceptos”. (Leal, 2015, pág. 62)¹²

Se tiene así, que el sujeto sobre quien recae la acción práctica, así como el derecho desde esta fundamentación es un sujeto amplio, diversificado y con carácter comunitario. No se trata de otorgar derechos y exigir responsabilidades tan solo a individuos o comunidades, sino de superar esa línea divisoria y entender al sujeto en función dialéctica y articulada entre el *yo* y el *todo(s)*, que, por eso, le otorga responsabilidad comunitaria de sentido y de acción. Asimismo, no se trata de un sujeto abstracto, sino concreto cuyo horizonte de acción se evidencia específicamente en el contexto donde actúa: es un sujeto en, desde y para la realidad histórica con función liberadora inexorable.

Por demás, se trata de un sujeto que entiende la relación entre el derecho con el bien común y la justicia, que precisamente surge para procurar estos últimos y superar el mal común existente, cuyo núcleo de relación se evidencia en su condición de víctimas de la estructura, imposibilidades de libertad, opresión y negación de su ser y hacer (López, 2015). Es un sujeto, que a la muerte le opone la vida e irrumpe para modificar la realidad; que pasa de un logos meramente contemplativo, ahistórico y especulativo a uno de praxis socio histórica.

IV. Sobre el derecho humano a la comunicación: Identidad desde abajo y materialidad

Como se pudo puntuar en páginas previas, el surgimiento de nuevas formas de dominación y exclusión producidas por

¹² Leal A., R. (2015). “Estructura e historia en Ellacuría. Hacia una aproximación hermenéutica a “La filosofía de la realidad histórica” a partir de la filosofía de Xavier Zubiri”. En Alejandro Rosillo M. & Ramón M. Pérez M. (Coord.), *Historizar la justicia. Estudios sobre el pensamiento de Ignacio Ellacuría* (pp. 31-64). Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C. & Universidad Autónoma de San Luis Potosí. San Luis Potosí, México.

el discurso de la globalización y el neoliberalismo ha tenido notables consecuencias en las prácticas culturales, identidades y normas de la condición de vida de la sociedad a escala planetaria. De la misma manera, esa estructura tiene en su interior, lógica y necesidades un sujeto al que se le ha desconocido su identidad y potencialidad, pero que contiene en sí mismo el espacio propicio para encontrar la verdad del sistema y luchar por su liberación: los oprimidos o mayorías populares. Tendría cabida preguntarse entonces, ¿cuál puede ser la fundamentación del derecho humano a la comunicación en ese contexto, en relación con la generación de una disputa cultural e identidad para esas mayorías populares?

Para pensarse eso, se hace inevitable comprender que el derecho humano a la comunicación debe necesariamente entender que el sujeto sobre el que puede operar es un sujeto vivo, corporal, con necesidades materiales, intersubjetivo y en una constante actividad práxica. Se debe superar esa visión abstracta, monológica, contemplativa y etnocéntrica que la modernidad y el capitalismo tienen del sujeto. Eso, como un punto de partida para dotar de sentido y, en especial, de materialidad y contexto tanto al sujeto como al mismo derecho humano a la comunicación. Se tiene entonces una visión antropológica del derecho compleja y ampliada que reinterpreta las realidades normativas en las comunidades desde una perspectiva cultural concreta y material (Rosillo, 2019).

Hay un uso desideologizado y superador de la formalidad opresora del sistema en ello, pues dicha materialidad comprende la finalidad del contenido del acto humano; es decir, entiende que la finalidad de vivir es estar vivo y que para ello es necesario satisfacer las necesidades materiales de existencia.¹³ Desde allí

¹³ Sobre este punto, huelga recordar que, en esa satisfacción de necesidades, el sujeto tiene cierto margen de definición, pero limitado. En otras palabras, existe una materialidad en la historia que ata al sujeto a su circuito natural de la vida humana como la condición de posibilidad para la propia vida (Rosillo, 2019). De ahí que sea necesario pensarse los actos humanos de una manera más consciente y complejizada.

se brega porque existan las condiciones mínimas para la producción, reproducción y aumento de la vida humana, pues la vida no es un fin utilitario en sí mismo que se somete a la racionalidad de la competencia, sino que es el contenido mismo de la vida. Hay un compromiso del derecho humano a la comunicación con ello, si no quiere quedarse en planos ideales y meramente de libertad en su fundamentación, donde se hace necesario “que a través de un principio material la satisfacción de necesidades se constituya como un hecho radical.” (Rosillo, 2019, pág. 11)¹⁴

De esa manera, se construye un parámetro para actuar que, además, reconoce la mediación necesaria para la vida que supone el acto de comunicarse. No se trata de solo ser libre para expresar, informar o dar noticias, sino de reconocerse como sujeto comunicante, relacional e intersubjetivo que encuentra el desarrollo de la producción y reproducción de su vida en la alteridad con el otro. “El sujeto se hace sujeto por la afirmación de su vida, pero esta subjetividad se complementa con la afirmación de la vida del otro. El otro aparece con claridad en las crisis de los sistemas que causan muerte.” (Rosillo, 2019, pág. 23)¹⁵. Es un hecho radical de interpelación y confrontación material a la imposibilidad de la vida, donde el oprimido refuta materialmente la verdad del sistema que origina esa negación.

No se desconoce la dimensión individual del sujeto, sino que se complejiza, contextualiza y materialmente se llena de contenido, “para generar transformaciones en el sistema buscando que sus estructuras sean capaces de satisfacer las necesidades para la producción, reproducción y desarrollo de la vida.”

¹⁴ Rosillo, A. (2019). “Materialidad de derechos humanos y antropología jurídica”. En: G., Luevano; A., Terven & A., Rosillo. (coord.). *Prácticas institucionales de la justicia estatal y comunitaria. Estudios de antropología jurídica* (pp. 9-30). Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C. & Universidad Autónoma de San Luis Potosí. San Luis Potosí, México.

¹⁵ Rosillo, A. (2019). “Materialidad de derechos humanos y antropología jurídica”. En: G., Luevano; A., Terven & A., Rosillo. (coord.). *Prácticas institucionales de la justicia estatal y comunitaria. Estudios de antropología jurídica* (pp. 9-30). Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C. & Universidad Autónoma de San Luis Potosí. San Luis Potosí, México.

(Rosillo, 2019, pág. 11)¹⁶. Por demás, es un argumento que integra una praxis que busca liberar al sujeto dueño de la verdad como momento material, objetivo e intelectual situado en las víctimas que busca la transformación del estado de cosas que lo ha puesto en esa posición y genera una nueva institucionalidad que posibilita la vida e impide la muerte. Se tendría un derecho humano que no niega alteridades, se ubica desde la exterioridad y se expresa como juridificación de necesidades vivas y legítimas y no meros deseos como voluntad de verdad. Con ello coadyuva para que los oprimidos, excluidos y víctimas del sistema luchan desde esta esfera en la producción, circulación y reproducción de un sentido común, simbología y discurso que enseñe que primero se deben satisfacer necesidades materiales de existencia. Funge, a su vez, como un instrumento de lucha para superar las causas que originan la negación y opresión mismas, con el fin de que la vida se aumente en la comunidad (Rosillo, 2019).

Con lo anterior tampoco se niega el carácter contextual que debe tener este derecho humano; por el contrario, se reafirma en su función de creación identitaria y formación cultural de los sujetos, pero lo hace desde un enfoque materialmente liberador. No se reduce a una simple armonización horizontal de las relaciones de poder, sino que se afirma posicionadamente con las víctimas en esa dialéctica configurativa de las formas de ser y estar en el mundo. Acoge esa provocante preocupación que comparte Octavio Paz (2019) sobre las recurrentes preguntas de los pueblos sobre su ser y los medios para ser eso que dicen ser, confrontando la idea de que solo el Estado tiene capacidades de regular la producción de subjetividad, en un entramado sistémico capaz de definir identidades y verdades. Sin duda, juega un papel importante, pero ya existe una subjetividad formada y

¹⁶ Rosillo, A. (2019). "Materialidad de derechos humanos y antropología jurídica". En: G., Luevano; A., Terven & A., Rosillo. (coord.). *Prácticas institucionales de la justicia estatal y comunitaria. Estudios de antropología jurídica* (pp. 9-30). Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C. & Universidad Autónoma de San Luis Potosí. San Luis Potosí, México.

en formación que es exaltada a través de un derecho humano a la comunicación con estas características en un contexto donde la identidad es disputada. Al efecto, no se debe olvidar que “las identidades siempre son construcciones sociales que se producen y reproducen –a veces estratégicamente– en contextos históricos de intereses encontrados.” (Baronnet, Mora & Stahler-Sholk, 2011, pág. 32)¹⁷

Con ello, se confirma el carácter relacional, histórico, dinámico y conflictivo que supone el campo de la cultura y la identidad, donde emerge un sujeto político capaz de resignificar narrativas en confrontación directa contra las estructuras que auspician la dominación y explotación. Los medios de comunicación ya no serán parte de una industria cultural ajustada a las preferencias discursivas dominantes (Hall, 2013a). Y no es un mero ejercicio de contracultura ni cultura contrahegemónica, sino de ejercicio práxico cultural en sí mismo que se define por el criterio de la producción y reproducción de la vida desde los sujetos empobrecidos que a través de él develan la verdad, se reconocen y crean nuevos sentidos identitarios y simbologías para liberarse, con consecuencias en sus prácticas y formas de relacionamiento. Discuten sobre nuevos mensajes, ponen en forma de acontecimiento su soberanía y de manera autoconsciente dilucidan sobre la necesidad de que, para modelar la efectivización de su apuesta, inexorablemente deben contraponerse al sistema de dominación que ha inoculado en sus consciencias sus intereses (Hall, 2013b).

En definitiva, un derecho humano a la comunicación con esas características discutiría sobre “las posibilidades de una nueva cultura jurídica con su legitimación asentada en el reconocimiento de la justa satisfacción de necesidades básicas y en la acción participativa de los sujetos insurgentes, singulares y colectivos”. (Wolkmer, 2008, p. 210) que, en el marco de

¹⁷ Baronnet, B., Mora, M. & Stahler-Sholk, R. (Coord.). (2011). *Luchas “muy otras”. Zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*. UAM, CIESAS, Universidad Autónoma de Chiapas. México.

creación identitaria a partir de una praxis relacional, se ubica para que aquella sea liberadora y no reproductora de estructuras y formas de dominación. No solo se enmarca dentro un uso desideologizador y que desfetichiza la relación sujeto-derecho, sino que propugna para que aquel “lugar que da verdad” emerja como alternativa viva de sociabilidad y se haga visible en su praxis concreta invisibilizada por los discursos homogéneos y excluyentes del capitalismo, potenciando su capacidad creadora de la historia.

V. Conclusiones

Las dinámicas propias del capitalismo han supuesto una realidad compleja que se ha extendido a escala global. Esa realidad, se construye a partir de ciertos discursos unívocos que se legitiman como pretensiones de verdad a partir de diversos mecanismos, con efectos en las consciencias, identidades, instituciones y formas de ser, tener y actuar en la sociedad. Los intereses de la clase dominante se representan en ello, al punto de hablar de una mundialización de la cultura, que, por las necesidades del capital, no puede admitir más diferencias que las mismas creadas y admitidas por el mercado. Hay una subsunción del sujeto en toda su dimensión a esa lógica, que lo enajena y absorbe en un modo de vida ficticio.

Se habla entonces de que hay una falsa verdad en la realidad y una aparente identidad de los sujetos y comunidades, en un contexto de disputa, hostil y conflictivo que predetermina la praxis de esa creación identitaria. En ese espacio toma relevancia la comunicación, puesto que por ahí es por donde más efectivo se hace el discurso de homogenización y exclusión que se abre paso fácil e impunemente por las normas burguesas. En ese sentido, se hace necesario pensar un derecho humano a la comunicación desde una óptica realmente verdadera; es decir, desde el *locus* que tiene la verdad por su propia realidad como víctimas de esa exclusión sistemática inherente. Para ello, uno de los principios esenciales para su fundamento es la materialidad

o la necesidad de exaltar la producción y reproducción de la vida como el punto inicial que funja como una deriva en una construcción liberadora de la identidad en su contenido real, material y práxico de configuración.

Como un “sueño lírico de un discurso que renaciese absolutamente nuevo e inocente en cada uno de sus puntos y que reapareciese sin cesar, en toda su frescura, partiendo de los sentimientos, de los pensamientos o de las cosas.” (Foucault, 2016, pág. 27)¹⁸, el lugar que da verdad propuesto por Ellacuría es el espacio perfecto para definir un derecho humano a la comunicación que, entendiendo a la identidad dentro de un marco de relaciones sociales localizadas e históricas, constituye un sujeto emergente, guiado por la dignidad humana, la vida y la diversidad, reconociendo el poder de acción de la comunidad y el retorno de agentes históricos que pelean por su existencia, superando monismos formales universalistas y alienantes procurados por el derecho moderno.

En consecuencia, se trata de un derecho que no solo reconoce identidades y diferencias, sino que propugna por la construcción de una forma de ser verdaderamente liberadora. Se formula, entonces un derecho humano a la comunicación desde un lugar que disputa los sentidos de las categorías identitarias dominantes y las categorías mismas, pues “resignificar otro modo de vida empuja la dimensión cultural por otras modalidades de experiencia, de relaciones sociales y ordenaciones de las practicas emergentes e instituidas” (Wolkmer, 2008, pág. 205)¹⁹.

¹⁸ Foucault, M. (2016). *El orden del discurso*. Editorial Planeta Mexicana, S.A. Ciudad de México, México.

¹⁹ Wolkmer, A. (2008). “Mundialización cultural, pluralismo jurídico y derechos humanos”. En: A., Rosillo (coord.). *Derechos humanos, pensamiento crítico y pluralismo jurídico* (pp. 205-216). Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C. & Universidad Autónoma de San Luis Potosí. San Luis Potosí, México.

Magistratura e capitalismo: elementos para uma crítica

Magistracy and capitalism: elements for a critique

Magistratura y capitalismo: elementos para una crítica

Magistrature et capitalisme: éléments pour une critique

治安和资本主义:批评的要素

Juliana Paula Magalhães¹

Universidade de Sao Paulo - Brasil

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 55-103

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e453>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

Resumo: O escopo de nosso artigo é abordar a imbricação existente entre Poder Judiciário e capitalismo, mediante uma análise das formas sociais e da ideologia que caracterizam esse modo de produção. Diferentemente das visões tradicionalmente assentadas, buscamos demonstrar, com base em autores que se lastreiam em uma perspectiva crítica, a peculiaridade da magistratura no contexto da sociedade capitalista, cuja especificidade não permite que se possa estabelecer pontos de contato com as funções judicantes presentes em tempos históricos pretéritos, de caráter pré-capitalista. Abordaremos, inclusive, a originalidade da forma jurídico-processual de nossa época, enquanto resultante da derivação

¹ Doutoranda e Mestra em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP (Largo São Francisco). Bacharela em Direito pela mesma instituição. Autora da obra "Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy", Editora Ideias & Letras, 2018. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0751-4138>).

secundária entre forma jurídica e forma política estatal, ambas, por sua vez, diretamente exurgidas da forma-mercadoria. Trataremos também, ainda que brevemente, dos embates em torno da temática do ativismo judicial no Brasil. A base teórica de nosso estudo reside, eminentemente, na leitura marxista da sociedade e do fenômeno jurídico.

Palavras-chave: Magistratura. Capitalismo. Direito Processual. Ideologia. Estado. Poder Judiciário. Marxismo.

Abstract: The scope of our article is to address the superposition between the judiciary and capitalism, through an analysis of the social forms and ideology that characterize this mode of production. Unlike traditional points of view, we seek to demonstrate, based on authors that are based on a critical perspective, the peculiarity of the judiciary in the context of capitalist society, whose specificity does not allow us to establish points of contact with judicial functions Present in historical times past, pre-capitalist in character. We will even address the originality of the legal procedural form of our time, as a result of the secondary derivation between the legal form and the state political form, which, in turn, arose directly from the commercial form. We will also address, albeit briefly, the confrontations around the issue of judicial activism in Brazil. The theoretical basis of our study lies, eminently, in the Marxist reading of society and the legal phenomenon.

Key-words: Judiciary. Capitalism. Procedural law. Ideology. State. Power of attorney. Marxism

Resumen: El alcance de nuestro artículo es abordar la superposición entre el poder judicial y el capitalismo, a través de un análisis de las formas sociales y la ideología que caracterizan este modo de producción. A diferencia de los puntos de vista tradicionales, buscamos demostrar, con base en autores que se basan en una perspectiva crítica, la peculiaridad del poder judicial en el contexto de la sociedad capitalista, cuya especificidad no nos permite establecer puntos de contacto con las funciones judiciales presentes en los tiempos históricos pasados, pre-capitalista de carácter. Incluso abordaremos la originalidad de la forma procesal legal de nuestro tiempo, como resultado de la derivación secundaria entre la forma legal y la forma política estatal, que, a su vez, surgieron directamente de la forma mercantil. También abordaremos, aunque sea brevemente, los enfrentamientos en torno al tema del activismo judicial

en Brasil. La base teórica de nuestro estudio radica, eminentemente, en la lectura marxista de la sociedad y el fenómeno legal.

Palabras claves: Magistratura. Capitalismo. Derecho procesal. Ideología. Estado. Poder judicial. Marxismo.

Résumé: Le portée de notre article est d'aborder le chevauchement entre le judiciaire et le capitalisme, à travers une analyse des formes sociales et de l'idéologie qui caractérisent ce mode de production. Contrairement aux points de vue traditionnels, nous cherchons à démontrer, à partir d'auteurs qui se fondent sur une perspective critique, la particularité du pouvoir judiciaire dans le contexte de la société capitaliste, dont la spécificité ne permet pas d'établir des points de contact avec les fonctions judiciaires Présent dans le passé, de caractère pré-capitaliste. Nous aborderons même l'originalité de la forme procédurale juridique de notre temps, en raison de la dérivation secondaire entre la forme juridique et la forme politique étatique, qui, à son tour, découlait directement de la forme commerciale. Nous aborderons également, quoique brièvement, les affrontements autour de la question de l'activisme judiciaire au Brésil. La base théorique de notre étude réside, éminemment, dans la lecture marxiste de la société et du phénomène juridique.

Mot-clés: Judiciaire. Capitalisme. Droit procédural. Idéologie. Etat. Pouvoir judiciaire. Marxisme.

摘要: 一篇无关紧要的文章是关于通过分析代表生产方式的社会形式和意识形态来实现司法与资本主义之间的互惠互利.传统观点的冲突,从基于批判性观点的权威人士开始,即在资本主义社会的背景下司法制度的特殊性,并没有其特殊性和持久性.与前资本主义性质的司法职能联系在一起.法律形式和法律形式之间的第二推导的基础上,从法律上说,这种形式的合法性从法律的形式上与商业形式直接脱钩.努斯接触了法国司法部,法国司法部和法国司法机构动议.巴黎圣母院的理论基础是“消灭”,即在法学社会学的马克思主义演讲中.

关键字: 司法, 资本主义, 进行式, 思想, 州, 司法权, 马克思主义

Introdução

Costuma-se ler o fenômeno jurídico a partir de uma ideia de continuidade, como se o direito existente nas sociedades antigas

e o direito do tempo presente estivessem necessariamente interligados e guardassem a mesma essência. Nessa perspectiva, haveria uma espécie de evolução do arcabouço jurídico ao longo da história. Assim sendo, as funções inerentes à magistratura, por exemplo, seriam as mesmas no decorrer dos tempos, ao menos em seu aspecto fundamental, de modo que as modificações seriam apenas conjunturais e fruto das adaptações às diversas épocas.

Na realidade, tal visão do direito e das instituições jurídicas apresenta-se em dissonância com a concretude das relações sociais. O velho brocardo *Ubi societas ibi jus* se constitui em uma falácia, pois aquilo que se chamava por direito nas sociedades antigas e feudais nada tem a ver com o direito, tal como ele se caracteriza na contemporaneidade. Em Roma, por exemplo, inexistia a figura do sujeito de direito. Isso decorre do fato de que aquela sociedade se estruturava com base no modo de produção escravagista. A própria atuação da magistratura romana se apresentava de maneira distinta, com nítida influência do pensamento de Aristóteles, na medida em que o jurista era compreendido como o “artista do justo”, cabendo aos julgadores a função de executar “justas partilhas”.

No período medieval, caracterizado pelo modo de produção feudal, a sociedade se estruturava de forma estamental, sendo que sobre os servos recaía a obrigação do trabalho nos feudos. Nobreza e clero eram os detentores do poder econômico e político, enquanto a religião desempenhava um papel basilar para a manutenção daquele modo de produção. O próprio sistema de justiça caracterizava-se por um intenso cunho religioso, de forma que o direito possuía um caráter divino. A atividade de julgar, em última instância, competia a Deus, e isso influenciava a própria maneira pela qual as provas eram produzidas nos procedimentos judiciais.

O advento do capitalismo, fruto de um longo processo histórico iniciado na Idade Moderna e que se realiza em sua plenitude na Idade Contemporânea, marca uma radical modificação

da estrutura social. Com a ascensão da burguesia, os trabalhadores, apartados dos meios de produção, passam a vender sua força de trabalho no mercado para poderem sobreviver. A partir da mercantilização do trabalho, tem-se a constituição da forma-mercadoria, e, por conseguinte, da forma da subjetividade jurídica. No pré-capitalismo, essas formas sociais eram ausentes, pois os modos de produção anteriores não davam ensejo para que elas se apresentassem. Somente no capitalismo o trabalho se torna mercadoria e tem-se a necessidade que tanto burgueses quanto proletários tornem-se sujeitos de direito para que possam celebrar contrato de trabalho, o qual tem como pressuposto a igualdade jurídica.

Antes do capitalismo, a forma política estatal também inexistia, sendo que havia apenas núcleos de poder. O Estado enquanto ente terceiro, apartado das classes, é um corolário do modo de produção capitalista, porque tal se faz mister para que o circuito das trocas mercantis possa se perpetuar. Nesse contexto, exsurge a figura do Poder Judiciário, completamente distinto das anteriores manifestações da magistratura. Os juízes no capitalismo atuam inseridos em uma estrutura estatal, de maneira tecnicista, observando os postulados do direito burguês, de cunho normativo. A função de julgar deixa de ter objetivo de promover justas partilhas e perde seu caráter divino, passando a ter como escopo a garantia de que os direitos subjetivos de cada qual sejam observados. O magistrado passa a ser concebido como um agente estatal garantidor da manutenção do ordenamento jurídico.

Nosso artigo tem como objetivo abordar a especificidade da magistratura no capitalismo, com lastro em uma abordagem crítica, especialmente calcada no pensamento do jurista russo Evguiéni Pachukanis e do filósofo francês Louis Althusser, dentre outros estudiosos marxistas, embora também recorramos a pensadores de matrizes teóricas distintas. Além disso, apresentaremos algumas considerações acerca da atuação da magistratura no momento presente, com foco especial na questão do ativismo judicial, no caso brasileiro.

1. Direito, Estado e capitalismo

O pensamento jurídico contemporâneo, na leitura proposta por Alysson Leandro Mascaro, pode ser agrupado em três grandes caminhos distintos entre si: juspositivismo, não juspositivismo e crítica.² O juspositivismo, em síntese, concebe o direito a partir do arcabouço normativo. O não juspositivismo enxerga o direito como resultado de relações de poder. Por sua vez, a crítica, que se apresenta como sendo o caminho do marxismo, busca desvendar o fenômeno jurídico com base na materialidade das relações sociais do modo de produção capitalista.

Com fulcro em uma leitura marxista do fenômeno jurídico, cujo maior expoente é o jurista russo Evguiéni Pachukanis (1891-1937), especialmente em sua obra *Teoria geral do direito e marxismo*, tem-se que o direito, tal como ele se apresenta na atualidade, é uma especificidade do capitalismo. Para Pachukanis, a verdade do direito não está na norma, mas na forma jurídica, cujo núcleo reside na subjetividade jurídica, diretamente derivada da forma-mercadoria.

O fundamento teórico da visão pachukaniana do fenômeno jurídico está na obra de maturidade de Karl Marx, especialmente em *O Capital*, no qual o filósofo alemão desenvolve uma crítica da economia política, explicando as categorias estruturais do capitalismo. Para Marx, a peculiaridade do modo de produção capitalista tem sua base na mercantilização da força de trabalho, engendrando um processo de valorização do valor. O pensador alemão, inclusive, chega a apontar a importância da relação jurídica nesse contexto. Nas palavras de Marx:

[...] a força de trabalho só pode aparecer como mercadoria no mercado na medida em que é colocada à venda ou é vendida pelo seu próprio possuidor, pela pessoa da qual ela é a força de trabalho. Para vendê-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de

² MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 310-319.

sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais. [...] O que caracteriza a sociedade capitalista é, portanto, que a força de trabalho assume para o próprio trabalhador a forma de uma mercadoria que lhe pertence, razão pela qual seu trabalho assume a forma do trabalho assalariado. Por outro lado, apenas a partir desse momento universaliza-se a forma-mercadoria dos produtos do trabalho.³

Assim, o modo de produção capitalista é caracterizado pela constituição e universalização da forma-mercadoria, cuja base reside nas relações de produção. Nos modos de produção anteriores, a mercadoria possuía caráter incidental e não se consubstanciava em uma forma social propriamente dita.⁴ No capitalismo, o trabalho se torna abstrato e, por conseguinte, a forma-mercadoria passa a ser o fundamento sobre o qual se erigem todas as relações sociais desse modo de produção. A subjetividade jurídica é corolário direto da forma mercantil, tal como a forma política estatal.

Nas sociedades pré-capitalistas, o sujeito de direito não se constituía em forma social e sequer tal noção se apresentava plenamente desenvolvida no plano conceitual. A gênese filosófica da subjetividade jurídica é relativamente recente, de acordo com os estudos empreendidos por Michel Villey.⁵ O jurista francês,

³ MARX, Karl. *O Capital*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 242 e 245.

⁴ “Formas sociais são modos relacionais constituintes de interações sociais, objetificando-as. Trata-se de um processo de mútua imbricação: as formas sociais advêm das relações sociais, mas acabam por ser suas balizas necessárias. [...] Se se assemelhar forma à fôrma que pode ser preenchida por conteúdos variados, a transposição de tal perspectiva ao plano social dirá respeito aos moldes que constituem e configuram os sujeitos, atos e suas relações.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 21).

⁵ O pensamento de Michel Villey acerca da questão da subjetividade jurídica é o objeto de minhas pesquisas atuais para a redação de minha tese de doutorado, intitulada “Michel Villey e a subjetividade jurídica”, que se encontra em fase final de elaboração.

ainda que em chave teórica distinta da marxista, demonstra que tal noção, embora já esteja presente na obra de Guilherme de Ockham, somente encontrou desenvolvimento posterior, a partir das obras de Thomas Hobbes e Immanuel Kant, dentre outros.⁶ Do ponto de vista material, o desenvolvimento capitalista, desde seus primórdios, dá ensejo ao início da constituição da subjetividade jurídica, mediante práticas materiais específicas, de maneira que “a análise da forma do sujeito deriva diretamente da análise da forma da mercadoria”.⁷

A mera circulação mercantil não é suficiente para a constituição da forma jurídica, mas é preciso que tal processo possua universalidade, fundado em relações de produção específicas, ou seja, na exploração do trabalho assalariado como base do modo de produção. Escravagismo e feudalismo, conquanto apresentassem circulação de mercadorias em caráter residual, no que tange às relações de trabalho, mediadas diretamente pela força, não permitiam a constituição da forma-mercadoria e, por conseguinte, da forma jurídica. Assim, a leitura de Pachukanis, cuja matriz teórica reside no marxismo, não traz uma abordagem meramente circulacionista. Nesse sentido, sustenta Márcio Bilharinho Naves:

É verdade que há, para Pachukanis, uma relação de determinação imediata entre forma jurídica e forma da mercadoria, como vimos, mas a determinação em Pachukanis é, a rigor, uma *sobredeterminação*. A esfera da circulação, que determina diretamente as formas do direito, é por sua vez determinada pela esfera da produção, no sentido preciso de que só o específico processo de organização capitalista do trabalho permite a produção de mercadorias como tais, isto é, como resultado de um trabalho que se limita a ser puro dispêndio de energia laborativa

6 VILLEY, Michel. *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Le moyens du droit*. Paris: Dalloz, 2001, p. 106-109.

7 PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 119.

indiferenciada. Ora, se a forma do direito depende da forma da mercadoria, e esta só se realiza no modo de produção capitalista, então a forma jurídica também depende do modo específico de organização do processo do trabalho decorrente da instauração das relações de produção capitalistas. Podemos, então, dizer que, se o direito “acompanha” o movimento da circulação, uma vez que esse movimento é “comandado” pelas “exigências” da produção, o direito sofre também a determinação dessa esfera, ainda que não de modo imediato.⁸

A originalidade da leitura pachukaniana do fenômeno jurídico reside na fidelidade ao método proposto por Marx em sua maturidade. Diferentemente de outros juristas marxistas, tais como Stutchka, por exemplo, que apontava a luta de classes como base para a compreensão do direito, Pachukanis avança de modo a destrinchar o núcleo fundante da forma jurídica, conforme observa Naves: “a concepção de Pachukanis corresponde inteiramente às reflexões que Marx desenvolve, sobretudo nos *Grundrisse* e em *O capital*, a propósito do *lugar central que ocupa a análise da forma* para compreender as relações sociais capitalistas”.⁹

Piotr Stutchka, ao identificar direito e luta de classes, apresentava uma verdade parcial, no entanto, não permitia uma compreensão científica do direito e sua ligação direta com o capitalismo. Sobre esse ponto, cabe destacar a observação de Pachukanis:

O camarada P. I. Stutchka, a nosso ver, colocou de modo muito acertado o problema do direito como sendo um problema das relações sociais. Mas, em vez de começar a buscar objetividades sociais específicas, voltou-se para a definição formal habitual, ainda que limitada por questões de classe. Segundo a fórmula geral elaborada pelo

⁸ NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito – Um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 72-73.

⁹ *Ibid.*, p. 48.

camarada Stutchka, o direito já não mais figura como uma relação social específica, mas como o conjunto das relações em geral, como um sistema de relações que corresponde aos interesses da classe dominante e os assegura pelo uso da força organizada. Como consequência, no interior desses sistemas de classes, o direito como relação é indistinguível das relações sociais em geral, e o camarada Stutchka já não está em condições de responder à capciosa questão do professor Reisner sobre como as relações sociais se transformam em instituições jurídicas ou como o direito se transformou no que é. [...] A definição dada pelo camarada Stutchka, talvez por ser produto do Comissariado do Povo para a Justiça, está ajustada às necessidades da prática jurídica. Ela demonstra as limitações empíricas que a história sempre coloca à lógica jurídica, mas não expõe as raízes profundas dessa mesma lógica. Essa definição revela o conteúdo de classe contido nas formas jurídicas, mas não nos explica por que esse conteúdo assume tal forma.”¹⁰

Para Pachukanis, na esteira do pensamento de Marx, o direito é burguês não por seu conteúdo, mas por sua forma, cujo núcleo reside na subjetividade jurídica. Assim, o desenvolvimento capitalista gera uma alteração qualitativa na esfera jurídica.¹¹ É apenas

¹⁰ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 96.

¹¹ “No escravagismo e no feudalismo, que são anteriores ao capitalismo, não há especificamente uma instância jurídica. Não há uma qualidade de relações que seja só jurídica em meio ao todo da vida social. A religião ordena, regula e manda, e da mesma maneira o rei, o senhor feudal ou o senhor de escravo mandam sem serem subordinados a uma estrutura jurídica externa a si. Se pensássemos a totalidade das relações sociais como um edifício de vários andares, nas sociedades pré-capitalistas não há um andar específico para o direito. No capitalismo, passa a havê-lo. E, no edifício das relações sociais capitalistas, o direito é o andar mais próximo e contíguo ao pavimento do Estado no que tange à sua institucionalização. Mas, ainda mais importante, o direito, como passa a ser o modo pelo qual todas as relações sociais se constituem sob o capitalismo, não só ocupa um andar desse edifício, como é o elemento estrutural de sua totalidade. [...] Em termos históricos, é possível afirmar, então, que esse fenômeno jurídico é tão peculiar ao capitalismo que aquilo que se chama como direito pré-capitalista tornar-se-á praticamente irreconhecível face ao atual direito. [...] Essa transformação histórica qualitativa, que é oriunda dos movimentos mais básicos da

no capitalismo que os indivíduos assumem a forma de sujeitos de direito, dotados dos atributos de liberdade e igualdade, de maneira a realizarem trocas mercantis, por meio do contrato.¹²

Nesse contexto, para que tal processo se perpetue, também surge a necessidade de uma forma política distinta dos núcleos de poder das sociedades pré-capitalistas. O Estado como ente terceiro, apartado tanto da classe burguesa quanto da classe trabalhadora, é o corolário indispensável para a reprodução do modo de produção capitalista. A gênese do Estado está justamente no início da circulação mercantil, inicialmente, na esfera do absolutismo mercantilista, e, posteriormente, assumindo os contornos definitivos da forma política estatal capitalista.

Assim, a leitura pachukaniana distancia-se das visões idealistas que enxergavam no Estado um instrumento neutro à

atividade capitalista, foi a responsável pela especificidade do direito em face dos demais fenômenos sociais. É o capitalismo que dá ao direito a condição de fenômeno distinto do mando do senhor feudal, do mando da igreja, da crença em ordens sagradas. *O capitalismo dá especificidade ao direito.*” (MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-4).

¹² “Ainda que o indivíduo A sinta necessidade da mercadoria do indivíduo B, não se apodera dela pela força, nem vice-versa, mas reconhecem-se mutuamente como proprietários, como pessoas cuja vontade impregna suas mercadorias. Em decorrência, aqui entra de imediato o momento jurídico da pessoa e da liberdade, na medida em que está contida na primeira. Nenhum deles se apodera da propriedade do outro pela força. Cada um a cede voluntariamente. [...] Pelo próprio ato da troca, o indivíduo, cada um dos indivíduos, está refletido em si mesmo como sujeito exclusivo e dominante (determinante) do ato da troca. Com isso, portanto, está posta a completa liberdade do indivíduo: transação voluntária; nenhuma violência de parte a parte [...]. Se, portanto, a forma econômica, a troca, põe a igualdade dos sujeitos em todos os sentidos, o conteúdo, a matéria, tanto individual como objetiva, que impede à troca, põe a liberdade. Igualdade e liberdade, por conseguinte, não apenas são respeitadas na troca baseada em valores de troca, mas a troca de valores de troca é a base produtiva, real, de toda igualdade e liberdade. Como ideias puras, são simples expressões idealizadas dessa base; quando desenvolvidas em relações jurídicas, políticas e sociais, são apenas essa base em uma outra potência. E isso também se verifica historicamente. A igualdade e a liberdade nessa extensão são exatamente o oposto da liberdade e igualdade antigas, que não têm justamente o valor de troca desenvolvido como fundamento, mas se extinguem com seu desenvolvimento. Elas pressupõem relações de produção que ainda não haviam se realizado no mundo antigo nem tampouco na Idade Média.” (MARX, Karl. *Grundrisse*. Tradução de Mario Duayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 187-188).

disposição das classes, fruto de uma evolução histórica, e passa compreendê-lo como forma política específica do capitalismo. Nessa perspectiva, o Estado é burguês por sua forma, independentemente do grupo político que nele esteja atuando.

Alysson Leandro Mascaro, em sua obra *Estado e forma política*, embasado em Pachukanis e em teóricos derivacionistas¹³, traz importante consideração a esse respeito:

É na assunção do sistema geral de trabalho assalariado que se estabelecem então as bases da forma política estatal. Em paralelo a essa alteração nas relações de produção, os contornos plenos do Estado somente se darão com as revoluções burguesas. Nesse ponto da história, cortam-se os últimos laços de concentração de pessoal dos poderes na figura do rei e instauram-se os aparatos que tornam o Estado um terceiro necessário em relação aos indivíduos e às classes. [...] O Estado surge historicamente antes; a forma política estatal surge depois. O estabelecimento de unidades estatais se dá sobre as específicas relações do feudalismo em fragmentação. A forma política em definitivo, que dá identidade ao Estado como instância apartada dos indivíduos surgirá com as revoluções burguesas. [...] No balanço de sua especificidade histórica, depreende-se que o nexo entre capitalismo e Estado é estrutural. A generalização das relações sociais constituídas mediante forma-mercadoria demanda uma forma política apartada dos próprios portadores e trocadores de mercadorias – a principal delas, a força de trabalho mediante salário. O Estado se consolida como ente terceiro, garante e necessário da dinâmica do capitalismo. [...] Em termos

¹³ “O debate sobre a derivação do Estado inicia-se na Alemanha, na década de 1970, quando da crise dos Estados de bem-estar social europeus. A reflexão de autores como Rudolf W. Müller, Christel Neusüß, Elmar Altvater e, em especial, Joachim Hirsch buscou avançar para além da tradição marxista do Estado oriunda do stalinismo ou, de outro lado, apontando os limites de visões econômicas e políticas intervencionistas como keynesianas. Tal debate, com uma variedade de contestações e polêmicas teóricas, amplia-se de início também para o Reino Unido, a partir dos pensamentos de Bon Jessop, John Holloway e Sol Picciotto, entre outros.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 591).

históricos, a especificidade do Estado não representa, necessariamente, originalidade de aparatos, instituições ou funções, mas sim de forma [...].¹⁴

Destarte, a análise materialista desmistifica a visão tradicionalmente assentada de que o Estado se constitui em uma instância neutra.¹⁵ Com base nos avanços teóricos possibilitados pelo marxismo, o Estado passa a ser compreendido como forma política do capitalismo, ou seja, o Estado é capitalista por sua forma. A burguesia, no modo de produção capitalista, não exerce um domínio direto em relação ao proletariado, mas pratica sua exploração por meio de formas sociais, dentre as quais o Estado. O Estado é atravessado pela luta de classes, mas não é ela que lhe determina a estrutura.

Forma jurídica e forma política estatal, portanto, são derivadas diretas da forma-mercadoria. Ambas se vinculam de maneira estrutural, por um processo de conformação, de acordo com o esclarecimento de Mascaro:

O vínculo entre forma política e forma jurídica é de *conformação*, realizando entre si uma espécie de derivação de segundo grau, a partir de um fundo primeiro e necessário que é derivado diretamente da forma-mercadoria. É o aparato estatal já necessariamente existente e as formas jurídicas já anunciadas socialmente que se encontram para então estabelecer um complexo fenomênico político-jurídico. [...] Pode-se entender, então, que as formas política e jurídica, ambas singulares, são derivadas de formas sociais comuns e apenas posteriormente conformadas, reciprocamente. Em tal processo de conformação, os limites nucleares das duas formas são necessariamente mantidos em sua especificidade, como estruturas fundamentais da reprodução do capital. A conformação opera

¹⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 56-57.

¹⁵ “O Estado jurídico é uma miragem totalmente conveniente para a burguesia, pois substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde das massas o domínio da burguesia.” (PACHUKANIS, Evguiêni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 148)

na quantidade da política e do direito, nunca na qualidade de estatal ou jurídico. Como exemplo, o Estado, assumindo encargos e poderes políticos autônomos e autodeclarados soberanos, abre, constitui e cria novos campos do fenômeno jurídico nas sociedades capitalistas. Assim, a relação de trabalho, de início estruturada em vínculos contratuais totalmente autônomos e atomizados, passa a ser intermediada por institutos normativos estatais como o do salário-mínimo. O Estado avança sobre o jurídico, tocando no núcleo da própria forma-sujeito, limitando-a ou talhando-a em novos modos. Mas tal poder do político no jurídico nunca vai a ponto de negar a própria forma jurídica de sujeitos de direito livres e iguais para o vínculo de trabalho. O Estado, se limita a quantidade da autonomia da vontade no contrato de trabalho, não extingue a própria relação de trabalho.¹⁶

A norma jurídica, portanto, longe de ser o elemento fundamental do direito, é simplesmente o resultado desse processo de derivação secundária. Desse modo, resta patente a limitação das leituras juspositivistas do fenômeno jurídico.

Cumprе destacar que a estruturação social capitalista não se restringe às formas mercantil, política e jurídica, e não prescinde de outras, tais como a forma-valor.¹⁷ Mascaro destaca que “a conformação

¹⁶ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 41-42.

¹⁷ “Quando as trocas se generalizam e até mesmo o trabalho passa a ser objeto de troca – trabalho assalariado -, os indivíduos, perante o mercado, apagam suas características de classe, de cultura e de condição econômica, reduzindo-se a peças formalmente iguais trocadas livremente – com o dispositivo da autonomia da vontade, tornam-se sujeitos de direito. A forma-valor, que permeia as relações de circulação e produção, está até então derivada em forma jurídica. Mas a forma-valor só pode existir quando também se derivar em forma política estatal. No capitalismo, os aparatos que garantem o vínculo contratual e que jungem contratante e contratado são distintos formalmente de ambas as partes. O contrato exprime a forma-valor e o valor é referenciado em coisas, bens, dinheiro, propriedade privada. O aparato político, terceiro a todos os possuidores e trabalhadores, garante, além dos vínculos de troca e alguns de seus termos, a própria apropriação formal do valor pelo sujeito, ou seja, a propriedade privada. [...] Assim, é o mesmo circuito das relações sociais de produção aquele que enseja a forma-valor, a forma-jurídica e a forma política estatal.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 26)

é um processo de adaptação que dá contornos mais específicos às formas sociais”, de maneira que “em outra dinâmica, dá-se o mesmo com a forma dinheiro, que também é conformada pela forma política estatal e mesmo pela forma jurídica”.¹⁸

Assim, as mais avançadas leituras marxistas demonstram que direito e Estado são elementos que permitem a exploração do trabalho no capitalismo, garantindo a reprodução desse modo de produção.

2. Direito processual, magistratura e capitalismo

O pensamento marxista descortina o horizonte de constituição das formas sociais capitalistas e isso tem uma repercussão direta na compreensão do fenômeno jurídico em toda a sua complexidade e em suas especificidades. Conforme assevera Pachukanis, enquanto “para a filosofia do direito burguesa”, a relação jurídica é considerada “como a forma natural e eterna de qualquer relação humana”, a teoria marxista “se esforça para penetrar nos mistérios das formas sociais”.¹⁹ Tal perspectiva se mostra fundamental para que se possa entender, inclusive, as raízes materiais dos ditos ramos do direito contemporâneo. Nesse sentido, cabe destacar a observação de Mascaro:

Se o direito privado é eminentemente haurido da forma de subjetividade jurídica, muito do direito público se erige na conformação entre a própria forma jurídica e a forma política estatal. O direito processual é eminentemente um desses objetos resultantes de uma derivação secundária entre formas sociais já derivadas da forma mercadoria.²⁰

¹⁸ MASCARO, Alysso Leandro. Formas Sociais, derivação e conformação. *REVISTA DEBATES*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 05-16, jan.-abr. 2019. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/89435>>. Acesso em: 24 maio 2019, p. 15.

¹⁹ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 96.

²⁰ MASCARO, Alysso Leandro. Formas Sociais, derivação e conformação. *REVISTA DEBATES*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 05-16, jan.-abr. 2019. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/89435>>. Acesso em: 24 maio 2019, p. 15.

Marcelo Gomes Franco Grillo, em sua obra *Direito processual e capitalismo*, traz uma abordagem marxista acerca do tema, demonstrando que o direito processual, enquanto forma jurídico-processual, é produto do modo de produção capitalista.²¹ Assim, nas sociedades pré-capitalistas, embora o vocabulário típico desse ramo já se fizesse presente, o direito processual se apresentava de maneira completamente distinta daquela pela qual passou a se caracterizar com o advento do capitalismo. Na linha dessa leitura, “o juiz, as partes, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa são pensados a partir da forma mercadoria”.²²

Na Antiguidade, a inexistência da forma-mercadoria interdita a possibilidade que as demais formas sociais que dela derivam pudessem se estabelecer. Por conseguinte, tanto a forma jurídica quanto a forma política estatal não se faziam presentes. Logo, conforme observa Grillo, “no período do império romano não se pode falar propriamente em direito ou em forma jurídico-processual, por não estar presente o requisito básico da mercadoria como valor de troca universalizado”.²³

Na Idade Média, marcada pelo modo de produção feudal, também não havia o desenvolvimento do direito processual enquanto

²¹ “É sabido que o direito processual vai completar-se como forma jurídico-processual somente após a ocorrência da forma política estatal, sendo que o direito processual, na sua época de protoforma, já implicava/envolia/resultava, por exemplo, algum tipo de proceso e de jurisdição, sem, com isso, necessariamente, ser plenamente forma jurídico-processual. [...] A incompletude do Estado representava igualmente a incompletude da forma jurídico-processual, como duas formas ainda não integralmente derivadas da forma mercadoria. O Estado e o direito processual se completam no cume do modo de produção capitalista, quando há subsunção real do trabalho ao capital. A forma jurídico-processual, a forma política estatal e a forma jurídica se desenvolvem em plenitude com a valorização do valor no modo de produção capitalista, sendo o Estado e a subjetividade jurídica responsáveis por imprimirem a conformação do direito processual e de outros domínios do direito.” (GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 47).

²² MASCARO, Alysson Leandro. Prefácio. In: GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 14.

²³ GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 54-55.

forma social, considerando que as relações de produção não ensejavam sua constituição. Assim, “os procedimentos que ocorriam nesse período histórico estão muito mais ligados ao poder e ao caráter religioso dessa sociedade do que, precisamente, a uma forma jurídico-processual”.²⁴ Michel Foucault, embora em uma perspectiva não marxista, corrobora tais assertivas:

No direito feudal o litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema da prova (*épreuve*). Quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma séria de provas aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos. Esse sistema era uma maneira de provar não a verdade; mas a forma, o peso, a importância de quem dizia. [...] Havia, em primeiro lugar, provas sociais, provas da importância social de um indivíduo. [...] Havia em segundo lugar provas de tipo verbal. Quando um indivíduo era acusado de alguma coisa – roubo ou assassinato – devia responder a esta acusação com um certo número de fórmulas [...]. Ao pronunciar estas fórmulas podia-se fracassar ou ter sucesso. [...] Havia, em terceiro lugar, as velhas provas mágico-religiosas do juramento. [...] Havia, finalmente, as famosas provas corporais, físicas, chamadas ordálios, que consistiam em submeter uma pessoa a uma espécie de jogo, de luta com seu próprio corpo, para constatar se venceria ou fracassaria. [...] No sistema de prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária.²⁵

Na Idade Moderna, marcada pelo absolutismo e pelo mercantilismo, deu-se o nascimento do capitalismo e, por conseguinte, das formas sociais a ele inerentes. Contudo, nesse momento histórico, a materialidade das relações sociais ainda não permitia a

²⁴ *Ibid.*, p. 67.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 62-64.

plena constituição da forma mercantil. Por conseguinte, tanto a forma jurídica quanto a forma política estatal ainda não se apresentavam em seus contornos definitivos. Nesse contexto, o processo “era tema que cabia ao rei, o qual ao julgar ou mesmo legislar, tinha em conta apenas os ornamentos procedimentais, sem o dado da racionalidade jurídico-processual”.²⁶

Destarte, na leitura materialista, a forma jurídico-processual apresenta-se dotada de especificidade inerente ao modo de produção capitalista, cujo pleno estabelecimento se dá na Idade Contemporânea, erigindo-se “como terceira forma impreterível na dinâmica do capital, jungida que está à forma mercadoria, à forma política estatal e à subjetividade jurídica”, tal como aponta Grillo.²⁷ Portanto, “o direito processual é, em *ultima ratio*, uma das mais bem-acabadas expressões teórico-jurídicas e práticas da própria forma jurídica”, já que esse ramo do direito se constitui “na forma técnica-estrutural-institucional-jurídica de realização do direito material, da forma jurídica substantiva”,²⁸ de maneira que a forma jurídico-processual é “o principal instrumento de convalidação da forma jurídica, já derivada da forma mercadoria”.²⁹ Grillo ainda observa que “as formas jurídicas processuais sem a correspondência da esfera processual jurisdicional estatal não são formas jurídicas acabadas, pois estariam em um estado inerte, sem nenhuma garantia de sua realização”.³⁰ Tal proposição vai ao encontro da perspectiva pachukaniana, considerando-se, inclusive, a expressa assertiva do jurista russo acerca dessa temática:

Eu não apenas apontei que a gênese da forma jurídica deve ser procurada nas relações de troca, mas também

²⁶ GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 71.

²⁷ *Ibid.*, p. 9.

²⁸ *Ibid.*, p. 18.

²⁹ *Ibid.*, p. 36.

³⁰ *Ibid.*, p. 42.

destaquei o momento que, segundo meu ponto de vista, representa a mais completa realização da forma jurídica, a saber, o tribunal e o processo judicial.”³¹

A leitura tradicional do fenômeno jurídico, que propugna uma continuidade entre aquilo que se chamava por direito nas sociedades antigas e na contemporaneidade, tem impacto direto na visão acerca do papel desempenhado pela magistratura nos diferentes tempos históricos. Nesse sentido, costuma-se atribuir aos juízes da antiguidade as mesmas funções que hoje competem aos magistrados. Contudo, tal maneira de enxergar a realidade jurídica historicamente se mostra falha, na medida em que magistratura constituiu-se de modo peculiar com o advento do capitalismo, por meio de uma ruptura de caráter estrutural com as atribuições do magistrado no pré-capitalismo.

Roma, constantemente apontada como berço do direito, já apresentava indivíduos que desempenhavam as atividades de julgadores. Em relação aos atributos e à atuação dos magistrados no direito romano, cabe destacar as elucidações de Alysson Leandro Mascaro:

Em Roma, costuma-se identificar uma figura judiciária à qual se diz ser o protótipo do juiz moderno: o pretor, fundamental já à República romana. Dentre suas variadas espécies, os pretores peregrinos, homens que andavam por toda Roma, eram aqueles responsáveis pela realização dos julgamentos dentro do direito romano. A figura do pretor peregrino, aquele que, mais próximo de ritos mágicos que de ritos formais estatais, perambulando, resolvia e decidia casos, para nós é uma entidade muito peculiar, que revela uma distinta e antiga maneira de entender os próprios valores do direito, do direito antigo, portanto da estrutura social daquele tempo. [...] Um pretor peregrino em Roma, o protótipo do juiz romano, era aquele que observava um caso, entendia as

³¹ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 64.

circunstâncias daquele caso e, a partir daquele momento, determinava que, para tal caso, tal é a melhor solução, tal é a melhor decisão. [...] Por isso os romanos consideravam que o direito era uma arte do julgamento.³²

Com efeito, para os romanos, “Jus est ars boni et aequi”, ou seja, “o direito é a arte do bem e da equidade”, sendo que essa foi “a velha definição do Digesto romano a respeito da sua própria atividade, da sua própria confecção do direito, do direito como um artesanato”.³³ Por conseguinte, a atividade do julgador se apresentava como um afazer artístico, muito distinto do tecnicismo contemporâneo. A forma de pensar o direito dos romanos possui matriz aristotélica, conforme aponta o jurista francês Michel Villey.³⁴ Para Aristóteles, a justiça se produzia de maneira casuística, norteadas por uma apreciação equitativa.³⁵

O caráter de tal realidade está de conformidade com o modo de produção escravagista que caracterizava o mundo

³² MASCARO, Alysson Leandro. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. *Revista Acadêmica da EMAG*. São Paulo, TRF3, v. 3, 2011, p. 16-17.

³³ *Ibid.*, p. 17.

³⁴ VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. 2. ed. Paris: PUF, 2013, p. 101.

³⁵ “Para Aristóteles, o julgamento devia ser constituído em cada caso, observando diretamente as suas circunstâncias, ou seja, tendo a dimensão, em cada momento, em cada situação, daquilo que era específico a essas circunstâncias. Ou seja, há duas pessoas em demanda que parecem ter um caso igual a duas outras pessoas em demanda, mas, ao final das contas, cada caso tem uma dimensão específica. Dois homens ricos e poderosos demandando por uma mesma questão que dois outros frágeis, o julgamento do juiz não é igual nesses dois casos. É preciso atentar aqui à própria ideia de equidade, ou seja, de observar cada caso concreto e adaptar-se à especificidade deste caso concreto. Portanto, para a velha tradição grega de Aristóteles e para a tradição romana, que é posterior à grega – Aristóteles está quatrocentos anos antes de Cristo -, esta tradição greco-romana deposita, na forma de constituir o direito, um valor mais alto na equidade, quero dizer, no olhar a cada caso. Tanto assim que existe uma palavra que identifica julgamento e que vem da tradição romana, que está até os dias de hoje nos nossos ouvidos: “jurisprudência”. Nela, a “prudência”, que é aqui o termo romano que pode se equivaler a equidade dos próprios gregos. [...] Esta equidade dos antigos, esta prudência dos próprios romanos, era justamente o olhar de cada caso, a reflexão que se fizesse a cada caso e a cada circunstância.” (MASCARO, Alysson Leandro. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. *Revista Acadêmica da EMAG*. São Paulo, TRF3, v. 3, 2011, p. 17-18)

antigo, cuja marca, inclusive, era a exclusão dos escravos das relações jurídicas. Naquele tempo, ante a ausência da plena constituição e universalização da forma mercantil, ainda não havia se estabelecido a forma jurídica. A subjetividade jurídica se mostrava ausente, tanto quanto a forma política estatal e, por conseguinte, inexistia poder judiciário³⁶ e forma jurídico-processual.³⁷

A atividade do juiz, no período medieval, também se mostrava de maneira distinta da contemporaneidade. O ato de julgar revestia-se de um caráter divino, pois a justiça, em última instância, era oriunda de Deus. Naquele momento histórico, a função de julgar também não era dotada de especificidade, conforme observa Pachukanis:

Se deixarmos de lado a cultura dos povos primitivos, em que apenas com muito esforço é possível isolar o direito da massa geral dos fenômenos sociais de ordem normativa, até a Europa feudal medieval, as formas jurídicas distinguem-se pela extrema falta de desenvolvimento. [...] A norma de caráter geral não se distingue de sua aplicação concreta; conseqüentemente, isso acaba por confundir as ações do juiz e do legislador. A oposição entre direito público e privado encontra-se totalmente

³⁶ “Na alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constasse, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento. Não havia poder judiciário autônomo, nem mesmo poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder das armas, o poder político.” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 67.)

³⁷ “No medievo, por nenhum prisma que se olhe o tema, se pode falar em um direito processual como portador da metodologia racional do processo, com a presença da dialética, contraditório, ampla defesa e igualdades formais. Os procedimentos que ocorriam nesse período histórico estão muito mais ligados ao poder e ao caráter religioso dessa sociedade do que, precisamente, a uma forma jurídico-processual de características científicas. Não existia direito processual nem teoria geral do processo. Não é por outra razão que o medievo não conheceu as formas científicas do processo, com o estudo, por exemplo, das partes, da ação, da jurisdição e do processo.” (GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 67).

obscura [...]. Não há, em geral, a oposição tão característica da época burguesa entre o indivíduo como pessoa natural e o indivíduo como membro da comunidade política.³⁸

Na Idade Moderna, tal situação permaneceu, no contexto do absolutismo mercantilista. Apenas o desenvolvimento capitalista propiciou uma plena separação da atividade jurisdicional. A alteração das relações de produção e as revoluções burguesas foram o terreno no qual a magistratura adquiriu seus contornos definitivos, cujas características estruturais permanecem até a atualidade. Da conformação entre forma jurídica e forma política estatal exsurge a forma jurídico-processual e, conseqüentemente, a figura do juiz imparcial se consolida.³⁹ Essa “suposta imparcialidade” do magistrado é condição fundamental para a própria reprodução do capital.⁴⁰

³⁸ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 75-76.

³⁹ “Essa confusão entre soberano e julgador foi, no campo institucional, totalmente afastada na Idade Contemporânea, após a Revolução Francesa, quando o julgador começou a exercer a sua função mais próxima de interesses que passaram a ser conceituados e defendidos como públicos. Nesse momento da história, apareceu a figura do magistrado, agente público, representante do Estado-juiz, com maior independência em relação às épocas passadas, apesar de não haver ainda um real desenvolvimento científico do direito processual, na ausência, portanto, da completude da forma jurídico processual. [...] A figura do juiz moderno, na Idade Contemporânea, diz muito sobre a realização da forma jurídica e da forma política estatal, quando foi pelo abandono do exercício do poder do rei, das formas sociais pré-capitalistas de dominação, em que os senhores feudais estabeleciam regras, submetendo-se unicamente à *auctoritas* real [...], que o processo, na figura imparcial do juiz, passou a consumir a igualdade jurídica burguesa, na sua equivalência à forma mercadoraria.” (GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária, Outras Expressões, 2017, p. 163).

⁴⁰ “O poder judiciário, sendo distinto das partes em concorrência nas sociedades capitalistas, garante a reprodução dos termos gerais da exploração econômica. Se nas sociedades pré-capitalistas os senhores controlavam imediatamente os meios de julgamento dos que estavam sob seu domínio, no capitalismo tal função passa a ser reservada a um órgão terceiro, público, distinto formalmente dos indivíduos em contenda. O direito processual explica tal fenômeno chamando-o de monopólio da violência nas mãos do Estado. A política liberal louva tal instituição reconhecendo, no poder judiciário, a imparcialidade que enfim torna o direito técnico, mecânico e “justo”. Tal suposta imparcialidade, no entanto, é

O Poder Judiciário, em sua atual estruturação, é um corolário do capitalismo. Não obstante a ritualística típica do universo jurídico tenha antecedentes longínquos temporalmente, o fato é que as práticas constitutivas do direito, dos procedimentos judiciais e dos julgamentos são completamente distintas a depender do período histórico, em uma imbricação direta com o modo de produção característico de cada época. As seguintes considerações de Mascaro são bastante elucidativas acerca dessa questão:

Os institutos sociais e políticos do capitalismo são criados ou transmudados num processo de convergência à forma. É possível que se vejam vestígios históricos dos atuais corpos de magistrados e promotores de justiça em antigos inquisidores da Igreja. É possível até mesmo que os ritos, as nomenclaturas, as vestimentas, os locais e as práticas simbólicas dos administradores do Poder Judiciário moderno sejam transplantados de instituições de julgamento religiosas medievais. Mas a forma moderna de tais instituições se constitui a partir de específicas modalidades de reprodução social, que se valem dos ritos e das nomenclaturas para objetividades de prática social próprias e específicas. Não é porque os romanos chamaram a uma instituição política sua por Senado que a moderna instituição do Senado nos Poderes Legislativos seja, material, estrutural e funcionalmente, igual à do passado. As instituições são reconfiguradas pelas formas sociais, num entrelaçamento estrutural.⁴¹

Assim, tanto o direito processual quanto a magistratura não podem ser compreendidos em seus reais papéis se analisados de maneira dissociada das relações sociais concretas que caracterizam o modo de produção capitalista. Os idealismos que

apenas a condição estrutural para que o capital se reproduza nos exatos termos previstos pelas próprias estruturas sociais e jurídicas que o judiciário sempre há de reconhecer. No exato quadro desses termos já dados, o poder de julgamento pode ser, então, "neutro" e "justo". (MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 175).

⁴¹ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 31.

costumam nortear muitas leituras acerca do processo judicial e das funções judicantes, que as enxergam como indispensáveis para a legítima consecução da justiça, caem por terra diante da perspectiva marxista, pois se mostram como visões puramente ideológicas. Igualmente, as concepções juspositivistas se mostram limitadas e também enredadas nas teias da ideologia jurídica que marca nosso tempo.

3. Magistratura e ideologia

Os estudos acerca da ideologia são fundamentais para que logremos captar os meandros da imbricação entre direito e capitalismo e, por conseguinte, o papel desempenhado pela magistratura em nossa sociedade. Ao lado das análises das formas sociais, o aspecto ideológico não pode ser desconsiderado nas análises do fenômeno jurídico e das instituições que o caracterizam.

O filósofo francês Louis Althusser (1918-1990) é um dos principais estudiosos do tema da ideologia na perspectiva marxista. Mediante uma conjugação entre marxismo e psicanálise, Althusser avança no entendimento da estruturação do arcabouço ideológico de forma bastante precisa.⁴² Diferentemente das visões vulgares que comumente se referem à possibilidade de escolha da ideologia a ser seguida, Althusser demonstra que a ideologia se impõe mediante práticas materiais reiteradas, constituindo, desse modo, a própria subjetividade dos indivíduos.

⁴² “O ponto nuclear, ou se preferirmos, a preocupação máxima do pensamento de Althusser, a sua motivação, finalidade e o que, de um modo não desprovido de grande importância, constituirá a base filosófica da sua obra, é, sem dúvida alguma, a construção de uma teoria da ideologia. [...] Com a obra de Louis Althusser inicia-se um novo caminho para a teoria da ideologia. Ele será marcado por dois elementos, constituídos, em primeiro lugar, pela nova leitura que Althusser sugere a respeito da obra de Marx, convidando à elaboração da filosofia que, ausente explicitamente, está latente nela, e, em segundo lugar, pela integração da descoberta freudiana do inconsciente, o qual nos servirá para mostrar a importância que a psicanálise teve na investigação althusseriana sobre a *ideologia* [...]” (SAMPEDRO, Francisco. A teoria da ideologia de Althusser. Tradução de Márcio Bilharinho Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *Presença de Althusser*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2010, p. 31).

Para Althusser, a ideologia não se trata de uma “falsa consciência”, mas opera no nível do inconsciente, a partir da concretude das relações sociais, estabelecendo-se de maneira estrutural na sociedade. O processo de interpelação, por meio do qual indivíduos concretos são construídos sujeitos, é característico da ideologia. Tal consiste no fornecimento de uma identidade ao interpelado, por meio de rituais de reconhecimento ideológico, que ensejam uma espécie de internalização das relações sociais.

Uma das principais contribuições althusserianas para o entendimento da sociedade capitalista é sua conceituação dos aparelhos ideológicos de Estado. Enquanto os aparelhos repressivos de Estado compreendem as instituições de caráter repressivo e operam primordialmente por meio da repressão e apenas residualmente pela ideologia, os aparelhos ideológicos de Estado atuam eminentemente na esfera ideológica, espalhando-se pelos âmbitos religioso, escolar, familiar, político, sindical, de informação, cultural, jurídica, dentre outros. Assim, os aparelhos ideológicos de Estado têm correspondência nas diferentes organizações, tais como nas igrejas, nas escolas, nos meios de comunicação de massa, nos sindicatos, nos partidos políticos, bem como nas instituições políticas e jurídicas.⁴³ Sobre essa questão, elucida Mascaró:

Os aparelhos repressivos, nas sociedades capitalistas, dada a separação do poder político em face das classes econômicas, são praticamente concentrados em mãos estatais. Já os aparelhos ideológicos perpassam tanto o Estado, naquele núcleo pelo qual é tradicional e juridicamente identificado, como também se esparramam por regiões do plano político não imediatamente estatais. No entanto, como são plexos sociais que corroboram para permitir a própria reprodução social geral e a do Estado em específico, e por este são, de variados modos,

⁴³ ALTHUSSER, Louis. *Idéologie et appareils idéologiques d'État*. In: *Positions*. Paris: Editions Sociales, 1976, p. 67-125.

parcialmente controlados – são tomados como aparelhos ideológicos de Estado (AIE) – no sentido pelo qual Althusser os considera.⁴⁴

Na sociedade capitalista, a ideologia, por excelência, é a ideologia jurídica, haja vista que a constituição dos indivíduos em sujeitos de direito é intrínseca a esse modo de produção, sendo dele resultante e, ao mesmo tempo, indispensável para sua reprodução. É a partir da generalização das trocas mercantis, lastreadas em relações de produção capitalistas, que se consubstancia a subjetividade jurídica, inclusive, em seu aspecto ideológico.

A materialidade capitalista engendra a ideologia jurídica, a qual, inclusive, “funda, de fato, a relação sujeito/objeto como relação de *propriedade*”,⁴⁵ conforme observa Nicole-Edith Thévenin, em uma perspectiva althusseriana. Assim, a concepção do homem enquanto sujeito de direito, dotado dos atributos de liberdade e igualdade, é a base sobre a qual se erige todo o edifício ideológico burguês, cuja determinação material, em última instância, reside na economia capitalista, estruturada na exploração do trabalho assalariado.

Althusser é um ferrenho crítico do humanismo, inclusive, no âmbito do marxismo.⁴⁶ O filósofo francês demonstra ainda a intrínseca ligação entre humanismo e ideologia jurídica. Logo, os direitos do homem - que são geralmente vistos como conquistas das revoluções burguesas e percebidos como um progresso da humanidade -, para Althusser, são o resultado do arcabouço ideológico indispensável para a própria reprodução do capitalismo. Isso não significa um louvor althusseriano às sociedades pré-capitalistas ou o desprezo pela busca de construções sociais

⁴⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 70.

⁴⁵ THÉVENIN, Nicole-Edith. *Révisionnisme et philosophie de l'aliénation*. Paris: Christian Bourgois, 1977, p. 96.

⁴⁶ Em meu livro *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy*, publicado pela editora Ideias & Letras em 2018, abordo com profundidade essa temática

mais humanitárias, mas a constatação de que a própria noção de homem como portador de direitos é inerente ao capitalismo. Nesse sentido, cabe destacar as próprias palavras de Althusser:

E longe de mim denegrir esta grande tradição humanista cujo mérito histórico é ter lutado contra a feudalidade, contra a Igreja e seus ideólogos, e ter dado ao homem títulos e uma dignidade. Mas longe de nós, acredito, a ideia de contestar que esta ideologia humanista, que produziu grandes pensadores, seja separável da burguesia em ascensão de quem ela exprimia as aspirações, ao traduzir e transpor as exigências de uma economia mercantil e capitalista sancionada por um direito – o antigo direito romano corrigido para direito mercantil burguês. O homem sujeito livre, o homem livre sujeito de seus atos e pensamentos, é de início o homem livre para possuir, vender e comprar, o sujeito de direito.⁴⁷

As subjetividades, no capitalismo, são constituídas a partir do arcabouço da ideologia jurídica, de maneira que os indivíduos se reconhecem como portadores de direitos subjetivos. Nesse contexto, o respeito ao direito de propriedade passa a ser visto como indispensável para a própria manutenção da sociedade humana. Assim, naturalizam-se todas as repressões às possíveis violações de tal direito, cujo caráter “sacrossanto” costuma ser muito exaltado. Disso decorrem, por exemplo, situações de combate aos sem-terra e sem-teto que buscam, como forma de garantir a própria subsistência, a ocupação de terras e imóveis desabitados. Ao argumento de se defender o direito de propriedade, seres humanos são privados do mínimo essencial à própria subsistência.

A forma de tratamento das ditas questões penais também é marcada pela ideologia jurídica. A pena privativa de liberdade é vista como justa a depender do delito cometido pelo agente, sendo que se busca uma proporcionalidade entre a gravidade

⁴⁷ ALTHUSSER, Louis. Sustentação de Tese em Amiens. Tradução de Rita Lima. In: *Posições* 1. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 160.

do delito e o *quantum* de pena, levando-se em consideração também outros elementos como a conduta do sujeito. O arcabouço ideológico que vige na contemporaneidade faz com que os indivíduos entendam tal sistemática como correta e, de modo geral, não questionem se essa é efetivamente a melhor maneira de se manter a paz social.

O Poder Judiciário, assim, apresenta-se como um dos pilares no qual se sustenta a própria sociedade, pois é a ele que compete a garantia dos direitos subjetivos e a manutenção da ordem. Juízes e tribunais asseguram o cumprimento do ordenamento jurídico, determinando reintegrações de posse ou fixando as penas dos delitos criminais, por exemplo. Logo, é o Poder Judiciário - e todo o aparato que o circunda - um dos principais responsáveis pela reprodução capitalista.⁴⁸

A figura do magistrado imparcial é parte de um constructo ideológico de caráter idealista e que se mostra no panteão do pensamento burguês. Há, inclusive, um velho bordão amplamente repetido: “decisão judicial não se discute, se cumpre”. Nessa perspectiva, se surgem críticas a determinada atuação de um juiz ou tribunal, elas raras vezes atingem o Poder Judiciário como um todo e, se porventura o façam, dificilmente alcançam as determinações econômicas subjacentes à própria estrutura judicial.⁴⁹ Geralmente, quando magistrados sofrem críticas, tal

⁴⁸ “Primeiro, que o Poder Judiciário está cravado nas próprias formas estruturais que sustentam o capitalismo e, segundo, que o Judiciário, assim como as demais instituições conformadoras do modo de regulação, também está suscetível às transformações advindas com as crises periódicas do capitalismo, que perpassam a sua configuração embora sem atingir a sua função precípua de guardião da legalidade.” (GARDUCCI, Leticia Galan. *O Conselho Nacional de Justiça a partir do modo de regulação brasileiro no pós-fordismo: uma análise à luz da teoria da derivação*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014, p. 55)

⁴⁹ “Há um impulso geral de crítica ao direito que tem por horizonte denunciar ou querer mudar aqueles que operam as engrenagens jurídicas e as instituições políticas. Comparada à denúncia do burguês, a crítica ao jurista e ao político é mais fácil. Isso porque, no plano do Estado e do direito, seus agentes não estão “naturalmente” investidos no cargo. Dependentes de concursos, nomeações ou eleições, haurem sua competência de cargos cujo poder está previamente normatizado e, então, um eventual abuso de seus atos é mais facilmente

se dá por julgarem de acordo com seus interesses ou ideologias, esquecendo-se que, na realidade, o próprio direito é a ideologia do capitalismo. Acerca dessa questão, interessante destacar as observações de Mascaro:

A ideologia do direito é o resultado da materialidade das relações sociais capitalistas. Os valores centrais do direito não destoam daquilo que é a própria concretude da sociabilidade da mercadoria. Tanto o direito é núcleo decisivo e geral da ideologia do capitalismo que até a crítica ao direito, quase sempre, termina por ser seu louvor. O combate ao direito se dá, via de regra, na reposição da ideologia em seu pedestal. O policial que agiu com violência desmedida extrapolou o poder que lhe foi dado. O excedente é ilegítimo: portanto, o que é central no poder do policial é legítimo. O magistrado que decidiu ideologicamente pôs seu horizonte político pessoal à frente da hermenêutica mais clara e apropriada da norma. O ideológico da sentença judicial é ilegítimo: portanto, o poder de julgar do juiz é legítimo, e as normas jurídicas, se interpretadas retamente, também o são. Pode-se e deve-se fazer uma crítica ao magistrado e ao policial. Mas, uma vez puxado o novelo, ele redundará necessariamente na crítica ao direito e ao Estado. E, ainda mais adiante no fio do novelo, chegará necessariamente à crítica do capitalismo.⁵⁰

contestado. Ao contrário do poder econômico, cujos agentes estão escondidos em seus escritórios, bancos, indústrias, comércios ou lares – e cuja riqueza se legitima com o trabalho e a herança –, os operadores do direito e da política se organizam a partir do mundo localizável das instituições jurídicas estatais: é o Estado que investe policiais, delegados, promotores ou juízes de poderes e competências. Os campos político e jurídico acabam por ser o alvo primeiro – e, na curta crítica, também quase sempre o final – da insurgência e do combate dos movimentos progressistas, restando oculto, de seu horizonte, o núcleo econômico burguês. Se nesse diapasão de crítica ou de luta social fica à sombra, no plano mediato, o poder do capital, ficam também olvidadas, no plano imediato do direito e do Estado, suas próprias instituições. A crítica ao direito termina por ser, quase sempre, a crítica ao jurista, bem como a crítica à política acaba por ser ao político. E a denúncia contra os agentes do Estado e do direito em geral se baseia no descompasso entre ordenamento normativo e prática.”(MASCARO, Alysson Leandro. In: *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 157).

⁵⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 159.

Em relação aos magistrados, eles também se mostram enquanto indivíduos mergulhados na lógica da mercadoria e, por conseguinte, apresentam suas subjetividades constituídas da mesma maneira que os demais membros da sociedade. Assim, os aparelhos ideológicos também operam no inconsciente dos juízes, terminando por serem os formadores de suas práticas cotidianas. Some-se a isso o fato de que a própria educação jurídica recebida pelos operadores do direito desde os bancos acadêmicos termina por lhes pautar um horizonte de mundo, em geral, altamente conservador.⁵¹

Destarte, é impossível se pensar em uma magistratura absolutamente independente como postulam alguns de maneira idealista e até mesmo ingênua. O magistrado enquanto indivíduo inserido no contexto de uma sociedade capitalista não pode se furtar às balizas que a constituem. Não se trata aqui de afirmar que os juízes atuem de forma interessada ou deliberadamente em favor dos interesses burgueses – embora muitos assim o façam –, mas sim de constatar a realidade de que os magistrados, conquanto possam estar de boa-fé e imbuídos de nobres ideais de justiça, não tem como se desvencilhar da lógica mercantil que constitui o próprio cerne do direito no capitalismo e da ideologia jurídica a ele atrelada.

⁵¹ “Embora seu potencial variável, há, no entanto, alguns padrões comuns à educação jurídica nos países capitalistas, desde o século XIX até a atualidade: uma determinada visão filosófica conservadora do justo e da ordem; o privilégio da técnica em face da crítica e da formação humanística; o eixo das matrizes curriculares nas disciplinas privatísticas, penais e processuais; práticas pedagógicas tradicionais, como as técnicas de educação centradas na individualidade do docente e no valor da autoridade do doutrinador; a legitimação da educação jurídica pela inserção profissional e pelos resultados em concursos. [...] O jurista é burguês não porque desenvolve, logo no albor de sua formação nas faculdades, a intenção firme de escolher e portar a ideologia burguesa, mas simplesmente porque defende juridicamente os institutos burgueses. Se há ou não consciência ideológica ao jurista, isto é um fato suplementar. Há uma ideologia de fundo, inconsciente, que subjaz à prática do jurista e que o constitui. O mesmo com a educação jurídica. Ela não opera necessariamente de modo consciente: o jurista é ensinado, pratica, reproduz e ensina, muitas vezes, na base de uma naturalização dos institutos que maneja.” (MASCARO, Alysson Leandro. Sobre a educação jurídica. In: TAGLIAVINI, João Virgílio; SANTOS, João Luiz Ribeiro (orgs.). *Educação jurídica em questão: desafios e perspectivas a partir das avaliações*. OAB/SP: São Carlos, São Paulo, 2013, p. 44-45)

4. Ativismo judicial, ideologia e os limites da forma jurídica: o caso brasileiro

O chamado ativismo judicial tem sido objeto de intensos debates no Brasil, especialmente nos últimos tempos. A própria atuação dos magistrados, em geral, é alvo de crescente controle social, impulsionado principalmente pelas coberturas efetuadas pelos meios de comunicação de massa. Além disso, os interesses econômicos em jogo exercem constante pressão sobre juízes e tribunais. A cobrança por celeridade na tramitação dos processos, através da estipulação de metas e da necessidade constante de apresentação de relatórios, reforça ainda mais o caráter técnico assumido pelo Poder Judiciário no capitalismo, especialmente com o advento do pós-fordismo.⁵²

Magistrados chegam a “gabar-se” perante os órgãos de controle por decidirem sem o “viés ideológico”, sustentando que suas decisões são o resultado da observância dos estritos termos da lei. A segurança jurídica é alçada a valor fundamental, de modo que são combatidas as chamadas tentativas de “politização do Poder Judiciário”.

Nesse contexto, são condenadas por muitos as determinações judiciais de fornecimento de medicamentos a indivíduos necessitados, por exemplo, sob a alegação de que isso gera

⁵² “Uma busca por maior controle social, somado à maior necessidade de se promover certeza e segurança jurídica, adquire maior importância neste modelo de desenvolvimento e, com isto, o Judiciário passa a ser visto como peça fundamental na criação de um ambiente seguro, estável, previsível e, assim, favorável ao regime de acumulação pós-fordista. Desde modo, embora a necessidade de manutenção da ordem social e a certeza e segurança jurídica sejam elementos intrínsecos ao capitalismo [...], o que se quer enfatizar aqui é que no pós-fordismo estes elementos ganham uma proeminência ainda maior, o que explica, inclusive, o maior protagonismo que assume o Poder Judiciário neste período. [...] E é em função desta nova conjuntura, com vistas a promover reformas que adequem o Judiciário a esta nova situação, que se inicia, sobretudo, na década de 1990, um discurso em prol de um Judiciário célere e eficiente, tal como ocorreu com as demais reformas neoliberais promovidas com a ascensão do pós-fordismo.” (GARDUCCI, Leticia Galan. *O Conselho Nacional de Justiça a partir do modo de regulação brasileiro no pós-fordismo: uma análise à luz da teoria da derivação*. Dissertação - Mestrado em Direito Político e Econômico – São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014, p. 59)

graves desequilíbrios orçamentários.⁵³ Sobre esse ponto, inclusive, fala-se em “judicialização da saúde”, sendo tal situação comentada por defensores e contraditores.⁵⁴ O ativismo judicial que se apresenta, nessas situações, é condenado por muitos,⁵⁵ ao argumento de que significaria uma espécie de intromissão do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo. Há casos nos quais ainda se acusa o Judiciário de usurpar as funções típicas do Poder Legislativo.

Assim, é postulada a necessidade de intenso controle da atuação dos magistrados, consubstanciada em órgãos específicos para tanto e na alteração da legislação processual com vistas à uniformização das decisões, dotando a atividade do magistrado, especialmente nas instâncias inferiores, de um caráter eminentemente burocrático, embora com maior celeridade do que habitualmente se entende por burocracia, mediante a incorporação de valores empresariais tais como a fixação de metas e a constante busca por aumento da produtividade.

Paradoxalmente, ao lado desse movimento, em determinadas situações, a atuação dos órgãos julgadores, especialmente

⁵³ SILVA, Juvêncio Borges. JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o conseqüente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas – UNICEUB*, v. 7, n. 1, abril, 2017, p. 89-105. Disponível em <<https://www.publicaco-esacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454>>. Acesso em 09 jul. 2019.

⁵⁴ YAMAGUCHI, Cristina Keiko. ORSATTO, Silvio Dagoberto. BORGES, Gustavo. *Judicialização da saúde no Brasil*. Erechim: Deviant, 2017.

⁵⁵ “Na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 27. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>, Acesso em 08 jul. 2019.)

na esfera penal, caracteriza-se, muitas vezes, pela aplicação do chamado “direito penal do inimigo”,⁵⁶ em um regime de nítida exceção.⁵⁷ Cumpre observar que, geralmente, tal situação conta com o aplauso da sociedade e com a conivência dos órgãos de cúpula e de controle da atividade jurisdicional.

As leituras dos limites ao ativismo judicial vão desde aquelas juspositivistas estritas, as quais entendem que a atuação do magistrado deve se dar no âmbito da moldura normativa, passando pelas juspositivistas éticas, que valorizam a observância dos princípios, até aquelas não juspositivistas, todas elas com visões à esquerda e à direita. Assim, raras vezes a questão é tratada de uma maneira efetivamente crítica, a partir de um mergulho na totalidade das relações sociais.

As visões à esquerda, por vezes, buscam o alargamento dos limites normativos, especialmente de modo a dar efetividade aos

⁵⁶ “O direito penal que encontra limites no direito constitucional deixa de existir, com o fomento da relativização das garantias individuais. É criado um Estado de exceção, que implanta o terror sob seus protegidos. Percebe-se que com a adesão à teoria do Direito Penal do Inimigo, o cidadão em desconformidade com a lei vira terrorista, deixa de ser uma pessoa de direito e sofre com o peso de um sistema que não leva em consideração um contraditório substancial, direitos mínimos para a defesa ou a garantia de uma pena adequada. Nesse ponto, o direito penal do inimigo encontra nexo de resultado com a figura do ativismo judicial no tocante à supressão de direitos e garantias individuais. A interpretação e criação da norma jurídica pelo juiz no sentido de suprimir direitos históricos em função de uma pseudo-eficiência viola a constituição e caracteriza um exemplo claro de retrocesso social, que desafia o cerne das regras de hermenêutica constitucional.” (JESUS, Júlio César Moreira de. PINTO JUNIOR, Alceu de Oliveira. *Ativismo judicial e o direito penal do inimigo: o judiciário violador de garantias e direitos fundamentais*. Intertemas: Revista da Toledo Prudente. Vol. 20. Presidente Prudente: 2015, p. 83. Disponível em <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/6638>>, Acesso em 08 jul. 2019.)

⁵⁷ “A exceção estará presente na jurisdição quando suas decisões se apresentarem como mecanismos de desconstrução do direito, com finalidade eminentemente política, seja pela suspensão da própria democracia – como ocorreu, por exemplo, na América Latina, em países como Paraguai e Honduras –, seja pela suspensão de direitos da sociedade ou parcela dela, como de fato ocorreu e ainda ocorre no Brasil. [...] Vale apontar que, em geral, a decisão jurisdicional de exceção não se declara como tal. Ela vem envolvida em fundamentações e justificativas aparentemente compatíveis com a ordem posta, e apenas sua adequada interpretação é capaz de desnudar a exceção.” (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016, E-book)

direitos sociais. As visões à direita destacam-se especialmente na esfera penal por sua sanha punitivista. Não obstante, o ativismo judicial sofre críticas tanto por setores da esquerda quanto da direita, a depender das situações. Pelo lado da direita, postula-se uma observância aos estritos termos da lei, negando-se uma margem interpretativa ao magistrado, justamente nos casos em que os julgadores, em suas decisões, posicionam-se favoravelmente aos desprovidos de poder econômico. Por exemplo, se um magistrado, em observância ao princípio constitucional que garante a função social da propriedade, profere uma decisão que beneficia os sem-teto, logo é alvo de críticas atroz. Afinal, para esses setores da direita, princípios constitucionais não são estritamente normas. Por outro lado, há momentos em que a esquerda se posiciona contrariamente ao ativismo judicial, com receio da exacerbação dos poderes conferidos aos magistrados, notadamente na esfera penal, argumentando que tal se configuraria em um Estado de exceção.

O próprio termo ativismo judicial⁵⁸ é controverso e utilizado para designar situações diferentes, referindo-se tanto às atuações das instâncias inferiores quanto das cortes superiores.⁵⁹

⁵⁸ “Entende-se por ativismo judicial o papel criativo de tribunais ao contribuírem, de forma inovadora, para a construção do direito, decidindo sobre as peculiaridades do caso concreto e formando, por conseguinte, o precedente jurisprudencial, de forma antecipada à edição da lei. O termo é originário dos Estados Unidos da América, país adepto da *Common Law*. Tal família jurídica possui como uma de suas mais marcantes características a adoção da Jurisprudência como principal fonte de criação do direito. O termo ativismo judicial foi citado pela primeira vez também nos Estados Unidos, no ano de 1947. O jornalista Arthur Schlesinger Jr., em artigo publicado na revista *Fortune*, nomeou dessa forma a atuação da Suprema Corte Norte Americana, chamando “ativistas” os juizes que adotavam posturas menos contidas em suas decisões.” (POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Ativismo judicial e Direito Penal do risco: novos desafios. *Arquivo Jurídico*, Teresina-PI – v. 3 – n. 1, p. 112. Disponível em < <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/5707>>. Acesso em 08 jul. 2019.)

⁵⁹ “Em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do

Costuma-se estabelecer uma distinção entre judicialização⁶⁰ e ativismo judicial. Sobre essa questão, observa Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela

Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de posicionamentos puros. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo. [...] O ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.” (STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas – UNICEUB, v. 5, número especial, 2015, p. 56 e 58. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>>, Acesso em 08 jul. 2019).

⁶⁰ “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. [...] O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.” (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 24. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>, Acesso em 08 jul. 2019).

conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. [...] A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁶¹

O ministro do Supremo Tribunal Federal também aponta que o ativismo judicial pode ocorrer tanto de maneira progressista quanto conservadora, tendo como origem a jurisprudência norte-americana, e cita como exemplos decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, nas quais setores mais reacionários da sociedade chegaram a encontrar apoio para a manutenção de regimes de segregação racial, situação que, posteriormente, se inverteu completamente, com a proliferação de julgamentos contrários à discriminação, por exemplo.⁶²

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 25-26. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>, Acesso em 08 jul. 2019.

⁶² “As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott v. Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral

Lenio Streck, a seu turno, assume uma postura crítica em face do ativismo judicial,⁶³ distinguindo-o da judicialização, conforme segue:

A judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, constituindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.⁶⁴

O autor gaúcho chega ainda a falar de uma espécie de “ativismo judicial à brasileira”, consubstanciado principalmente na “transposição equivocada de um conceito” e na “ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano”.⁶⁵

(Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast v. Parrish, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953- 1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown v. Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda v. Arizona, 1966) e mulheres (Richardson v. Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold v. Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe v. Wade, 1973).” (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 26. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>, Acesso em 08 jul. 2019.)

⁶³ “Quando estamos diante de uma postura ativista, temos uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de *rompimento constitucional*, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das maiorias. É o que ocorreu com a Constituição de Weimar e o nazismo.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 85).

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 87.

⁶⁵ “É possível perceber que, no Brasil, sob o manto do ativismo judicial, a doutrina produziu uma leitura bastante peculiar sobre a atividade jurisdicional, que se manifesta em oscilações

Gilberto Bercovici, por sua vez, também tece críticas ao ativismo judicial, especialmente à maneira pela qual ele foi recepcionado no caso brasileiro:

Nos EUA, o ativismo judicial funciona como uma faca de dois gumes, pois se manifesta em decisões “progressistas” e “conservadoras”, em temas da moral, economia e política. Já no Brasil, para variar, sua recepção foi distorcida, tendo a “doutrina brasileira da efetividade” entendido o ativismo judicial como algo positivo, como caminho transformador e canal de posições progressistas. Todavia, na prática, o ativismo judicial no Brasil, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consiste em exacerbação do poder judicial e viabiliza retrocessos em termos de direitos e garantias fundamentais [...].⁶⁶

de aproximação e afastamento, sem qualquer pudor, entre a cultura jurídica do Brasil e a dos Estados Unidos. Com isso, não apenas se formou um imaginário sobre como pode ser teoricamente compreendido o exercício da jurisdição, mas também se influenciou diretamente a atuação de juízes e tribunais na contemporaneidade. Não seria demasiado afirmar, assim, que o atual contexto é marcado por um ativismo judicial à brasileira. [...] Assim, tomando-se como pressuposto os apontamentos que decorreram da aproximação entre as reflexões norte-americanas e o atual cenário constitucional brasileiro, a expressão ativismo judicial à brasileira evidencia duas importantes questões: primeiramente, a caracterização do ativismo judicial como experiência que não é própria (originária) do contexto brasileiro (neste sentido, à brasileira sinalizaria simplesmente para a conjugação de duas tradições). Por outro lado, pode também estar implícita uma crítica à utilização destes termos de modo despojado do contexto de seu surgimento, o que implica, a um tempo, a transposição equivocada de um conceito e, a outro, a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano — e é principalmente estes últimos dois sentidos que estão impressos neste trabalho. Por tudo o que já foi esclarecido, o ativismo judicial figura como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador.” (STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas – UNICEUB, v. 5, número especial, 2015, p. 56 e 58. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>>. Acesso em 08 jul. 2019)

⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. BELLO, Enzo. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2018, p. 12. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>>. Acesso em 12 jul. 2019.

Bercovici observa ainda que, por meio da adoção da postura ativista pelo Poder Judiciário, apresenta-se uma espécie de “esvaziamento da política”. Nas palavras dele:

Ao ser promulgada a Emenda Constitucional 45/2004, reafirmou-se não somente a súmula vinculante como a pretensão do Supremo Tribunal Federal de revestir-se na condição de soberano, como se fosse o único corpo político a deter a última palavra sobre quase tudo. O ativismo judicial disseminado em todas as instâncias do judiciário nacional confirmam nossas palavras, mesmo a qualquer olhar desatento. Cotidianamente, presencia-se um verdadeiro esvaziamento (*Ausräumung*) da política e dos políticos pelo Poder Judiciário. Surpreende – no Brasil e mesmo nas democracias europeias ou dos Estados Unidos – que pouco enfrentamento tenha tal cenário desencadeado da parte da sociedade e de outros poderes políticos.⁶⁷

Não nos deteremos sobre as controvérsias acerca do conceito de ativismo judicial e das disputas em torno de seus limites em face do ordenamento jurídico⁶⁸ - considerando que tais questões costumam ser tratadas a partir de leituras juspositivistas e não juspositivistas -, pois constatamos ser fundamental que a

⁶⁷ BERCOVICI, Gilberto. LIMA, *Martonio Mont'Alverne Barreto*. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 3, set./dez. 2013, p. 792. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2810>>. Acesso em 12 jul. 2019.

⁶⁸ “Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. [...] Uma vez conceituado o ativismo judicial como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, é preciso situar a temática no contexto de determinado sistema jurídico se quisermos avançar em relação ao estabelecimento de critérios que permitam a caracterização de tal ou qual decisão como ativista.” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015, E-Book.)

abordagem dessa temática possa se apresentar em uma perspectiva materialista e estrutural. O ativismo judicial - ainda que extrapole os contornos normativos, rompendo a apregoadada fronteira entre direito e política e tornando o Poder Judiciário, em certa medida, partícipe do processo legislativo – não é capaz de transbordar os limites da forma jurídica e, por conseguinte, é insuficiente para elidir o direito.

Sem adentrarmos também nas polêmicas sobre o possível desequilíbrio que o ativismo judicial geraria na tripartição dos poderes,⁶⁹ podemos simplesmente destacar que a atuação do magistrado, em esfera mais ou menos ampla, não tem o condão de alterar estruturalmente o direito e a sociedade. A atuação política do magistrado, mesmo que se dê de modo reacionário ou mesmo progressista, não se presta a abalar os alicerces do direito que se encontram no próprio capitalismo. O magistrado individualmente age de maneira isolada, logo, evidentemente, suas decisões possuem caráter pontual. Ainda que vários magistrados ou os próprios tribunais julguem no mesmo sentido, por exemplo, de modo progressista, isso ocorre no

⁶⁹ “Há que se reconhecer que a estrutura funcional do Estado brasileiro, sua engenharia, padece de problemas por causa de uma crise de identidade de modelo, optamos por um mix entre o modelo de controle de constitucionalidade europeu, por cortes constitucionais, que representam os Poderes, logo, se pondo acima deles e controlando em abstrato a validade de atos de todos eles e o modelo americano, que realiza o controle a partir de casos concretos julgados pelo Judiciário e que vinculam tribunais inferiores, mas que não tem o condão de invalidar em abstrato leis e atos legislativos [...]. Assim o Judiciário, embora sendo um dos Poderes da República, que deveria guardar harmonia com os demais, acabou sendo posto num papel superior, podendo controlar abstratamente a validade de leis e atos normativos face à Constituição. De fato perdemos a chance em 1988 de criar uma corte constitucional, composta por julgadores indicados pelos três Poderes, que representasse a sociedade e controlasse abstratamente a validade constitucional de atos dos Poderes indistintamente. A este problema estrutural se agrega o conjuntural, do ativismo judicial, que tem levado o Judiciário a interpretar a Constituição segundo crenças privadas do julgador e não face ao sentido do texto normativo, passando o Judiciário, muitas vezes, a um papel político instaurador e não se autocontendo nos limites jurídicos de interpretação das normas postas.” (SERRANO, Pedro. Única solução pacífica e civilizada possível é cumprir ordem judicial. *O Estado de S.Paulo*, 22 nov. 2017. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,analise-unica-solucao-pacifica-e-civilizada-possivel-e-cumprir-ordem-judicial,70002092693>>. Acesso em 13 jul. 2019)

contexto do já dado resultado da conformação entre forma jurídica e forma política estatal. A própria forma jurídico-processual não se altera simplesmente pelo fato da ruptura com os estritos parâmetros normativos.

O Poder Judiciário está inserido no arcabouço dos aparatos estatais logo sua própria existência encontra-se sempre atrelada à reprodução do modo de produção capitalista. Assim sendo, não há que se falar em plena independência do Poder Judiciário, pois não há como pensá-lo de maneira dissociada da estrutura social na qual está inserido.

Recentemente, a fala de um político brasileiro gerou bastante polêmica ao asseverar: “para fechar o STF bastam um cabo em um soldado”. Essa frase é emblemática e verdadeira, ainda que parcialmente. Com efeito, a força militar pode se sobrepor ao Poder Judiciário. A história de nosso país demonstra isso, quando, durante o Estado de exceção que se apresentou durante a ditadura militar iniciada em 1964, vários magistrados foram cassados⁷⁰ e o Supremo Tribunal Federal se tornou um “enfeite institucional”,⁷¹ com nítido enfraquecimento da magistratura brasileira.⁷² Contudo, ainda que a sujeição da Suprema Corte

⁷⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. *O Poder Judiciário brasileiro no regime militar*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-dez-20/segunda-leitura-poder-judiciario-brasileiro-regime-militar>>. Acesso em 08 jul. 2019.

⁷¹ OLIVEIRA, Mariana. Golpe de 1964 fez do Supremo um ‘enfeite institucional’, diz pesquisador. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/50-anos-do-golpe-militar/noticia/2014/03/golpe-de-1964-fez-do-supremo-um-enfeite-institucional-diz-pesquisador.html>>. Acesso em 08 jul. 2019.

⁷² “Instaurado o regime de exceção empresarial-militar com o golpe de Estado de 1964, manteve-se *pro forma* a vigência do ordenamento constitucional, com a supressão de fato das liberdades e garantias individuais, bem como dos direitos sociais. Em 13 de dezembro de 1968, o chamado Ato Institucional nº 5 emasculou a magistratura, ao decretar a suspensão oficial das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (art. 6º), além de oficializar a suspensão do *habeas corpus* “nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular” (art. 10). Isto quanto à Justiça Civil, pois a Justiça Militar, durante toda a duração do regime autoritário, colaborou vergonhosamente na repressão dos opositores políticos.” (COMPARATO, Fábio Konder. *O poder judiciário no Brasil*. *Cardernos IHU Ideias*. Ano XIII – Nº 222 – V. 13 – 2015, p. 16.)

de nosso país tenha se dado de modo imediato, por meio da força militar, a efetiva determinação se apresentava, em última instância, pelo capital.

Também em um contexto democrático, o Poder Judiciário não tem como escapar da constrição das formas sociais capitalistas, pois ele próprio é fruto da conformação entre elas. Portanto, não há como se promover uma alteração de caráter estrutural na sociedade, por meio da atuação dos magistrados, mesmo que as decisões provenham dos órgãos de cúpula.

Inegavelmente, o Poder Judiciário é atravessado pela luta de classes inerente ao modo de produção capitalista. Assim sendo, é fácil observar que há a possibilidade de que decisões judiciais possam ora favorecer os mais necessitados, ora o grande capital, bem como pautas progressistas podem ou não ser encampadas pelos julgadores, a depender dos clamores sociais e do posicionamento político dos magistrados, sendo que, nesses casos, a pecha de ativistas costuma recair justamente sobre os julgadores que não se alinham imediatamente aos interesses do capital, conforme salienta Mascaro:

Por ativismo judicial indesejado acusar-se-á somente a hermenêutica mais avançada sobre os princípios constitucionais. As possibilidades interpretativas progressistas serão denunciadas. Para muitas vozes, a perpetuação da ordem conservadora é reiterada como o “normal”. Trata-se da luta na sociedade transbordando para seu momento judiciário. Por dentro das disputas em torno do poder judiciário, perpassam as mesmas contradições e embates da sociedade.⁷³

Há inclusive limites imediatos ao ativismo judicial progressista dos magistrados, como, por exemplo, o propalado princípio da “reserva do possível”. Nesse sentido observa Josué Mastrodi:

A reserva do possível é a forma pela qual o próprio Estado, o próprio Judiciário reconhece que não tem

⁷³ MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 178.

condição material de conceder direitos na medida da necessidade das pessoas, mas apenas na medida da capacidade do Estado de prover tais direitos. Tal compreensão já é corrente nos tribunais superiores, de modo que, ainda que os juízes deixem a reserva do possível de lado e concedam todos os direitos fundamentais que os autores requererem, tais decisões seriam fatalmente revistadas. O próprio judiciário tem, assim, imposto limites ao seu ativismo.⁷⁴

Não se pode perder de vista que a atuação dos magistrados em nossa época se dá a partir das formas sociais capitalistas e é norteadada pelo constructo ideológico burguês que se reproduz por meio dos aparelhos ideológicos. Nesse contexto, os meios de comunicação de massa, por exemplo, desempenham papel fundamental na construção dos paradigmas que balizam o funcionamento do sistema jurídico e, inclusive, as próprias decisões judiciais.⁷⁵

⁷⁴ MASTRODI, Josué. Dos limites do ativismo judicial na concessão de direitos fundamentais (ou sobre a Hercúlea função de enxugar gelo). In: KASHIURA JR., Celso Naoto. AKAMINE JR., Oswaldo. MELO, Tarso de. *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões/Editorial Dobra: 2015, p. 688.

⁷⁵ “Os mecanismos ideológicos, controlados por meios de comunicação de massa, penetram por todos os campos da vida social, sendo o direito um deles, com práticas exemplares e eminentes nesse sentido. O jurista é afetado diretamente por pautas, valores, interpretações e horizontes daquilo que é notícia, porque sua informação sobre os fatos é, via de regra, a mesma dos meios de comunicação de massa. [...] Duas grandes vertentes se abrem nessa imbricação de ideologia, aparelhos de comunicação de massa e prática jurídica. A primeira delas se descortina no próprio mundo do direito: a incorporação de tal conjunção como prática política do jurista. Um caso jurídico tem mais peso e ganha ares de importância quando a imprensa o anuncia. Isso faz com que haja um pendor por bons acessos dos operadores do direito aos meios de comunicação de massa. Essa política, que a princípio pode parecer útil aos próprios fatos em tela, por serem divulgados e levados a conhecimento público, faz também com que se perca uma isenção necessária diante de outros fatos semelhantes, obriga a alcançar pressões sociais que são, de início, desconhecidas dos fatos e, em especial, torna a maquinaria jurídica, acoplada aos meios de comunicação de massa, um jogo de sombras e luzes. O poder do arbítrio jurídico se majora quando amplificado, iluminado ou ocultado pela imprensa. Ao mesmo tempo, uma segunda vertente se abre de forma peculiar: a captura do mundo jurídico e judiciário pelos meios de comunicação de massa. O mesmo jogo de sombras e luzes da simbiose entre juristas e imprensa faz com que a segunda se

Nos últimos tempos, cada vez mais, tem-se uma espetacularização dos julgamentos com magistrados transformados em heróis por atuarem no combate à corrupção. A sanha punitivista e o clamor público são fortemente estimulados pelos meios de comunicação de massa, fomentando o apoio de grande parte da população às grandes operações que envolvem polícia, Ministério Público e Poder Judiciário e que, em diversos casos, desobedecem as garantias constitucionais de presunção de inocência e do devido processo legal.

A ideologia jurídica, nesse ponto, opera de modo perverso, inclusive, na mentalidade de setores da própria esquerda, os quais, por exemplo, mesmo diante das inúmeras denúncias de abusos praticados durante a Operação Lava Jato, defenderam, com ingênuo idealismo, a continuidade da operação sem quaisquer modificações nos procedimentos adotados, ao argumento de que a corrupção deveria ser combatida e que os culpados por sua prática deveriam ser punidos, esquecendo-se de que a corrupção é intrínseca ao modo de produção capitalista.⁷⁶

torne a ultima ratio da opinião pública, do julgamento “apropriado” e da constituição do que seja escandaloso ou normal. Com isso, o mundo jurídico não resiste a ser um terceiro diante dos aparelhos de comunicação. Trata-se de sua plena captura pela ideologia.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 142).

⁷⁶ “A corrupção é estrutural do capitalismo. A mercadoria atravessa a tudo e a todos, e a intermediação dos vínculos jurídicos por estratégias de favorecimento pessoal é não uma negação da natureza desses vínculos, mas uma de suas possibilidades, sendo, aliás, em modelos médios de reprodução capitalista, sua possibilidade central e provável. Nesse nível estrutural, o capital, podendo a tudo e a todos comprar, apenas se confirma quando a corrupção é dada. Não há limites éticos, morais, culturais ou sociais ao moto-contínuo da determinação econômica capitalista – a acumulação não reconhece fronteiras. Há uma especificidade da corrupção no capitalismo, na medida em que ela é, em alguma medida, uma negação da legalidade, que, por sua vez, é sustentada pela forma jurídica e pela forma política estatal, as quais espelham a própria forma mercantil. A corrupção, assim, é uma contradição necessária da reprodução capitalista, pois revela que as formas sociais pelas quais o capitalismo se estrutura não estabelecem um circuito lógico ou funcional de acoplamento. O capital só existe com o direito e o Estado – sendo a legalidade a resultante da conformação dessas formas –, mas, ao mesmo tempo, toda ordem estatal e toda legalidade só existem em função do capital. Com isso, o poder do capital e as estratégias da acumulação atravessam negativamente o solo da legalidade, que é, também, sua própria condição de existência.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 131-132)

A crença no direito como instrumento de “salvação da pátria”, “doa a quem doer”, é o móvel das atuações de magistrados e órgãos julgadores, com amplo apoio popular. Tais situações, muitas vezes, escamoteiam interesses escusos de embates entre a burguesia estrangeira e a burguesia nacional. Membros do Poder Judiciário, nessas situações, servem de instrumentos de maneira consciente ou inconsciente aos interesses burgueses.

Destarte, quando tratamos da temática do ativismo judicial, em suas mais diferentes acepções e manifestações, o fundamental é que tenhamos como norte a percepção de que todas as movimentações realizadas no horizonte jurídico - sejam elas progressistas, conservadoras ou reacionárias - são incapazes de perfazerem uma efetiva alteração em nossa sociedade, a qual se estrutura a partir da lógica mercantil. Nesse sentido observa Mascaro:

O campo do direito, do Estado e dos poderes judiciários é ainda o sintoma de um mundo explorado por contrato, por lei e por ordem, pela acumulação e pelo capital. Não são a ação processual nem o recurso junto a esse mesmo mundo que nos libertarão dele.⁷⁷

A sociedade capitalista apresenta-se como um todo complexo estruturado,⁷⁸ no qual o direito desempenha um papel basilar. No momento presente da crise brasileira, inegável a presença da sobredeterminação jurídica, considerando que a atuação de magistrados e tribunais influenciou decisivamente o

⁷⁷ MASCARO, Alysso Leando. Prefácio. In: GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 15.

⁷⁸ “A sociedade capitalista, com o modo de produção a ela inerente, não se constitui numa totalidade com compartimentos estanques, mas sim num todo social complexo estruturado, ou seja, num todo orgânico, de certo modo hierarquizado, contextualizado em seu tempo específico e na sua história peculiar, composto de instâncias que se relacionam constantemente. Assim sendo, “esses “níveis” são articulados uns com os outros de uma maneira complexa”. Logo, ao mesmo tempo em que não se pode negar uma determinação pela economia, em última instância; verifica-se uma conjugação de determinações diversas, gerando o que Althusser denomina de sobredeterminação.” (MAGALHÃES, Juliana Paula. *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy*. São Paulo: Ideias & Letras, 2018, p. 179).

cenário político e econômico da atual conjuntura.⁷⁹ Contudo, não se pode negligenciar que, no modo de produção capitalista, a determinação econômica se apresenta em última instância, conforme a lição de Althusser.⁸⁰

As leituras rasas do direito e das instituições jurídicas costumam se apresentar descoladas de um estudo científico da realidade social, limitando-se a discutir as atribuições do Poder Judiciário e a possibilidade ou não de ativismo judicial em face do nosso sistema jurídico, esquecendo-se de que a própria juridicização das demandas sociais constitui-se em corolário e ao mesmo tempo em reforço da forma jurídica e da ideologia burguesa e, por conseguinte, do próprio capitalismo. Sem desmerecer as importantes lutas progressistas que se travam nessas trincheiras, com relevância inegável no aspecto conjuntural, o fato é que a busca por uma sociedade estruturalmente transformada e emancipada das explorações e opressões deve se dar a partir da concretude das relações sociais, com vistas à ruptura com o mundo da mercadoria e das formas sociais que dela derivam.

⁷⁹ “Proponho pensar a crise brasileira como crise das formas sociais na formação social brasileira. Sua leitura se dá a partir de dois eixos: sua determinação e sua sobredeterminação. Ela é determinada economicamente (em um processo que atravessa a política) e sobredeterminada juridicamente. Trata-se de uma crise capitalista, perpassando três de suas formas determinantes: a forma-mercadoria, no que tange à acumulação e à valorização do valor; a forma política estatal, quanto aos variados modelos de administração política da economia e da luta de classes; e a forma jurídica, em sua conformação com a forma política estatal em aparatos e aparelhos de legalização, perseguição e julgamento, como os tribunais. Assim sendo, pelos dois eixos da crise se desdobram três contradições das formas sociais capitalistas: 1) em sua determinação, a) crise da forma-valor e b) crise da forma política; 2) em sua sobredeterminação, crise da forma-direito. [...] A crise brasileira presente tem determinação econômica – com correlata repercussão política – e, por sobredeterminação, o direito. É no campo jurídico que se vem assentando o imediato da decisão institucional e, mesmo, da condução da governança política atual, na medida da proeminência obtida pelo poder judiciário, que sagra procedimentos, criminaliza, prende e protege sujeitos, conhece e desconhece situações e fatos, procrastina e acelera feitos, abala seletivamente partidos, empresas e governos.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 23 e 50.)

⁸⁰ ALTHUSSER, Louis. Por Marx. Tradução de LOUREIRO, Maria Leonor F. R. Campinas: UNICAMP, 2015, p. 89.

Conclusão

Em nosso artigo, buscamos traçar um panorama geral acerca do papel da magistratura no capitalismo, a partir de uma perspectiva crítica. Diferentemente das visões juspositivistas e não juspositivistas, tratamos da questão por meio de uma abordagem materialista, calcada na concretude das relações sociais.

O direito é inerente e estrutural ao modo de produção capitalista. As manifestações existentes nas sociedades antigas e feudais, ainda que se denominassem jurídicas, consubstanciavam-se em práticas completamente distintas da atualidade, inclusive, do ponto de vista conceitual. É apenas com a mercantilização do trabalho e a conseqüente universalização da forma mercantil que o direito passa a existir enquanto forma social nucleada na subjetividade jurídica, de acordo com Evgüeni Pachukanis.

A forma política estatal é igualmente corolário do capitalismo e distinta dos núcleos de poder existentes nos modos de produção anteriores. O Estado concebido como ente terceiro, apartado das classes, é uma especificidade da sociedade capitalista. Tanto forma jurídica quanto forma política estatal são diretamente derivadas da forma-mercadoria, passando por um processo de conformação, nos dizeres de Alysson Leandro Mascaro, engendrando formas sociais residuais, tais como a forma jurídico-processual. Logo, o direito processual é necessariamente produto do modo de produção capitalista. Nesse contexto, a figura do juiz imparcial adquire caráter fundamental.

Ainda que muitos busquem enxergar uma espécie de identidade entre as funções dos magistrados na antiguidade e nos dias atuais, em uma concepção histórica de cunho evolucionista, o fato é que, não obstante as nomenclaturas similares, o juiz antigo nada tem a ver com o juiz contemporâneo. A atuação dos magistrados no capitalismo se dá a partir das formas sociais inerentes a esse modo de produção. Assim, o Poder Judiciário, tal como hoje se apresenta, possui caracteres específicos que o distinguem estruturalmente de todas as manifestações pré-capitalistas da atividade judicante.

Para compreensão da atuação dos magistrados na contemporaneidade, o estudo da questão da ideologia é primordial. Louis Althusser desenvolveu avanços notáveis acerca desse tema, demonstrando que a ideologia é resultante de práticas materiais, operando no inconsciente dos indivíduos e constituindo-os em sujeitos. Portanto, no contexto da sociedade capitalista, presidida pela forma mercantil e pelas formas sociais que dela derivam, a ideologia jurídica passa a ser o núcleo basilar de todo o arcabouço ideológico desse modo de produção. Os seres humanos passam, nesse contexto, a ser concebidos como sujeitos de direito e isso se dá como consequência direta da materialidade das relações sociais. Logo, forma jurídica e ideologia estão estruturalmente imbricadas.

Conforme a lição de Althusser, ao lado dos aparelhos repressivos de Estado, tem-se os aparelhos ideológicos de Estado, os quais atuam primordialmente por meio da ideologia, desempenhando função essencial na reprodução social geral, constituindo as subjetividades de todos os indivíduos, inclusive, dos magistrados. Ademais, no caso dos operadores do direito, de maneira geral, existe uma espécie de reforço ideológico, consubstanciado na própria educação jurídica, de caráter eminentemente técnico e conservador.

Em relação à atuação dos magistrados, seria ilusório se pensar em plena independência, pois a constrição pelas formas sociais capitalistas apresenta-se inexoravelmente, uma vez que tanto o direito quanto o Estado se constituem em meros produtos do capitalismo. Logo, os debates acerca do ativismo judicial que se desenrolam na atualidade devem ser pensados em uma perspectiva materialista. O Poder Judiciário não pode ser analisado separadamente da realidade social na qual se insere. O capitalismo esculpe a jurisdição dotando-lhe de contornos próprios, os quais ganham caracteres ainda mais destacadamente tecnicistas no contexto do pós-fordismo.

As discussões sobre a temática do ativismo judicial no caso brasileiro, independentemente da postura adotada por

defensores e contraditores de tal prática, limitam-se, geralmente, ao horizonte da ideologia jurídica. Contudo, com base em uma leitura marxista, constatamos que a própria existência do Poder Judiciário é corolário da estrutura exploratória que caracteriza a sociedade de nosso tempo.

John Tweedie (1775-1862) en la Argentina del siglo XIX. Un aporte para el estudio de los Derechos de Propiedad Intelectual sobre objetos biológicos vegetales

John Tweedie (1775-1862) in 19th century Argentina. A contribution to the studies of Intellectual Property Rights on biological objects

John Tweedie (1775-1862) na Argentina do século 19. Uma contribuição para o estudo dos Direitos de Propriedade Intelectual em objetos vegetais biológicos

John Tweedie (1775-1862) au 19e siècle en Argentine. Une contribution à l'étude des droits de propriété intellectuelle sur les objets végétaux biologiques

约翰·特威迪(John Tweedie, 1775-1862年), 摄于19世纪的阿根廷. 对生物植物对象的知识产权研究的贡献

Gonzalo L. Bailo¹

CONICET. Universidad Nacional del Litoral - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 104-128

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e454>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

¹ Becario Conicet (Argentina). Docente de Derecho de las Obligaciones y de Derecho de Daños en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (FCJS-UNL). Lugar de trabajo: Centro de Investigaciones en Derecho (FCJS-UNL). E-mail institucional: gbailo@fcjs.unl.edu.ar (ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7395-2630>).

Resumen: El estudio de los procesos de formación de los Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante DPI) sobre objetos biológicos vegetales es un área en la que convergen múltiples disciplinas. La Historia de la Botánica ha comenzado a prestar mayor atención a la influencia de los “actores secundarios” en la historia de los conocimientos sobre el mundo vegetal. Sin embargo, el papel de estos actores en la historia de los DPI sobre objetos biológicos vegetales requiere de mayores precisiones. Por ello, en este artículo proponemos analizar la influencia del jardinero y horticultor de origen escocés John Tweedie (1775-1862) en el tendido de las redes de objetos biológicos vegetales que conectaron a la República Argentina con jardines y herbarios de otros lugares del mundo durante el siglo XIX. Los resultados obtenidos indican que tanto los acuerdos privados como las intervenciones de autoría científica que producían estas redes pueden aportar a la historia de los DPI sobre objetos biológicos vegetales. Concluimos en la necesidad de contrastar estos resultados con otros estudios de caso en espacios periféricos.

Palabras clave: Derechos de Propiedad Intelectual, Objetos biológicos, República Argentina, John Tweedie

Abstract: There are multiple disciplines involved in the study of formation of Intellectual Property Rights (hereinafter IPR) on plant biological objects. The History of Botany has begun to pay more attention to the influence of “secondary actors” in the history of knowledge about the plant world. However, the role of these actors in the history of IPRs on plant biological objects requires greater precision. Therefore, we propose to analyze the influence of the Scottish gardener and horticulturist John Tweedie (1775-1862) in the laying of biological objects networks that connected Argentina with gardens and herbariums from other parts of the world during 19th century. The results obtained indicate that both private agreements and interventions of scientific authorship that were verified in these networks can contribute to a history of IPRs on plant biological objects. We conclude on the need to contrast these results with other case studies in peripheral spaces.

Keywords: Intellectual Property Rights, Biological Objects, Argentina, John Tweedie

Resumo: O estudo dos processos de formação de Direitos de Propriedade Intelectual (DPI) sobre objetos biológicos vegetais é uma área para a

qual convergem múltiplas disciplinas. A História da Botânica passou a dar mais atenção à influência dos “atores secundários” na história do conhecimento sobre o mundo vegetal. No entanto, o papel desses atores na história dos DPIs em objetos biológicos vegetais requer maiores esclarecimentos. Portanto, neste artigo nos propomos a analisar a influência do jardineiro e horticultor escocês John Tweedie (1775-1862) no assentamento das redes de objetos biológicos vegetais que conectavam a República Argentina com jardins e herbários de outras partes do mundo durante Século XIX. Os resultados obtidos indicam que tanto os acordos privados quanto as intervenções de autoria científica que essas redes produziram podem contribuir para a história dos DPIs em objetos vegetais biológicos. Concluimos sobre a necessidade de contrastar esses resultados com outros estudos de caso em espaços periféricos.

Palavras-chave: Direitos de propriedade intelectual, objetos biológicos, República Argentina, John Tweedie

Résumé: L'étude des processus de formation des droits de propriété intellectuelle (ci-après DPI) sur les objets biologiques végétaux est un domaine dans lequel convergent de multiples disciplines. L'histoire de la botanique a commencé à s'intéresser davantage à l'influence des «acteurs secondaires» dans l'histoire des connaissances sur le monde végétal. Cependant, le rôle de ces acteurs dans l'histoire des DPI sur les objets biologiques végétaux doit être clarifié. Pour cette raison, dans cet article, nous proposons d'analyser l'influence du jardinier et horticulteur écossais John Tweedie (1775-1862) dans la mise en place de réseaux d'objets biologiques végétaux reliant la République argentine à des jardins et herbiers d'autres parties du monde pendant XIXème siècle. Les résultats obtenus indiquent que tant les accords privés que les interventions de la paternité scientifique que ces réseaux ont produits peuvent contribuer à l'histoire des DPI sur les objets végétaux biologiques. Nous concluons sur la nécessité de comparer ces résultats avec d'autres études de cas dans les espaces périphériques.

Mot-clés: Droits de propriété intellectuelle, objets biologiques, République argentine, John Tweedie

摘要: 对植物生物物体上的知识产权(以下简称IPR)形成过程的研究是多个学科融合的领域。植物学史已开始更多地关注“次要角色”

en el mundo de la historia del conocimiento. Sin embargo, el impacto de estas acciones en la historia del conocimiento de los organismos vivos requiere una mayor clarificación. Por lo tanto, en este artículo, sugerimos analizar el rol del paisajista y botánico John Tweedie (1775-1862) en la configuración de la red de plantas en Argentina y su conexión con los jardines y plantas de otros lugares del mundo durante el siglo XIX. Los resultados muestran que las redes de plantas generadas por acuerdos privados y derechos de autor pueden promover la historia del conocimiento de los organismos vivos. Llegamos a la conclusión de que es necesario comparar estos resultados con otros casos de estudio en el espacio exterior.

Palabras clave: propiedad intelectual, productos biológicos, Argentina, John Tweedie

I. Introducción y metodología empleada

El estudio de los procesos de formación de los Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante DPI) sobre objetos biológicos vegetales es un área en la que convergen múltiples disciplinas. Numerosos trabajos que provienen de la Historia de la Biología, de la Historia de la Botánica, de los Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología (ESCT) y del Derecho de la Propiedad Intelectual dan cuenta de las múltiples articulaciones entre ciencia y derecho comprometidas en la construcción y manipulación de distintos objetos biológicos vegetales. Esta articulación de saberes proporciona al estudio de los DPI dos ventajas: a) contar con objetos de mayor densidad conceptual, lo cual enriquece el enfoque clásico centrado en el análisis de las patentes y los derechos de obtentor; b) profundizar el estudio de experiencias históricas concretas, lo cual permite encontrar nuevos puntos de conexión entre los objetos que estudia la propiedad intelectual y los objetos que estudian otras disciplinas –tanto jurídicas como no jurídicas–.

Es a partir de esta convergencia de saberes que los DPI pueden dar cuenta de una taxonomía de objetos más densa y relacional. Esto demanda una mayor intervención en materia de investigación, especialmente en materia local, ya que buena parte del conocimiento disponible sobre los procesos

de formación de los DPI sobre objetos biológicos se concentra en Europa Occidental y en los EE.UU. La atención se ha puesto en la influencia de grandes científicos como Linneo, Pasteur, Darwin y Mendel, en la construcción histórica del régimen de patentes en los EE.UU. y de derechos de obtentor en Europa Occidental y en el estudio de casos asociados a la apropiación legal de distintos tipos de objetos biológicos -flores, levaduras, semillas, microorganismos- en dichos países. En consecuencia, no resulta sencillo encontrar estudios por fuera de estos espacios geográficos que se propongan rastrear las conexiones que pueda haber entre dichos procesos generales y las experiencias particulares de otras ex colonias.

Sin embargo, esta brecha de saberes respecto a los procesos de formación de los DPI en espacios periféricos no parece totalmente insalvable. En cuanto a los aspectos positivos, la propia Historia de la Botánica ha comenzado a prestar mayor atención a la influencia de los “actores secundarios” en la historia de los conocimientos sobre los vegetales (v.g. Endersby, 2007; Fox, 2012; Ollerton, Chancellor & van Wyhe, 2012).² En efecto, los directores de los grandes herbarios y jardines botánicos de los siglos XVIII y XIX se conectaron a extensas redes internacionales de aventureros, viajeros, jardineros, recolectores y diplomáticos que remitían distintos materiales biológicos recolectados fuera de Europa, a partir de acuerdos que se gestionaban por correspondencia o por intermediarios (Brockway, 1979; Browne, 1996; Bonneuil, 2003).³ En cuanto a los aspectos

² ENDERSBY, Jim (2007). *A Guinea Pig's History of Biology*. Londres, Harvard University Press. FOX, Robert (2012). “Editorial” en *Notes Rec. R. Soc.* 66. OLLERTON, Jeff; CHANCELLOR, Gordon; VAN WYHE, John (2012). “John Tweedie and Charles Darwin in Buenos Aires” en *Notes and Records of the Royal Society*, 66(2).

³ BROCKWAY, Lucile H. (1979). “Science and colonial expansion: the role of the British Royal Botanic Gardens” en *American Ethnologist*, 6(3). BROWNE, Janet (1996). “Biogeography and empire” en *Cultures of natural history*. Cambridge, Cambridge University Press. BONNEUIL, Christophe (2003). “The manufacture of species: Kew Gardens, the Empire, and the standardisation of taxonomic practices in late nineteenth-century botany” en *Instruments, Travel and Science*. Londres, Routledge.

negativos, el papel de estos “actores secundarios” en la historia de los DPI sobre materiales biológicos vegetales parece requerir de mayores precisiones, especialmente cuando se compara con la –justificada– atención que han recibido protagonistas como Darwin, Mendel o Pasteur.

Al menos dos razones podrían justificar este estado de cosas. La primera, de orden teórico, se vincula a la posible inconveniencia de analizar las prácticas de estos actores y las reglas de circulación de los objetos biológicos vegetales en estas redes bajo la lógica de los DPI. La segunda, de orden práctico, tiene que ver con la escasez y la fragmentariedad –cuando no oscuridad– de la información disponible sobre el funcionamiento de estas redes y los detalles de la vida de sus protagonistas. Muchos de estos “actores secundarios” no estaban interesados en dejar huellas en la ciencia, sino en procurarse un medio de vida en territorios que les resultaban totalmente extraños –cuando no directamente hostiles–.

Atendiendo a esta –debatible– insuficiencia y a los riesgos de cubrirla bajo un enfoque jurídico es que proponemos analizar la influencia del jardinero y horticultor de origen escocés John Tweedie (1775-1862) en el tendido de las redes de objetos biológicos vegetales que conectaron a la República Argentina con jardines y herbarios de otros lugares del mundo durante el siglo XIX. Justificamos la elección de John Tweedie como protagonista de este estudio por la gran cantidad de conexiones relevantes que podemos aglutinar en torno a su figura, a saber: a) su llegada a Argentina en 1825 se debe a una iniciativa política de Bernardino Rivadavia que culmina con la instalación de la primera colonia agrícola del país (Colonia de Santa Catalina) en la Provincia de Buenos Aires; b) el fracaso y dispersión de la colonia en 1829 obliga a Tweedie a emprender viajes de recolección que lo pondrán en contacto con figuras clave de la época como William Jackson Hooker, Aimé Bonpland, Ninian Niven e incluso con Charles Darwin; c) tanto las publicaciones científicas de la época como su correspondencia personal

dan cuenta de la importancia de sus envíos y expediciones, de allí que los epítetos *tweediei* y *tweediana* se utilizan para identificar científicamente algunas de las especies que recolectó (v.g. *Calliandra tweediei*).

Para responder estos interrogantes hemos procedido a relevar, fichar y procesar distintos tipos de documentos, que incluyeron la correspondencia que Tweedie mantuvo con distintos botánicos y coleccionistas y sus crónicas de viaje. El trabajo se ha organizado en tres partes. En la primera parte damos cuenta del contexto político en el que John Tweedie llega a la Argentina y los motivos por los que decide aventurarse a recolectar distintos especímenes. En la segunda parte describimos el trazado de la red de objetos biológicos y de saberes botánicos a la que Tweedie se integra para poder enviar los objetos que recolectaba. En la tercera parte analizamos las prácticas concretas de estas redes para gestionar los intercambios de objetos biológicos y la producción de objetos científicos botánicos. Finalmente, ofrecemos algunas conclusiones.

II. John Tweedie en Argentina. Entre proyectos políticos y viajes de exploración

John Tweedie nació en 1775 en Lanarkshire, Escocia, donde se formó en horticultura.⁴ Se desempeñó como encargado de los jardines de Lord Roxburghe en Dalkeith. Luego trabajó en el Jardín Botánico de Edimburgo, donde llegó a ser primer jardinero. Posteriormente trabajó en propiedades como Castle Hill (Ayrshire), Sundrum, Blairquhan y Eglinton Castle.

El 11 de agosto de 1825 John Tweedie llegó al puerto de Buenos Aires como parte de una colonia de escoceses destinados a instalarse en la colonia agrícola de Santa Catalina en la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Los motivos por los que

⁴ No se conoce la fecha exacta de nacimiento. Las fuentes disponibles en la Biblioteca Max von Buch de la Universidad de San Andrés (ver bibliografía) indican que podría haber nacido el 10 o 12 de abril.

este jardinero escocés, que ya superaba los cincuenta años de edad, podría haber tomado la decisión de emigrar a Argentina no son claros, aunque algunas fuentes aluden al interés de Tweedie en las riquezas botánicas latinoamericanas (The Buenos Aires Standard, 1862; Jstor Global Plants, s/f)⁵ y a las posibilidades de prosperidad que podía ofrecer el Río de la Plata (Campomar Rotger, 1999, p. 1).⁶

La mencionada iniciativa de colonización se originó en 1823 cuando Martín Rodríguez, como gobernador de Buenos Aires, autorizó a Bernardino Rivadavia, en ese momento ministro de relaciones exteriores, a gestionar en Europa el envío de familias con destino a Buenos Aires. Los hermanos Parish Robertson (John y William) enviaron un proyecto que proponía la formación de una colonia agrícola y ganadera integrada por escoceses. La propuesta fue aceptada por Rivadavia y así un grupo de 220 escoceses embarcaron el 22 de mayo de 1825 en el puerto de Leith.

Debido a una multiplicidad de factores, la colonia escocesa fracasó y se disgregó entre 1829 y 1832. A partir de ello, Tweedie se vio forzado a buscar otros medios para sostener a su familia. Abrió un negocio en Retiro y comenzó a trabajar como jardinero para familias de la zona.⁷ Fue en este contexto de disgregación de la colonia y de necesidad económica que John Tweedie buscó integrarse a la red de naturalistas, exploradores y aventureros que ya recorrían distintos espacios del continente y del país (cfr. Turrill, 1920).⁸

⁵ Jstor Global Plants. Tweedie, John (James) (1775-1862). Disponible en: <https://plants.jstor.org/stable/10.5555/al.ap.person.bm000033767>

⁶ CAMPOMAR ROTGER, Pedro (1999). "Juan Tweedie, el primer investigador de nuestra flora" en *Programas de temas históricos, propios del partido de Esteban Echeverría (Obra n° 18, Carpeta n° 32)*. Colección Pedro Campomar Rotger. Biblioteca Central de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

⁷ Cabe destacar, como legado de esta colonia, que Tweedie plantó en Santa Catalina el primer bosque artificial de Argentina, el cual es hoy Monumento Histórico Nacional (actual Bosque de Santa Catalina de Llavallol).

⁸ TURRILL, William Bertram (1920). "Botanical exploration in Chile and Argentina" en *Bulletin of Miscellaneous Information (Royal Botanic Gardens, Kew)*, 1920(2).

Esta conexión entre contextos políticos locales y grandes viajes de exploración se encuentra planteada en la literatura nacional. En primer lugar, en un trabajo de Castellanos (1945, p. 3) que ha analizado las expediciones botánicas luego de la independencia argentina en el período 1810-1853.⁹ El autor distingue dos tipos de sujetos: los que vinieron por intermedio directo o indirecto del gobierno patrio y los que vinieron sin ese intermedio. Castellanos ubica a Tweedie en la categoría de sujetos que vinieron por intermedio indirecto del gobierno patrio y a Aimé Bonpland en la de sujetos que vinieron por intermedio directo del mismo. En segundo lugar, en un trabajo de Parodi (1961) sobre la historia de la botánica en Argentina.¹⁰ Este autor identifica una fase de grandes viajes de exploración y surgimiento de los sistemas naturales de clasificación (1810 hasta 1850) en la que ubica a Tweedie, a Humboldt y a Bonpland.¹¹

III. Redes de objetos biológicos y saberes botánicos

Dos aspectos aparecieron como determinantes para la integración de Tweedie a las redes de intercambio de objetos biológicos del siglo XIX. El primero tiene que ver con las circunstancias en las que exploró los distintos espacios de Argentina, Uruguay y Brasil. Durante sus viajes Tweedie tenía que procurarse guías (baqueanos), superar vicisitudes de distinta gravedad -el idioma, el hospedaje, los peligros en los caminos-, definir postas para correspondencia y provisiones, lidiar con los inconvenientes técnicos propios de las tareas de recolección de

⁹ CASTELLANOS, Alberto (1945). "Las exploraciones botánicas en la época de la independencia, 1810-1853" en *Holmbergia*, Tomo IV, Nº 8.

¹⁰ PARODI, Lorenzo (1961). "Ciento cincuenta años de Botánica en la República Argentina" en *Bol. Soc. Argent. Bot.*, 9.

¹¹ Esta etapa es ubicada por Parodi a continuación de una fase Linneana que estima entre 1750 y 1810, y antes de una fase de nacimiento de la ciencia en Argentina, que estima entre 1850 y 1905.

material vegetal y, por supuesto, procurarse recursos materiales para financiar estas expediciones. Como surge de sus crónicas de viaje y de su correspondencia personal, para afrontar estas circunstancias Tweedie se apoyó principalmente en el contacto personal y epistolar con personas de origen europeo.

El segundo aspecto determinante de la integración de Tweedie a estas redes se sostiene justamente en dicho contacto epistolar. Por esta vía Tweedie entabló relaciones con herbarios y jardines europeos y con coleccionistas y naturalistas de la época. El contacto clave de Tweedie fue el influyente botánico inglés William Jackson Hooker (1785-1865), quien fue director de importantes instituciones como el Jardín Botánico de Glasgow y el Jardín Botánico de Kew, autor de gran cantidad de libros y editor del *Curtis's Botanical Magazine*.

En este punto es necesario atender a dos cuestiones vinculadas al tipo de institucionalidad a la que Tweedie se plegaría y al interés que sus exploraciones podían despertar en las potencias coloniales. En primer lugar, y como marca Brockway (1979, p. 449), el jardín botánico, como institución que genera información respecto a plantas con valor económico, contribuyó significativamente a la expansión colonial de Occidente.¹² En 1840 el Jardín Botánico de Kew fue transferido al gobierno británico, adquiriendo estatus de jardín nacional, y William Hooker fue nombrado como su director. En segundo lugar, y de acuerdo a Ollerton, Chancellor & van Wyhe (2012, p. 3), la escala de la recolección y los espacios en los que se aventuró Tweedie explican que una buena parte de los materiales que recolectó resultara novedosa para los botánicos europeos.¹³

¹² BROCKWAY, Lucile H. (1979). "Science and colonial expansion: the role of the British Royal Botanic Gardens" en *American Ethnologist*, 6(3).

¹³ OLLERTON, Jeff; CHANCELLOR, Gordon; VAN WYHE, John (2012). "John Tweedie and Charles Darwin in Buenos Aires" en *Notes and Records of the Royal Society*, 66(2). Estos autores acotan que las colecciones de Tweedie, que están desperdigadas por los herbarios del mundo, nunca fueron completamente catalogadas.

1. *Objetos biológicos en red. Expediciones y envíos*

Los grupos de material biológico recolectado por Tweedie durante su vida incluyen algas, briofitas, hongos, pteridofitas y espermatofitas (Jstor Global Plants, s/f). Sus viajes incluyeron distintas zonas de Argentina, Brasil y Uruguay. Sin embargo, a medida que se profundiza respecto a los itinerarios exactos de Tweedie y a los espacios geográficos en los que algunas especies fueron recolectadas, las fuentes comienzan a diferir y a mostrar algunos vacíos.

Una primera fase de expediciones se extendió desde 1832 hasta 1834.¹⁴ La primera gran expedición de Tweedie es a Brasil-Rio Grande do Sul, Santa Catalina y Río de Janeiro- en 1832, donde colaboró con H. S. Fox, un botánico inglés que había sido enviado a dicho país. Según Castellanos (1945, p. 6) en su viaje por Brasil Tweedie logró reunir alrededor de mil especies, lo cual incluye la *Calliandra tweediei* (vulgarmente plumerillo rojo).¹⁵ Luego emprendió un viaje al sur de la Provincia de Buenos Aires, pero su barco se estancó en un banco de arena y tardó casi tres semanas en llegar a Bahía Blanca, lo cual le produjo problemas con las provisiones. En 1833 Tweedie recolectó especies en Uruguay, remontándose hasta allí desde Buenos Aires (Argentina) por el río homónimo (Cotton, 1906, p. 366).¹⁶ Lo recolectado en este viaje es enviado al Herbario de Kew. De acuerdo a Straube (2012) Tweedie habría trabajado en Uruguay

¹⁴ No obstante, cabe aclarar que Tweedie ya registraba herborizaciones en las cercanías de Buenos Aires y algunos envíos tempranos. En 1826 Tweedie recolectaba semillas de plantas comunes como las que encontraba en Buenos Aires y las enviaba a contactos hortícolas en Escocia (Ollerton, Chancellor & van Wyhe, 2012, p. 5). O el envío de petunias en 1831 a los Jardines Botánicos de Glasgow (Nature, 1925). OLLERTON, Jeff, CHANCELLOR, Gordon; VAN WYHE, John (2012). "John Tweedie and Charles Darwin in Buenos Aires" en *Notes and Records of the Royal Society*, 66(2). NATURE (1925). "Current topics and events" en *Nature*, Nº 2901, Vol. 115.

¹⁵ CASTELLANOS, Alberto (1945). "Las exploraciones botánicas en la época de la independencia, 1810-1853" en *Holmbergia*, Tomo IV, Nº 8.

¹⁶ COTTON, Arthur Disbrowe (1906). "Marine algae from Corea" en *Bulletin of Miscellaneous Information (Royal Botanic Gardens, Kew)*, 1906(9).

junto al botánico belga Louis Van Houtte (1810-1876).¹⁷ Castellanos (1945, p. 6) también describe el intento de una segunda expedición a Rio Grande do Sul en 1835 que fracasó debido al naufragio del barco a la salida de Montevideo (Uruguay).¹⁸

Una segunda fase de expediciones se extendió desde 1835 hasta 1837.¹⁹ En esta fase se incluye un viaje de 84 días a la provincia de Tucumán (Argentina) que comenzó en marzo de 1835 y un viaje al sur de la Provincia de Buenos Aires en abril de 1837 (cfr. Castellanos, 1945, pp. 8-10).²⁰ Estas dos excursiones cuentan con crónicas de viaje redactadas en inglés por el propio Tweedie y publicadas en revistas científicas de la época (Tweedie, 1838; Tweedie & Hooker, 1839).²¹

Estas crónicas de viaje sirven para conocer mejor lo que pensaba Tweedie de los espacios de la Argentina del siglo XIX que herborizó. En este punto debe tenerse en cuenta que su defectuoso castellano lo llevaba a alterar significativamente los nombres de las localidades, de las personas y de los accidentes geográficos –a tal punto que en algunos casos no es posible saber a qué se refería-. En su crónica del viaje a Tucumán Tweedie lamenta pesar por cumplir sesenta años “rodeado de los peores salvajes” y al asistir al desfile del 25 de mayo en Tucumán (aniversario de la Revolución de Mayo en Argentina) expresa su decepción al esperar “más despliegue y riqueza material”, al

¹⁷ STRAUBE, Fernando Costa (2012). “Ruínas e urubus: História da Ornitologia no Paraná. Período de Natterer, 1 (1820 a 1834)” en *Hori Cadernos Técnicos* nº 5

¹⁸ CASTELLANOS, Alberto (1945). Ob. Cit.

¹⁹ Cabe aclarar que Hicken (1928) da cuenta también de una pequeña excursión de Tweedie a Concepción del Uruguay en 1854 (Entre Ríos, Argentina), viaje del que no se tienen mayores registros. HICKEN, Cristóbal (1928). “La «Calliandra Tweedie» Benth. del Jardín Zoológico de Buenos Aires” en *Darwiniana*, 2(1).

²⁰ CASTELLANOS, Alberto (1945). “Las exploraciones botánicas en la época de la independencia, 1810-1853” en *Holmbergia*, Tomo IV, Nº 8.

²¹ TWEEDIE, John (1838). “Mr. Tweedie’s Journal of an Excursion from Buenos Ayres to the Serras de Tandil” en *Ann. Nat. Hist.* 1. TWEEDIE, John Esq. & HOOKER, William Jackson (1839). “XVII.—Extracts from a few rough notes of a journey across the Pampas of Buenos Ayres to Tucuman, in 1835” en *Annals and Magazine of Natural History*, 4:23.

tiempo que destaca “la amabilidad de la gente del lugar”. Tweedie en estas crónicas también describe la variada vegetación que encuentra en Santiago del Estero y en Tucumán, mostrándose asombrado por la variedad de árboles en esta última provincia.

Su crónica del viaje a las Sierras de Tandil, al sur de la Provincia de Buenos Aires, tiene un tono más áspero puesto que Tweedie entiende que no encontró “lo que fue a buscar”. Describe la vida en algunas localidades como “miserable”, con excepción de la estancia de un ganadero en la que se encontró a gusto por ser de “un buen estilo europeo”. Tweedie relata que ese hacendado dice vivir entre salvajes y que, como vive rodeado de indios, siempre está preparado para la defensa. Tweedie decide volver rápidamente a Buenos Aires porque todo era “pastura seca” y por no haber visto “ni una sola planta nueva en sesenta o setenta millas”. En una carta enviada a Hooker (22 de junio 1837), Tweedie le transmite que no piensa viajar más por estos lugares, ya que “se puede recolectar más en Brasil en un día que en este condado en un mes”.

2. Ciencias botánicas en red. Clasificaciones y descripciones

Como surge de la información disponible, John Tweedie se encargaba de las expediciones y de las tareas de herborización, pero no contaba con intenciones o conocimientos suficientes para proceder a descripciones y clasificaciones sistemáticas de los materiales biológicos que recolectaba. A diferencia de otros naturalistas viajeros que le fueron contemporáneos como Aimé Bonpland o John Miers, Tweedie no se interesó en escribir literatura científica.²² Por ello, para este tipo de actores era necesario que, de alguna manera, sus colecciones de objetos biológicos estuvieran en red con las ciencias e instituciones botánicas.

²² Como indican Ollerton, Chancellor & van Wyhe (2012, p. 4) Tweedie no distinguió entre recolectar para la ciencia botánica y recolectar para la horticultura, lo cual refleja las raíces compartidas de estas dos disciplinas en este período histórico. OLLERTON, Jeff; CHANCELLOR, Gordon; VAN WYHE, John (2012). “John Tweedie and Charles Darwin in Buenos Aires” en *Notes and Records of the Royal Society*, 66(2).

En esta conexión entre objetos y saberes botánicos resultó clave el contacto de Tweedie con Ninian Niven (1799–1879) y con el ya mencionado William Jackson Hooker. John Tweedie y Ninian Niven establecieron contacto por intermedio de Philip Yorke Gore (4º Earl de Arran), quien había conocido a Tweedie durante su desempeño como *chargé d'affaires* en Buenos Aires durante 1832 y 1834.²³ De acuerdo a Nelson (1987b, p. 19), Ninian Niven, como curador de los Jardines de Glasnevin, se dedicó a la introducción de plantas desde territorios de ultramar.²⁴ Las colecciones más significativas recibidas por estos jardines antes de 1880 provinieron de John Tweedie y de Edward Madden -quien herborizó en la India- (Nelson, 2016, p. 3).²⁵ De hecho, la primera contribución de los Jardines de Glasnevin al *Botanical Magazine* bajo la curatela de Niven fue la *Verbena tweediana*, cuyas semillas fueron enviadas por Tweedie a Niven en 1836 (cfr. Nelson, 1987, p. 44).²⁶

La conexión de Tweedie con William Jackson Hooker, por su parte, fue un poco más fructífera y constante. La estatura que había conseguido en el mundo de la botánica, su vasta red de contactos a lo largo del mundo, su influencia como editor del *Curtis's Botanical Magazine* y su cargo de director de los Jardines de Kew en Londres lo convertían en el gestor ideal de los objetos de Tweedie en los canales formales de los saberes botánicos. Buena parte de las especies herborizadas por Tweedie fueron clasificadas y descritas por Hooker. Otras fueron recibidas y descritas por el botánico inglés George Bentham

²³ Para un abordaje más amplio véase: NELSON, E. Charles; MCCRACKEN, Eileen (1987). *The brightest jewel: a history of the National Botanic Gardens Glasnevin, Dublin*. Kilkenny, Boethius Press.

²⁴ NELSON, E. Charles (1987b). "Scottish connections in Irish botany and horticulture" en *The Scottish Naturalist*. The Scottish Natural History Library.

²⁵ NELSON, E. Charles (2016). *Sources of Plants For, and Distribution of Plants From, the Royal Dublin Society's Botanic Gardens, Glasnevin, 1795-1879: An Annotated Checklist*. Northern Ireland Heritage Gardens Trust.

²⁶ NELSON, E. Charles (1987a). "In Honour of Ireland: the Hibernian contribution to 'Curtis's Botanical Magazine' 1787–1987" en *Curtis's Botanical Magazine*, 4(1).

(1800-1884), estrecho colaborador de Hooker. En la obra “*Contributions towards a flora of South America and the Islands of the Pacific*” (Hooker & Arnott, 1833), Hooker ya reconocía la importancia que tenían los envíos de Tweedie y de otros contactos en las colecciones de su herbario.²⁷ En esta publicación, y en lo que respecta a envíos de materiales de Argentina, Hooker también menciona el trabajo de John Gillies y de James Baird, destacando ciertas coincidencias respecto a los lugares que herborizaron (Hooker & Arnott, 1833, p. 130).²⁸

La estatura de Hooker en la ciencia británica va a proporcionar a Tweedie y a sus objetos biológicos una serie de ventajas que no habrían podido conseguir en Argentina. La red de Hooker le va a dar a estos objetos biológicos el estatus de objetos científicos y un espacio taxonómico propio. Así, actualmente *Tweedia* es un género de fanerógamas de la familia Apocynaceae, con siete especies aceptadas, y descrito por Hooker y Arnott en 1835 en su “*Journal of Botany*”. En cuanto a Tweedie, esta red va a proporcionarle dos tipos de ventajas. Una remuneración por sus envíos y un reconocimiento como “naturalista” y “botánico” del que no gozaba en su Escocia natal ni en Argentina –donde se lo consideraba horticultor y jardinero-. Resulta indicativo de este reconocimiento que Hooker (1834, p. 178), en una de sus publicaciones, defina a Tweedie como un “botánico infatigable”.²⁹ En una carta enviada por Tweedie a Hooker (26 de mayo de 1836), Tweedie agradece a Hooker y a Arnott por inscribir su nombre en la lista de los “botánicos eminentes”.

Es a partir de este reconocimiento que los epítetos *tweediei* y *tweediana* se utilizan para identificar científicamente algunas de las especies que Tweedie recolectó durante sus viajes. Esta

²⁷ HOOKER, William Jackson; ARNOTT, George Arnott Walker (1833). “Contributions towards a flora of South America and the islands of the Pacific” en *Botanical Miscellany*. Londres, Murray.

²⁸ HOOKER, William Jackson; ARNOTT, George Arnott Walker (1833). Ob. Cit.

²⁹ HOOKER, William Jackson (1834). *The Journal of Botany (Vol. 1)*. Glasgow, Edward Khuel.

revalorización también puede verificarse, por ejemplo, en el obituario de John Tweedie en el *Buenos Aires Standard* del 24 de abril de 1862 que lo califica como “jardinero y botánico” lo cual contrasta con una noticia del *British Packet, and Argentine News* con fecha 23 de agosto de 1828, que define a Tweedie como el “jardinero principal” de la Colonia de Santa Catalina.

A estos contactos debemos sumarle la relación que mantuvo Tweedie con otros naturalistas de la época, algunos de los cuales herborizaron también en Argentina y alrededores. Uno de los puntos que ha despertado la atención de los historiadores de la biología es el tipo de relación que John Tweedie pudo haber tenido con un personaje central de la ciencia como Charles Darwin. Esto ha sido abordado en detalle por Ollerton, Chancellor & van Wyhe (2012), quienes argumentan a partir del análisis de una serie de documentos que ambos podrían haberse reunido en Buenos Aires entre el 2 y el 9 de noviembre de 1832.³⁰ Estos autores también suponen que Tweedie podría haber proveído con algunas semillas a Darwin, quien luego las habría enviado a John Stevens Henslow a Cambridge.³¹

IV. Apropiaciones y transacciones. De objetos biológicos a objetos científicos

Lo expuesto en el apartado anterior requiere profundizar en las tecnologías utilizadas en estas redes para facilitar el tránsito de objetos biológicos periféricos a objetos científicos universales. Para ello nos concentraremos en describir dos tipos de prácticas: los acuerdos privados que las redes producen sobre los objetos biológicos y las intervenciones de autoría que los botánicos inscriben en los objetos científicos. Cada una de estas

³⁰ OLLERTON, Jeff; CHANCELLOR, Gordon; VAN WYHE, John (2012). “John Tweedie and Charles Darwin in Buenos Aires” en *Notes and Records of the Royal Society*, 66(2).

³¹ Más allá de si esta reunión existió, los registros y bitácoras de Darwin igualmente dan cuenta de que Tweedie, por ejemplo, le proporcionó información sobre la geografía del Río Paraná.

prácticas cumple una función específica en la red. Los acuerdos privados facilitan la conexión a la red de los objetos periféricos valiosos (y correlativamente la desconexión de los objetos inservibles y defectuosos), mientras que las intervenciones de autoría promueven la creación de relaciones entre distintos tipos de objetos científicos (y correlativamente la modificación o la destrucción de relaciones con otros tipos de objetos).

Para atender a los acuerdos privados es necesario realizar una consideración previa. Para John Tweedie el envío de materiales a Europa era una actividad que le permitía ganarse la vida. Como sostienen Ollerton, Chancellor & van Wyhe (2012, p. 2) Tweedie recolectaba para mantener a su familia y el dinero provenía de las colecciones que enviaba a Hooker y a otros coleccionistas.³² En una posición similar, Endersby (2007, p. 38) califica a Tweedie como un coleccionista típico, que herborizaba plantas para enviar a Inglaterra, y que al igual que otros sujetos trabajaba para satisfacer tanto la demanda comercial como la curiosidad de los hombres de ciencia.³³

La correspondencia de Tweedie con William Hooker nos permitirá abordar el contenido específico de estos acuerdos. En la primera carta que Tweedie envía a Hooker (6 de agosto de 1831) le comunica el envío de 140 especímenes, al tiempo que le remarca las dificultades que tiene herborizar en condiciones adversas. Tweedie confirma un segundo envío a Hooker en su siguiente misiva (20 de febrero de 1832). En otra carta (7 de marzo de 1832) Tweedie comunica que envió 460 especímenes de productos vegetales, a los cuales pone precio e indica un tercero al que se le puede pagar. En la siguiente (9 de octubre de 1832) Tweedie envía a Hooker su inventario completo, esperando que algunos ítems le puedan ser de utilidad, y expresa

³² OLLERTON, Jeff; CHANCELLOR, Gordon; VAN WYHE, John (2012). "John Tweedie and Charles Darwin in Buenos Aires" en *Notes and Records of the Royal Society*, 66(2).

³³ ENDERSBY, Jim (2007). *A Guinea Pig's History of Biology*. Londres, Harvard University Press.

que no puede cobrarle por los últimos artículos que le envía por no estar dentro de los límites del pedido de Hooker. En otra carta (24 de abril de 1833), Tweedie comunica un nuevo envío de especímenes, indica a Hooker que el pago se le haga a su hijo William Tweedie en Londres y pide nuevas instrucciones para continuar con los envíos.

La cuestión pecuniaria y la utilidad o novedad de los ítems es un tema recurrente en su correspondencia. Por ejemplo, como en una de sus cartas Hooker alega no haber recibido una de las cajas, Tweedie le comunica (12 de septiembre de 1833) que en las nuevas cajas que le envía seguramente “encontrará algo nuevo” y que sólo le cobrará “por los especímenes que encuentre útiles”.

Al mismo tiempo, los documentos dan cuenta de los múltiples problemas que Tweedie enfrentaba para recolectar, enviar y cobrar por los especímenes. En una de sus cartas (07 de abril de 1834) se lamenta por artículos que él creía nuevos, por otros que le robaron y pide que no se le pague más a cierto tercero por no haber acusado recibo del último pago de Hooker. En otra (29 de septiembre de 1835) Tweedie hace mención a algunas transacciones fallidas y a una intermediaria que no había regresado y que podría haber sufrido un accidente. Con dicha carta Tweedie envía a Hooker lo recolectado en Santa Fe, Mendoza, Santiago del Estero y Tucumán (Argentina).

A medida que pasan los años, Tweedie parece ampliar sus colecciones y su lista de compradores. En una carta (26 de mayo de 1836) relata haber adquirido una colección de un botánico fallecido y haber enviado una colección considerable de plantas a Lord Edward Russell. En otra carta (21 de junio de 1836) manifiesta haber recibido cartas del botánico Henry Borron Fielding y de un viverista de Londres pidiéndole que viaje al lado este de Los Andes para recolectar plantas alpinas. En la siguiente misiva (12 de noviembre de 1836) Tweedie comunica un nuevo envío de lo recolectado en Brasil para Hooker y algunos especímenes para George Bentham.

Un tiempo después (22 de junio de 1837), Tweedie comunica a Hooker el envío de lo recolectado en las Sierras de Tandil (Argentina) y le expresa que debido a que su antiguo empleador en la colonia agrícola (Parish Robertson) no puede pagarle debería recurrir “a algo más rentable que recolectar especímenes”.³⁴ Sin embargo, cartas posteriores dan cuenta que Tweedie, pese a no volver a embarcarse en grandes expediciones, realizó nuevos envíos tanto a Hooker como a otros coleccionistas. En particular, sus últimas cartas a Hooker dan cuenta de un reclamo de Tweedie a Thomas Harris de Kingsbury por el envío de ejemplares que nunca le fueron pagados (v.g. misivas c. 1848, 10 de febrero de 1848 y 25 de septiembre de 1849).

De la correspondencia de Tweedie surge la utilización de los acuerdos privados como una tecnología que conecta a la red objetos útiles y descarta objetos inútiles o defectuosos. La importancia que asignaba Tweedie a los precios, a la novedad y utilidad de los ítems recolectados y al trato con los intermediarios, dan cuenta de cierta lógica contractual en sus relaciones con otros miembros de la red. El valor de las transacciones recaía sobre los objetos y no necesariamente sobre la cantidad de trabajo o tiempo que requería su recolección, lo que justifica la consideración de Tweedie como *freelancer*. Como explica Brockway (1979, p. 453) el interés de las instituciones como el Jardín Botánico de Kew estaba en la botánica económica, lo que significa botánica colonial.³⁵ La autora argumenta que de esta manera Kew se convirtió en un centro de información y en un depósito para el intercambio de plantas en todo el imperio. Vinculado a esto, Browne (1996, p. 306) distingue tres tipos de naturalistas y recolectores asociados a la biogeografía imperial: los emprendedores que trabajaban por cuenta propia -que eran

³⁴ A raíz de ello, Tweedie envió una carta (Colección John Norris, 15 de septiembre de 1837) a William Parish Robertson en Inglaterra reclamando las sumas adeudadas con los intereses correspondientes.

³⁵ BROCKWAY, Lucile H. (1979). “Science and colonial expansion: the role of the British Royal Botanic Gardens” en *American Ethnologist*, 6(3).

dueños de sus especímenes y elegían qué hacer con ellos-; el personal naval, militar y otros empleados oficiales -destinados a un territorio o expedición-; y quienes eran empleados para recolectar para una institución determinada.³⁶

La definición de Tweedie como un emprendedor que remitía sus ejemplares a distintos compradores nos lleva al segundo tipo de práctica, es decir, a las intervenciones de autoría de los botánicos sobre los objetos recolectados. Para ello debemos atender a una consideración previa. Las recolecciones y envíos de John Tweedie están íntimamente conectados a la evolución de la taxonomía botánica en el siglo XIX, especialmente en lo que refiere a la transición entre los sistemas de clasificación que se proponen desde Linneo (taxonomía linneana) hasta Darwin (clasificaciones filogenéticas). John Tweedie proporcionó materiales biológicos a dos influyentes botánicos sistemáticos predarwinianos como George Bentham y William Jackson Hooker,³⁷ al tiempo que proporcionó información -y presumiblemente algunos especímenes- al propio Charles Darwin.³⁸

Tanto Bentham como Hooker, que como otros botánicos debían lidiar con la inestabilidad de los términos y la superposición de categorías, se dieron a la tarea de catalogar, depositar, ilustrar, nombrar, clasificar y describir científicamente los objetos que recibían de viajeros como Tweedie para ponerlos en relación con otros objetos científicos. En muchos casos un mismo tipo de objeto biológico terminaba asociado a más de un objeto científico (casos de sinónimos) o reclasificado bajo otros parámetros (casos de basónimos).

³⁶ BROWNE, Janet (1996). "Biogeography and empire" en *Cultures of natural history*. Cambridge, Cambridge University Press.

³⁷ George Bentham y Joseph Dalton Hooker (hijo de William Jackson Hooker) diseñaron el sistema predarwiniano de clasificación Bentham & Hooker en su obra "*Genera plantarum*".

³⁸ El viaje de Darwin a bordo del HMS Beagle (1831-1836) y su obra "El origen de las especies" (1859) influirían notablemente en el diseño de otros sistemas de clasificación que darían cuenta de las relaciones evolutivas (v.g. Sistema de Engler).

Browne (1996, p. 313) explica que los botánicos como Joseph Hooker (1817-1911) –hijo y sucesor de William Jackson Hooker como director de Kew- entendían que como sus agentes de ultramar no estaban equipados para entender sus propias plantas debían enviarlas a Kew, eje de la red científica colonial.³⁹ Así, para esta autora, las colecciones de objetos recolectados y enviados hacia Gran Bretaña representaban la propia cultura de la empresa colonial.⁴⁰

La *Calliandra tweediei* es un buen ejemplo de las múltiples intervenciones de autoría que estas redes de botánicos desplegaban sobre los objetos recolectados para emplazarlos como objetos científicos. Este arbusto nativo, conocido vulgarmente –entre muchos otros nombres- como borla de obispo o plumerillo rojo se distribuye por el sudeste de Brasil, el norte de Uruguay y el nordeste de Argentina (Instituto de Botánica Darwinion, s/f).⁴¹ Tweedie herborizó esta especie en 1832, durante su primer viaje a Brasil, la envió a los herbarios de Hooker, y fue clasificada por Bentham en 1840.⁴² Sin embargo, como ha señalado Hicken (1928, p. 21), el botánico Friedrich Sellow había recogido ejemplares de esta especie en 1823 en la misma zona que Tweedie, pero los suyos habían quedado archivados en el Museo Botánico de Berlín.⁴³ Por esta razón, Bentham pudo completar su descripción de la especie en 1844, luego de acceder a los ejemplares de Sellow.

Para emplazar taxonómicamente a ese y a otros especímenes, Bentham (1840, p. 138) propuso crear el género *Calliandra*

³⁹ BROWNE, Janet (1996). “Biogeography and empire” en *Cultures of natural history*. Cambridge, Cambridge University Press.

⁴⁰ Para un abordaje completo puede consultarse: ENDERSBY, Jim (2008). *Imperial nature: Joseph Hooker and the practices of Victorian science*. Londres, University of Chicago Press.

⁴¹ Instituto de Botánica Darwinion. “*Calliandra tweediei*”. Disponible en: <http://conosur.floraargentina.edu.ar/species/details/4549>

⁴² BENTHAM, George (1840). “Contributions towards a flora of South America: enumeration of plants collected by Mr. Schomburgk in British Guiana” en *Journal of Botany (Hooker)*, 2(11).

⁴³ HICKEN, Cristóbal (1928). “La «*Calliandra Tweediei*» Benth. del Jardín Zoológico de Buenos Aires” en *Darwiniana*, 2(1).

como reemplazo del género *Inga anomala* del sistema de clasificación diseñado por el botánico De Candolle (1778–1841). En ese género, Bentham ubicó 18 especies, incluyendo en la especie número 11 el ejemplar que Tweedie envió a Hooker, al cual identificó como “*C. Tweedii*”, adjudicando así a John Tweedie el mérito como descubridor. Este objeto científico reconoce al menos cinco sinónimos. En particular, existe un sinónimo de 1827 (*Inga pulcherrima* Cerv. ex Sweet), anterior a la descripción de Bentham, pero que es considerado *nomen nudum* por no satisfacer las exigencias mínimas para su validación formal como nombre científico.

A partir de estos intercambios en red, Tweedie se legitimó como “descubridor” de un objeto biológico en la periferia (*tweedie*) y Bentham como “autor” de un objeto científico en el centro (*Calliandra*). En este punto es posible trazar una conexión entre dichas prácticas y el desarrollo de las taxonomías científicas sobre el mundo vegetal. Bonneuil (2003, p. 198) explica cómo, a medida que ciertas instituciones se establecían como centros de una botánica mundial, los pocos hombres que estaban a cargo de ellas o que tenían acceso diario a sus recursos “disfrutaron de un poder e influencia crecientes en el campo de la botánica sistemática”.⁴⁴ En una tesitura similar Browne (1996, p. 314) entiende que las teorías de la distribución vegetal basadas en esas colecciones de objetos reflejaban el *ethos* del imperio.⁴⁵

A esto debemos sumar algunos datos complementarios que pueden resultar de interés. De acuerdo a Hicken (1928, p. 22), en 1854 Tweedie trajo dos plantas de *Calliandra* de unas islas próximas a Concepción del Uruguay (Entre Ríos, Argentina), enviando una a Hooker y otra a su amigo Eduardo Wenceslao

⁴⁴ BONNEUIL, Christophe (2003). “The manufacture of species: Kew Gardens, the Empire, and the standardisation of taxonomic practices in late nineteenth-century botany” en *Instruments, Travel and Science*. Londres, Routledge.

⁴⁵ BROWNE, Janet (1996). “Biogeography and empire” en *Cultures of natural history*. Cambridge, Cambridge University Press.

Holmberg.⁴⁶ Vale aclarar que Castellanos (1945, p. 11) objeta que no hay registro epistolar de tal viaje y que –de acuerdo a Spegazzini- tampoco se han encontrado ejemplares de plumerillo al sur del paralelo 30°, salvo que los recolectados por Tweedie fueran cultivados.⁴⁷ Más allá de estos detalles, Hicken (1928, p. 22) relata que Holmberg plantó su ejemplar en su quinta, y que Tweedie solía recorrer dicha propiedad para visitar a “su hija” –como llamaba a la planta-.⁴⁸ Este dato de los últimos años en la vida de Tweedie es significativo, porque permite recuperar, al menos parcialmente, un tipo de relación de Tweedie con el mundo vegetal del que no dan cuenta sus crónicas de viaje ni su correspondencia, y que contrasta con la trayectoria del plumerillo que años antes fue enviado a Hooker.⁴⁹

V. Algunas conclusiones

En este trabajo intentamos dar cuenta de la influencia de John Tweedie, en tanto actor secundario de la historia de la botánica, en el tendido de las redes de objetos biológicos vegetales que conectaron a la República Argentina con jardines y herbarios de otros lugares del mundo durante el siglo XIX. Como inmigrante escocés en Argentina, John Tweedie se plegó a un modelo de botánica imperialista gestionado a través de una vasta y compleja red, que tenía su punto neurálgico en los Jardines de Kew.

A partir del estudio de esta red de actores e intercambios, rastreamos las conexiones relevantes que podían existir entre

⁴⁶ HICKEN, Cristóbal (1928). “La «Calliandra Tweediei» Benth. del Jardín Zoológico de Buenos Aires” en *Darwiniana*, 2(1).

⁴⁷ CASTELLANOS, Alberto (1945). “Las exploraciones botánicas en la época de la independencia, 1810-1853” en *Holmbergia*, Tomo IV, Nº 8.

⁴⁸ HICKEN, Cristóbal (1928). “La «Calliandra Tweediei» Benth. del Jardín Zoológico de Buenos Aires” en *Darwiniana*, 2(1).

⁴⁹ John Tweedie falleció el 01 de abril de 1862 en Argentina.

los procesos generales de formación de los DPI y la experiencia particular de ex colonias como Argentina. Bajo esta perspectiva, la figura de John Tweedie y el análisis de sus prácticas como recolector e intermediario nos permitieron dar cuenta del papel que jugaban los acuerdos privados que se celebraban sobre los objetos biológicos y las prácticas de autoría científica que se inscribían sobre los objetos científicos vegetales. Ambas tecnologías jurídicas se emplearon para facilitar la apropiación de los objetos biológicos y la portabilidad de los objetos científicos a través de distintos espacios. La utilización y manipulación de las figuras del descubridor y del autor tuvieron un papel clave en el proceso de construcción de dicha taxonomía vegetal.

El trabajo nos permitió avanzar en dos sentidos. En primer lugar, para dar cuenta de una taxonomía de objetos más densa y relacional para el estudio de los DPI. Más densa en cuanto a incorporar la consideración de los objetos biológicos y de los objetos científicos en las prácticas de apropiación y transacción sobre el mundo vegetal. Más relacional en cuanto a explorar las interacciones concretas que se producen entre los objetos que produce el derecho y los objetos que produce la ciencia. En segundo lugar, para aportar desde un estudio de caso concreto a las especificidades que pueden encontrarse en el estudio de esa taxonomía en la periferia. En el caso de John Tweedie, esta especificidad está dada por la conexión existente entre el proyecto liberal que lo trae a Argentina, interesado en el fomento de la agricultura y la mejora de los cultivos, y el modelo británico de ciencia botánica, interesado en la acumulación de materiales biológicos que provenían de distintas partes del mundo para reproducir su modelo de relaciones económicas. Sin embargo, para abordar mejor estas especificidades y testear su potencial explicativo para una historia de los DPI que contemple las experiencias de la periferia se requiere un mayor volumen de estudios de caso.

Agradecimientos

A Natalia Westberg y a Silvana Lucía Piga de la Biblioteca Max von Buch de la Universidad de San Andrés por facilitarme la consulta y el acceso a los documentos de la familia Tweedie (Colección John Norris).

A Silvia Marfúl y a María Williams de la Biblioteca Central de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, por facilitarme la consulta y el acceso a los documentos de la Colección Pedro Campomar Rotger.

El arco de Heráclito: La inmanente tensión armónica entre los derechos

The Bow of Heraclitus: The Immanent Harmonic Tension Between Rights

O Arco de Heráclito: A Tensão Harmônica Imanente Entre Direitos

L'Arc d'Héraclite: la tension harmonique immanente entre les droits

赫拉克利(Heráclito)特斯的拱门:权利之间的内在和谐张力

Camilo Blanco¹ y Carlos Martínez²

Universidad Nacional de Colombia - Colombia

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 129-163

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e455>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/10/2020

¹ Abogado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en derecho constitucional y magíster en derecho de esa misma institución educativa. Magíster en políticas públicas, derecho administrativo y desarrollo territorial de la Universidad Pierre Mendès en Francia y magíster en argumentación jurídica de la Universidad de Alicante - España. Actual Subdirector Administrativo y Financiero del IDEP (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6385-0836>).

² Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Con estudios de Filosofía en la Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Constitucional y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional. Máster en Derecho de la Universidad de Alicante. Con experiencia docente en la Universidad del Rosario y en la Universidad Nacional. Experiencia en la elaboración de ponencias y ensayos académicos y en la formación de funcionarios judiciales. Experiencia en la Alcaldía de Bogotá, en la Corte Constitucional y en la Fiscalía General de la Nación. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6749-6352>).

Resumen: El presente trabajo pretende exponer la tensión entre derechos agudizada por la Pandemia del Covid-19, y proponer, teniendo como base de toda interpretación, el Derecho a la Educación, una forma, razonable y constitucionalmente admisible de resolver esta tensión. Para hacer esto, el texto está dividido en cuatro partes. En la primera parte se ofrece una idea general de las tensiones y su inevitabilidad como forma básica del constitucionalismo moderno. En la segunda parte se expone el derecho a la educación, los elementos que la componen y el desarrollo que han tenido en la jurisprudencia de la Corte, para tener la perspectiva más cierta de su contenido. En la tercera parte, se desarrolla la tensión que se presenta en la situación actual y se intenta responder a la pregunta de cómo resolverla de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte y los derechos involucrados y se propone el desarrollo del derecho fundamental de acceso a la internet. Finalmente, en la cuarta parte, se presentan las conclusiones del texto.

Palabras clave: Derecho, Educación, Constitución, conflicto de derechos

Abstract: This work aims to expose the tension between rights exacerbated by the Covid-19 Pandemic, and to propose, based on all interpretation, the Right to Education, a reasonable and constitutionally admissible way to resolve this tension. To do this, the text is divided into four parts. The first part offers a general idea of tensions and their inevitability as a basic form of modern constitutionalism. In the second part, the right to education is exposed, the elements that compose it and the development that they have had in the jurisprudence of the Court, in order to have the most certain perspective of its content. In the third part, the tension that arises in the current situation is developed and an attempt is made to answer the question of how to resolve it in accordance with the jurisprudence of the Court and the rights involved, and the development of the fundamental right of access to the Internet. Finally, in the fourth part, the conclusions of the text are presented

Keywords: Law, Education, Constitution, conflict of rights

Resumo: Este trabalho tem como objetivo expor a tensão entre direitos exacerbados pela Pandemia Covid-19 e propor, com base em todas as interpretações, o Direito à Educação, uma forma razoável e constitucionalmente admissível de resolver essa tensão. Para isso, o texto está dividido em quatro partes. A primeira parte oferece uma ideia geral das tensões e sua inevitabilidade como forma básica do constitucionalismo

moderno. Na segunda parte, expõe-se o direito à educação, os elementos que o compõem e a evolução que tiveram na jurisprudência do Tribunal, para se ter a perspectiva mais certa de seu conteúdo. Na terceira parte, desenvolve-se a tensão que surge na situação atual e procura-se responder à questão de como resolvê-la de acordo com a jurisprudência do Tribunal e dos direitos envolvidos, e o desenvolvimento do direito fundamental de acesso ao Internet. Por fim, na quarta parte, são apresentadas as conclusões do texto.

Palavras-chave: Lei, Educação, Constituição, conflito de direitos

Résumé: Ce travail vise à exposer la tension entre les droits exacerbée par la pandémie Covid-19 et à proposer, sur la base de toute interprétation, le droit à l'éducation, un moyen raisonnable et constitutionnellement admissible de résoudre cette tension. Pour ce faire, le texte est divisé en quatre parties. La première partie offre une idée générale des tensions et de leur inévitabilité en tant que forme de base du constitutionnalisme moderne. Dans la seconde partie, le droit à l'éducation est exposé, les éléments qui le composent et l'évolution qu'ils ont eue dans la jurisprudence de la Cour, afin d'avoir la perspective la plus certaine de son contenu. Dans la troisième partie, la tension qui surgit dans la situation actuelle est développée et une tentative est faite pour répondre à la question de savoir comment la résoudre conformément à la jurisprudence de la Cour et aux droits en jeu, et au développement du droit fondamental d'accès au L'Internet. Enfin, dans la quatrième partie, les conclusions du texte sont présentées

Mot-clés: Loi, éducation, constitution, conflit de droits

摘要: 这项工作旨在揭露(Covid19)大流行加剧的权利之间的张力,并在所有解释的基础上提出受教育权,这是解决这种张力的合理且符合宪法的方式.为此,文本分为四个部分第一部分概述了张力及其作为现代宪政的基本形式的必然性.在第二部分中,公开了受教育的权利,构成教育的要素以及它们在法院判例中的发展,以便对其内容有最确定的看法.在第三部分中,发展了当前局势中出现的紧张局势,并试图回答如何根据法院的判例和所涉权利解决这一问题的问题,以及发展获取人权的基本权利的问题互联网最后在第四部分中介绍了本文的结论.

关键字: 法律, 教育, 宪法, 权利冲突

Introducción

Una de las características de los sistemas Constitucionales modernos en la paradoja que se deriva de la discrepancia entre las expectativas y las experiencias. El derecho, como sistema de regulación surge como medio para estabilizar -objetivar- (Kelsen) estas expectativas, tratando de hacerlas razonables, tolerables para la sociedad. Al tiempo, estas expectativas encuentran, sobre la base de estos mismos sistemas, formas de expresión que apuntan a cuestionar y poner en tensión constante las estabilizaciones alcanzadas por el sistema. En otras palabras, podría decirse que los sistemas constitucionales son el intento por estabilizar las expectativas por medio de la regulación, al tiempo que procura su propia inestabilidad sobre la base de las expectativas. Es, por tanto, la tensión constante la que define al Estado Constitucional.

Los Derechos -humanos y fundamentales- parecen ser la materialización de esta paradoja, estabilizan y promueven la constante oscilación y desequilibrio de las expectativas de las personas. En situaciones particulares, estas tensiones se rompen en favor de ciertas expectativas, siendo preferible siempre su resolución razonable en favor del mantenimiento de las tensiones. Es decir, una buena práctica de interpretación constitucional consiste en, mantener las tensiones en lugar de simplemente romperlas, expresando la mejor versión de cada una, dada la situación particular. Esto por supuesto puede ser comprendido como una práctica conservadora, en el sentido de suponer que la “buena práctica de interpretación constitucional” a la que aquí se hace referencia, no es otra cosa que la disolución de las tensiones entre los derechos y aún más, de las contradicciones internas que existen entre ellos y que expresan conflictos sociales profundos con demandas densas para los Estados.

Por supuesto no es esa la pretensión de este texto. Al contrario, la hipótesis en la que se basa es que uno de los elementos que caracteriza *una buena práctica de interpretación constitucional* consiste en que, partiendo de la noción de la

tensión inmanente de los derechos, la agudiza en algunos casos y siempre la mantiene, de forma que sean posibles, por una parte la expresión constante y explícita de los conflictos entre los derechos y sus contradicciones y los conflictos sociales que expresan, y por la otra, la posibilidad siempre abierta de nuevas, mejores y más adecuadas interpretaciones de las cláusulas constitucionales sobre derechos.³

La coyuntura actual parece poner a prueba esta hipótesis en varias situaciones particulares. Una de ellas -paradigmática- es el Derecho a la Educación. Es paradigmática, porque una de las promesas fundamentales de la modernidad y de los sistemas constitucionales que la pusieron en práctica, consiste en la idea de la Libertad y como forma de expresión de ésta, la noción de que, pese a la experiencia presente, es posible variar la experiencia futura. Quién nace pobre, no está -prima facie- destinado necesariamente a morir pobre. Si existe un mecanismo por el que se considere posible que sea posible esta movilidad social -esta discrepancia entre experiencias y expectativas- es la Educación.

La situación resultante de la pandemia generada por el COVID-19, ha hecho que, en Colombia, el derecho a la educación se vea afectado de manera profunda, agravando las desigualdades y poniendo en cuestión todas las promesas de base del Constitucionalismo del 91. En efecto, la obligación del aislamiento ha producido de facto, que muchos niños y niñas, los que pertenecen a los grupos sociales más vulnerables, se queden sin ninguna posibilidad de educación, pues no pueden asistir a la escuela y tampoco tienen los medios para acceder a la educación virtual.

En este escenario y dado que la tensión es inmanente al propio sistema, se ha propuesto como alternativa, el regreso a la educación presencial bajo un “*modelo de alternancia*”, que,

³ Al hablar de “una buena práctica constitucional” en el fondo se está hablando de una epistemología de base que sirve a la interpretación de las cláusulas constitucionales sobre derechos. En este texto no se expone esa epistemología y tampoco, de manera detallada, la metodología de interpretación que presupone.

aunque no ha sido bien explicado, en el mejor de los casos supone que las niñas y los niños, además de los jóvenes que están en la educación superior, comenzarán a asistir por turnos a las escuelas, bajo una metodología que mantendrá la virtualidad como presupuesto del funcionamiento de la alternancia.

Esta propuesta, además de las contradicciones internas que contiene, implica la tensión de varios derechos que entran en juego, por lo menos tres: el derecho a la educación, el derecho a la salud y el derecho al trabajo.

El presente texto pretende exponer esta tensión y proponer, teniendo como base de toda interpretación, el Derecho a la Educación, una forma, razonable y constitucionalmente admisible de resolver esta tensión. Para hacer esto, el texto está dividido en cuatro partes. En la primera parte se ofrece una idea general de las tensiones y su inevitabilidad como forma básica del constitucionalismo moderno. En la segunda parte se expone el derecho a la educación, los elementos que la componen y el desarrollo que han tenido en la jurisprudencia de la Corte, para tener la perspectiva más cierta de su contenido. En la tercera parte, se desarrolla la tensión que se presenta en la situación actual y se intenta responder a la pregunta de cómo resolverla de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte y los derechos involucrados y se propone el desarrollo del derecho fundamental de acceso a la internet. Finalmente, en la cuarta parte, se presentan las conclusiones del texto.

I. La Tesis de la Inmanente tensión armónica de los derechos

Cuando se revisan los documentos internacionales sobre Derechos Humanos, es posible constatar que, en todos, o en casi todos, se establecen como presupuestos la indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos entre ellos y la interdependencia entre los Derechos Humanos y la Democracia. En el primer sentido significa, de manera general, que los derechos

humanos están unidos por un mismo cuerpo de principios y que todos están situados a un mismo nivel, lo que implica que no hay derechos más importantes que otros. Significa, además, que todos los derechos humanos están interrelacionados.⁴ En el segundo sentido significa que, no hay democracia si los derechos de las personas no son respetados y, que el respeto de los derechos presupone una organización social y política que se materializa en el régimen democrático.⁵

No obstante, los Derechos encarnan visiones, momentos, valores e interpretaciones diversas y a veces contradictorias, entre ellos, sino que, además, cuando se pretende su realización en la práctica expresan oposiciones aparentemente irresolubles e inconmensurables, que a su vez manifiestan las tensiones entre los regímenes políticos en los que los derechos se desarrollan y los derechos mismos.

Es posible identificar por lo menos tres explicaciones de estas tensiones. Una que tiene su origen en el paradigma socio-cultural en el que surgen los derechos; otra que se deriva de la exploración del proceso histórico y político en el que surgieron las nociones básicas de los derechos, y una tercera, que alude a las cargas morales que encarnan y representan los derechos considerados como categorías individuales. Las tres, son explicaciones del mismo fenómeno y en ese sentido son simplemente perspectivas de un mismo objeto y por tanto pueden considerarse complementarias hasta cierto punto. Este texto no agota ninguna de las tres perspectivas. Expone sus ideas

⁴ Al respecto, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por otra parte, la Declaración de Teherán de 1968 afirma que los derechos son indivisibles, en el sentido que, la realización de los Derechos Civiles y Políticos resulta imposible sin la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En un sentido similar, la Resolución 32/130 de la Asamblea General de las Naciones Unidas institucionalizó el uso de los principios de indivisibilidad e interdependencia.

⁵ Para una problematización de esta idea y su desarrollo, Uprimny Rodrigo, La Unidiversidad de los Derechos Humanos: Conceptos de Democracia e Interpretación Jurídica., en Pensamiento Jurídico No. 9- 1998, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

fundamentales y las tienen como referencia de la hipótesis de base para ilustrarla.

Pero ¿qué justifica que se adopten estas tres perspectivas y no otras? En primer lugar, las tres son perspectivas bien desarrolladas de la idea de la *tensión inmanente de los derechos* y tienen a la base esta misma concepción, a saber, que los derechos son categorías cuya expresión completa, inteligibilidad y desarrollo, tienen sentido cuando se analizan como expresión de una tensión, que no sólo es genealógica sino además ontológica, y por tanto constante. En segundo lugar, las tres, ofrecen explicaciones que, desde el punto de vista crítico (filosófico-sociológico), histórico-interno (teoría de la Constitución) e interno-filosófico (filosofía del Derecho), apoyan esta hipótesis. En tercer lugar, son perspectivas teóricas que en su desarrollo, no sólo apoyan la idea de la tensión sino que la explican y la fomentan, aun cuando lleguen a conclusiones que pueden considerarse opuestas, expresando otra idea implicada en la inmanencia, que consiste en la diversidad de expresiones de la tensión. Finalmente, las tres apoyan, de manera implícita y explícita, la segunda hipótesis densa de este texto, que consiste en afirmar que *toda tensión en los derechos, su expresión y resolución en nuevas tensiones, debe tener como punto de partida y perspectiva de desarrollo, que el Derecho -guarda coherencia con esta idea de tensión y sus expresiones- si es visto, comprendido, desarrollado y empleado, como una herramienta en favor de las personas o grupos más desaventajados en la sociedad* (Gargarella, 1999).

Estas dos hipótesis, que en realidad configuran una sola -la de la tensión inmanente ligada a la tesis de la interpretación en favor de los grupos desaventajados-, permiten no sólo que no se caiga en lo que se denomina los espejismos convencionales de los derecho -humanos-, sino que salvaguarda la idea de la necesidad constante de nuevas y mejores interpretaciones de los derechos (Santos, 2014).

Como se mencionó antes, la discrepancia entre experiencias y expectativas (Santos, 2006),⁶ es la primera de las explicaciones. Esta tensión surge como resultado del paradigma sociocultural en el que surgen los derechos. De acuerdo con esta concepción, la Modernidad inaugura en Occidente un cambio en la tradición hasta ese momento imperante. Por primera vez, las personas no están determinadas por su origen. En este sentido, las expectativas de las personas exceden sus experiencias, a partir de las promesas de la Modernidad que se fueron haciendo creíbles con la idea del progreso. Quien nace en una familia pobre puede volverse rico con el tiempo; o ilustrado a pesar de haber nacido en una familia sin ninguna educación. Según Santos, esta discrepancia se apoya en los dos pilares en los que se descansa el paradigma de la Modernidad: regulación y emancipación. La regulación es el conjunto de reglas, instituciones y prácticas que estabilizan las expectativas; en tanto la emancipación expresa las aspiraciones dirigidas a aumentar la discrepancia de origen y a poner, en este sentido, en cuestión el statu quo, deslegitimando las reglas, instituciones y prácticas de la regulación. Así pues “[l]a modernidad se fundamenta, entonces, en una tensión dinámica entre el pilar de la regulación y el pilar de la emancipación”.

Ahora bien, tanto el pilar de la regulación como el de la emancipación descansan sobre principios que confieren sentido a la acción social. Los principios de Estado, mercado y comunidad, configuran el pilar de la regulación. El Estado estabiliza las expectativas al establecer un horizonte concreto de posibilidades legítimas. El principio de mercado, estabiliza las expectativas al garantizar que, dentro de aquellas que se consideran legítimas, existe una posibilidad de imposición por medio de la promoción del propio interés en el mercado. El principio de comunidad implica obligaciones horizontales que relacionan a

⁶ Todo el aparte del texto que se refiere a la tensión resultante de la discrepancia entre experiencias y expectativas está basada en este artículo.

los individuos por fuera del Estado y del mercado, estabilizando las expectativas al definir qué puede esperar un grupo dentro de los límites fijados por el Estado y por fuera del mercado.

El pilar de la emancipación está constituido por tres racionalidades: la estético-expresiva; la cognitivo-instrumental y la moral-práctica. Cada una de estas racionalidades desestabiliza el horizonte de expectativas posibles al crear posibilidades de futuro que exceden la relación política vigente entre experiencias y expectativas (Santos, 2006). Su diagnóstico crítico, afirmará que este paradigma, dada la ambición de sus promesas, llevaba consigo la semilla de la frustración: *“Cada pilar, basado como lo está en principios abstractos, tiende a maximizar su potencial -bien sea la maximización de la regulación o de la emancipación- obstaculizando así el desenvolvimiento potencialmente infinito de la tensión entre ellos. Análogamente, cada pilar consta de principios independientes y funcionalmente diferenciados, cada uno de los cuales tiende a desarrollar una vocación maximalista (Santos, 2006).”* Su conclusión, si bien apunta al mantenimiento de la tensión inicial, se desarrolla por fuera del paradigma de la modernidad, lo que implica una repolitización del Derecho en la que la legitimidad desborda los límites de la legalidad.⁷

La segunda de las explicaciones sobre la *tensión inmanente* afirma que, aunque contemporáneamente se asume que los derechos y la democracia están en una relación de implicación lógica; esto no es así y que se requiere una concepción que dé cuenta de las tensiones entre los derechos y entre los derechos y la democracia. Esto, porque la democracia es un concepto complejo que no admite una sola noción. Así, la democracia como teoría sobre el origen de la soberanía, puede conllevar en la práctica, un poder que ponga en riesgo los derechos siempre y cuando las decisiones se fundamenten en la voluntad popular.

⁷ Para una concepción desde el punto de vista liberal de la legitimidad por vía de la legalidad, Habermas Jürgen ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad? En DOXA, No. 5_02 (Trad. Manuel Jiménez Redondo), 1988.

Por tanto, para ciertas versiones de la democracia radical, los derechos suponen obstáculos a la soberanía del pueblo, en tanto para las concepciones liberales, las decisiones e imposiciones mayoritarias pueden implicar riesgos para los derechos por lo que es necesario establecer mecanismos como el control judicial de las leyes por medio de Tribunales Constitucionales, que es un mecanismo claramente contramayoritario (Uprimny, 1998).⁸ Por otra parte, asumir de manera simple la unidad y universalidad de los derechos, desconoce que éstos incorporen tradiciones -y cargas morales- diversas, de modo que no siempre son compatibles y tampoco pueden ser satisfechos al mismo tiempo, por lo que su aplicación mecánica puede conllevar la paradoja de vulnerar especificidades culturales. Esto permite explicar, porque sistemas constitucionales robustos que se desarrollan en democracias firmes, pueden, en las mismas circunstancias fácticas -formales- llegar a conclusiones distintas, pues en todo caso, las interpretaciones no están desprovistas de contenido ni de contexto.

La ventaja de esta teoría de la tensión, consiste pues, en hacer explícitas las tensiones existentes entre derechos y entre derechos y democracia, por una parte, exponiendo los orígenes histórico-constitucionales de modo que sea posible la búsqueda de alternativas razonables con la ventaja de la retrospectiva. Por otra, permite entender y valorar mejor, las respuestas que distintos sistemas constitucionales con los mismos presupuestos, les dan a estos problemas, sobre la base de contextos diversos que muestra caras distintas del mismo sistema de derechos. Finalmente permite, entender que la tensión inmanente de los derechos, es una tensión armónica que encarna un programa moral, político y jurídico por construir.

La tercera explicación de la tensión, se enmarca dentro de la filosofía del derecho y parte de la distinción entre reglas y principios. Según esta teoría, la distinción entre reglas y

⁸ La referencia a esta segunda explicación está basada por completo en este texto.

principios es útil, porque permite entender cómo, en la práctica, los Tribunales constitucionales resuelven los casos en los que los derechos se enfrentan. Así, mientras en los casos, en los que se enfrentan reglas, la decisión se base en la prevalencia de una sobre otra, cuando se enfrentan principios, que contienen derechos, no hay una prevalencia simple de una sobre la otra, sino que aplica una ponderación entre ambas que permite la realización de los principios en tensión sin que ninguno de los dos sea eliminado.

Pero esta no es la única característica que los distingue. Según Alexy el criterio decisivo de distinción consiste en que los principios, contrario a lo que ocurre con las reglas que suponen todo o nada, ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas y por tanto se distinguen de las reglas en que son mandatos de optimización, pues aquello que ordenan puede ser cumplido en diversos grados. El campo de posibilidades jurídicas está determinado, según Alexy, por principios y reglas que juegan en sentido contrario (Alexy, 1988).⁹ Por el lado de las reglas, éstas sólo pueden ser cumplidas o no y, por tanto, si es válida, incluye las determinaciones fácticas y jurídicas de lo posible. Así pues, si es posible cumplir lo ordenado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas se trata de un principio, si esto sólo es posible en una medida se trata de una regla. Lo que esto significa es que en tanto una regla establece los supuestos de hecho en los que resulta aplicable y las consecuencias jurídicas, en el caso de los principios, esta estructura no se cumple, lo que implica que, siempre que se está ante un principio hay un margen de incertidumbre -prima facie- sobre su aplicabilidad, el grado de cumplimiento y su relación con los otros principios.

Ahora bien, según Alexy, la incorporación de principios en el sistema jurídico no es un problema sólo metodológico. Afecta

⁹ Todas las referencias a esta tercera teoría sobre la tensión inmanente se basan en este texto.

a todo el sistema pues le imprime un determinado carácter que se refuta o se afirma con su inclusión, pues dicha tarea de optimización, no sólo es jurídica desde el punto de vista formal, sino que se convierte en una tarea moral desde el punto del contenido de los principios. En este sentido, involucrados los principios, como están en efecto en la Constitución de 1991, el sistema está comprometido en dicha tarea de optimización, de lo contrario reniega de la condición básica que le confiere la identidad de sistema jurídico en un sentido moderno. El problema de esto, no es sólo que el compromiso denso que esto implica, sino que, desde el punto de vista metodológico no hay un orden claro de prioridad de los principios, es decir, no hay una teoría que, en cada caso establezca las relaciones de prioridad ni abstractas ni concretas entre los principios, por lo que-en principio- dichas relaciones en los casos concretos terminan siendo cuestiones de interpretación, más aún, si se entiende que la diferencia entre principios y valores es sólo una cuestión de “punto de vista”, en el sentido que, si se trata desde el punto de vista axiológico se está ante una cuestión de valores, si es desde el deontológico de principios.¹⁰

Como no es posible un orden que defina las relaciones de prioridad entre principios -a priori-, pero tampoco es razonable que las decisiones -sobre este orden- en los casos concretos sean definidas por el intérprete, las colisiones de principios se resuelven por medio de lo que Alexy llama ponderación. Esta metodología desarrolla una serie de pasos por medio de los cuáles es posible atribuir, en un caso determinado en el que dos principios colisionan, un orden de prioridad. Su virtud, entre muchas, no sólo es el hecho mismo de ofrecer un método racional de resolución de conflictos entre cláusulas usualmente densas dentro de las Constituciones, sino además, que tiene la una pretensión de objetividad y consiguientemente de universalidad, en el sentido del imperativo categórico kantiano, lo que

¹⁰ Este es justamente el riesgo en el que las teorías de corte positivista contemporáneo se anotan un punto y una crítica seria en contra de esta teoría de los principios.

cumple con el postulado básico de la igualdad de respeto. En conclusión, esta metodología de interpretación -de solución de la tensión entre derechos- establece entonces que, los principios en cuanto mandatos de optimización, exigen su realización (de aquello que es su contenido, es decir, lo que ordenan) en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas.

De las tres explicaciones de la tensión entre derechos, esta última es la que ofrece de forma más sistemática una metodología de resolución de las tensiones que desemboca en una teoría de la argumentación jurídica.¹¹ Además tiene la ventaja de ser la metodología que utiliza la Corte Constitucional para resolver los casos prácticos que se le presentan; es por eso que, en este texto la propuesta de resolución de la tensión que plantea el modelo de regreso a las aulas de clase propuesto por el Gobierno, se hará con esta metodología.

II. El Derecho a la Educación en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

En la introducción de este texto al fin de plantear la hipótesis de la tensión armónica inmanente entre los derechos, se afirmó que la Educación como derecho parece ser la muestra paradigmática de la tensión inmanente de los Estados Constitucionales. Podría afirmarse que esta idea es discutible, pues en el origen de la filosofía liberal que sustenta los valores fundamentales de las sociedades modernas y los sistemas constitucionales están la libertad y la autonomía, cuyo *uso adecuado* sientan las bases de la independencia. Esto es cierto sólo parcialmente; pues parte de un punto de vista genealógicamente ingenuo sobre la

¹¹ Una explicación de esto es que, mientras las dos primeras se dedican a exponer la tensión y las dificultades que esto implica para los derechos a fin de encontrar en pasos subsiguientes una posible solución que se fundamente en las razones de fondo de sus teorías; en el caso de Alexy el procedimiento parece ser el contrario; la metodología de resolución de las tensiones -es decir, la teoría de la Argumentación Jurídica- le sirve para exponer la tensión de los derechos.

libertad y la autonomía, porque, aunque partimos de este supuesto, las condiciones para el ejercicio de la libertad no nos están dadas de entrada de manera igual. Es en este sentido en el que opera de inicio, la relevancia de la educación como herramienta para la realización de otros de los derechos básicos que consagra la Constitución (Sen, 2010; Nussbaum 2007, 2012).

Pero ¿cuál es el tipo de educación que se supone, cuando se habla aquí del derecho a la educación? En otras palabras ¿existe una educación que como derecho no se ajuste al contenido de lo que se entiende en la perspectiva aquí expuesta por Derecho a la Educación? Parte de la discusión es esa. No obstante, este texto no se ocupa de este debate y, dado que el enfoque de su perspectiva es Constitucional, asume sobre el Derecho a la Educación lo que la Corte Constitucional ya ha dicho sobre su contenido. Teniendo en cuenta esto, este acápite expone de manera resumida, los elementos y las subreglas elaboradas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la educación.

En todo caso, dada la centralidad del derecho a la educación -en este texto- y en los Estados Constitucionales modernos comprometidos con la Igualdad, es posible afirmar que el derecho a la educación al que se refiere la Constitución de 1991 implica no simplemente la asimilación de datos y contenidos culturales -por ejemplo referidos a las propias tradiciones y al orgullo nacional- sino además, la proposición de desafíos para las capacidades intelectuales, de modo que la inteligencia se haga cada vez más activa y competente, dotada de pensamiento crítico para un mundo complejo (Nussbaum, 2011), de modo que sea posible la construcción progresiva de un sociedad decente (Margalit, 2010).

La actual Constitución Política amplía las dimensiones de los contenidos y garantías del derecho a la educación. La educación es reconocida por el artículo 67 Superior como un derecho fundamental (Góngora, 2003) y, además, como un servicio público que presta una función social e impone deberes para

el Estado, la sociedad y la familia. Por su parte, la Corte Constitucional ha afirmado que la educación tiene tres dimensiones que la afectan: es un derecho fundamental, es un deber, y es un servicio público, principalmente, a cargo del Estado.

El derecho a la educación como derecho-deber, tiene un alto carácter subjetivo. La subjetividad de este derecho se refiere a la relación existente entre la norma jurídica que lo consagra; las obligaciones de garantía por parte del Estado, la sociedad, la familia y del propio educando; y la posición jurídica de exigencia de las personas (Arango, 2005). Por su parte, el alto grado de importancia del derecho a la educación está determinado por las garantías reforzadas consagradas para su protección, en la medida en que este puede ser defendido mediante la acción de tutela en dos circunstancias: cuando se trate de proteger el derecho de los niños (Art. 44 C.P), y cuando, por conexidad, se viola otro derecho de carácter fundamental, como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso (Botero, 2006).

En tanto servicio público, el Estado tiene la obligación de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional ”(Artículo 365 de la Constitución Política de 1991). Las obligaciones específicas del Estado se ubican en el terreno de las garantías de gratuidad, calidad, cubrimiento, aseguramiento de las condiciones para el acceso y la permanencia, financiación, garantía a las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, formación moral intelectual y física de los educandos, profesionalización y dignificación de la actividad docente (Alcaldía Mayor de Bogotá y SED, 2007, p. 76). Cabe resaltar que la Constitución Política de 1991, en su Artículo 68, faculta a instituciones privadas para prestar el servicio de educación; frente a estos, el Estado tiene funciones de inspección y vigilancia. La Corte Constitucional ha sostenido que por ser la educación un servicio público con una función social, es viable rechazar el manejo exclusivamente patrimonial de los establecimientos educativos.

Ahora bien, en lo que se refiere a los componentes básicos del derecho a la educación: disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad, estos presentan las características que, de manera general, se exponen a continuación.

La disponibilidad implica la exigencia de un sistema educativo público, con escuelas suficientes y la planta de docentes requerida para atender las necesidades del servicio¹². Este componente, también, involucra la posibilidad que los particulares puedan fundar establecimientos educativos, siempre que tengan profesores idóneos y suficientes. En este sentido, la Corte Constitucional ha fijado sub-reglas constitucionales en relación con: “i) la obligación estatal de crear y financiar instituciones educativas; ii) la libertad de los particulares para fundar dichos establecimientos y iii) la inversión en recursos humanos y físicos para la prestación del servicio”(Corte Constitucional, Sentencia T-743/13).

Por su parte, la accesibilidad implica que las instituciones y los programas de enseñanza deben estar al alcance todos los niños, en igualdad de oportunidades y sin discriminación, especialmente, de los grupos más vulnerables. En desarrollo de este componente básico de la educación, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre: i) la no discriminación; ii) la accesibilidad material o geográfica; y iii) el acceso y costos académicos.

La adaptabilidad, en el sistema educativo, se traduce en la obligación de generar medidas que aseguren que los estudiantes permanezcan en el sistema educativo (Corte Constitucional, *ibídem*), reconociendo las particularidades y el contexto social y

¹² El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en su observación general 13, formula que: “debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.”.

cultural en el que éstos se desenvuelven. La Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que la institución educativa debe justificar su decisión de interrumpir el servicio de la educación. Del mismo modo, el alto Tribunal ha afirmado que cuando el reglamento interno del colegio o el manual de convivencia estipulan una sanción para un comportamiento determinado, esta solo será una causal de justificación de la suspensión del servicio a una persona, si dicho reglamento respeta los derechos fundamentales del educando, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la igualdad o el debido proceso, entre otros. En este sentido, la Corte Constitucional, al abordar el componente de la permanencia en el sistema educativo, se ha ocupado de los siguientes problemas legales: i) los límites a los intereses económicos de las Instituciones educativas; ii) el libre desarrollo de la personalidad; y iii) el debido proceso en la implementación de las sanciones.

La calidad se logra según lo ha afirmado la Corte Constitucional: “a través de metodologías y procesos pedagógicos sólidamente fundamentados en la teoría y la práctica, dirigidos y orientados por docentes especialistas en las distintas áreas, que con dedicación y profesionalismo conduzcan el proceso formativo de sus alumnos.”(Corte Constitucional, Sentencia T-433/97). Además, este alto Tribunal y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, han considerado que una educación aceptable implica: i) un adecuado control y vigilancia de la actividad educativa, ii) la prohibición de castigos físicos y tratos humillantes o degradantes, iii) la adopción de medidas destinadas a garantizar que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías étnicas y iv) la capacitación de los docentes (Corte Constitucional, Sentencia T-743/13).

Lograr una educación de calidad es, precisamente, uno de los mayores desafíos que se plantean para el futuro de la educación. Al respecto, se debe precisar que la ONU, hace más de una década, planteó como uno de los objetivos del milenio: “la

enseñanza primaria universal”¹³ (ONU, 2000). Recientemente, dicho Organismo reconoció el aumento en el acceso a la educación de niños y niñas (ONU, 2015, numeral 15). De igual manera, el Organismo, consciente de haber centrado esfuerzos en un solo componente de la educación (la accesibilidad), en la *Agenda para el desarrollo después de 2015* planteó una nueva visión del mundo en la que se promueva la alfabetización universal, con “(...) *acceso equitativo y universal a una educación de calidad en todos los niveles (...)*” (ONU, 2015, numeral 7). En este orden de ideas, se amplió el compromiso, procurando que para el año 2030 la disponibilidad, la accesibilidad, la permanencia y la calidad en la educación, sean una realidad para todos (ONU, 2015, numeral 25).

En el caso de Colombia, la Procuraduría General de la Nación ha puesto de presente la deuda educativa nacional generada por la acción del Estado, que se ha concentrado en la cobertura y ha desatendido aquellos factores que, en últimas, contribuyen a la consecución de una educación de calidad. En suma, la política global de educación entre los años 2000 a 2015, se focalizó en la accesibilidad. (PGN, 2006). Garantizado este componente, el siguiente reto será construir una educación de calidad.

Según Góngora (2003), la asequibilidad busca satisfacer la demanda educativa a través de la oferta pública, lo que significa que el Estado tiene la obligación de establecer o financiar instituciones educativas (p. 44). Del mismo modo, la disponibilidad supone la protección de la oferta privada. Esto significa que el Estado debe abstenerse de prohibir a los particulares la fundación de Instituciones educativas.

La Observación General Número 13, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del Consejo Económico

¹³ En efecto, al tenor del numeral 19, los Estados miembros decidieron: “(...) Velar porque, para ese mismo año, los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria y porque tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a todos los niveles de la enseñanza”.

y Social de la Organización de las Naciones Unidas, se refiere con respecto a la disponibilidad cuando formula que: “Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.”

Por su parte, la Corte Constitucional ha manifestado que este elemento de la educación está compuesto por: “i) la obligación estatal de crear y financiar instituciones educativas; ii) la libertad de los particulares para fundar dichos establecimientos y iii) la inversión en recursos humanos y físicos para la prestación del servicio” (Sentencia T-743/13).

Como anteriormente se anotó, el componente de disponibilidad se traduce en el deber del Estado de establecer o financiar instituciones educativas, lo que incluye a las zonas urbanas y a las rurales.

Precisamente sobre las barreras que existen en el sector rural, se ha pronunciado en varias ocasiones el Alto Tribunal, afirmando que: “Las dificultades propias de la prestación del servicio público de educación en ciertas localidades apartadas de los centros urbanos, no debilitan la obligación institucional de mantener la prestación del servicio en condiciones aceptables. (...) Los alumnos de una pequeña escuela campesina tienen derecho a recibir un servicio que les permita transcurrir por todo el proceso educativo sin encontrarse en condiciones de inferioridad frente a educandos provenientes de otros centros de enseñanza (...)” (Sentencia T-467/94).

En otro pronunciamiento, al referirse al derecho a la educación de los menores en zonas rurales, el Alto Tribunal consideró

que las escuelas deben estar disponibles en todos los centros poblados o a una distancia razonable para que niños y niñas puedan asistir. También, que los centros educativos deben contar con condiciones materiales mínimas exigidas para prestar el servicio educativo. Finalmente, se deben nombrar docentes idóneos en cantidad suficiente para atender la demanda educativa en forma continua¹⁴. La dilación en los procedimientos administrativos para la definición de plantas de personal, no es una excusa válida para relevar a las autoridades competentes de la obligación de asegurar la efectividad del derecho constitucional a la educación (Sentencia T-963/04).

Tampoco son admisibles, como pretexto, las perturbaciones del orden público, ya que la Administración local, en concurso con la Fuerza Pública, están en el deber de tomar las medidas pertinentes, para que maestros y alumnos puedan contar con un ambiente de seguridad y protección en el desarrollo de sus labores académicas (Sentencia T-963/04). Precisamente, en aras de salvaguardar la seguridad de los estudiantes y el interés superior de los menores, es posible inaplicar la normatividad que precisa el número mínimo de estudiantes que debe tener una escuela rural (Sentencia T-690/12). En consecuencia, es viable el nombramiento de un docente sin tener en cuenta el número mínimo de niños matriculados, que puede corresponder o no a lo consagrado en la normatividad.

Así por ejemplo, en la sentencia T-690/12, la Corte Constitucional se pronunció sobre el amparo invocado por los padres de un menor que debía recorrer largos trayectos por zonas con dificultades de orden público, porque la escuela de la vereda

¹⁴ Este fue el pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a una acción de tutela interpuesta para proteger el derecho fundamental a la educación de un menor de edad, que sería vulnerado por la Secretaría de Educación del Departamento de Norte de Santander, al no proveer un maestro para la Escuela Rural del municipio de Tibú. Aunque en este caso se demostró que la situación que generó el proceso había sido superada con la contratación de un docente, la Corte Constitucional decidió revocar la sentencia de primera instancia, que negó la tutela, y en su lugar concedió el amparo solicitado.

había sido cerrada por la ausencia de docentes. En este caso, el Alto Tribunal concedió el amparo solicitado y ordenó la asignación de un docente para la reapertura de la escuela existente en la vereda siendo viable inaplicar el artículo 11 del Decreto 3020 de 2002, respecto del número mínimo de estudiantes que debe haber en una zona rural para la ubicación de personal docente.

En lo que se refiere a la cobertura del sistema educativo, el Estado está en la obligación de ampliarla progresivamente. Esto significa que la prestación del servicio educativo por parte del Estado debe sujetarse al principio de progresividad¹⁵.

Dicho principio, según la Corte Constitucional, comporta: “(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv) la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos”.¹⁶

Ahora bien, la prohibición de retroceso no es absoluta, lo que significa que puede ser objeto de límites. De este modo, la adecuada utilización de los recursos públicos o las necesidades más apremiantes, pueden justificar la modificación de políticas públicas o normas jurídicas que impliquen un retroceso. Al respecto, la Corte recientemente se pronunció, justamente en el marco del derecho a la educación y el acceso a internet. Más adelante se hablará de esta Sentencia.

¹⁵ El principio de progresividad, encuentra su fundamento, entre otras, normas en el artículo 4º del Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁶ Sobre el contenido del principio de progresividad pueden leerse, entre otras, las siguientes sentencias: C-629/11, C-372/11, C-1165/00, C-1489/, C-981/04, C-038/04.

III. La Directiva 011 del Ministerio de Educación-Derechos

El 29 de mayo de 2020, el Ministerio de Educación profirió la Directiva No. 011 (Ministerio de Educación, 2020). Esta directiva tiene el objetivo de establecer *Orientaciones para la prestación del servicio educativo en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19*. Dentro de las orientaciones impartidas está el regreso a clases presenciales bajo el modelo de alternancia. Dice en algunos apartes esta Directiva:

2. Orientaciones para un retorno gradual y progresivo a los establecimientos educativos: Las condiciones de la pandemia indicarán a las autoridades sanitarias la posibilidad de dar comienzo, a mediano plazo, al proceso de retorno de la población estudiantil a la modalidad presencial. Es así que corresponde al sector educativo, en coordinación con todos los sectores involucrados, avanzar en los meses siguientes, con el alistamiento de las condiciones de bioseguridad, administrativas, técnicas y pedagógicas para facilitar la transición progresiva de las actividades escolares a las instituciones.

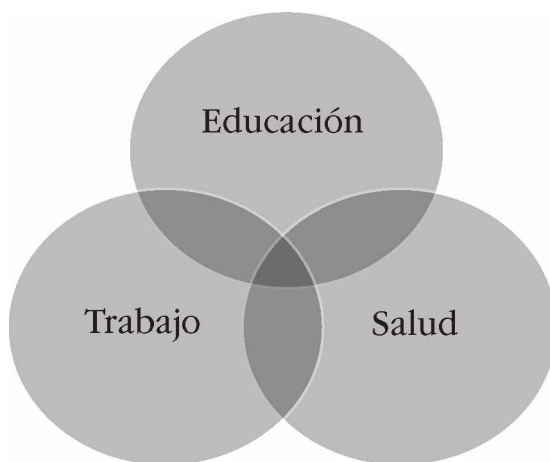
Reanudar las actividades en los establecimientos educativos, conlleva un proceso gradual que complementará el trabajo académico en casa y combinará diferentes opciones para desarrollar las interacciones entre docentes y estudiantes. A esto se refiere el concepto de alternancia que resalta la necesidad de conjugar distintas variables y circunstancias que estarán presentes en la prestación del servicio educativo, en el marco de la emergencia sanitaria y de acuerdo con las necesidades de cada territorio.

El concepto implica una combinación del trabajo académico en casa, complementado con encuentros periódicos presenciales e integración de diversos recursos pedagógicos, así como la asistencia al establecimiento educativo debidamente organizada, de acuerdo con el análisis particular de contexto del establecimiento educativo y otras variantes que puedan surgir, observando las medidas de bioseguridad y distanciamiento social.

El análisis de las condiciones de cada establecimiento educativo con respecto al tipo de servicio que presta, a su capacidad instalada, al número y características de la población que atiende, al equipo docente, a la adecuación para responder a las medidas de Calle 43 No. 57 - 14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C. PBX: +57 (1) 222 2800 - Fax 222 4953 www.mineducacion.gov.co - atencionalciudadano@mineducacion.gov.co bioseguridad, al comportamiento de la pandemia en su territorio, entre otros, permitirá establecer el alcance del esquema de alternancia aplicable para cada establecimiento educativo.

En este contexto ha surgido un debate por la conveniencia, por una parte, y por la otra, la necesidad de volver a las clases presenciales. En términos de la metodología antes mencionada para la resolución de tensiones entre derechos, de lo que se trata es de evaluar si dadas las condiciones fácticas y jurídicas, la medida contenida en la mencionada directiva es constitucional o no. Es decir, si es adecuada y necesaria -desde el punto de vista de las condiciones fácticas- y si es proporcional -desde el punto de vista de las condiciones jurídicas.

Los derechos que entran en tensión en este caso son: el Derecho a la Educación en el centro del debate; el derecho al trabajo y el derecho a la salud. Aunque el derecho a la vida hace parte del debate en este análisis no se incluye por dos razones. En primer lugar, porque su primacía en el orden de relaciones parece definirse a priori; en segundo lugar, porque en el presente caso, el derecho a la salud contiene las preocupaciones más auténticas sobre el bienestar físico de los sujetos involucrados. Introducir en la tensión la vida parece artificial, pues es poco razonable suponer que a las autoridades del Gobierno Nacional, les importa poco el derecho a la vida. La sobreposición de los derechos se presenta de la siguiente forma:



Cada derecho conserva sus fronteras de autonomía, aunque cada uno se superpone a otro y se encuentran en un punto los tres. En este sentido, este es un modelo básico de tensión entre derechos. Lo que esto implica es que: **(i)** los tres están en el mismo nivel; **(ii)** por tanto, los tres conservan las dimensiones fundamentales de su contenido -sus fronteras-; **(iii)** en algún punto el ejercicio de cada uno se superpone o colisiona y, por tanto, entra en tensión, con otros derechos. Lo primero que se puede decir de los tres derechos en tensión es que los tres son derechos fundamentales; por tanto, no hay una prevalencia a priori en el orden de relación de ninguno sobre otro. Ahora, como ya se tiene claro el contenido constitucional del derecho a la educación, es necesario explorar cuál es el contenido que la jurisprudencia de la Corte les ha dado a los otros dos derechos. Aunque es claro que el contenido de los derechos se modela con relación a las circunstancias fácticas del caso; las referencias que aquí se hacen expresan el contenido mínimo abstracto de cada derecho.

El derecho al trabajo de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional involucra, no sólo la dimensión más básica de la realización de la libertad, tanto en sentido positivo como negativo sino, además, otras facetas que

expresan las situaciones en las que dicho derecho se revela como fundamental. En este sentido ha dicho la Corte al respecto:

59. Como ya ha sido explicado, el derecho al trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho, goza de una especial protección del Estado y, a causa de su naturaleza, limita la libertad de configuración normativa del Legislador. En consecuencia, los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo (artículo 53) protegen al trabajador como parte débil de la relación laboral, y el empleador debe cumplirlos a cabalidad so pena de vulnerar los derechos constitucionales del empleado.

60. El primero de ellos es la “*igualdad de oportunidades para los trabajadores*”. Desde sus comienzos, la Corte Constitucional ha precisado que el trabajo no consiste en el derecho a ejercer un trabajo o un cargo específico, sino en la posibilidad de ejercer la actividad o el cargo que se desee, dentro de las condiciones reales del mercado laboral, lo que implica un vínculo con el derecho a la igualdad de oportunidades de acceso al trabajo.

61. El segundo principio enunciado en el artículo 53 superior es el derecho a una “*remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*”. A este respecto, la jurisprudencia ha definido el mínimo vital como “*las sumas indispensables para satisfacer en condiciones de dignidad humana las necesidades básicas de una persona*”.¹⁷

De lo anterior se desprende que el mínimo vital es un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, pues posibilita satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino también aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y demás factores insustituibles para la preservación de calidad de vida.¹⁸

¹⁷ Sentencia SU-095 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸ A este respecto, ver sentencias T-157 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa); T-764 de 2008 (MP Jaime Araújo Rentería); y T-043 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis).

Por lo anterior, el salario hace parte, precisamente, de los elementos esenciales del contrato de trabajo, el cual debe retribuir debidamente el servicio prestado.

También ha considerado la Corte como componentes básicos de este derecho cuya afectación da lugar a la vulneración del derecho al trabajo en su dimensión fundamental, (i) el principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos y la consiguiente limitación de la autonomía de las partes;¹⁹ (ii) el principio de favorabilidad que implica que *“los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social”* (Sentencia T-832A de 2013); (iii) la primacía de la realidad sobre las formas (Sentencia C-200 de 2019)²⁰ y, (iv) el derecho a la estabilidad en el empleo.

Por otra parte, después de la sentencia T-760 de 2008 el derecho a la salud es un derecho fundamental sin discusión y los desarrollos normativos posteriores dan cuenta de este estatus. Al respecto la Ley 1751 de 2015- Ley Estatutaria de Salud, dice lo siguiente:

Artículo 1o. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

Artículo 2o. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud

¹⁹ Sentencia C-356 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz); Sentencia C-070 de 2010 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

²⁰ *“A este respecto, la Sentencia C-614 de 2009 declaró la exequibilidad del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968 tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968. Lo anterior, debido a que la citada norma prohibía al poder ejecutivo celebrar contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente, y tal proscripción estaba acorde con las garantías fundamentales de los trabajadores y con el fin constitucional de impedir el ocultamiento de verdaderos contratos laborales.”*

de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Artículo 30. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional recientemente en la Sentencia T-464 de 2018 (MP. Diana Fajardo Rivera) ha dicho lo siguiente:

3.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido de manera reiterada que el derecho a la salud es un derecho fundamental²¹. Adicionalmente, la Ley Estatutaria 1751 de 2015²² recogió los avances jurisprudenciales en la materia y definió legalmente el derecho a la salud como un derecho autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo²³.

²¹ La jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Entre otras sentencias, pueden consultarse al respecto las siguientes: T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-547 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-936 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-418 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; T-233 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-539 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-499 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-745 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; T-094 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²² Ley Estatutaria 1751 de 2015. *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*.

²³ Ley Estatutaria 1751 de 2015. Artículo 2. *“Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en*

Ahora bien, dado que, en el presente caso no sólo está involucrado el derecho a la salud en términos generales sino el derecho a la salud de los niños es conveniente tener en cuenta lo que al respecto ha establecido la jurisprudencia constitucional. En la misma sentencia recién citada se recoge este amparo en esta faceta particular así:

3.2. En relación con los derechos de los niños, el artículo 44 Superior consagra su prevalencia sobre los de los demás y establece, de manera expresa, que el derecho a la salud de los niños es fundamental. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías²⁴.

3.3. Esta protección especial a los niños, niñas y adolescentes en salud también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵, la

lo colectivo. || Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

²⁴ Constitución Política. Artículo 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. || La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. || Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

²⁵ Artículo 24: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la

Declaración de los Derechos del Niño²⁶, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948³⁰, entre otros³¹.

Tomando en cuenta este paisaje de los derechos ¿qué ocurre cuando la garantía del derecho a la educación y la consiguiente permanencia en el sistema, se ve afectada por una circunstancia imprevista que obliga al Estado a tomar medidas urgentes y excepcionales?

La Directiva 011 de 2020 del Ministerio parece ser una respuesta a la cuestión de fondo de esta pregunta. Lo que

salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud (...)".

²⁶ Dispone en su artículo 4: "El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados".

²⁷ El numeral 2º del artículo 12 establece entre las medidas que deben adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho: "a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños".

²⁸ Artículo 24: "Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

²⁹ Artículo 19: "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

³⁰ Artículo 25-2: "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales", y que "todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

³¹ Corte Constitucional. Sentencias T-037 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-612 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-406 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-177 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo.

queda por examinar a partir de lo expuesto, es si es la mejor respuesta posible dados los derechos involucrados y el peso que de acuerdo con su contenido tiene cada uno en el sistema constitucional.

Antes de las circunstancias que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia y de -entre otras- las medidas que ha tomado el Ministerio de Educación para mantener la garantía del derecho a la educación, la asistencia física al aula de clase, parecía la forma principal en la que dicha garantía se concretaba. Para garantizar el Derecho a la Educación y hacer frente a la pandemia, el Ministerio ideó y propuso varias estrategias que apuntaban a la continuidad de los procesos de aprendizaje que en teoría permitían que los niños y niñas, accedieran y permanecieran en el sistema (Ministerio de Educación, 2020).

El escenario en el que los tres derechos se encuentran y entran en tensión es la escuela. La noción de presencialidad es la que conlleva la tensión. En el primer nivel de análisis de acuerdo con la metodología de resolución de tensiones, el de las *posibilidades fácticas*, la medida parece adecuada -prima facie-. Es decir, con el objetivo de garantizar el derecho a la educación en sus dimensiones de accesibilidad y de permanencia, el Ministerio toma la decisión de que los niños y niñas -además de los jóvenes que hacen parte de la educación superior-, retornen a las aulas de clase. Además es razonable suponer que la medida de retorno a las escuelas se toma sobre la base de datos ciertos.

Pese a esto, la medida de retorno a las escuelas, aun cuando es gradual ha sido cuestionada, justamente por considerar que pese a que, los datos sobre el control de la pandemia sean ciertos, su interpretación es errónea, pues de ellos no se deriva la adecuación de la medida cuestionada. Al respecto, UNICEF ha recomendado que la reapertura de las escuelas y el retorno a clases, sólo se haga efectivo una vez se garantice la seguridad de los niños, niñas y Maestros (UNICEF, 2020). Sobre el alcance de esta garantía está la discusión. En epistemología y en lógica,

una afirmación fáctica es susceptible de ser ratificada o falseada. Es decir, puede ser verificada. Pese a que la afirmación sobre la pandemia, los datos que soportan la medida de retorno a clases presenciales, son afirmaciones sobre un fenómeno concreto en el mundo, están sujetas a interpretación, es decir, no dan cuenta de un hecho simple, sino que están mediadas por un ejercicio de evaluación crítica cuyas conclusiones difieren en algunos casos con las del Ministerio de Educación. ¿Por qué ocurre esto?

No se trata de ofrecer aquí una explicación epistemológica de la ocurrencia de esto (Quine, 1984, 1986, 2001). Pero el cuestionamiento de los datos que soportan la medida imprime sobre la evaluación de ésta, una nueva perspectiva que la hace aparecer como inadecuada. En resumen, **(i)** dado que el valor de verdad de los datos es cuestionable con buenas razones o por lo menos no ofrecen la certeza que prometen y que **(ii)** el balance de la relación de orden de los derechos hace que el juicio sobre la medida sea que ésta no es adecuada, y por tanto **(iii)** el retorno a clases no es la mejor respuesta posible a la garantía del derecho a la educación y los derechos a la salud y al trabajo en tensión. Dada la estructura lógica de la metodología de la ponderación, si la medida que se evalúa no es adecuada tampoco puede ser necesaria y por consiguiente tampoco es proporcional.

Si esto es así ¿cuál sería una forma adecuada de garantizar el Derecho a la Educación, sin exponer a los estudiantes para garantizar el derecho a la Salud y permitir no sólo la continuidad de los procesos de aprendizaje, sino además el mantenimiento de los puestos de trabajo de los profesores? La respuesta obvia parece ser el fortalecimiento de la Educación virtual y por consiguiente la argumentación en sentido estricto, de un derecho fundamental de acceso a internet que favorezca a los estudiantes en condiciones de mayor desventaja.

Esto no es algo nuevo, sólo se ha hecho más visible en estas circunstancias. Por ejemplo, el Relator de la ONU para la Libertad de Expresión afirmó la necesidad de garantizar el

derecho de acceso a internet, pues éste permite el disfrute de una serie de derechos de modo que, sin esta garantía grupos de personas en condición de vulnerabilidad y desventaja amplían la brecha de desigualdad frente a quienes acceden a este medio de manera masiva (ONU- 2020). En el mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha afirmado la importancia que tiene la garantía de acceso a internet en relación con otros derechos fundamentales.

De hecho, recientemente la Corte Constitucional en la Sentencia T-030 de 2020, reconoció el acceso progresivo a internet tiene en la garantía de otros derechos como el Derecho a la Educación y el derecho al trabajo (Uprimny, 2020). La última parte de este texto a manera de conclusión se ocupa de esta sentencia.

IV. Conclusión: El Arco de Heráclito en la era digital- El Incipiente surgimiento del Derecho Fundamental de Acceso a Internet

El Comité DESC publicó en dos documentos, una serie de recomendaciones para los Estados en el Contexto de la Pandemia. Destacó la importancia del acceso a Internet en la transición obligada a la virtualidad, como garantía del Derecho a la Educación, lo que, como lo destaca el profesor Uprimny tiene una enorme importancia jurídica dado que este Comité es el máximo intérprete del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Como se mencionó, la Sentencia T-030 de 2020, casi como si fuera una premonición, en enero de este año sentó las bases de un derecho fundamental de acceso a internet. El fallo es el resultado de una acción de tutela interpuesta por 5 madres de niños pertenecientes a una escuela rural a la que, le fue suspendido el servicio de internet, sobre la base del recorte de las transferencias de la Gobernación al Municipio al cual pertenece el centro educativo.

Lo primero que hace la Corte es aclarar el alcance de la solicitud de amparo, pues no se trata simplemente del acceso a

internet en abstracto sino de si, la suspensión o privación del servicio de internet afecta el derecho a la educación de niños, niñas y jóvenes. Aunque la Corte aclara específicamente que el acceso al servicio de internet sea un derecho fundamental en el contexto de la educación, lo cierto es que sienta las bases para que, sobre el principio de progresividad y la regla de no regresividad, el acceso a internet sea uno de los medios esenciales por medio de los cuales se garantiza el derecho a la educación. No se trata de convertir el medio de garantía en la garantía misma, según la Corte, pero, en circunstancias tan excepcionales como las que han dado lugar a la declaratoria de la pandemia, el acceso a internet como medio de garantía adquiere cada vez más importancia, mayor si se considera que permite la realización de otros derechos como la garantía del derecho a la salud y al trabajo en este caso concreto.

En conclusión, la Corte dijo lo siguiente:

4.1. En esta sentencia, la Sala Segunda de Revisión analizó dos expedientes que fueron acumulados por la respectiva Sala de Selección. En el primero, correspondiente al radicado T-6.451.601, se estudió si la Gobernación de Antioquia vulneró el derecho fundamental a la educación de los estudiantes de la Institución Educativa Normal Superior sede CER La Leona, al haber suspendido el acceso al servicio de internet debido a una ostensible reducción de recursos. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, *(i)* se reiteró que el derecho a la educación de los menores de edad es fundamental; *(ii)* se concluyó que la decisión del ente territorial constituyó una medida regresiva, por cuanto si bien explicó que buscaba cumplir una finalidad importante, no justificó, de manera suficiente, la efectiva conducencia de la medida para lograr dicha finalidad.

Si bien la Corte salvaguardó las competencias de las autoridades para garantizar el Derecho a la educación, sentó las bases para considerar que el acceso a internet puede ser un medio amparado constitucionalmente cuando su prestación

está ligada a la garantía de otros derechos fundamentales. Este camino ya lo hemos recorrido antes. Derechos que comienzan como medios, para convertirse en derechos de segundo orden y luego van revelando sus facetas fundamentales.

Las circunstancias generadas por la pandemia han acelerado su recorrido y puesto a luz, una nueva tensión sobre la base de los viejos problemas de la desigualdad en todos los niveles. Con todo, la educación sigue estando en el centro del debate y eso obliga a pensar en salidas adecuadas que permitan sino cerrar las brechas de la desigualdad, sí cuando menos pensar en alternativas que favorezcan a los grupos más desaventajados. En las actuales circunstancias, una interpretación en favor de un derecho de acceso a internet -incluidos los medios físicos para acceder- parece ir en esa dirección.

La garantía adecuada de un Derecho a la Educación que no sólo realice los más altos fines de ésta, sino que además sea coherente con la preocupación más humana por el bienestar físico -el derecho a la salud- y el adecuado reconocimiento de lo que puede llamarse apreciación social – derecho al trabajo- (Honnet, 2010), de quiénes se involucran en todos los niveles del proceso educativo, refuerzan esta idea.

Esto es lo que distingue la Educación del Derecho a la Educación que se defiende en este documento, como una Educación adecuada para la libertad y la democracia, orientada a la producción de seres libres, hombres y mujeres que ejercen su ciudadanía no con base en su riqueza o su origen, sino porque son conscientes de sus convicciones y están dispuestos a su refinamiento en el encuentro con otras personas. Hombres y mujeres de distintas clases sociales, preferencias, creencias y orígenes capaces de distinguir entre hábito y convención, entre tradición y cambio, dueños de sus pensamientos y conscientes de su papel en el mundo y de su relación con el medio ambiente y con otras especies, poseedores de una dignidad y un valor que está más allá de cualquier título, posición o clase (Nussbaum, 2005).

Breves aspectos conceptuales sobre el Principio de No Intervención y la Responsabilidad de Proteger en el Derecho Internacional Público

Brief conceptual aspects on the Principle of Non-Intervention and the Responsibility to Protect in Public International Law

Breves aspectos conceituais do Princípio de Não-Intervenção e da Responsabilidade de Proteger no Direito Internacional Público

Bref aspects conceptuels du principe de non-intervention et de la responsabilité de protéger en droit international public

不干预原则的简要概念方面以及国际公法中的保护责任

Maria Fatima Pinho De Oliveira¹
Universidad Simón Bolívar - Venezuela

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 164-192
<https://doi.org/> <https://doi.org/10.24215/25251678e456>
Recibido: 01/09/2020
Aprobado: 15/09/2020

Resumen: El principio de No Intervención ha surgido en la comunidad internacional desde el derecho consuetudinario, con la intención de

¹ Profesora Asociado de la Universidad Simón Bolívar, adscrita al Departamento de Ciencias Económicas y Administrativas en Caracas, Venezuela. Abogado de la Universidad Santa María (USM, 1999). Especialista en Derecho Penal (USM, 2001) y Magíster en Derecho Penal (USM, 2008). Doctorando en Derecho Internacional Público de la Universidad Latinoamericana y del Caribe (ULAC) (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7539-5620>).

preservar la soberanía de los Estados, en cambio la “responsabilidad de proteger” es un término comparativamente nuevo desde 2005 desde el seno de la ONU, con la proposición firme de establecer un deber de socorro a poblaciones víctimas de graves violaciones de derechos humanos, lo que ha hecho que se abran al debate los paradigmas establecidos del derecho internacional positivo. A partir de una exploración de la literatura académica y como parte de un propósito específico como lo es presentar brevemente los aspectos conceptuales sobre el Principio de No Intervención y la Responsabilidad de Proteger en el Derecho Internacional Público, el presente trabajo se toma la tarea de examinar ambos conceptos para determinar su alcance, así como los problemas de aplicación unidos a este concepto. Se concluye que se considera importante destacar la preeminencia de la idea de la protección de los intereses de las personas, frente a la protección de los intereses de la comunidad internacional y de los derechos humanos en el sistema internacional actual.

Palabras clave: Responsabilidad de proteger, soberanía, intervención, comunidad internacional.

Abstract: The principle of Non-Intervention has emerged in the international community from customary law, with the intention of preserving the sovereignty of States, on the other hand, the “responsibility to protect” is a comparatively new term since 2005 from within the UN, with the firm proposal to establish a duty of assistance to populations that are victims of serious human rights violations, which has made the established paradigms of positive international law open to debate. Based on an exploration of the academic literature and as part of a specific purpose such as briefly presenting the conceptual aspects of the Principle of Non-Intervention and the Responsibility to Protect in Public International Law, this paper takes the task of examining both concepts to determine its scope, as well as the application problems associated with this concept. It is concluded that it is considered important to highlight the preeminence of the idea of the protection of the interests of the people, over the protection of the interests of the international community and of human rights in the current international system.

Keywords: Responsibility to protect, sovereignty, intervention, international community.

Resumo: O princípio da Não-Intervenção surgiu na comunidade internacional do direito consuetudinário, com a intenção de preservar a soberania dos Estados, por outro lado, a “responsabilidade de proteger” é um termo comparativamente novo desde 2005 dentro da ONU, com a firme proposta de estabelecer um dever de assistência às populações vítimas de graves violações dos direitos humanos, o que tornou abertos ao debate os paradigmas estabelecidos de direito internacional positivo. Com base na exploração da literatura acadêmica e como parte de um propósito específico, como apresentar brevemente os aspectos conceituais do Princípio de Não-Intervenção e da Responsabilidade de Proteger no Direito Internacional Público, este artigo tem a tarefa de examinar ambos os conceitos para determinar seu escopo, bem como os problemas de aplicação associados a este conceito. Conclui-se que se considera importante destacar a preeminência da ideia da proteção dos interesses das pessoas, sobre a proteção dos interesses da comunidade internacional e dos direitos humanos no atual sistema internacional.

Palavras-chave: Responsabilidade de proteger, soberania, intervenção, comunidade internacional

Résumé: Le principe de non-intervention est né dans la communauté internationale du droit coutumier, avec l'intention de préserver la souveraineté des États, d'autre part, la «responsabilité de protéger» est un terme relativement nouveau depuis 2005 au sein de l'ONU, avec la proposition ferme d'instaurer un devoir d'assistance aux populations victimes de graves violations des droits de l'homme, qui a ouvert au débat les paradigmes établis du droit international positif. Basé sur une exploration de la littérature académique et dans le cadre d'un objectif spécifique tel que la présentation succincte des aspects conceptuels du principe de non-intervention et de la responsabilité de protéger en droit international public, ce travail se propose d'examiner les deux concepts pour déterminer sa portée, ainsi que les problèmes d'application associés à ce concept. Il est conclu qu'il est jugé important de souligner la prééminence de l'idée de la protection des intérêts du peuple, sur la protection des intérêts de la communauté internationale et des droits de l'homme dans le système international actuel.

Mot-clés: Responsabilité de protection, souveraineté, intervention, communauté internationale.

摘要: 国际社会从习惯法中出现了不干预原则, 其目的是维护国家主权, 另一方面, 自2005年以来, “保护责任”是联合国内部一个相对较新的名词, 关于对严重侵犯人权行为的受害者设立援助义务的坚定建议, 使确立的积极国际法范式值得商榷. 在对学术文献进行探索的基础上, 并作为特定目的的一部分(例如简要介绍《不干预原则》和《国际公法中保护责任》的概念方面), 这项工作的任务是审查确定概念范围的两个概念, 以及与此概念相关的应用问题. 结论是, 在当前的国际体系中, 突出保护人民利益的思想比保护国际社会的利益和人权的思想重要是重要的

关键字: 保护责任, 主权, 干预, 国际社会

I. Introducción

El Principio de no Intervención ha sido un tema muy debatido en la comunidad internacional en cambio la responsabilidad de proteger ha surgido como un nuevo cambio de paradigma dentro de esta comunidad internacional. El Principio de no Intervención, se elaboró para proteger a los Estados débiles frente a los poderosos, pero ¿hasta qué punto se protegen los derechos humanos de las personas involucradas en diversos crímenes?

La Asamblea General de Naciones Unidas no ha escatimado esfuerzos en defender los principios doctrinales, es por ello que desde 1970 se ha dado la tarea de emitir Resoluciones que obliguen a los Estados a respetar el principio de no intervención. Pero, ahora bien, ¿que ha surgido con esta nueva doctrina sobre la responsabilidad de proteger?, pues en esos años apareció en el contexto internacional el deber y derecho de injerencia, catalogado por algunos autores como un antecedente de la responsabilidad de proteger (R2P). En relación con esta base normativa previa y las características clásicas del Estado soberano westfaliano (territorio, autoridad y población, a las que se suma la necesidad de reconocimiento internacional), la novedad del nuevo enfoque que hoy en día propugna Naciones

Unidas reside en la idea de que el Estado tiene también la obligación esencial e ineludible de respetar los derechos humanos y proteger a la población propia.

Planteadas estas dos premisas, la idea de esta investigación es generar un breve aporte a la comunidad de investigadores sobre la relación que se discute actualmente sobre el Principio de No Intervención y la Responsabilidad de Proteger. Esta investigación es un propósito que se ha venido desarrollando de la tesis doctoral, donde se ha realizado una revisión sistemática de la literatura científica destacando los autores que han investigado sobre este tema.

II. El Principio de No Intervención. Alcance

Leal y Cerda (2016), afirman que la función de la no intervención es proteger, aplicando e interpretando las normas de derecho internacional, el principio básico de la soberanía de un Estado, considerado el supuesto fundamental de la comunidad universal.

Es un mecanismo doctrinal, para precisar los límites externos de la influencia permisible que un Estado puede ejercer sobre otro en el orden internacional y para atenuar la desigualdad de poder entre las naciones. (Sepúlveda, 1993, citado por Leal y Cerda, 2016)

Para Consigli (2004), el principio de no intervención se elaboró para proteger a los Estados débiles frente a los poderosos. Pero cuando el débil es la persona y el poderoso es el Estado, el principio de no intervención, tal como fue concebido, merece ser revisado debido a los constantes cambios que han surgido en el Derecho Internacional actual.

Si bien es cierto, el principio de no intervención es una cuestión muy antigua que algunos académicos consideran se gestó desde la misma aparición del Estado moderno, en el plano internacional su codificación comienza con la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, más conocida

como Convención de Montevideo, suscrita el 26 de diciembre de 1933, en cuyo artículo 8 vo. se estableció que “Ningún Estado tiene derecho de intervenir en los asuntos internos ni en los externos de otro”. (Sierra, 1963, p.162, citado por Leal y Cerda, 2016, p. 88). Esta disposición se concatenó con el Protocolo de Buenos Aires del 23 de diciembre de 1936 estableciéndose:

... que las altas partes contratantes declaran inadmisibile la intervención de cualquiera de ellas, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos interiores o exteriores de cualquiera otra de las partes y que la violación de las estipulaciones de este artículo daría lugar a una consulta mutua, a fin de cambiar ideas y buscar procedimientos de avenimiento pacífico. (Leal y Cerda, 2016, p.88).

Se dice que el primer antecedente del principio de no intervención dado por un organismo mundial, es la resolución del 1 de octubre de 1936 aprobada por la Asamblea de la Liga de las Naciones, que en su art. 15 párrafo 8 se dispuso: “Todo Estado tiene el deber de abstenerse de cualquier intervención en la vida política de un Estado extranjero”. Posteriormente, se suscribió en 1945 la Carta de la ONU en cuyo art. 2º se enunció una serie de principios, entre los cuales está el de no injerencia. Al crearse la Organización de las Naciones Unidas, la Carta de San Francisco estableció en el artículo 2.7 que ninguna disposición de la Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.

Posteriormente, la Asamblea General adoptaría diversas resoluciones sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, incluyéndose, desde luego, la cuestión de la no intervención: la Resolución 1815 (XVII) del 18 de diciembre de 1962 que reitera lo enunciado en la Carta y la Resolución 2131 (XX) del 21 de diciembre de 1965 que es más explícita sobre la revisión de los principios, llevando por nombre “Declaración sobre

la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía”, resaltando que:

Ningún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, están condenadas. (Carta y la Resolución 2131 (XX), 1965)

Nace en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas la Resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970, adoptada con motivo del vigésimo quinto aniversario de la Organización. En dicha Resolución denominada “Declaración sobre los principios de derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, se reitera lo dispuesto en las resoluciones precedentes con el agregado de que su incumplimiento constituiría una violación al derecho internacional. (Leal y Cerda, 2016)

Sepúlveda, (1995) citado por Leal y Cerda (2016), señalaba que:

La vigencia de un aspecto fundamental de la soberanía, el principio de la no intervención, en los asuntos internos de los Estados, posee una indudable solidez. El valor jurídico y político de ese principio descansa en un hecho: la soberanía continúa siendo el principio ordenador de las relaciones internacionales, y los lamentos por su declinación son evidentemente prematuros. (p.197).

Afirman los autores citados que es evidente que ni la historia se terminó ni la soberanía de los países se debilitó, lo cierto es que la acepción de la no intervención sí experimentó varios cambios a raíz de la evolución del llamado nuevo orden internacional.

Aún antes de que la concepción del principio fuera considerado desde otra óptica en las relaciones internacionales, se estimaba que está universalmente condenado en la teoría internacional, se proscriben y se consideran ilegales todas sus facetas: armada, política, económica, etcétera, porque evidentemente se trata de un acto de fuerza de un Estado poderoso contra un país débil. Sin embargo, Sepúlveda, (1993), afirmaba que esta rotundez quedaba atenuada en la medida que se señalaba que sólo quedaría permitida en unos cuantos casos excepcionales cuando mereciera el asentimiento y la participación de una mayoría de naciones, y cuando existieran además instrumentos jurídicos precisos que la admitieran, ya que de otra manera, cualquier justificación no pasaría de ser un argumento retórico, por lo que:

...la no intervención no siempre se justifica cuando representa un conflicto con valores universales más elevados asociados a los principios de funcionamiento de un sistema democrático y de defensa a los derechos humanos. Este postulado ejemplifica cuál debe ser el enfoque de la no intervención en el mundo contemporáneo, donde los abusos a los derechos humanos, la pobreza extrema, la inestabilidad de los gobiernos, el descontento social, entre otros males otrora considerados del dominio exclusivo del Estado, pueden trascender las fronteras nacionales con mayor facilidad y, por ende, afectar al resto de la comunidad internacional. (Cuesta, 2005, p.41)

En América, donde como en ningún otro lugar se tuteló el principio de no intervención, se han producido notables avances hacia el abandono del principio de no intervención respecto de circunstancias que quiebren o pongan en peligro la forma de gobierno democrática en un Estado de la región. (Tempesta, 1999).

Esto queda abiertamente manifiesto con el llamado Compromiso de Santiago de 1991 y la Carta Democrática Interamericana de 2001. En ambos documentos se invocan los principios de

libre determinación y de no intervención, pero, sin considerarlos en conflicto. Los países integrantes del sistema Interamericano manifestaron y consintieron su compromiso con la defensa y promoción de la democracia representativa y de los derechos humanos en la región de forma indeclinable. (Leal y Cerda, 2016)

Para Tempesta (1999), el principio de no intervención con un alcance más limitado perdura y tiene dos ejes fundamentales: (i) la prohibición de ejercer coacción a un Estado para que adopte medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole (que no impliquen el uso de la fuerza) encaminadas a que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden; y (ii) la intervención sistémica, esto es, la dirigida a cambiar el sistema político, económico y/o cultural que constituyen un Estado.

Por lo tanto, se encuentran establecidos dos límites legales sobre este principio de no intervención: el que proscribe el recurso a la amenaza y el uso de la fuerza (Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, 1945) y el que impide la injerencia en los asuntos internos de los Estados (impuesto por el Artículo 2.7 de la Carta), a saber:

Artículo 2. Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

(...) 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

(...) 7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

Así mismo este principio se ve reflejado en la Carta de la OEA, (1965) en su Artículo 19, en los siguientes términos:

Artículo 19. Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen.

El estudio del principio de no intervención en el marco de la ONU exige referirse a la Resolución 2625 que contiene la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, aprobada en 1970. Esta resolución se erige como un pilar fundamental en la consagración, definición y delimitación del principio.

En el apartado tercero de la normativa en análisis se declara que los principios de la Carta de Naciones Unidas incorporados en esta resolución, entre ellos el de no intervención, “constituyen principios básicos de Derecho Internacional”. En relación al contenido de la declaración destacamos lo siguiente.

Primero, en el preámbulo de la Resolución 2625, (1970), sobresale la mención de la Asamblea General acerca de su convencimiento de que:

...el estricto cumplimiento por los Estados de la obligación de no intervenir en los asuntos de cualquier otro Estado es condición esencial para asegurar la convivencia pacífica entre las naciones, ya que la práctica de cualquier forma de intervención, además de violar el espíritu y la letra de la Carta, entraña la creación de situaciones que amenazan la paz y la seguridad internacionales. (ONU, Resolución 2625, 1970)

La Asamblea General recuerda en la Resolución “el deber de los Estados de abstenerse, en sus relaciones internacionales,

de ejercer coerción militar, política, económica o de cualquier otra índole contra la independencia política o la integridad territorial de cualquier Estado”, en cuanto vulnerarían los principios de igualdad soberana de los Estados y de libre determinación de los pueblos. Esto se puede expresar también en que “todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir sus sistemas político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado”. (ONU, Resolución 2625, 1970)

Segundo, en la parte resolutive la Asamblea General proclama que:

...ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, son violaciones del Derecho Internacional. (ONU, Resolución 2625, 1970)

En esa misma dirección, la Asamblea General sostiene que “ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos”. Los Estados deberán también “abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en las luchas interiores (guerras civiles) de otro Estado”.

En síntesis, la Resolución 2625 (op.,cit), establece que la no injerencia en asuntos internos y externos comprende cuatro prohibiciones, a saber: (i) del uso de la fuerza armada; (ii) de cualquier injerencia o amenaza; (iii) de coacciones distintas del uso de la fuerza armada; (iv) del uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional. Es esta concepción la que permitirá un efectivo resguardo del principio de igualdad

soberana y de aquellos que derivan de éste, en cuanto cualquier forma de intervención configura una infracción a la Carta de la ONU y el Derecho Internacional, tanto a su texto expreso como su espíritu, constituyendo en definitiva una amenaza para la paz y seguridad internacionales.

Castaño (2017) señala que en cuanto a la vigencia del principio de independencia del Estado y de su consecuencia, el de no intervención, Cassese, (1994) en su obra *International Law in a Divided World*, al respecto indica que:

...de los varios principios fundamentales que regulan las relaciones internacionales, éste [la igualdad soberana de los Estados] es incuestionablemente el único respecto del cual existe un incondicional acuerdo y apoyo por parte de todos los grupos de Estados, sin atender ideologías, inclinaciones políticas y circunstancias. Todos los Estados concuerdan tanto sobre la crucial importancia del principio como sobre sus contenidos básicos. (pp.129-330)

Carrillo (1995), afirma que la internacionalización de la protección de los derechos humanos ha corroído lo esencial de tal principio; en primer lugar, porque “los tratados vinculan a los Estados; además, son susceptibles de reservas; por último, la estipulación de las obligaciones contraídas, a menudo imprecisa, suele dejar margen a la libertad de los signatarios”. (p. 67).

Esta realidad va de la mano con la continuidad del papel de los Estados independientes como sujetos primarios del Derecho Internacional Público. Así lo explica Remiro (1997) citado por Castaño (2017):

Los sujetos primarios y plenarios del Derecho Internacional siguen siendo los Estados soberanos, ya que sólo ellos disponen per se de una subjetividad internacional sin condiciones. Cualquier otro sujeto lo es –o será– en función de que aquéllos le confieran –con grados diversos– personalidad jurídica. (pp. 43-44).

En este mismo sentido, Pastor (2001), juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye: “En una perspectiva

jurídica y política a la vez, la soberanía del Estado constituye un factor determinante y de primer orden en la actual configuración de la sociedad internacional y del Derecho de Gentes”. (p. 277).

Este principio en cuanto sus obligatorias derivaciones (la igualdad de las comunidades políticas y la no intervención en sus asuntos internos) no aparecen al menos claramente reafirmados por las resoluciones de la sociedad internacional organizada, las normas (consuetudinarias o convencionales) y la jurisprudencia que regulan las relaciones entre los principales actores del escenario global. (Castaño, 2017, p. 22)

Por ejemplo, la Asamblea de las Naciones Unidas en su Declaración 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970, que contiene “la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de la ONU”, sintetiza en estos términos el “Principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de jurisdicción interna de los Estados”:

...ningún Estado o grupos de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro [...] por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualquiera otra forma de injerencia o amenaza atentatoria de la personalidad del Estado o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen son violaciones del derecho internacional. (Disponible en: www.dipublico.org, citado por Castaño, 2017, p.22).

Pero a su vez este principio descansa en el principio de la igualdad soberana de los Estados, según el cual:

...todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole. En

particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes: a) los Estados son iguales jurídicamente; b) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía; c) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados; d) la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables; e) cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar delante libremente su sistema político, social, económico y cultural; f) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados. (Disponible en: www.dipublico.org, citado por Castaño, 2017, p.22)

Por su parte, la Corte de Justicia Internacional de La Haya ha sentenciado en un fallo de crucial relevancia (“Nicaragua vs. Estados Unidos”, 27 de junio de 1986):

En el principio fundamental de la soberanía del Estado reposa todo el derecho internacional público [...] el principio de no intervención supone el derecho de todo Estado a conducir sus asuntos sin injerencia exterior; aunque los ejemplos de violación del principio no sean raros, el tribunal estima que forma parte del derecho internacional consuetudinario; la existencia del principio de no intervención en la opinio juris de los Estados, se apoya en una práctica importante y bien establecida. De otra parte, se ha presentado este principio como un corolario del principio de igualdad soberana [...] Este principio prohíbe a todo Estado o grupos de Estados intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otro Estado; la intervención prohibida debe, pues, caer sobre materias respecto de las cuales el principio de soberanía de los Estados permite a cada uno de ellos decidir libremente. Ello ocurre con la elección del sistema político, económico, social y cultural y con la formulación de la política exterior. (Kohen, 2012, pp. 157-164, citado por Castaño, 2017, p.23).

Adicionalmente el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados ha sido reafirmado también a lo

largo del tiempo en una serie de Tratados Internacionales, por ejemplo, en: La resolución 95 de 1946 sobre los principios de Nuremberg, la declaración de la in-admisibilidad de la intervención, de 1965, la declaración de los principios del derecho internacional concerniente a las relaciones amistosas y de cooperación entre los estados, de 1970, y la declaración para el mejoramiento de la efectividad de los principios de abstención del uso de la fuerza en las relaciones internacionales de 1987, entre otros.

Chesterman (2011), indica que lo que ha ocurrido es que los delegados colocaron la protección de los derechos humanos en un segundo plano. Frank (1995), y otros autores por otra parte hacen referencia a una propuesta de enmienda francesa, al borrador de la Carta, para que los estados pudieran intervenir en otras naciones cuando “existiera una violación clara de las libertades esenciales o de los derechos humanos constituyera una amenaza a la paz”, (pp. 478-481) lo cual, en caso de haberse firmado, hubiera constituido una amenaza o excepción al artículo 2.4.

Para Gonzalvo (2016), a pesar de los muchos tratados existentes en materia de protección de los derechos humanos, no existe, ningún Tratado o un derecho consuetudinario de intervención humanitaria que de ninguna manera autoricen la intervención humanitaria de naturaleza individual o colectiva sin la autorización del Consejo de Seguridad y bajo el amparo del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, como anticipamos.

Por otra parte, son demasiadas las crisis y los conflictos recientes que siguen generando importantes tragedias humanitarias como para pensar que la comunidad internacional ha de adoptar las medidas contundentes que puedan resultar necesarias para evitar los sufrimientos y los así llamados dramas humanitarios que son reseñados por los medios de comunicación social. (Nostrom, 2003, citado por Gonzalvo, 2016).

Entonces debido a que la responsabilidad de proteger constituye una evolución del concepto de intervención humanitaria,

es de aplicación a los principios humanitarios, y por su parte el derecho imperativo o *jus cogens* puede ser tenido como uno de los fundamentos de la responsabilidad internacional. (Brzezinski, 1998, citado por Gonzalvo, 2016), cabría considerar como otro fundamento de la intervención la existencia de ciertas normas *erga omnes*. Así, se ha establecido que son consideradas normas *erga omnes* o imperativas aquellas normas, de manera general, relativas a la protección de la esclavitud y la discriminación racial, así como aquellas normas relativas a los derechos básicos de la persona humana, entre otras. (Schachter, 1984, citado por Gonzalvo, 2016).

Cabe destacar que las obligaciones *erga omnes* generan consecuencias jurídicas especiales, por lo que la comunidad internacional en su conjunto tiene un interés y obligación de acabar con la ilegalidad de un acto que viola los derechos humanos fundamentales establecidos; lamentablemente esto afecta a los que más defienden a las víctimas, exigiendo también la posible actuación internacional la adopción de las medidas necesarias para evitar el sufrimiento de las personas involucradas.

III. El Derecho de Injerencia y la Responsabilidad de Proteger. La Intervención por razones humanitarias

Las “intervenciones humanitarias” generan polémica tanto cuando se producen como cuando no. Los acontecimientos registrados en Rwanda en 1994 revelaron todo el horror a que puede conducir la pasividad. La Secretaría de las Naciones Unidas y algunos miembros permanentes del Consejo de Seguridad sabían que ciertos funcionarios vinculados al Gobierno de entonces planeaban un genocidio; las fuerzas de las Naciones Unidas estaban presentes, aunque al principio su número era insuficiente; y existían estrategias fiables para prevenir, o al menos mitigar en gran medida, la matanza que luego se produjo. Pero el Consejo de Seguridad se negó a adoptar las medidas necesarias, lo que supuso una falta de voluntad internacional al más alto nivel. La catástrofe humanitaria de Rwanda no fue la

única consecuencia: el genocidio desestabilizó toda la región de los Grandes Lagos y aún sigue haciéndolo. En el período subsiguiente, muchos pueblos africanos llegaron a la conclusión de que, pese a la retórica sobre la universalidad de los derechos humanos, unas vidas son mucho menos importantes que otras para la comunidad internacional. (Evans y Sahnoun, 2001, p.1)

El caso de Kosovo (intervenido en 1999) centró la atención en otros aspectos del debate donde se plantearon preguntas sobre la legitimidad de la intervención militar dentro de un Estado soberano: si se trataba de una causa justa, si se justificaba una intervención externa, si se agravó la situación en vez de corregirla. (Evans y Sahnoun, 2001, p.1)

El caso de Bosnia (por la masacre ocurrida en 1995 en Srebrenica y que las Naciones Unidas no lo pudo impedir) también ha tenido una importante repercusión en el debate sobre la política de intervención con fines de protección humana. Si, por principio, la intervención es una promesa que se hace a una población necesitada, esta promesa se incumplió cruelmente. Otro ejemplo fue el fracaso y la retirada de las operaciones de paz realizadas por las Naciones Unidas en Somalia en 1992 y 1993, en las que la intervención internacional destinada a salvar vidas y restablecer el orden no cumplió su cometido debido a una planificación defectuosa, una mala ejecución y una excesiva dependencia de la fuerza militar. (Evans y Sahnoun, 2001, p.2)

Estos cuatro casos sucedieron en un momento en que se abrigan grandes esperanzas de conseguir acciones colectivas eficaces tras el fin de la Guerra Fría, estos caos (Rwanda, Kosovo, Bosnia y Somalia) han afectado profundamente a la manera en que se considera, analiza y caracteriza el problema de la intervención. (Evans y Sahnoun, 2001, p.2)

En un discurso pronunciado en septiembre de 1999, durante el 54º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Secretario General Kofi Annan reflexionó sobre “las perspectivas de la seguridad del ser humano y la intervención en el próximo siglo.” (Secretario General de las Naciones

Unidas, 2000). Tras recordar los fracasos del Consejo de Seguridad en Rwanda y Kosovo, instó a los Estados Miembros a “encontrar un terreno común para hacer valer los principios de la Carta y defender los criterios de humanidad que nos son comunes.” (Secretario General de las Naciones Unidas, 2000). El Secretario General advirtió que “si la conciencia colectiva de la humanidad...no logra encontrar su más alta tribuna en las Naciones Unidas, se planteará el grave peligro de que busque la paz y la justicia en otros lugares.” (Secretario General de las Naciones Unidas, 2000).

En su Informe del Milenio, presentado a la Asamblea General al año siguiente, volvió a enunciar el dilema y repitió su desafío:

... si la intervención humanitaria es, en realidad, un ataque inaceptable a la soberanía, ¿cómo deberíamos responder a situaciones como las de Rwanda y Srebrenica, y a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que transgreden todos los principios de nuestra humanidad común?. (Secretario General de las Naciones Unidas, 2000).

En septiembre de 2000, el Gobierno del Canadá respondió al reto del Secretario General anunciando el establecimiento de esta comisión independiente, la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE).

Nuestro mandato general era lograr una mejor comprensión del problema que suponía conciliar la intervención con fines de protección humana con la soberanía y, más en concreto, tratar de conseguir un consenso político mundial sobre la forma de pasar de la polémica a la acción dentro del sistema internacional, particularmente a través de las Naciones Unidas. (Evans y Sahnoun, 2001, p.2)

Fue entonces cuando una Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía Estatal, liderada por Canadá, se encargó de preparar un informe con recomendaciones sobre lo

que bautizó como la responsabilidad de proteger, publicado en diciembre del año 2001. (Revilla, 2007).

La composición de la Comisión pretendía reflejar las perspectivas de los países desarrollados y en desarrollo, además de una amplia variedad de procedencias geográficas, puntos de vista y experiencias, con opiniones que, al menos en las primeras etapas, representarían las líneas generales del actual debate internacional. Si la Comisión lograba alcanzar un consenso, existiría alguna posibilidad de alentar a la comunidad internacional a que hiciera lo propio. La Comisión se reunió por primera vez el 6 de octubre de 2000 en Ottawa. En esa reunión se preparó una estrategia para llevar a cabo el mandato de la Comisión durante ese año y se acordó que su labor se realizaría de forma transparente, inclusiva y global. “La Comisión se comprometió firmemente a mantener consultas lo más amplias posibles en todo el mundo, incluidos los cinco países que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad” (Evans y Sahnoun, 2001, p.3)

El concepto que se pretendía discutir era revolucionario para el sistema internacional, en la medida en que ponía en cuestión los principios westfalianos de la soberanía nacional y la no injerencia en asuntos internos hasta entonces vigentes. En 2004, el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, establecido por el Secretario General Kofi Annan, hizo suya la norma que acababa de plantearse acerca de la responsabilidad de proteger, a menudo denominada “R de P” o “R2P” (en inglés) y afirmó que se trataba de una responsabilidad colectiva internacional, a cargo del Consejo de Seguridad por la que se autorizaba la intervención militar como último recurso en caso de genocidio y otras matanzas en gran escala, limpieza étnica y graves violaciones del derecho humanitario, y que los gobiernos soberanos hubiesen demostrado no poder o no querer evitar. (Gonzalvo, 2016)

El grupo propuso los criterios básicos que legitimarían la autorización del uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad

de las Naciones Unidas, incluida la gravedad de la amenaza, el hecho de que debe ser el último recurso, y la proporcionalidad de la respuesta.

La “responsabilidad de proteger” encuentra su consagración en el Documento Final de la Cumbre Mundial de la ONU de 2005:

La comunidad internacional, por conducto de Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los capítulos VI y VIII de la Carta de Naciones Unidas, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad.

Cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana. (Asamblea General: “Resolución 60/1...”, op. cit., párr. 138”.

En este contexto, “estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por conducto del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas”. En concreto y en relación con este asunto, y de acuerdo al artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas el uso de la fuerza “más allá de las fronteras propias está prohibido” existiendo dos excepciones fundamentalmente: El Consejo de seguridad puede de acuerdo con el artículo 42 del Capítulo VII de la Carta autorizar el uso de la fuerza en determinadas circunstancias (que podrían ser las mencionadas anteriormente), y

por otro lado con arreglo al artículo 51 del mismo Tratado los Estados tienen derecho al uso legítimo de la fuerza para realizar la defensa de su soberanía. (Secretario General de las Naciones Unidas, 2009).

Chomsky (2009) citado por Gonzalvo, (2016), afirma que el deber o derecho de injerencia, fue un principio promovido en los años 80, por diversos juristas, como Calderón Peragón, y también Bettati y Kouchner quienes manifestaron que el principio de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados ya no era defendible y que la comunidad internacional debía intervenir, por la fuerza de ser preciso, en aquellos países donde la población civil sufriera graves violaciones de los derechos humanos. Ahora bien, la expresión implicaba por encima de todo un comportamiento ético, deducido de cierta subjetividad moral o religiosa, pero no de una obligación jurídica. En este sentido, observa Dupuy (1992), citado por Gonzalvo, (2016), que no se trata de un verdadero “deber de injerencia” de los Estados en los asuntos internos de otro Estado, sino de un derecho de terceros Estados de suministrar asistencia humanitaria, o “derecho de injerencia”, correspondiendo finalmente al Estado territorial el aceptarlo.

Basado en una evolución de esos años apareció en el contexto internacional el deber y derecho de injerencia, catalogado por algunos autores como un antecedente de la responsabilidad de proteger (R2P). “En relación con esta base normativa previa y las características clásicas del Estado soberano westfaliano (territorio, autoridad y población, a las que se suma la necesidad de reconocimiento internacional)” (Gonzalvo, 2016, p.7), la novedad de esta nueva dirección dirigida por Naciones Unidas plantea la idea de que el Estado tiene también la obligación esencial e ineludible de respetar los derechos humanos y proteger a su población.

Y si esto no ocurre por negligencia (incapacidad de proteger) o como resultado de una política deliberada (intención de aniquilar), o incluso por la incapacidad

de gobernar, que sería el caso de los estados fallidos o fracasados, entonces la responsabilidad pasa a la comunidad internacional, que puede adoptar medidas pacíficas o intervenir finalmente “por todos los medios necesarios”, es decir, recurriendo al uso de la fuerza, previa autorización del Consejo de Seguridad con las finalidades de prevención, reacción y reconstrucción. (Gonzalvo, 2016, p.7)

Para Añaños (2009), la “responsabilidad de proteger”, como propuesta llevada a la ONU, lleva consigo un mensaje de intervención en socorro de víctimas o posibles víctimas de serias violaciones de derechos humanos. La misma puede ser considerada como un nuevo intento de consolidar la doctrina del *bellum iustum* o guerra justa y, a la vez, de asegurar a la ONU un área más de acción en el mantenimiento de la paz en el siglo XXI.

Gonzalvo (2016) sostiene que la experiencia ha demostrado la dificultad de que la comunidad internacional la aplique de forma equitativa a intervenciones en distintos países del mundo, obviando otros factores incentivos o disuasorios de índole menos moral, y sin incurrir a los indeseados dobles raseros, o intervenciones limitadas que no solucionan los problemas de fondo, y que en ocasiones los agravan. Ahora bien, aún ahora en nuestros días, esa responsabilidad de proteger aparece limitada totalmente a determinados supuestos, ya que ningún tratado de naturaleza unilateral o colectiva puede autorizar el uso de la fuerza si previamente éste no ha sido aprobado por el Consejo de Seguridad.

IV. Una nueva forma de la idea de intervención en defensa de los derechos humanos: la “responsibility to protect” (la Responsabilidad de Proteger)

Para Castaño (2017) la idea de intervención por razones humanitarias no es nueva, en el derecho internacional público, ya que ha sido elevado el término a una nueva forma de derecho

(o incluso del deber) de injerencia o de intervención humanitaria, por parte de órganos de las Naciones Unidas ante casos de violaciones graves a los derechos humanos.

En palabras de Consigli, (2004), la existencia de una obligación internacional que confronta con la validez y la vigencia del principio de no intervención exige ser analizada *sine ira et studio*, con prescindencia de la fuerza y el magnetismo de que su creciente difusión pueda revestirla. Estimamos pertinente tomar en cuenta las aporías, inquietudes, dudas, que suscita la objetiva y real subordinación del principio de no intervención al valor resolutorio de los derechos humanos juzgados y tutelados por el derecho internacional. Entendiendo lo expresado con este preciso sentido y alcance: el de una normalización de la preterición del principio en favor de las distintas figuras corrientes: intervención humanitaria, injerencia humanitaria o, sobre todo hoy, “responsabilidad de proteger”. La formulación de este principio de intervención surge del Informe de la ICISS: La responsabilidad de proteger, la comisión, que fue organizada por el gobierno canadiense y presidida por Gareth Evans y Mohamed Sahnoun, sesionó desde noviembre de 2000 y dio a conocer sus conclusiones en diciembre de 2001. (Disponible en www.responsibilitytoprotect.org/ICISS)

El informe posiciona acciones relevantes donde, la soberanía del Estado es asumida primariamente como “responsabilidad”. En el ámbito interno, ella implica la responsabilidad de proteger los derechos humanos y la dignidad de las personas confiadas a su custodia. El *Report* propone encarar el problema bajo análisis reemplazando la locución “derecho de intervención” por la de “responsabilidad de proteger”, pues lo que se halla en juego ya no es la “seguridad territorial y nacional” del Estado sino la “seguridad” “alimentaria y ambiental” de la población.

Lo concluyente del Informe consiste en el principio de que tal responsabilidad de proteger los derechos humanos es compartida entre el Estado y la comunidad internacional; esta última asumiría esa misión cuando el Estado no quiera o no

pueda cumplirla, o sea el culpable mismo de las transgresiones. También cuando personas que viven fuera de un Estado en particular se ven directamente amenazados por las acciones que tienen lugar allí. Por otra parte, la responsabilidad “residual (*residual*)” de la comunidad internacional consiste no sólo en evitar amenazas o atentados que actualmente se estén cometiendo, sino asimismo prevenir la eventual comisión futura o eventual de tales acciones. (Castaño, 2017).

En la *Synopsis* del Informe se establece que si bien la responsabilidad “alternativa (*fallback*)” recae en cabeza de la comunidad internacional organizada y de sus órganos (el Consejo de Seguridad), sin embargo esa responsabilidad puede ser delegada en organizaciones interestatales cuyo ámbito de jurisdicción (o de intereses) abarque la zona en la que se produce el conflicto, sujetas a la autorización *ex post facto* del Consejo (vid., p. XIII del Report, citado por Castaño, 2017).

Planteada de esta manera, la idea de la responsabilidad de proteger quedó reflejada en el documento final de la Cumbre Mundial de 2005 (Resolución 60/1 de la Asamblea General de la Naciones Unidas de septiembre de 2005) y adoptada de hecho por el Consejo de Seguridad en varias resoluciones, incluyendo aquella producida con ocasión de la operación contra Libia (Resolución, 1973 del 17 de marzo 2011). (Gozzi, 2015, pp. 87-102; citados por Bermejo y López, 2013, pp. 21-22 y 62-64).

V. Las Dos (2) iniciativas: (1) La iniciativa brasileña: “Responsabilidad al Proteger” (RaIP) y (2) la china: “Protección Responsable” (PR)

Castaño (2017) señala que el Consejo de Seguridad de la ONU es un órgano que surgió tras el reparto de poder mundial de Yalta por los vencedores de la Segunda Guerra Mundial, y durante estas décadas ha reflejado la estructura pluripolar del orden mundial; “en ese sentido, cabría acotar que sus llamadas “inacciones” como poder coactivo centralizado planetario han manifestado en los hechos la realidad interestatal de ese orden” (p.28).

La relativa parálisis de la RdeP y la inacción ante la crisis siria movilizaron a la diplomacia y gobierno brasileños (Menéndez, 2016). El 21 de febrero de 2012 tuvo lugar en la ONU una discusión informal sobre el concepto Responsabilidad al Proteger (RaP), co-presidida por el entonces ministro de Exteriores brasileño, Antonio de Aguiar, y el asesor especial del secretario general para la Responsabilidad de Proteger, Edward Luck. Discusión basada en la nota presentada por Brasil al Consejo de Seguridad. (Naciones Unidas, 2011).

La iniciativa de Brasil persigue atender las preocupaciones e inquietudes suscitadas por la puesta en práctica de la acción militar en el marco de la RdeP y estima que es fundamental que al uso de la fuerza se le preste especial atención, con mecanismos y procedimientos reforzados que el Consejo ponga en marcha para vigilar y evaluar el modo en que las resoluciones son interpretadas y ejecutadas. No obstante, la RaP considera que la mejor política es la de prevención, esto ha influido en el pensamiento de Ban Ki-Moon, quien en su último informe, señaló que “la prevención debe convertirse en la norma, en lugar de ser la excepción”. (Naciones Unidas, 2015, punto 60, citado por Menéndez, 2016).

Ese pensamiento del secretario general de la ONU, en 2009 Ban Ki-Moon, se presentó en un informe titulado «Implementar la responsabilidad de proteger», aprobado mediante la resolución A/63/677, que desarrolla sus pilares y plantea algunos retos para su aplicación. El Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional) es de referencia obligada, pues define el genocidio y los crímenes de lesa humanidad y de guerra (artículos 6 al 8). Es un principio de reciente formulación, aún en construcción y, por lo tanto, perfectible. (Pinto, 2019)

Todos los participantes compartían la idea de que el uso de la fuerza debe ser una medida de último recurso, pero dada la pasividad o inactividad de los organismos internacionales ante situaciones como por ejemplo la de Siria, llevaron a que varios países se pronunciaran al respecto, por ejemplo Dinamarca advirtió que:

...los parámetros y condiciones de actuación en virtud de la RdeP nunca han de ser utilizados para bloquear la acción encaminada a proteger a los civiles... Tal como continuamente se nos recuerda, el riesgo de inacción ante las atrocidades masivas es grande, posiblemente mayor que el riesgo de hacer demasiado. (Naciones Unidas, 2012b).

Discurso que también fue compartido por Australia al referirse a la Responsabilidad de Proteger, a las medidas adoptadas y criterios para prevenir y responder a atrocidades masivas, “la aplicación de criterios y directrices tiene que continuar siendo flexible para evitar que el Consejo se encuentre con las manos atadas en los casos en que la acción sea necesaria”. Naciones Unidas (2012a).

Tanto la iniciativa brasileña de la Responsabilidad al Proteger (RaP) como la china de la Protección Responsable (PR) surgen como respuesta positiva a la controversia originada por la ilegal actuación de la OTAN en Libia en 2011 y ante el bloqueo que por esa causa padece el Consejo de Seguridad en relación a Siria. De allí que se trató de convencer a los cinco grandes del Consejo de que se abstengan de utilizar el derecho de veto en temas relacionados con la comisión de crímenes atroces. Así, tanto el proyecto brasileño como el chino invocan la necesidad de que se garantice una mayor transparencia y obligación de responder ante los órganos competentes (rendición de cuentas) sobre las intervenciones llevadas a cabo en nombre de las Naciones Unidas. (Menéndez, 2016)

Después de 2011 Rusia y China se mostraron entusiastas hacia la RdeP al no desear repudiar la doctrina, porque deseaban ser considerados actores responsables de las relaciones internacionales y ambos se adhirieron a la unanimidad que en la Cumbre de 2005 oficializó la norma. En 2013 ambos países organizaron seminarios sobre la RdeP, que podrían interpretarse como acciones positivas, tanto Moscú como Pekín exploraron y emitieron señales a través de organismos oficiosos como los

que patrocinaron los encuentros de 2013 antes de adoptar formalmente la RdeP. (Menéndez, 2016)

En el año 2001, Pekín se había opuesto a las propuestas elaboradas por la Comisión Internacional sobre la Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE) en cuanto las mismas contradecían los principios de no intervención y el no uso de la fuerza; para el año 2005 se adhirió al consenso logrado por todos los miembros de la ONU en la Cumbre Mundial y para el 2011 Pekín acentuó los dos primeros pilares de la RdeP, esto es la prevención y la asistencia al Estado en dificultades, al tiempo que constreñía las posibilidades del tercer pilar, esto es, la utilización de la fuerza militar o las sanciones. Actitud descrita por Teitt (2011, p.309), citado por Menéndez, (2016), como la:

...preservación de los vestigios de lo que una vez fue firme posición sobre la no-injerencia (la exigencia de que el Estado en cuestión debía dar su consentimiento para el despliegue militar colectivo) sin aparecer completamente insensible ante las atrocidades masivas. (p. 38).

Para el año 2012 Ruan Zongze, vicepresidente ejecutivo del Instituto de Estudios Internacionales (IEI) publicó un artículo de prensa que daba la señal de salida para la nueva fase china a propósito de la RdeP (Ruan, 2012a) y que poco después desarrollaría en el órgano oficial del IEI (Ruan, 2012b). Y de acuerdo a lo planteado por Menéndez, (2016):

Ello abrió el camino a la “Protección Responsable” (PR) y su característica más acusada es que toma como base la Responsabilidad al Proteger (RalP) y ofrece una reinterpretación del tercer pilar de la RdeP tradicional, esto es, el relativo al uso de la fuerza. Sugiere al Consejo de Seguridad criterios y directrices para desplegar una adecuada acción militar y exige que la misma sea convenientemente vigilada y supervisada, mediante la creación de mecanismos pertinentes, para evitar que llegue a convertirse en instrumento para otros objetivos estratégicos, por ejemplo, el cambio de régimen. (p.38)

El autor citado considera que “es pronto para deducir el alcance del impacto y que este será positivo, que la Protección Responsable tendrá en la reorganización y aún más sólida institucionalización de la Responsabilidad de Proteger” (Menéndez, 2016, p.38). Donde por ánimos de la iniciativa brasileña de la Responsabilidad al Proteger, recibida en Occidente con escepticismo, se ha abierto paso para que sean incorporados las sugerencias y requisitos planteados por ellos ante las Naciones Unidas. Sin embargo uno de los frenos que ha tenido esta consigna ha sido la ausencia de entusiasmo por la política exterior y las relaciones internacionales aunque su defensor, el ministro de Relaciones Exteriores Antonio de Aguiar promueve una amplia campaña para el relanzamiento de la misma. (Menéndez, 2016)

Es posible afirmar en palabras del autor citado que la Responsabilidad de Proteger tiene un futuro esperanzador y práctico a la hora de combatir los delitos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, ya que no se le había prestado atención por la comunidad internacional y gracias a estos países que apuestan por un resguardo a las personas, que se han puesto de manifiesto desde el año 2011, nunca se habían dado tantas circunstancias e iniciativas simultáneas en pro de la RdP. Porque a la RdP y Protección Responsable (PR) por iniciativa francesa denominada “Restringiendo el uso del veto en casos de crímenes masivos” (2015), “considera que el mismo no es un privilegio sino una responsabilidad internacional que no debe ser utilizado para impedir la persecución de los delitos objeto de la RdP” (Menéndez, 2016, p.39).

VI. Conclusiones

Sobre el primer apartado donde se desarrolla brevemente el principio de no intervención puede afirmarse que la no intervención es un principio general del orden internacional donde intervienen las decisiones de un árbitro internacional y

sobre todo la diplomacia normativa de los Estados, este principio general señalado se sustenta en la convicción jurídica de los Estados de que las reglas tienen fuerza obligatoria hacia la comunidad internacional.

Por lo tanto, la no inerencia tiene carácter vinculante para todos los Estados, que hayan o no ratificado los tratados que lo establecen, ya que los principios generales son la esencia del Derecho Internacional que, manifestados en el Derecho consuetudinario, que ha ido evolucionando a través de la historia, tienen una vigencia erga omnes con independencia de si los Estados hayan concurrido o no a la formación de tal costumbre.

En definitiva, se considera importante destacar la preeminencia de la idea de la protección de los intereses propios, frente a la protección de los intereses de la comunidad internacional y de los derechos humanos en el sistema internacional actual. En cualquier caso, y pese a la posible decadencia de la responsabilidad de proteger por su incorrecta aplicación o por su inaplicación, y como otros muchos autores, estima esta autora que la comunidad internacional no puede ya permitirse dejar sin protección a las personas en el contexto de un conflicto armado.

Este podría ser el punto de inflexión para evitar este deterioro del concepto siendo necesario para avanzar en esta situación un mínimo consenso entre todos los actores. Por lo tanto, se espera que los actores internacionales, los organismos internacionales, así como a las organizaciones de la sociedad civil internacional no se dobleguen en mantener la lucha y la defensa activa de los derechos humanos para aplacar los crímenes masivos que han degradado la condición humana, individual y colectiva en los países afectados.

El requisito de Agotamiento de Recursos Internos, ¿Principio de Derecho Internacional?

The Requirement of Depletion of Internal Resources, Principle of International Law?

A exigência de esgotamento de recursos internos, princípio de direito internacional?

L'exigence d'épuisement des ressources internes, principe du droit international?

消耗内部资源的要求国际法原则?

Matías Manelli¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 193-223

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e457>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

Resumen: El presente trabajo reconstruye, desde una perspectiva comparada, el alcance del requerimiento de Agotamiento de Recursos Internos (ARI) y las excepciones admitidas en los tribunales internacionales. Para ello, se analizan antecedentes jurisprudenciales de distintos sistemas internacionales y, subsidiariamente, regulaciones generales en los casos en los que no existan en la jurisprudencia que haga referencias

¹ Filiación Institucional: Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires. Correo Electrónico: mmanelli@derecho.uba.ar. Profesor para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Auxiliar docente en Facultad de Derecho (UBA). Maestrando en Ciencias Sociales con Orientación en Educación (FLACSO) (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9247-1317>).

directas al instituto, ello con el fin de identificar el alcance y, por ende, las limitaciones en torno a la regla de ARI en tanto principio de Derecho Internacional, teniendo en consideración que el desarrollo de las distintas jurisdicciones y, consecuentemente, del Derecho Internacional se da en un escenario de fragmentación. En dicho sentido, en los casos en los que no se da un abordaje de la categoría en cuestión se reconstruirán categorías análogas, subsumiendo el objeto de análisis en las condiciones de admisibilidad en general. La hipótesis que orienta este trabajo afirma que la regla de ARI es flexible a nivel global, en un contexto de fragmentación que si bien condiciona su sistematización no imposibilita la identificación de tendencias comunes. El estudio realizado llevó a concluir que el grado de heterogeneidad de las jurisdicciones impide afirmar que la regla constituya un principio de aplicación general.

Palabras clave: Derecho Internacional – Agotamiento de Recursos Inter-nos – Jurisdicciones Internacionales – Condiciones de Admisibilidad -

Abstract: This paper reconstructs from a comparative perspective the scope of the requirement of exhaustion of local remedies (ELR) and the exceptions allowed in the international courts. For this, jurisprudential antecedents from diferente international systems are analyzed and, subsidiarily, general regulations in cases where there are no jurisprudence that refers to the concept, this in order to identify the scope and, therefore, the limitations around the ELR rule as a principle of international law, taking into consideration that the development of the different jurisdictions and, consequently, of International Law occurs in a scenario of fragmentation. In this sense, in the cases in which an approach to the category in question is not given, analogous categories will be reconstructed, subsuming the object of analysis in the conditions of admissibility in general. The hypothesis that guides this work affirms that the ELR rule is flexible at a global level, in a context of fragmentation that, although it conditions its systematization, does not make it impossible to identify common trends. The study carried out led to the conclusion that the degree of heterogeneity of the jurisdictions makes it impossible to affirm that the rule constitutes a principle of general application.

Keywords: International Law – Exhaustion of Local Remedies – International Jurisdictions - admissibility conditions.

Resumo: O presente trabalho reconstrói, numa perspectiva comparativa, o âmbito do requisito de Esgotamento de Recursos Internos (ERI) e as exceções admitidas nos tribunais internacionais. Para tanto, são analisados antecedentes jurisprudenciais de diferentes sistemas internacionais e, alternativamente, regulamentações gerais nos casos em que não haja na jurisprudência que faça referências diretas ao instituto, a fim de identificar o alcance e, portanto, as limitações. em torno da regra do ARI como princípio do Direito Internacional, levando em consideração que o desenvolvimento das diferentes jurisdições e, conseqüentemente, do Direito Internacional ocorre em um cenário de fragmentação. Nesse sentido, nos casos em que a categoria em questão não seja abordada, serão reconstruídas categorias análogas, subsumindo o objeto de análise nas condições de admissibilidade em geral. A hipótese que norteia este trabalho afirma que a regra ARI é flexível a nível global, num contexto de fragmentação que, embora condicione a sua sistematização, não impossibilita a identificação de tendências comuns. O estudo realizado permitiu concluir que o grau de heterogeneidade das jurisdições não permite afirmar que a norma constitui um princípio de aplicação geral.

Palavras-chave: Direito Internacional, Esgotamento de Recursos Domésticos, Jurisdições Internacionais, Condições de Admissibilidade

Résumé: Le présent travail reconstruit, dans une perspective comparative, la portée de l'exigence d'épuisement des ressources internes (ERI) et les exceptions admises dans les tribunaux internationaux. Pour cela, des antécédents jurisprudentiels de différents systèmes internationaux sont analysés et, à titre subsidiaire, des réglementations générales dans les cas où il n'y a pas dans la jurisprudence qui fait des références directes à l'institut, afin d'identifier la portée et, par conséquent, les limites. autour de la règle ARI en tant que principe du droit international, en tenant compte du fait que le développement des différentes juridictions et, par conséquent, du droit international se produit dans un scénario de fragmentation. En ce sens, dans les cas où la catégorie en question n'est pas abordée, des catégories analogues seront reconstruites, subsumant l'objet d'analyse dans les conditions de recevabilité en général. L'hypothèse qui guide ce travail affirme que la règle ARI est flexible au niveau global, dans un contexte de fragmentation qui, bien qu'elle conditionne sa systématisation, ne rend pas impossible l'identification

de tendances communes. L'étude menée a conduit à la conclusion que le degré d'hétérogénéité des juridictions ne permet pas d'affirmer que la règle constitue un principe d'application générale.

Mot-clés: Droit international, Épuisement des ressources nationales, Juridictions internationales, Conditions de recevabilité

摘要: 从比较的角度来看, 本工作重构了内部资源用尽要求的范围以及国际法院承认的例外情况。为此, 对不同国际制度的判例先例进行分析, 或者, 在判例中没有直接引用该机构的判例的情况下, 通则采用一般规则, 以便确定范围和局限。考虑到ARI规则作为国际法的原则, 并考虑到不同司法管辖区以及因此国际法的发展是在零散的情况下发生的。从这个意义上说, 如果没有给出所讨论类别的方法, 则将重构类似类别, 并将分析对象纳入一般可采性条件下。指导这项工作的假说肯定了ARI规则在全球范围内是灵活的, 在零散的情况下, 尽管这限制了它的系统化, 但并不能确定共同的趋势。这项研究得出的结论是, 司法管辖区的异质程度使其无法肯定该规则构成了普遍适用的原则。

关键字: 国际法, 耗尽国内资源, 国际管辖区, 受理条件

I. Introducción

Si bien existe un desarrollo teórico profundo en cuanto a los alcances, límites y excepciones de la regla de agotamiento de recursos internos (en adelante, “ARI”) como principio general en el Sistema Interamericano², así como también se da cuenta en la literatura especializada la primacía de dicha regla en tanto principio general, no se puede establecer con exactitud el grado de rigidez; el alcance de dicha regla general a nivel global. En este sentido, resulta propicio indagar en la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales cuál es el alcance del requisito del ARI, en el marco de la interpretación que los tribunales realizan

² Ver (entre otros): FAUNDEZ LEDESMA, H. (2004). *“El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales”*. San José. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; PINTO, M. (1993). *“La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”*. Buenos Aires. Argentina: Editores del Puerto S.R.L.

de las controversias en trato. La cuestión está exhaustivamente desarrollada en la literatura especializada en torno al Sistema Interamericano, pero no existe una lectura integral que permita delimitar un estado de la cuestión relativo al alcance de dicho principio de derecho internacional consuetudinario. Siendo que se trata de un principio general del derecho internacional, resulta significativa la indagación del estado de la cuestión, de modo que se visibilicen los estándares internacionales en la materia y así poder determinar los alcances y límites del principio.

En este marco, la hipótesis del presente trabajo afirma que el principio según el cual se exige, como condición para el acceso a la jurisdicción internacional, el agotamiento de los recursos internos del Estado en cuestión es flexible a nivel global y en ningún caso restrictivo, primando el acceso a las jurisdicciones internacionales por sobre la ponderación de las jurisdicciones locales en virtud de un criterio amplio de admisibilidad, todo ello en un contexto de fragmentación que si bien condiciona su sistematización no imposibilita la identificación de tendencias comunes.

Se entenderá que la jurisprudencia adopta un criterio flexible cuando el tribunal en cuestión admite la controversia con independencia del incumplimiento, en rigor, del requisito de ARI. Se considerarán casos de cumplimiento rígido o restrictivo aquellos donde la aplicación de la regla general se aplique sin considerar supuestos materiales que puedan incidir en el cumplimiento de la regla. En los casos en los que la regla no exista per sé, se reconstruirán las condiciones de admisibilidad que puedan asimilarse al ARI, considerando no obstante el caso como un supuesto que cumple con el principio general.

II. La identificación de estándares comunes en un escenario de fragmentación del Derecho Internacional

La indagación que este trabajo se propone se inscribe en una dimensión problemática para la investigación jurídica en Derecho Internacional como lo es el carácter fragmentario de sus

instituciones. En primer término, el escenario internacional da cuenta del grado de internacionalización del derecho: no hay ámbito social que no cuente con regulación jurídica internacional. En tal sentido, desde comienzos del Siglo XX han proliferado distintos sistemas y regímenes normativos, a escala global, regional o particular (Brotons, 1997, pág. 81). Todos estos sistemas cuentan con distintos grados de institucionalización y competencia, y exhiben el carácter coordinatorio del Derecho Internacional (Brotons, 1997, pág. 82), carente de instituciones centralizadas que aseguren la homogeneidad de cada una de las unidades que hacen al ámbito jurídico internacional. En este marco, la identificación de reglas y/o principios comunes resulta compleja, dado el grado de heterogeneidad *a priori*, pero resulta prioritaria a fin de poder establecer un estado de situación actual en torno a este fenómeno, como es el caso de la regla de ARI.

III. El requisito Agotamiento de Recursos Internos (ARI)

El ARI es un principio según el cual se deben agotar los remedios legales locales, en el marco de la controversia a nivel local, como condición para poder establecer una acción internacional. Su fundamento está dado por la soberanía y la jurisdicción del Estado competente para conocer de la cuestión por conducto de sus propios órganos judiciales, ya que se considera necesario que el Estado donde se dio la infracción tenga la posibilidad de rectificar la situación por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento jurídico (González Napolitano, 2015, pp. 928-929).

El ARI es una de las condiciones del ejercicio de la protección diplomática, según ha sido reconocido en la jurisprudencia internacional en tanto principio bien establecido del Derecho Internacional Consuetudinario. Esto quiere decir que, para someter una cuestión que atañe a un sujeto de derecho internacional a la jurisdicción de un tribunal internacional, se exige el agotamiento de la vía jurisdiccional interna.

Este instituto surgió en el ámbito de la protección diplomática de los extranjeros, que permite al Estado hacer suyas las reclamaciones de sus nacionales en contra de terceros Estados, convirtiendo a los primeros en un legítimo objeto de protección del Estado, aunque no en sujeto del Derecho Internacional. Para que el Estado intervenga, el individuo debe haber agotado los recursos de la jurisdicción interna.

El ARI tiene correlato con la obligación de garantizar el acceso de justicia a los extranjeros. Los estados deben garantizar el derecho a la jurisdicción a través de su administración de justicia, ya que, de lo contrario, los mismos incurrirían en responsabilidad internacional. Los antecedentes jurisprudenciales en general y los estatutos de los tribunales internacionales en particular tienden a contemplar excepciones a este requerimiento, a fin de comprender los casos en los que el ARI resulta de imposible realización por distintos factores que pueden incidir en él. Estas constituyen las excepciones al principio general. El sujeto damnificado puede ser un Estado, un individuo o ambos simultáneamente.

Con relación a las excepciones al principio general según el cual se requiere el ARI, en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existe un profundo desarrollo jurisprudencial acerca del mismo. Dicho desarrollo jurisprudencial permite reconstruir los alcances, límites y, por tanto, excepciones al principio. En este sentido, si el Estado en cuestión no cuenta con los mecanismos legales e institucionales, o bien haya obstaculizado el acceso al damnificado, o bien no están disponibles por cualquier cuestión de hecho, entonces el requerimiento de admisibilidad establecido por el principio general no corresponde (González Napolitano, 2015, Pág. 929).

Con el reconocimiento de la subjetividad internacional de los individuos, se contempla la actuación por iniciativa propia, con independencia del Estado. En cualquiera de los supuestos, sigue estando sujeta al agotamiento de los recursos de la jurisdicción local. En este sentido, se trataría de la contrapartida del derecho de petición individual (Faúndez Ledesma, 2007, pp. 16-17).

La regla del agotamiento es una regla general que permite desarrollar los términos en que ella será aplicada, e indicar las posibles excepciones a la misma. El ARI puede entenderse, o bien como una regla procesal (Faúndez Ledesma, 2007, pág. 19) – en tanto el incumplimiento de la obligación internacional es independiente del agotamiento – o bien sustantiva, cuando el hecho ilícito objeto de la controversia es el propio agotamiento. Parte de la jurisprudencia internacional – se puede hacer referencia, particularmente a la de la Corte IDH – plantea que la misma constituye una defensa por parte del Estado, que debe ser invocada expresamente.

Asimismo, la regla de ARI es caracterizada como una regla flexible, no absoluta. Si bien se parte de la primacía de los tribunales nacionales en la administración de justicia -una violación de un derecho no puede llevarse directamente a jurisdicción internacional – se contempla la posibilidad de omitir este requerimiento de admisibilidad y acceder a los tribunales internacionales (Del Castillo, 2012, pp. 145-146).

Por ende, se puede sostener que hay una noción general en torno al principio general y existen excepciones plasmadas normativamente, así como en el desarrollo jurisprudencial de los distintos tribunales internacionales, no habiendo una sistematización doctrinaria al respecto a escala global.

IV. El agotamiento de recursos internos en las jurisdicciones internacionales

IV.1. Corte Internacional de Justicia (CIJ)

En primer término, se puede mencionar la decisión respecto del caso “Mavrommatis”³ del antecedente institucional de la CIJ, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el

³ Corte Permanente de Justicia Internacional. “Las concesiones palestinas de Mavrommatis” (Grecia c. Reino Unido de Gran Bretaña) Excepciones Preliminares, Sentencia del 30 de agosto de 1924, Serie A, No. 2, I.P.C.J.

que el Estado Griego accionó contra Gran Bretaña, quien había obtenido mandato sobre el territorio de Palestina, debido a la negativa por parte de este último de reconocer derechos de concesión sobre obra pública otorgados por el extinto Imperio Otomano a Mavrommatis, de nacionalidad griega. En este caso, el tribunal estableció que es potestad de todo Estado proteger a sus nacionales ante los daños que puedan ocasionar otros estados, en tanto principio de derecho internacional. En este sentido, en el marco del conflicto suscitado entre los estados, Mavrommatis no podía cumplir con el requisito de ARI ya que no pudo hacerlo en la jurisdicción local del Mandato de Palestina, asumiendo el reclamo el Estado griego por su nacional, planteándose entonces como excepción al principio de ARI que la persona esté impedida de ejercer los recursos internos (González Napolitano, 2015, pág. 929).

Por su parte, ya en el marco de la CIJ, el precedente *Interhandel* (Suiza c. Estados Unidos de América)⁴ estableció que el Estado suizo no podía asumir la reclamación internacional en nombre de la empresa Interhandel, que operaba en los Estados Unidos, dado que dicha firma no había cumplido con agotar previamente las vías internas. En este sentido, Estados Unidos, con posterioridad a la presentación efectuada por Suiza, había permitido a la empresa Interhandel reanudar el proceso. Asimismo, el tribunal reconoció que el sistema de justicia norteamericano contaba con remedios locales adecuados, por lo que correspondía aplicar el principio que obligaba a agotar los recursos internos. la misma resolución judicial. Por su parte, el caso *Electrónica Sicula*⁵, consagra el principio y su estatus de norma consuetudinaria. En dicho precedente, el tribunal sostiene que el Estado italiano no había demostrado que existían recursos sin utilizar y agotar por parte de las empresas

⁴ Corte Internacional de Justicia. Caso Interhandel (Suiza c. Estados Unidos)", (Excepciones preliminares), Sentencia del 21 de marzo de 1959, I.C.J. Reports, 1959.

⁵ Corte Internacional de Justicia. "Caso Sicula S.P.A. (Sicula S.P.A. c. Italia)". Fallo del 20 de julio de 1989.

estadounidenses, por lo que la pretensión de excepción a la admisibilidad del reclamo internacional por no haber agotado los recursos internos fue rechazada, en tanto el reclamo preliminar versaba sobre la esencia de la reclamación presentada ante el tribunal. Entonces, el precedente deja un margen de interpretación flexible del principio, en tanto se admite la controversia en tanto se haya realizado el reclamo en la jurisdicción local y perseverado en torno a la esencia de la cuestión, con independencia de la existencia de otras instancias, no esclarecidas por el Estado italiano.

En el caso de la CIJ, entonces, a partir de los casos abordados se puede afirmar que se consagra el estatus de norma consuetudinaria del requerimiento de ARI para el acceso a la jurisdicción internacional, pero a la vez ha establecido excepciones a la regla general, dando cuenta de su carácter flexible al respecto, incluso en casos donde la ha consagrado.

IV.2 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El CIADI, en tanto órgano de solución pacífica de controversias, tiene antecedentes pasibles de ser leídos desde la regla de ARI que merecen ciertas consideraciones. Los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI han emitido laudos arbitrales que permiten reconstruir determinados estándares en la materia.

En primer término, corresponde mencionar que el Convenio CIADI establece en su artículo 26 que el procedimiento de arbitraje en el marco del órgano excluye cualquier otro recurso, que el agotamiento de vías administrativas y judiciales pueden ser exigidos en el marco de los tratados bilaterales pero dicha condición no es obligatoria. Siendo que el requerimiento de ARI se subsume en lo dispuesto en los Tratados Bilaterales de Inversión, es importante considerar al respecto que la gran mayoría de los TBI no establecen ninguna disposición en torno a exigir o excluir explícitamente el ARI (Dietrich Brauch, 2017, pág. 7).

En este marco, el laudo *Maffezini c/. Reino de España*⁶, resultante de la solicitud de arbitraje efectuada por el argentino Emiliano Agustín Maffezini contra el Reino de España a partir de la afectación que sufrió el demandante con respecto a su inversión en una empresa de productos químicos española, aduciendo el derecho aplicable que ampara dicha inversión, las disposiciones contenidas en el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) suscripto oportunamente entre Argentina y España, el tribunal arbitral consideró que el Artículo X del mencionado TBI, establecía la posibilidad de someter a arbitraje una cuestión tratada en tribunales locales, pero no exigía el agotamiento de dicha vía. En este sentido, la cláusula del TBI buscaba establecer que las partes podían apelar a la jurisdicción local para resolver la controversia, sin perjuicio del acceso al arbitraje cumplido el plazo establecido en la cláusula, con independencia de la existencia de una resolución o no al respecto. En el marco de la pretensión del demandante, el tribunal resuelve que no correspondería su admisión, al menos, en función del ARI, ya que el demandante debía buscar dentro de los 18 meses previstos en la cláusula del TBI el acceso a la jurisdicción española. Al respecto, se puede afirmar entonces que el estatus del ARI se corresponde con lo convenido por las partes en el TBI, y no en tanto principio de derecho internacional en este caso. Por ende, podemos afirmar que se trata de una lectura flexible del principio, dado que, en caso de no establecerse en el TBI, no corresponde dicha exigencia en el marco de esta jurisdicción.

Sin embargo, la mayoría de los TBIs dejan al inversor elegir entre someter la disputa a los tribunales del Estado receptor de la inversión y/o el arbitraje *ad hoc* o institucional con preferencia al arbitraje CIADI. La tendencia actual es que dicho agotamiento no es obligatorio y sólo debe el inversor elegir

⁶ CIADI, Emiliano Agustín Maffezini (Demandante) c. Reino de España (Demandado). Caso CIADI N° ARB/97/7. Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción. Laudo del 25 de enero de 2000.

una de las dos vías, y una vez realizada dicha elección se considera como definitiva cerrándose la otra vía.

En el mismo sentido, en el laudo *Abaclat y otros c Argentina*⁷ se dirime la responsabilidad de Argentina en virtud de lo establecido en el TBI celebrado entre Argentina e Italia frente a una serie de acreedores, titulares de deuda pública argentina sometida a un proceso de restructuración tras la grave crisis financiera experimentada por el Estado. El laudo sobre jurisdicción y admisibilidad aceptó la competencia del tribunal para resolver el caso tanto, considerando el reclamo realizado por los *boldouts* demandantes como convencionales (en el marco del TBI) y no contractuales. En este marco, el planteo de Argentina fue que los acreedores no habían respetado el Art. 8 del TBI, que establecía un plazo de 18 meses de litigio, impidiendo al Estado receptor tratar la cuestión en jurisdicción local. Asimismo, plantea que los demandantes tenían la posibilidad de reclamar en Argentina y no lo hicieron. El tribunal arbitral concluyó al respecto que ello no impedía someter la cuestión a arbitraje y que la vía local no era obligatoria, además de no ser la más pertinente para resolver la diferencia en cuestión.

En este sentido, entonces, en los laudos analizados se visibiliza que el acceso al arbitraje en virtud del Convenio CIADI prevalece al principio que exige el ARI, por lo que su alcance es limitado.

IV.3. MERCOSUR: Tribunales Arbitrales Ad-Hoc/Tribunal Permanente De Revisión (TPR)

La no aceptación de Argentina a entablar Negociaciones Directas con Brasil no impide considerar que se ha cumplido dicha etapa prevista en el Protocolo de Brasilia como el primer escalón en el sistema de solución de controversias. Los estados deben procurar una solución mediante negociaciones directas

⁷ CIADI, *Abaclat y Otros (Demandante) c. República Argentina (Demandada)* Caso CIADI N.º ARB/07/05, laudo del 4 de agosto de 2011.

-a lo que se dio cumplimiento en el caso- y no de lograr que tales negociaciones se realicen y menos aún que sean eficaces. De lo contrario, además, caería todo el sistema de solución de controversias ya que su puesta en funcionamiento dependería de la voluntad de cada parte reclamada de entrar en negociaciones directas o no.

Este lineamiento en torno al requerimiento de negociaciones directas para el acceso a la jurisdicción está plasmado en el laudo “*Pollos Enteros de Brasil*”⁸, donde se plantea que la no realización de negociaciones directas por parte de Argentina no puede obstaculizar el desarrollo del procedimiento. En este sentido, se le reconoce a la parte reclamante la facultad de avanzar de etapa en etapa sin que la parte reclamada en ningún momento pueda detener la marcha del procedimiento, ya que una solución distinta no sería compatible con los fines institucionales del sistema de solución de controversias, quitándole sentido si el acceso a la jurisdicción es facultativo para la parte demandada. En el caso del laudo en cuestión, Argentina argumentó la existencia de procedimientos vinculados a las medidas antidumping en jurisdicción local como justificación para no presentar el caso ante el tribunal arbitral. Al respecto, el tribunal, ante la negativa de iniciar negociaciones diplomáticas, dio por cumplida la etapa de negociaciones previa a la admisión de la controversia siguiendo el referido lineamiento. Otro antecedente a destacar, en el ámbito del MERCOSUR, esta vez del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), es el Laudo N° 01/2012⁹, correspondiente a la presentación de Paraguay requiriendo medidas excepcionales de urgencia en virtud de

⁸ Tribunal Arbitral Ad Hoc Mercosur. Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil – Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina (Brasil c. Argentina). 21 de mayo de 2001.

⁹ Tribunal Permanente de Revisión Mercosur. Laudo No. 01/2012. Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los Órganos del MERCOSUR y la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno”, del 21 de julio de 2012.

lo establecido en el Art. 24 del Protocolo de Olivos (PO), en atención a la suspensión del Estado impulsada en la Cumbre de Presidentes realizada ese mismo año. En este caso, los miembros demandados por Paraguay (Argentina, Brasil y Uruguay), alegaron que no se había cumplido con el Art. 23 del PO para acceder directamente al TPR, no habiendo intentado negociaciones directas -al no acreditarse comunicaciones conforme el Art. 5.1 del PO-. En este sentido, no habiendo consentimiento de los estados miembro a la jurisdicción ni iniciativa de negociaciones directas por parte de Paraguay, el TPR rechazó el reclamo. Más allá de la inexistencia del requerimiento de ARI, del análisis de los dos laudos en cuestión se infiere una interpretación rígida del requerimiento de negociaciones directas previas al sometimiento de la cuestión en la jurisdicción, en tanto, si bien los actos requeridos no son muy exigentes -la comunicación del referido Art. 5.1- se puede advertir una lectura inflexible en cuanto al cumplimiento de dicha disposición.

IV.4. Órgano de Solución de Diferencias - Organización Mundial de Comercio (OSD-OMC)

La situación del sistema de integración económica del OSD-OMC es similar a lo que sucede con el CIADI. Al respecto, no existen disposiciones respecto del ARI en el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, 1947). Asimismo, en los Acuerdos Antidumping, como en los TBI, no se tienden a incorporar requisitos en dicho sentido (Lichtenbaum, 1998, pp. 1220-1222). En este sentido, lo que el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC establece es la exigencia de llevar adelante una instancia previa de consultas para así tender a soluciones negociadas (Art. 4). De no prosperar las mismas luego de 60 días de solicitadas las consultas, el Estado reclamante puede solicitar ya la constitución de un grupo especial (establecidos en cada controversia a tal efecto). En definitiva, la regla del ARI no se extiende a esta entidad.

En torno a la consideración de condiciones de admisibilidad vinculables con la regla de ARI, se pueden mencionar antecedentes como DS60 (1998) entre México y Guatemala¹⁰ por investigación antidumping llevada adelante por Guatemala respecto de la importación de cemento Pórtland desde México. En este caso, en el marco de las cuestiones preliminares, Guatemala sostuvo que las medidas antidumping tomadas habían sido provisionales o “compromisos de precios”, pero no definitivas, mientras que México sostuvo que había habido medidas definitivas no expuestas en el periodo de consultas -es decir, no notificadas- como es el caso del inicio de la investigación por vía interna, incumpliendo lo dispuesto en el Acuerdo Antidumping respectivo. En este sentido, el Grupo Especial consideró que Guatemala, al no haber efectuado una notificación a México antes de la fecha de publicación del aviso de iniciación, incumplió con lo establecido en el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping (Párr. 7.39), recomendando entonces la revocación de la medida antidumping adoptada con respecto a las importaciones de cemento mexicano en tanto se consideró que la no notificación puso a México en una posición desventajosa (Recomendación 8.6). En esta resolución podemos observar que el requerimiento de notificación de procedimientos internos por parte de los estados son condición para el sometimiento de la diferencia en el OSD-OMC, en un sentido, asimilable al requerimiento de ARI.

Un caso posterior, DS241 (2003) entre Argentina y Brasil¹¹ con respecto a las medidas antidumping impuestas por Argentina sobre las importaciones de pollos de Brasil. En dicho caso, el grupo especial condenó las medidas argentinas debido a su

¹⁰ Órgano de Solución de Diferencias (OMC), “*Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Pórtland procedente de México*”, DS60. Informe del Grupo Especial del 19 de junio de 1998.

¹¹ Órgano de Solución de Diferencias (OMC), “*Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil*”, DS241. Informe del Grupo Especial del 22 de abril de 2003.

incompatibilidad con el Acuerdo Antidumping en cuestión y recomendó a Argentina adoptar medidas al respecto conforme la normativa de la OMC. En este caso, Argentina alegó la existencia de procedimientos previos en jurisdicción local y ante el MERCOSUR, por lo que el OSD-OMC debía abstenerse de pronunciarse. Subsidiariamente, habían solicitado la aplicación de la resolución del Tribunal del Mercosur al respecto, en tanto Brasil había sometido la cuestión en ámbitos diversos simultáneamente, invocando el instituto del *estoppel* (o doctrina de actos propios (Párr. 7.17). En ese sentido, el Grupo Especial sostuvo que dichos planteos no resultaban admisibles. En este caso, la alusión indirecta a la regla de ARI es más notoria, aunque se apela a la doctrina de los actos propios. En este sentido, los argumentos no fueron admitidos por el Grupo Especial.

Al respecto, el análisis de los referidos casos, teniendo en consideración el propio diseño institucional del OSD-OMC, nos permite aseverar que, en la medida que se cumpla con la instancia preliminar de consultas y se notifiquen las investigaciones internas, el criterio de admisibilidad de las diferencias es amplio y no restrictivo, en tanto el criterio adoptado en los casos no considera la regla de ARI. En tal sentido, la primacía de la jurisdicción es significativa.

IV.5. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

En el caso de la Corte IDH, el instituto tiene un desarrollo significativo a nivel jurisprudencial. La falta de ARI ha constituido históricamente la excepción preliminar por excelencia interpuesta por los estados demandados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la Corte IDH (Rey, 2006, pp. 1-3). El Art. 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) exige el agotamiento de recursos de jurisdicción interna como requisito de admisibilidad. No obstante, el inciso 2 del mismo artículo establece como excepciones los supuestos en los que no se consagre el debido proceso legal en el derecho local; no se haya permitido al presunto lesionado

en sus derechos el acceso o agotamiento de recursos o bien haya retardo injustificado en la resolución de los casos en jurisdicción local. Asimismo, la Opinión Consultiva OC-11/90 menciona como excepción los casos en los que los recursos no están disponibles, sea por una razón legal o de hecho¹². El análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH permite observar que la interpretación de los requerimientos del Art. 46 es más bien flexible, en tanto la ponderación de las excepciones, tanto en la normativa como en la posterior interpretación judicial da cuenta de la consideración integral de los factores que condicionan el efectivo cumplimiento de dicho requerimiento procesal. En el caso *Velázquez Rodríguez*¹³, concerniente al secuestro y desaparición de un estudiante universitario en el marco de una práctica sistemática llevada a cabo por el Estado de Honduras por parte de las FF:AA o Fuerzas Paramilitares bajo su conducción, la Corte IDH, en el marco de las excepciones preliminares, plantea que no es procedente la excepción interpuesta por el Estado hondureño, en tanto, lejos de contar con una administración de justicia funcional al rol complementario de la Corte (Párr. 61) conforme el preámbulo de la CADH, ejerció la práctica de manera sistemática. En este sentido, si bien los recursos internos no habían sido agotados por el demandante, “*la fundamentación de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público*” (Párr. 93). Asimismo, la Corte IDH sostuvo que en tanto los estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de Derechos Humanos y que los recursos deben sustanciarse conforme las reglas del debido proceso, cuestión que no se daba en el caso en trato, por lo que el agraviado no

¹² *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, 10/08/1990, párrs. 20-22.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987.

estaba obligado a interponer los recursos internos y, lo que es más, su planteo en torno a la ineficacia de los recursos y el incumplimiento del debido proceso implicaba imputar al Estado como agente involucrado en una nueva violación a las obligaciones de la CADH (Párr. 91), siendo estos incumplimientos elementos probatorios “*de una práctica gubernamental orientada hacia la desaparición forzada de personas*” (Párr. 83). En este sentido, y considerando todas estas cuestiones, la Corte IDH desestima la excepción preliminar planteada por Honduras. En este antecedente jurisprudencial, se pone de manifiesto la ponderación de las excepciones y sus supuestos en juego a fin de exceptuar al demandante del requerimiento de ARI.

Otro antecedente jurisprudencial representativo del alcance de la regla es el caso *Castillo Patruzzi y otros*¹⁴. El caso se enmarcó en un conflicto entre las FFAA y grupos armados en Perú, en el cual detuvieron a Jaime Castillo Patruzzi y otros militantes, tras lo cual las propias FFAA llevaron adelante un proceso militar bajo el cargo de traición a la patria, no contando los detenidos con defensa legal alguna y habiéndose rechazado múltiples *hábeas corpus*. Al respecto, Perú argumentó que la CIDH había admitido el caso cuando estaba pendiente un proceso en jurisdicción local contra las supuestas víctimas (Párr. 52). No obstante, la Corte consideró que el caso había sido recibido pero no admitido ni tramitado cuando el proceso local se encontraba todavía en última instancia (Párr. 54), y lo admitió una vez que existía una sentencia definitiva de la justicia militar peruana (Párr. 55). En este sentido, la Corte consideró que no se había dado cuenta del cumplimiento del debido proceso legal (Párr. 53) y que el Estado peruano no alegó en la instancia procesal prevista la falta de ARI, incurriendo entonces en la admisión tácita de la inexistencia de dichos recursos o del agotamiento efectivo (Párr. 56).

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros. Excepciones preliminares, sentencia de 4 de septiembre de 1998.

Asimismo, el Estado peruano no había dado cuenta de la efectividad de los recursos internos, siendo que no había otorgado los *hábeas corpus* (Párr. 63). A su vez, se había negado a la delegación chilena la visita a los detenidos, violando lo dispuesto al respecto en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, excepción admitida en tanto la obligación aludida no estaba comprendida en la CADH (Párr. 68). En definitiva, los peticionarios estaban eximidos de agotar los recursos internos, en virtud de lo establecido en el Art. 46.2 de la CADH.

Los dos antecedentes jurisprudenciales analizados permiten aseverar que, en el Sistema Interamericano, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, la flexibilidad del requerimiento de agotamiento de recursos internos es amplia, dada la gama de excepciones admitidas y consideraciones ponderadas.

IV.6. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

En el caso del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos se incluyen mecanismos de garantía, orientados a interpretar y controlar los derechos contenidos en el Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). El Art. 35 de la CEDH establece que no se podrá recurrir al TEDH sino una vez agotados los recursos internos, y en el plazo de seis meses a partir de la decisión definitiva local. Al respecto, el examen de dos antecedentes jurisprudenciales recientes nos permite hacer una reconstrucción de su lectura de la regla del ARI.

El caso *Del Pino García y Ortín Méndez contra España*¹⁵, concerniente al reclamo dos personas afectadas por ruidos y vibraciones provenientes de la maquinaria correspondiente a una compañía de seguros que se encontraba contigua a su domicilio, el cual fue efectuado y recurrido en las distintas instancias locales hasta llegar al Tribunal Constitucional español

¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso “Don Antonio DEL PINO GARCIA y María ORTÍN MÉNDEZ contra España sobre admisibilidad”, demanda N° 23651/07. Sentencia del 14 de junio de 2011.

mediante un amparo, el cual fue rechazado por haber incumplido el plazo de presentación requerido. En este marco, los demandantes realizaron una presentación al TEDH, argumentando la violación de sus derechos a la integridad física, moral e inviolabilidad del domicilio. Al respecto, España opuso la excepción de falta de ARI (Art. 35 CEDH), en tanto el recurso de amparo formalizado por los demandantes ante el Tribunal Constitucional fue declarado inadmisibile por extemporáneo. En este sentido, el TEDH reafirmó el requisito del ARI, sosteniendo que no hay agotamiento cuando un recurso ha sido declarado inadmisibile por falta de cumplimiento de un requisito formal (Párr. 28) con la salvedad de casos de arbitrariedad (Párr. 30). Asimismo, el TEDH sostuvo que no es competente para analizar las condiciones de admisibilidad planteadas por los estados locales (Párr. 31). A su vez, afirmaron que el incumplimiento del plazo para presentar el amparo constituía una falta objetiva y la notificación de inadmisibilidat y concesión de plazo adicional era procedente solo en caso de darse vicios reparables, denegando por lo tanto la presentación de los demandantes por incumplimiento del Art. 35 del CEDH.

Por su parte, en el caso *Zoubida Barik Edidi contra España*¹⁶, concerniente a un reclamo efectuado por una abogada que había sido discriminada por el uso de atuendos propios de la religión islámica en el marco de un proceso. En este marco, hizo un reclamo al observatorio del Colegio de Abogados que fue rechazado. Reiteró el reclamo en múltiples instancias, incluyendo un recurso ante un tribunal incompetente en la materia. Frente al silencio administrativo, la demandante recurrió al Tribunal Constitucional español, que desestimó el reclamo dado que no se podía reprochar a un tribunal incompetente su falta de accionar. La demandante interpuso un recurso de nulidad, que también fue desestimado. Seguidamente, interpuso un amparo

¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso "Zoubida Barik Edidi contra España", demanda Nº 6177/2010. Sentencia del 26 de abril de 2016.

en virtud de la afectación de sus derechos a la igualdad ante la ley, libertad religiosa, intimidad y derecho a la tutela judicial. El mismo fue también rechazado y en función de ello acudió al TEDH. Al respecto, el Estado español alegó la inadmisibilidad del caso por falta de ARI, dado que la demandante no había impugnado una de las decisiones que rechazaban un recurso por extemporaneidad. Asimismo, se plantea que el rechazo del recurso de daba por incumplimientos procesales. Al respecto, el TEDH plantea que la presentación extemporánea del primer recurso de alzada por parte de la demandante ha privado a los tribunales internos de la posibilidad de pronunciarse sobre el fondo de sus pretensiones (Párr. 48), no cumpliéndose el ARI. Por lo tanto, el TEDH desestima el planteo.

En ambos antecedentes jurisprudenciales podemos ver que, en el marco de los tribunales Regionales con Competencia en materia de Derechos Humanos (y en contraposición con el caso de la Corte IDH), la regla del ARI en el TEDH es rígida en su alcance.

IV.7. Corte Penal Internacional (CPI)

Las condiciones de admisibilidad de los casos por parte de la CPI están regidas por lo establecido en el Art. 17.1 del Estatuto de Roma de la Corte, estableciéndose que las cuestiones serán inadmisibles cuando: el asunto sea objeto de un proceso en un Estado con jurisdicción, siempre que esté dispuesto y pueda llevarla a cabo; cuando el Estado haya decidido no llevar a cabo la persecución penal; la persona del caso ya haya sido enjuiciada y cuando el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la intervención de la CPI. Simultáneamente, el Art. 17.2 profundiza los términos en tanto establece criterios de examen del supuesto de tramitación por jurisdicción interna, en tanto éste debe darse de acuerdo a los principios del debido proceso y garantías reconocidos en el derecho internacional. En este sentido, en el marco de la regla cuyo abordaje motiva el presente trabajo, se plantea una lectura de la interacción

entre la jurisdicción internacional y la jurisdicción local en la CPI como dimensión de análisis asimilable a la regla del ARI, a fin de determinar el alcance del requerimiento de abordaje preliminar de la cuestión.

Entre los antecedentes jurisprudenciales del tribunal, el caso “*Katanga y Chui*”¹⁷ correspondiente a la resolución acerca de una apelación del acusado presentada ante la CPI. El caso en cuestión corresponde a la acusación sobre el ex - líder militar Katanga, al que se lo acusa de haber sido cómplice del asalto a una aldea en la República Democrática de Congo, donde murieron doscientas personas. Los cargos atribuidos fueron por crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En este caso, frente a la impugnación impulsada por la defensa de Katanga, se plantea que el Estado congoleño se estaba llevando a cabo una investigación por los mismos hechos motivaban la causa en análisis, violando el Principio de Complementariedad, según el cual la CPI interviene cuando los estados no pueden o no están dispuestos a hacerlo (Art. 17). Esta cuestión es descartada por el tribunal, en tanto los informes emitidos por el Estado era de índole procedimental. En este sentido, se juzgó que el caso presentado ante la CPI no era el mismo que el indagado por jurisdicción interno, por lo que la cuestión resultaba admisible (Selis, 2016, pág. 41).

En el marco de la lectura de la complementariedad en el caso, la CPI consideró que el supuesto desinterés del Estado congoleño en investigar la cuestión se corresponde a la cesión de la jurisdicción a la CPI. En este sentido, se considera que el principio de complementariedad faculta a los estados a ceder su jurisdicción. Frente a la prelación de la jurisdicción interna frente a la jurisdicción internacional, en este caso se parte de la voluntad manifestada por el Estado, en el marco del equilibrio

¹⁷ Corte Penal Internacional. *The Prosecutor v. Germain KATANGA and Mathieu NGUDJOLO CHUI* - [Decisión sobre la apelación del Sr. Katanga contra la Decisión oral de la Cámara de Primera Instancia II, del 12 junio de 2009, sobre la Admisibilidad del Caso], Sentencia del 25 de septiembre de 2009

entre la primacía del orden interno y la finalidad misma de la CPI, que consiste en perseguir los casos en pos de evitar la impunidad, conforme lo establece su Estatuto. Si los estados no quieren o no pueden llevar adelante el proceso, entonces la CPI está habilitada a intervenir (Selis, 2016, pp. 39-40). En síntesis, la no persecución penal en jurisdicción interna no contraría el principio de complementariedad en este caso.

Del caso analizado, podemos aseverar que el margen de intervención de la CPI es amplio, dada la rigurosidad bajo la cual se examinan los alcances de los procesos llevados a cabo en jurisdicción interna en el marco de las impugnaciones que se presentan para someter las cuestiones a jurisdicción internacional, en tanto pondera no solo la realización o no de los procesos, sino también la efectividad de los mismos.

Por su parte, en el antecedente “*Ruto, Kosgey y Sang*”¹⁸, la CPI intervino al procesar a William Ruto por su participación en los crímenes de lesa humanidad cometidos durante los hechos de violencia postelectoral de 2007-2008 en Kenia. Frente a la impugnación a la admisibilidad del caso por parte de la CPI llevada adelante por el Estado keniano, con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto de Roma. Al respecto, la Corte consideró que Kenia no había presentado información que demostrara que se habían tomado medidas concretas de investigación contra los sospechosos (Párr. 82) en tanto al momento de presentar la impugnación se le había requerido al Estado que se demostrara que se habían tomado medidas concretas y progresivas para llevar a cabo la investigación, lo cual no sucedió (Párr. 83). También se refirió a la negativa de Estado a asistir a la audiencia oral previa a la evaluación de la impugnación de admisibilidad (Párr. 102) y a la discrecionalidad del tribunal preliminar para sustanciar el proceso de impugnación

¹⁸ Corte Penal Internacional. Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang” (Caso ICC-01/09-01/11-101) Decisión sobre la solicitud del Gobierno de Kenia de inadmisibilidad del caso conforme al artículo 19 (2)(b) del Estatuto, Sentencia del 30 de mayo de 2011.

(Párr. 110). En este sentido, la CPI ratificó en esta instancia lo resuelto en la instancia preliminar, en tanto consideró que el Estado no acreditó la consecución de una investigación interna. Con respecto a dicha resolución, cabe mencionar que es visible la rigidez del tribunal en torno a la acreditación de los procesos internos y, en tal sentido, el criterio de admisibilidad resulta flexible, en tanto la impugnación de la misma debe responder a estándares rigurosos.

Analizados en conjunto, los antecedentes jurisprudenciales abordados permiten aseverar que, en el caso de la CPI, las condiciones de admisibilidad en general -categoría que nos permite poner en diálogo su dinámica institucional con la categoría de ARI- resulta flexible, y constituye un caso que contribuye al diagnóstico preliminar de las jurisdicciones internacionales.

III.8. Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM)

Con relación a la regla de ARI, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) establece en su art. 295 que *“las controversias que surjan entre Estados Partes con respecto a la interpretación o la aplicación de esta Convención podrán someterse a los procedimientos establecidos en esta sección sólo después de que se hayan agotado los recursos internos, de conformidad con el derecho internacional”*. No obstante, en el desarrollo jurisprudencial del TIDM se han dado casos donde se estableció un corrimiento de los lineamientos generales a nivel normativo. En primer lugar, se puede hacer un análisis del caso *Camouco*¹⁹, en el cual Panamá presentó una demanda contra Francia sobre la pronta liberación de un buque —que enarbolaba pabellón panameño— y de su capitán, apresados por una fragata francesa, resolviendo el TIDM la liberación del buque y su capitán previo depósito de una fianza. En dicho caso, Francia había objetado la admisibilidad planteando

¹⁹ Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Caso “Camouco” (Panamá v. Francia), pronta liberación, sentencia del 7 de febrero del 2000.

el incumplimiento de la regla de ARI establecida en el Art. 295 de la CONVEMAR. Al respecto, el TIDM sostuvo que la regla del ARI no constituía un requisito necesario en el supuesto del Art. 292 (Párr. 55). Asimismo, planteó que no era lógico leer la regla de ARI en el supuesto del 292, ya que dicho supuesto normativo había sido diseñado para la liberación de buques y tripulaciones en el marco de una detención prolongada resultante de la imposición de cargos irrazonables, preservando a su vez los intereses del Estado ribereño al imponer una fianza razonable, sin perjuicio de eventuales procedimientos internos ulteriores (Párr. 57). A su vez, planteó que el régimen del Art. 292 constituía un remedio independiente y no contrario a una decisión local (Párr. 58) y no representa una limitación en torno a su propia finalidad. Asimismo, el tiempo de agotamiento de recursos internos es mucho más extenso que el remedio provisto por la medida concerniente a la pronta liberación (Párr. 58).

Por su parte, el caso N° 2 relativo al *Saiga*²⁰, concerniente a la solicitud de medidas provisionales efectuada por parte del Gobierno de San Vicente y las Granadinas (en adelante “SVyLG”) mientras se constituía un tribunal arbitral de conformidad con el Anexo VII de la CONVEMAR. En este caso, el TIDM, en tanto el Estado de Guinea había liberado el buque del demandante y su capitán, estableció una medida provisional según la cual Guinea debía abstenerse de adoptar cualquier tipo de medida contra *Saiga* y su tripulación. Asimismo, el Tribunal recomendó a ambas partes no emprender ninguna acción que pudiera agravar la controversia. Posteriormente, los gobiernos de ambos estados acordaron someter el fondo de la controversia relativa al *Saiga* al Tribunal. En su sentencia, el TIDM resolvió que Guinea había violado los derechos de SVyLG conforme CONVEMAR al haber capturado al buque y detenido a su tripulación, decidiendo que Guinea debía pagar una indemnización a SVyLG.

²⁰ Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Caso M/V “SAIGA” (No. 2) (San Vicente y las Granadinas v. Guinea), medidas provisionales, orden del 11 de marzo de 1998 y sentencia sobre el fondo de la controversia del 1 de julio de 1999.

En esta controversia, entre las objeciones planteadas por Guinea, se planteó que una serie de reclamos llevados a cabo por personas afectadas por las medidas del Estado contra el buque eran inadmisibles en tanto las personas interesadas no habían agotado los recursos internos en los términos del Art. 295 de la CONVEMAR. Al respecto, el TIDM sostuvo que los derechos afectados en dichos casos pertenecían a SVyLG en virtud de lo establecido en los Arts. 33, 56, 58, 111 y 292 de la CONVEMAR (Párr. 97), considerando entonces que la regla de ARI con relación a dicha afectación no era aplicable al caso (Párr. 98).

En ambos casos, si bien se consagra normativamente la regla del ARI, el desarrollo jurisprudencial permite observar, en términos de admisibilidad, un criterio amplio que consolida el estatus de la jurisdicción (también es fundamental en tal sentido los supuestos de jurisdicción obligatoria establecidos en la CONVEMAR) y permite reconstruir la regla del ARI con márgenes de flexibilidad.

IV.9. Tribunales Penales Internacionales Ad-Hoc: el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

Entre los tribunales con competencia para entender en asuntos contra individuos, los casos del TPIY y el TPIR cuentan con características significativas para el análisis que motiva el presente trabajo. El Art. 9 del Estatuto del Tribunal establece la jurisdicción concurrente para enjuiciar personas que hayan violado el Derecho Internacional Humanitario en el territorio de la Ex – Yugoslavia, estableciendo a su vez la primacía del TPIY sobre los tribunales nacionales. Por su parte, el Art. 10, establece que los casos juzgados por el TPIY no serán juzgados en tribunales nacionales, a la vez que los casos juzgados en tribunales nacionales pueden ser juzgados en el TPIY. Desde la clave del ARI, es posible leer la competencia concurrente, en tanto pone en juego el orden de prelación entre la jurisdicción

internacional y la jurisdicción local. Al respecto, el fallo *Dusko Tadic*²¹, correspondiente al juzgamiento del ex – funcionario por crímenes de lesa humanidad, donde la defensa de Tadic invocó una excepción a la primacía del TPIY en tanto afectaba la soberanía de Bosnia y Herzegovina. Con relación al principio de jurisdicción concurrente, alegó que Tadic tenía un proceso en curso en Alemania. Al respecto, el TPIY sostuvo la primacía del tribunal (Art. 9 ETPIY). En cuanto al planteo de la soberanía de los estados, remite al Art. 10, ratificando el sentido de dotar de primacía a los tribunales creados a tal efecto, en pos de luchar contra la impunidad contra estos crímenes. En este sentido, la resolución ratifica la primacía de la jurisdicción internacional y, en tal sentido, no exige el abordaje desde la jurisdicción local (análogamente, se puede afirmar al respecto que no existe ninguna regla que exija el tratamiento preliminar en jurisdicción local, como lo supone, en general, la regla de ARI).

En el caso del TPIR, el reglamento es similar en cuanto a la jurisdicción concurrente (Art. 8 Estatuto) y la primacía de la jurisdicción internacional sobre la local. (Arts. 8 y 9), con la salvedad de una facultad del TPIR conferida por el Art. 8.2, que prevé a posibilidad de solicitar la inhibición de jurisdicción.

El caso del TPIR *Fiscal vs. Bernard Munyagishari*²². Concerniente al juzgamiento del comandante involucrado en el Genocidio de Ruanda (1994) de la población de la etnia Tutsi. En dicho caso, la defensa del genocida sostenía que el acusado -detenido en Congo- era nacional de dicho Estado, por lo que debía ser juzgado ahí. Al respecto, el TPIR sostuvo que, incluso siendo nacional de dicho país, Congo estaba obligado a extraditarlo a Ruanda de acuerdo con los arts. 8 (primacía del TPIR)

²¹ “The Prosecutor v. Dusko Tadic - Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction” [Decisión sobre la moción de apelación interlocutoria sobre jurisdicción presentada por la Defensa], Sentencia del 2 de octubre de 1995.

²² Tribunal Penal Internacional para Ruanda. The Prosecutor v. Bernard Munyagishari”, Caso No. ICTR-2005-89-R11bis, (Fiscal vs. Bernard Munyagishari), Decisión sobre la solicitud del Fiscal de referir el caso a la República de Ruanda, Sentencia del 6 de junio de 2012.

y 28 (obligación de cooperar) de su Estatuto, en tanto existe primacía para enjuiciar personas por graves violaciones al derecho internacional humanitario (Párr. 25). Asimismo, la defensa alegó que el acusado debía ser juzgado en Congo dado que era el lugar más apropiado. Al respecto, el TPIR juzgó innecesario evaluar el argumento dada la primacía del tribunal (Párr. 31).

En ambos antecedentes jurisprudenciales se puede advertir que se consagra la primacía del CESL sobre los tribunales locales.

IV.10. Tribunales Penales Internacionalizados (TPI's): Sierra Leona, Camboya y Timor Oriental²³

El caso de los TPI's es asimilable al de los tribunales *Ad-Hoc* en cuanto a su complejidad y especificidad. En el caso de la Corte Especial de Sierra Leona (CESL) la jurisdicción es concurrente (Art. 8 de su Estatuto), consagrándose la primacía del CESL sobre los tribunales nacionales, a la vez que se establece la facultad del tribunal de solicitar que defiera su competencia. Asimismo, el Art. 9 establece que los tribunales nacionales no pueden juzgar casos tratados en la CESL, mientras que existen supuestos en los que puede ser juzgado en la CESL habiendo sido juzgado previamente en tribunales nacionales. En cuanto a su alcance en términos de competencia territorial, alcanza a violaciones al derecho internacional humanitario cometidas desde 1996 en Sierra Leona.

En el caso de las Cámaras Extraordinarias en la Corte de Camboya (CECC), las Salas tienen competencia exclusiva para juzgar los crímenes cometidos en su jurisdicción. Fueron establecidas para perseguir a los dirigentes del Jemer Rojo así como aquellos vinculados con los crímenes cometidos durante el régimen de la Kampuchea Democrática (Arts.1, 5.3, y 6.3 del

²³ Se examinará la regulación general de las tres jurisdicciones. Siendo que en ninguna de las tres se consagra la regla de agotamiento de recursos internos, se reparará en las cuestiones particulares equiparables a los Tribunales Penales Ad-Hoc, tomando los antecedentes de estos últimos como casos testigo.

Acuerdo ONU-Camboya). Esta jurisdicción tiene su estatus en virtud del acuerdo suscripto por el Estado y la ONU, pero se tratan de tribunales integrados a la estructura judicial local. El alcance territorial del tribunal no está especificado en su reglamento interno ni en el acuerdo, pero su alcance es nacional dada la estructura del tribunal. La competencia en el caso de las Salas es exclusiva, dada su estructura de origen nacional (Fraschina, 2008, pp. 76-79).

Por su parte, las Salas para crímenes serios de Timor Oriental (SETO), la competencia del tribunal es exclusiva (dado el estatus conferido por la ONU, a la vez de su estatus local)²⁴ y la competencia está circunscripta a los delitos cometidos en Timor Oriental antes del 25 de octubre de 1999²⁵. Asimismo, las SETO tienen jurisdicción universal (Fraschina, 2008, pp. 125-126).

Del abordaje de los tres casos, podemos identificar que no existe ninguna dinámica entre jurisdicción local e internacional en los casos de la CECC y las SETO, mientras que en la CESL se consagra la primacía de la jurisdicción internacional por sobre los tribunales nacionales, por lo que no se puede interpretar de ninguno de los casos reglas análogas al ARI.

V. Consideraciones finales

El presente trabajo tuvo como objetivo reconstruir una categorización global del principio de agotamiento de recursos internos a nivel global y de las excepciones admitidas de forma unánime, en tanto condición de admisibilidad a la jurisdicción internacional. El análisis de las reglamentaciones y antecedentes jurisprudenciales de cada jurisdicción permite sostener la imposibilidad de establecer lineamientos de alcance global en

²⁴ Administración de Naciones Unidas en Timor Oriental (Regulación Nro. 11/2000. Sección 10.1).

²⁵ Administración de Naciones Unidas en Timor Oriental (Regulación Nro. 11/2000. Sección 5.2).

materia de agotamiento de recursos internos. Al respecto se plantean tres tesis:

(I) El desarrollo institucional de las jurisdicciones internacionales es profundamente heterogéneo, por lo que la disimilitud entre los distintos diseños institucionales -sujetos a sus objetivos institucionales, coordinadas geopolíticas y coyunturas regionales o locales- da cuenta de un grado de fragmentación que impide identificar patrones globales en materia de ARI, ello debido a que si bien existen casos donde la regla de ARI se exige a nivel normativo, con distintos desarrollos jurisprudenciales (en la Corte IDH, un criterio más flexible en materia de excepciones; una lectura más rígida en el caso del TEDH), en muchos otros, la regla no está prevista por el carácter de la institución (por su estatus arbitral en los casos del CIADI y de los tribunales de MERCOSUR; por su estatus especial en los casos de los Tribunales *Ad-Hoc* y los TPI's).

(II) De la reconstrucción de las interpretaciones del principio en cada uno de los casos, se identifica como patrón general la flexibilidad de las jurisdicciones en términos de admisibilidad y la primacía de la jurisdicción internacional por sobre la jurisdicción local. En la mayoría de los casos, se realizaron aproximaciones a categorías análogas en tanto ponían en juego las dinámicas entre los dos niveles jurisdiccionales, como es el caso del principio de complementariedad en la CPI o la competencia concurrente con primacía del tribunal internacional en el TPIY, TPIR y CESL. Asimismo, en los casos donde no había referencia alguna en sus diseños institucionales (como en los supuestos en los que la posibilidad de exigir el ARI estaba sujeta a su inclusión en acuerdos bilaterales, como es el caso de los TBI's en el CIADI) se identificó una lectura flexible en tanto la tendencia versa sobre la admisibilidad de los casos con independencia de la situación en las jurisdicciones locales (como el caso de los tribunales del MERCOSUR). En este sentido, se identifica una tendencia general a la flexibilidad subsumible en las condiciones de admisibilidad y la primacía

de la jurisdicción internacional, pero ello no es posible en términos de ARI.

(III) Del abordaje realizado en el presente trabajo se deduce que el escenario de fragmentación del Derecho Internacional no solo condiciona su sistematización, sino que la imposibilita. No obstante, es posible identificar tendencias globales, como la primacía de la jurisdicción internacional en la consideración de los tribunales y la flexibilidad en términos de condiciones de admisibilidad.

Las herramientas se definen por su uso: Perspectivas en torno a la conceptualización de la dignidad humana

Tools are defined by their use: Perspectives on the conceptualization of human dignity

As ferramentas são definidas pelo seu uso: Perspectivas sobre a conceituação da dignidade humana

Les outils sont définis par leur utilisation: Perspectives sur la conceptualisation de la dignité humaine

工具的用途定义如下: 关于人的尊严概念的观点

Giuliana Denisse Riera¹ y María Gabriela Mateo²
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 224-236
DOI: <https://doi.org/> <https://doi.org/10.24215/25251678e458>
Recibido: 01/09/2020
Aprobado: 15/09/2020

Resumen: El trabajo describe las tensiones en torno a la definición del concepto de dignidad humana, entendiéndolo como una herramienta

¹ Abogada (FCJYS – UNLP), Maestranda en Derechos Humanos (FCJYS – UNLP), Estudiante de la Especialización en Derecho Penal (Facultad de Derecho – UBA). Dirección Postal: Diagonal 78 N° 122, La Plata, Buenos Aires, Argentina, CP1900. Correo electrónico: giuliana.riera@pjba.gov.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5819-4184>)

² Abogada (FCJYS – UNLP), Maestranda en Derechos Humanos (FCJYS – UNLP), Estudiante de la Especialización en Derecho Penal (Facultad de Derecho – UBA). Dirección Postal: calle 132 N° 1867, La Plata, Buenos Aires, Argentina, CP1900. Correo electrónico: maria.mateo@pjba.gov.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3073-0632>)

hermenéutica sin contenido concreto que sirve a los operadores jurídicos para interpretar los Derechos Humanos y reconociéndolo como el fundamento último de la constitución de los derechos fundamentales de todos los seres humanos. Se lo aborda desde un punto de vista ético refiriendo a breves consideraciones de Immanuel Kant y Jürgen Habermas, en relación al concepto y desde un punto de vista semántico y jurídico en el análisis de las interpretaciones que de éste realizan los órganos de protección de Derechos Humanos.

Palabras clave: dignidad humana, Immanuel Kant, Jürgen Habermas, Derechos Humanos.

Abstract: The paper describes the tensions around the definition of the concept of human dignity, understanding it as an hermeneutic tool without a concrete content, that helps the legal operators interpretate human rights and acknowledging it as the ultimate basis of fundamental rights of every human being. It is approached from an ethic point of view, refering to brief considerations from Immanuel Kant and Jürgen Haberman in relationship to the concept, and from a semantic and a legal point of view in the analisis of the interpretations of the Human Right's legal bodies.

Keywords: human dignity, Immanuel Kant, Jürgen Habermas, Human Rights.

Resumo: Leste trabalho descreve as tensões em torno da definição do conceito de dignidade humana, entendendo-o como uma ferramenta hermenêutica sem conteúdo concreto que serve aos operadores jurídicos para interpretar os Direitos Humanos e reconhecendo-o como o fundamento último da constituição dos direitos fundamentais para todos. os seres humanos. É abordado do ponto de vista ético referindo-se a breves considerações de Immanuel Kant e Jürgen Habermas, em relação ao conceito e do ponto de vista semântico e jurídico na análise das interpretações feitas pelos órgãos de proteção dos direitos humanos. .

Palavras-chave: Dignidade humana, Immanuel Kant, Jürgen Habermas, Direitos Humanos

Résumé: Cette enquête décrit les tensions autour de la définition du concept de dignité humaine, le comprenant comme un outil herméneutique sans contenu concret qui sert les opérateurs juridiques à interpréter les

Droits de l'Homme et le reconnaissant comme le fondement ultime de la constitution des droits fondamentaux pour tous les êtres humains. Elle est abordée d'un point de vue éthique en se référant à de brèves réflexions d'Immanuel Kant et Jürgen Habermas, en relation avec le concept et d'un point de vue sémantique et juridique dans l'analyse des interprétations qui en sont faites par les organes de protection des droits de l'homme

Mot-clés: dignité humaine, Immanuel Kant, Jürgen Habermas, Droits de l'homme

摘要: 该作品描述了围绕人的尊严的定义的紧张关系, 将其理解为一种没有具体内容的解释工具, 为法律经营者提供了解释人权的途径, 将其视为所有人的基本权利构成的最终基础人类. 它是从伦理学角度出发的, 是指伊曼纽尔·康德和尤尔根·哈贝马斯就该概念所作的简短考虑, 并从语义和法律的角度分析了人权保护机构对其所作的解释

关键字: 人的尊严, 伊曼纽尔·康德 (Kant), 于尔根·哈贝马斯 (Habermas), 人权

I. Introducción

En el presente trabajo se abordarán distintas perspectivas descriptas en torno a la conceptualización de la dignidad humana y su impacto en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se pretende mostrar que el concepto de dignidad humana se configura como una categoría vacía, pues no es posible cristalizar su contenido, ni estandarizar su definición. Se trata de una “herramienta” interpretativa, fundamento de los derechos humanos, de altísima carga emotiva pero, en definitiva de contenido volátil capaz de mutar conforme a su intérprete en cada caso concreto. Es por ello que se trabajará desde el concepto en distintas dimensiones: la primera será la dimensión ética, por tanto recogeremos la noción encumbrada por Immanuel Kant para desarrollar luego la propuesta del filósofo y sociólogo alemán Jürgen Habermas, avanzando sobre

la conceptualización de la dignidad humana como fuente de los derechos fundamentales en la experiencia concreta de las históricas violaciones a ella y como fundamento del principio de indivisibilidad de los derechos humanos. La segunda dimensión que trabajaremos será sobre la idea de la dignidad humana como categoría vacía -o por lo menos de contenido inestable- y se presentará la idea de la definición por el uso -en clara alusión a los juegos del lenguaje de Ludwig Wittgenstein- pues entendemos que las palabras no son “etiquetas” de los objetos y que determinados conceptos se definen en su uso. Es por ello que podemos interpretar la dignidad humana conforme la función que esté cumpliendo en el campo. Así analizaremos sus funciones discursivas en casos concretos, puntualizando en algunos extractos de decisiones adoptadas por órganos de protección de Derechos Humanos.

El objetivo perseguido es la capitalización del inmenso desarrollo de un concepto dinámico que sirve a los operadores jurídicos a aplicar interpretaciones extensivas acorde a principios que tiendan a optimizar la protección del ser humano y entenderlo como una plataforma riquísima de creación y de conquista social.

II. La dimensión kantiana

La Filosofía kantiana tiene como premisa la idea del hombre como un fin en sí mismo, autónomo y merecedor de un respeto incondicionado y este valor proviene de la dignidad que le es inherente. La dignidad se concibe como un valor intrínseco de la persona moral sin equivalentes, diferenciándolo del precio asignado a las cosas. Para Kant, la dignidad es un atributo del ser humano por su pertenencia a una comunidad de seres morales y es aquello que lo *“ennoblece ante todas las demás criaturas”*.³

³ Ob. Cit. en Michelini, Dorando J. (2010), pág. 43.

Según la tesis de Aguirre-Pabón⁴ (2011) a la que adherimos, la noción kantiana de dignidad humana es un concepto político legal que se basa en el significado común de ese momento histórico, que refiere a la idea de ostentación de título legal de honor o desarrollo de un oficio o profesión determinado. Este sentido, es extendido por analogía a la filosofía moral en tanto valor único asignado a los seres racionales capaces de establecer y seguir leyes morales.

Aguirre-Pabón entiende que esta noción de dignidad se presenta como un valor interno absoluto por el cual las personas pueden demandar respeto de todos los seres racionales. Esta dignidad le da un título para medirse a sí mismo con los demás seres y valorarse en un pie de igualdad, pero el objeto de respeto no es la individualidad sino la pertenencia al rango de seres racionales. Asimismo, de esta tesis se desprende que es evidente que el desarrollo del pensamiento kantiano en materia de dignidad humana es fundacional de principios jurídico-políticos de los Derechos Humanos. Sin embargo, de una exégesis de la obra de Kant surge que resulta anacrónico entender el concepto actual de dignidad humana en relación con el encumbrado por Kant. Pues “dignidad” como sinónimo de “rango” resulta un término más político que propio de la filosofía moral; pero aún con ello podríamos tender lazos entendiendo que el concepto actual de dignidad humana también refiere a la idea de igualación hacia arriba del rango, por la que todo ser humano, sin distinción alguna es titular de la misma dignidad.

III. La dimensión post-kantiana: Jürgen Habermas

En *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights* (2010)⁵, Habermas pretende demostrar que

⁴ Aguirre-Pabón, J.O (2011) Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant. Universitas (online). N.123. pp. 45-74

⁵ Habermas, J. (2010) El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Diánoia (online), vol.55, n.64.

existe desde siempre una conexión entre la noción moral de dignidad humana y la constitución de los derechos humanos. Si bien, señala que la misma se ha evidenciado solo en el pasado reciente, sostiene que el concepto de dignidad humana no es una categoría vacía, sino que es fuente de los derechos fundamentales en la experiencia concreta de la violación de ésta. Además, resulta el fundamento del principio de indivisibilidad de los derechos humanos.

Reconoce la existencia del concepto de dignidad humana desde la antigüedad, su desarrollo filosófico actual sostenido a partir de las premisas Kantianas y su materialización jurídica sólo después de la Segunda Guerra Mundial. Habermas plantea a partir de esta realidad histórica, que el concepto de dignidad humana desempeña una función creativa, pues es partir de la experiencia del horror que pueden construirse nuevos derechos y revisarse los existentes. Entiende que primero la humillación labra la conciencia de los maltratados y luego se estructura jurídicamente.

Demuestra que el concepto de dignidad humana es aglutinante, en tanto es el fundamento de la indivisibilidad de los derechos humanos. Desde este punto de vista, ésta no puede verse realizada si no se hallan cubiertos derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos en pie de igualdad.

Por otro lado, reconoce en la dignidad humana la función de “sismógrafo”, en tanto registra lo constitutivo de un orden social democrático, por lo que los derechos fundamentales deben reconocerse en el marco de una asociación entre personas libres e iguales que han de respetarse entre sí.

Entiende a la dignidad humana como el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho; y para demostrar esta función de “puente” entre el cambio de perspectiva que ocurrió con el traspaso de los «deberes morales» a «obligaciones legales», hace un racconto histórico que da cuenta de la secularización de los preceptos morales judeocristianos. Los que, al momento

de ocurrir la racionalización del derecho, sobrevolaron en calidad de principios al derecho positivo.

En ese racconto reconoce una paradoja: la noción de “dignidad humana” no estaba originariamente orientada a la generalización o universalidad de derechos, sino que respondía a indicadores diferenciadores de estatus.

El autor define a los derechos humanos como una “utopía realista”, en la medida en que no proponen más imágenes engañosas de una utopía social que promete la felicidad colectiva, sino que fundan el ideal de una sociedad justa en las instituciones de los estados constitucionales

La conclusión a la que arriba Habermas en su texto es que el contenido moral de los derechos humanos es una conquista de las revoluciones del siglo XVIII. Pretender neutralizar esa tensión entre moral y derecho, y reducir el planteo de la condición meramente retórica de la dignidad humana vacía de contenido, deja a los derechos humanos expuestos a la peligrosa situación de erosión.

IV. La dignidad humana como herramienta argumentativa

La constitución de los Derechos Humanos, aun cuando puede rastrear su origen en las primeras revoluciones burguesas o mucho antes, encuentra su concepción actual recién en el siglo XX con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial; momento en el que comienza a introducirse el concepto de dignidad humana en los instrumentos jurídicos internacionales.

Sin embargo, Jürgen Habermas sostiene que la relación moral entre derechos humanos y dignidad humana existe desde siempre: la experiencia del horror, la indignación contra prácticas de degradación de la condición humana retroalimenta la apelación a los derechos humanos.

Así como desde una perspectiva ética la dignidad es aquello que diferencia a los hombres de las cosas, desde la lingüística Eugenio Coseriu considera que el lenguaje es quizás la forma

más universal de cultura y la primera que distingue inmediata y netamente al hombre de los demás seres de la naturaleza.⁶

Si consideramos al lenguaje inscripto en una realidad social que a su vez construye y determina, podríamos decir que la creación del concepto de “dignidad humana” surge en relación a la experiencia de la deshumanización de actos degradantes de la condición humana, que necesitaron de la construcción de una idea que remita a aquello que *a contrario sensu* no deshumanice, no convierta al hombre en cosa.

Considerando que en cada lenguaje se halla contenida una concepción particular del mundo, podríamos pensar que la constitución del concepto de dignidad humana tal como se introdujo en los instrumentos internacionales de derechos humanos, remite a una concepción occidental de lo que se considera “humano” y “digno”.

La dignidad humana en este sentido, se llena de contenido con los derechos reconocidos en Pactos Internacionales que dan cuenta de un catálogo de prerrogativas de los seres humanos por su condición de tales. Y es un concepto que sirvió –en términos prácticos- al no tener un contenido estático, al consenso para la firma y ratificación de estos tratados internacionales.

Ahora bien, desde un punto de vista de la Teoría de la Argumentación Jurídica, entendemos que existen tres momentos de interpretación: uno pre-legislativo, en el que se barajó la noción de la “dignidad humana” como una herramienta de consenso. Uno netamente legislativo en el que se pretendió dar tecnicismo jurídico vinculando el concepto a derechos determinados y con contenido definido. Y uno de aplicación jurídica, en la que el operador que interpreta debe aplicarlo para resolver un caso concreto. Podemos distinguir en estos tres momentos una instancia ética, una política y una jurídica-argumental,

⁶ Coseriu, Eugenio; La creación metafórica del lenguaje. Departamento de lingüística de la Universidad de la República, Montevideo, año 1956. Disponible en <http://www.romling.uni-tuebingen.de/coseriu/publi/coseriu18.pdf>

respectivamente. Y es en esta última en la que el concepto adquiere mayor relevancia práctica.

En casos en los que el operador jurídico no halle respuesta en el silogismo judicial tradicional, de subsunción de la premisa fáctica a la premisa jurídica, utilizará lo que consideramos una herramienta hermenéutica preciosa: la dignidad humana. Para argumentar en el caso concreto, le otorga una posibilidad creativa, que de utilizarse debidamente sería el resquicio jurídico para alentar la condición de progresividad de los Derechos Humanos y el desarrollo de la protección del plan de vida de cada ser humano del mundo.

V. Funciones de la dignidad humana

El lingüista Roman Jakobson reconoce que existen en el lenguaje por lo menos cinco funciones que remiten a cada elemento del acto comunicativo: la informativa, en la que el lenguaje se utiliza para describir un estado de cosas; la directiva cuando se utiliza para dirigir las acciones del interlocutor; la emotiva, cuando se pretende expresar una emoción; a las que se le agregan la fática –se utiliza para verificar que el canal comunicativo se halle abierto- y la metalingüística, cuando el lenguaje se utiliza para referirse a sí mismo. De ello podemos observar que los conceptos además de tener una definición, deben analizarse en contexto para poder evaluar cómo se está utilizando el lenguaje y qué intencionalidad tiene el emisor al momento de dirigir un mensaje.

El concepto de dignidad humana aun cuando no puede reconocerse su contenido técnico en forma acabada, puede ser evaluado conforme la función con la que se inserta en el discurso. Así en su dimensión ética encontramos su función directiva, en su dimensión política la emotiva y en ocasiones estas funciones solapadas bajo la apariencia de referirse a una descripción del concepto cuando en realidad su uso es otro.

Asimismo dentro de la dimensión ética, Habermas reconoce como función de la dignidad humana la de “sismógrafo” de la

realidad, como mencionamos en el apartado 3; la de puente entre la obligación moral y la obligación legal; a la que agregamos una tercera función *creativa*.

Los jueces son los encargados de “crear” en cada caso concreto e interpretar extensivamente el concepto de dignidad humana, a efectos de elevar el rango de protección de derechos de forma integral. Y esta función creativa es la que alimenta el concepto de la dignidad humana y coadyuva al desarrollo progresivo de los derechos humanos. Es la ductilidad del concepto lo que debe deslumbrarnos y no sucumbir al temor conservador positivista.

VI. La dignidad humana en los órganos de protección de Derechos Humanos

A efectos de ilustrar la función creativa de los operadores jurídicos de protección de Derechos Humanos en casos concretos en relación a la dignidad humana, vamos a referirnos a un trabajo del año 2009 de Viviana Bohorquez Monsalve y Javier Aguirre Román en el que analizan cinco casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que los jueces debieron determinar el alcance dado al concepto de dignidad humana. En honor a la brevedad abordaremos solo dos de ellos.

El primer caso trabajado es Velásquez Rodríguez vs Honduras, donde se dirimieron las violaciones a los Derechos Humanos derivadas de la desaparición forzada y el papel del Estado de Honduras como garante. Allí, la CIDH determinó que “*Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana*”⁷ y que “*El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.*”⁸.

⁷ Corte IDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988, párr. 154

⁸ Ibid., párr. 165

El fallo da cuenta de la fuerza argumental del concepto de dignidad humana, en tanto la CIDH se refiere a la actitud del Estado frente a las personas que cometieron un delito y deja claro que la naturaleza humana no cambia por ello, e incluso los peores delincuentes siguen siendo seres humanos con dignidad y como tales, gozan de todos los derechos y estándares de vida digna.

Puntualmente, referido a las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad, existe una problemática en torno al discurso deshumanizante –y otra vez podemos referirnos a la construcción de realidad del lenguaje- reinante en la población “extramuros”, que legitima la inacción del Estado o su desprecio por la dignidad humana. No existe –o por lo menos se halla invisibilizado- un repudio social referido a las infrahumanas condiciones de detención que sufren las personas procesadas o condenadas en algunas prisiones del mundo; y esto se debe a que el ser humano desde lo discursivo y luego en el plano real, se ve cosificado, hallando la justificación en la infracción a las pautas sociales por la comisión de un delito.

La función creativa descrita por la CIDH en este caso, permite ampliar el concepto de dignidad humana a la vez que le pone límites al Estado en virtud del mismo.

Otro de los casos analizados por los autores es el de Villagrán Morales vs. Guatemala, conocido como “el caso de los niños de la calle”. En este fallo, se juzga la responsabilidad del Estado en el secuestro, tortura y homicidio de cinco jóvenes que vivían en la calle, dos de ellos menores de edad. En el marco del proceso, se acreditó que cuatro de las víctimas fueron introducidas en el baúl de un auto, frente a lo cual la Corte determinó que *“aun cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*⁹.

⁹ Corte IDH, “Niños de la Calle” - Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, 1999, párr. 164.

Asimismo, del voto concurrente de Cançado Trindade y Abreu Burelli surge que *“La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”*¹⁰.

La función creativa de la dignidad humana, se configura de manera perfecta en este caso. En tanto, los jueces indican que la dignidad no puede limitarse a evitar abusos del poder estatal, sino que la relaciona incluso con el disfrute y el goce de una vida digna.

La interpretación extensiva del voto concurrente de estos jueces da cuenta de la magnífica posibilidad que otorga este concepto para crear estándares cada vez más amplios en materia de protección de derechos.

VII. Conclusión

En el presente trabajo dimos cuenta de la dificultad existente en la definición del concepto de dignidad humana, de las tensiones en torno a su contenido y de la peligrosidad real de asignarle una definición inmutable en tiempo y espacio. En la medida que ello atente contra la utilidad práctica que ha forjado en los últimos años como fundamento en el proceso de constitución de los derechos humanos.

Intentamos demostrar que, ante la imposibilidad de dar una definición acabada de un concepto, éste se define por su uso. Es por ello que Habermas decide reconocer las funciones de la dignidad humana (como puente entre la obligación moral

¹⁰ Ibid., Voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 4.

y la obligación legal, como aglutinante de las históricas generaciones de derechos fundamentales, como sismógrafo de la realidad que también propicia la indivisibilidad de los derechos humanos, y finalmente como función creativa).

Si bien no encontramos doctrinario o juez que se aventure a dar una definición de la dignidad humana, reconocimos en el trabajo de Bohorquez Monsalve y Aguirre Román, una amplitud de aquella función creativa de la que hablara Habermas. En el entendimiento de que la conceptualización de la dignidad pierde importancia frente a la interpretación jurisprudencial que de ella puedan hacer los organismos internacionales en casos concretos.

Los jueces tienen la obligación de ser creativos aun cuando el concepto de dignidad se les presente difuso o incompleto. Y es a través de pautas hermenéuticas como el principio pro homine que llenan de contenido, en cada caso, aquello que nos parece vacío desde el punto de vista teórico. Esto nos permite pensar que quizás sea el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica el fundamento de los derechos humanos y no la dignidad humana como concepto.

El derecho penal argentino y los desafíos de la participación ciudadana como derecho humano

Argentine criminal law and the challenges of citizen participation as a human right

O direito penal argentino e os desafios da participação do cidadão como direito humano

Le droit pénal argentin et les défis de la participation citoyenne en tant que droit de l'homme

阿根廷刑法与公民作为人权参与的挑战

Agatha Ciancaglini Troller¹ y Jorge A. Filipini²
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 237-258
DOI: <https://doi.org/> <https://doi.org/10.24215/25251678e459>
Recibido: 01/05/2020
Aprobado: 15/09/2020

Resumen: El derecho de participación ciudadana es un derecho humano con contenido robusto (no limitado a la participación electoral), sin embargo, las normas penales en Argentina se debaten, crean, modifican y aplican sin intervención robusta de la ciudadanía. Esto pese a que existen vías institucionales y canales informales que buscan dar cumplimiento a este derecho. En este trabajo nos proponemos indagar

¹ Abogada por la UBA, Especialización en Políticas Públicas y Justicia de Género (CLACSO), Docente UBA (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2687-2109>).

² Abogado (UBA), maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA) (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5805-8211>).

los alcances de la participación ciudadana en los procesos de sanción de leyes, en la participación en casos judiciales y el juicio por jurados. Para esto, en primer lugar (I), analizaremos y contextualizaremos los alcances del derecho de participación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego (II), evaluaremos si los canales de participación institucionales en el ámbito penal (y en general) son o no suficientes a la luz de las exigencias en materia de derechos humanos. Esto nos llevará a analizar (III) ciertos canales de participación no institucionalizados. Por último (IV), plantearemos los desafíos que enfrenta el derecho penal argentino para dar cumplimiento a los alcances de la participación ciudadana desde un enfoque de derechos humanos.

Palabras clave: derechos humanos - derecho penal - ciudadanía - participación ciudadana

Abstract: The right to public participation is a human right with robust content (not limited to electoral participation), however, criminal law in Argentina is debated, created, modified and applied without a strong intervention of the citizenship. This is despite the existence of institutional and informal mechanisms that seek to enforce the right to public participation. In this work we propose to investigate the scope of public participation on the law enforcement procedures, the participation in judicial cases and the jury trial. To this end, firstly (I), we will analyze and contextualize the scope of the right to participation in the field of international human rights law. Then (II), we will evaluate whether or not the institutional channels of participation in the criminal field (and in general) are sufficient in light of human rights standards. This will lead us to analyze (III) certain non-institutionalized channels of participation. Finally (IV), we will set out the challenges facing Argentina's criminal law in order to comply with the scope of public participation from a human rights perspective.

Keywords: human rights - criminal law - citizenship - public participation

Resumo: O direito à participação cidadã é um direito humano com conteúdo robusto (não limitado à participação eleitoral), no entanto, as regulamentações criminais na Argentina são debatidas, criadas, modificadas e aplicadas sem a intervenção robusta dos cidadãos. Isso apesar de existirem canais institucionais e canais informais que buscam o cumprimento desse direito. Neste trabalho propomos investigar o alcance da

participação do cidadão nos processos de sanção de leis, na participação em processos judiciais e no julgamento por júri. Para isso, em primeiro lugar (I), analisaremos e contextualizaremos o alcance do direito de participação no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em seguida (II), avaliaremos se os canais de participação institucional na esfera criminal (e em geral) são ou não suficientes à luz das demandas de direitos humanos. Isso nos levará a analisar (III) alguns canais de participação não institucionalizados. Finalmente (IV), apresentaremos os desafios enfrentados pelo direito penal argentino para cumprir o âmbito da participação cidadã desde uma perspectiva de direitos humanos.

Palavras-chave: direitos humanos, direito penal, cidadania, participação cidadã

Résumé: Le droit à la participation citoyenne est un droit humain avec un contenu solide (non limité à la participation électorale), cependant, les réglementations pénales en Argentine sont débattues, créées, modifiées et appliquées sans intervention solide des citoyens. Ceci malgré le fait qu'il existe des canaux institutionnels et des canaux informels qui cherchent à se conformer à ce droit. Dans ce travail, nous proposons d'étudier la portée de la participation citoyenne aux processus de sanction des lois, à la participation aux affaires judiciaires et au procès par jury. Pour cela, en premier lieu (I), nous analyserons et contextualiserons la portée du droit de participation dans le domaine du droit international des droits de l'homme. Puis (II), nous évaluerons si les canaux de participation institutionnelle dans la sphère criminelle (et en général) sont ou ne sont pas suffisants au regard des revendications des droits de l'homme. Cela nous amènera à analyser (III) certains canaux de participation non institutionnalisés. Enfin (IV), nous présenterons les défis auxquels le droit pénal argentin est confronté pour se conformer à la portée de la participation citoyenne du point de vue des droits de l'homme.

Mot-clés: droits de l'homme, droit pénal, citoyenneté, participation citoyenne

摘要: 公民参与权是一项内容充实的人权(不限于选举参与)但是阿根廷的刑事法规在辩论制定修改和实施时没有公民的大力干预。尽管有一些机构渠道和非正式渠道试图遵守这项权利但事实并非如此。在这项工作中,我们建议调查公民参与法律制定过程参与司法案件和陪审团审判的范围。为此,首先(I)我们将分析国际人权法领

域的参与权的范围并对其进行情境化然后(II)我们将根据人权要求评估犯罪领域(以及一般而言)的机构参与渠道是否足够这将导致我们分析(III)某些非制度化的参与渠道最后,在人权方面,我们将提出阿根廷刑法在遵守公民参与范围方面面临的挑战

关键字: 人权, 刑法, 公民权, 公民参与

Introducción³

Los Estados de la región latinoamericana se enfrentan continuamente con el desafío de afianzar y mejorar las condiciones de sus gobiernos democráticos. La región ha pasado desde formar parte de territorios conquistados por Estados europeos, períodos de pseudo-democracias (donde existían procesos electorales fraudulentos), dictaduras militares y, de un tiempo a esta parte, por procesos de consolidación y reforzamiento de las condiciones que hacen posibles la democracia, entendida a grandes rasgos como una forma de gobierno en el que las decisiones que afectan a todos son tomadas por la propia comunidad. En este sentido, partimos de considerar que las condiciones necesarias para la democracia son la participación ciudadana, la igualdad y el trato y la consideración de los ciudadanos (Nino, 1992).

Ahora bien, para consolidar el gobierno del pueblo -imperativo ineludible para la progresiva garantía de los derechos humanos en la región- es preciso reformular la estructura de poder de manera tal que el pueblo tome cada vez mayor intervención en los asuntos relevantes de la comunidad (Carta Democrática Interamericana, 2011, arts. 2 y 6). Sin embargo, notamos que en lo que respecta a las normas penales en Argentina se debaten, crean, modifican y aplican sin intervención robusta de la ciudadanía. Esto pese a que existen vías institucionales y canales

³ En este artículo se procuró evitar el lenguaje sexista. Sin embargo, a fin de facilitar la lectura no se incluyen recursos como “@”, “x” o “-a/as”. En aquellos casos en los que no se pudo evitar el genérico masculino deseamos que se tenga en cuenta esta aclaración.

informales que buscan dar cumplimiento al derecho de participación ciudadana. En este trabajo nos proponemos indagar los alcances de la participación ciudadana en los procesos de sanción de leyes, la participación en casos judiciales y el juicio por jurados. Para esto, en primer lugar (I), analizaremos y contextualizaremos los alcances del derecho de participación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego (II), evaluaremos si los canales de participación institucionales en el ámbito penal (y en general) son o no suficientes a la luz de las exigencias en materia de derechos humanos. Esto nos llevará a analizar (III) ciertos canales de participación no institucionalizados. Por último (IV), plantaremos los desafíos que enfrenta el derecho penal argentino para dar cumplimiento a los alcances de la participación ciudadana desde un enfoque de derechos humanos.

I. La participación ciudadana como derecho humano. Alcances

Partiendo del reconocimiento de la voluntad del pueblo como la base de la autoridad del poder público (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, art. 21), no es posible desconocer la estrecha vinculación existente entre los derechos humanos y la democracia. Así, la participación ciudadana en asuntos públicos constituye un derecho humano que, aunque esté inserto en la categoría de derechos civiles y políticos, se proyecta transversalmente a toda la nómina de derechos, cuyo ejercicio y protección hace posible.

Su consagración, tanto en el sistema universal de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 25) como en el regional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 23), reconoce que “todos los ciudadanos gozarán, sin distinciones ni restricciones indebidas, del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.”

En Argentina la incorporación de dichos instrumentos internacionales de derechos humanos al bloque constitucional por medio del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994, implicó necesariamente la apertura a una concepción más amplia del concepto de participación ciudadana que originariamente se había limitado al derecho al voto de los representantes (Const., 1853, art. 22). En este sentido, si antes se vedaba toda intromisión directa por parte de la ciudadanía en asuntos públicos, reservando su actividad a la elección de los representantes, la reforma constitucional vino a reconocer, por medio de las referidas disposiciones de los tratados, el derecho a participar sin restricciones indebidas de la dirección de los asuntos públicos directamente o por medio de representantes.

Estas disposiciones gozan de la más alta jerarquía “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22 CN), lo que implica que rigen conforme a su efectiva aplicación por parte de los tribunales competentes para su interpretación y aplicación en el ámbito internacional (CSJN, S318:514, 1995). Ello obliga a repasar, y tener presente, la interpretación que los tribunales internacionales de derechos humanos han dado al derecho de participación, pues con ese alcance rigen en el sistema constitucional argentino. Al respecto, debe tenerse presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) tuvo la oportunidad de interpretar los alcances de la disposición del art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica al decidir en los casos “Yatama Vs. Nicaragua” (Corte IDH, 2005) y “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos” (Corte IDH, 2008). Aunque ambos casos referían a la exclusión de candidaturas electorales, el referido tribunal interpretó que la participación política puede “incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”. (CoIDH, 2005: párr. 196) (CoIDH, 2008: párr. 146)

En este sentido, en Yatama la Corte IDH señaló que:

[l]a evolución de los últimos lustros ha desarrollado sustantivamente el concepto del derecho a la participación en la dirección de los asuntos públicos que a estas alturas es un referente que incluye un espectro muy amplio de ingredientes que puede ir desde el derecho a promover la revocatoria de autoridades elegidas, fiscalizar la gestión pública, acceder a información pública, plantear iniciativas, expresar opiniones, etc. En efecto, la conceptualización amplia y general del derecho a ‘participar en la dirección de los asuntos públicos’, tal cual se encuentra literalmente expresado en la Convención, se ha afinado y ampliado. (CoIDH, 2005: párr. 13)

Además, indicó que “es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que [los derechos políticos] puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.” (CoIDH, 2005: párr. 195). De esta manera, brinda una concepción robusta del derecho a la participación ciudadana, cuyos alcances deben ser redefinidos en el contexto de consolidación de las democracias actuales. Concordantemente, en el ámbito universal, se señaló que la sociedad democrática se construye con la participación activa de quienes la conforman, “mas no se limita a una democracia electoral sino a una que garantice, con canales efectivos para la participación ciudadana, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales” (PNUD, 2004)

En este mismo sentido la ex Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navanethem Pillay, sostuvo que la participación incesante de la sociedad es indispensable para evitar las perturbaciones y las amenazas contra la democracia, con el propósito de mantener alejadas la “nostalgia de la dictadura” y las tentaciones de ir más allá del estado de derecho; existe una “vinculación permanente entre seguridad de las personas y convivencia democrática”. Y, además, que cuando se habla de participación, “algunos grupos de la sociedad merecen una atención e inclusión específicas [por esto] el

empoderamiento de los grupos que han sido excluidos o marginados (...) y su plena participación en los procesos de toma de decisiones son fundamentales para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz” (ONU, 2012).

Por último, cabe mencionar que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 55/96, exhortó a los Estados a promover y consolidar la democracia mediante, entre otras cosas:

[l]a creación y la mejora del marco jurídico y los mecanismos necesarios para la participación amplia de todos los miembros de la sociedad civil en la promoción y la consolidación de la democracia (...) garantizando la existencia de mecanismos para consultar a la sociedad civil en los procesos de gestión de los asuntos públicos y para que ésta constituya a ellos y fomentando la cooperación entre las autoridades locales y las organizaciones no gubernamentales. (AG, 2001: 55/96)

Así, deviene ineludible interpretar en forma amplia el derecho de participación ciudadana en asuntos públicos como derecho humano fundamental para la protección de todos los derechos y la consolidación del sistema democrático. Esta interpretación robusta del estándar de protección y promoción del derecho de participación ciudadana implica que el Estado debe garantizar, sin restricciones indebidas, el ejercicio de acciones colectivas o individuales, sean institucionales o informales, a través de las cuales se busque incidir en las decisiones sobre asuntos públicos que afectan a una comunidad o a sus miembros, lo que puede incluir todo tipo de actos encaminados a formar parte del debate, control, ejecución u oposición de las políticas públicas.

A partir de esta concepción amplia, debe admitirse que son múltiples y diversas las formas que puede adoptar la participación ciudadana; desde actos eleccionarios, movilizaciones, iniciativas de proyectos legislativos, acciones judiciales colectivas, juicios por jurados, hasta “escraches” a personas públicas. En lo que sigue, evaluaremos críticamente cómo se garantiza ese estándar en materia penal en el derecho argentino.

II. Las modalidades de participación institucional en materia penal en el sistema constitucional argentino

En general, las formas de participación en materia penal pueden vincularse con cuestiones previas a la sanción de una norma o la adopción de una política determinada, o con cuestiones relativas a su ejecución y control posterior. A su vez, es posible diferenciar dos dimensiones distintas donde se manifiesta: por un lado la institucional (incluyendo la jurisdiccional) y por otra parte la participación informal.

Las modalidades de participación institucionalizadas se caracterizan por encontrarse previstas expresa y taxativamente mediante normas que las consagran y regulan en cuanto a su objeto, ámbito de aplicación, finalidad y procedimientos a cumplir. Las modalidades no institucionalizadas conglomeran las acciones participativas que tienen incidencia en la vida política de la comunidad pero que, no obstante estén amparadas por derechos y garantías constitucionales que legitiman su ejercicio, no están previstas ni reguladas como tales por normas jurídicas. Es preciso aclarar que esta categorización es puramente analítica, dado que el fenómeno de participación es siempre acumulativo en cuanto a sus modalidades.

II.a. La participación institucionalizada como herramienta insuficiente para garantizar la participación ciudadana en el derecho penal argentino

Analizaremos cómo se garantiza y promueve la participación ciudadana en relación con el derecho penal en el ámbito institucionalizado. Nos referiremos a los mecanismos de consulta e iniciativa popular, al juicio por jurados, a las audiencias públicas y a los “amicus curiae” ante la Corte Federal.⁴

⁴ Tomando en cuenta un concepto amplio de participación es posible considerar que las acciones ciudadanas tendientes a formar parte de la discusión y toma de decisiones en la arena jurisdiccional reconoce, como principal institución, la denuncia y querrela penal, donde se reconoce una amplia legitimación de la ciudadanía para someter a la decisión de los

1. Consulta e iniciativa popular

En el diseño constitucional argentino, la participación ciudadana se supeditó desde sus orígenes a la elección de los representantes (Const., 1994, arts. 1 y 22). De esta manera, el acto participativo por excelencia -y, en rigor, el único- era el eleccionario. Sin embargo, la reforma de 1994 trajo aparejada la consagración y regulación de dos mecanismos de intervención directa de la ciudadanía: la iniciativa y la consulta popular (Const., 1994, arts. 39 y 40)-

El mecanismo de iniciativa popular establece que todos los ciudadanos tienen derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación, cumpliendo ciertos requisitos formales que estipula una ley especial. En este sentido, el proyecto requiere la firma de un número no inferior al 1,5%⁵ de los ciudadanos del padrón electoral, que representen al menos a seis distritos electorales, debe contener una exposición fundada de motivos y la nómina de los promotores, entre otros requisitos.

En segundo lugar, la consulta popular permite que los ciudadanos puedan expresar su aprobación o rechazo respecto de determinadas cuestiones que se someten a su consideración. Así, el electorado podría decidir directamente acerca de un asunto de interés sustantivo para el Estado; sobre el mantenimiento, modificación o derogación de una norma; o acerca de la gestión de un gobernante o gobierno. En el diseño constitucional argentino, la consulta popular es vinculante únicamente si es convocada por el Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados, al solo efecto de someter a la opinión ciudadana

jueces hechos que pudieran vulnerar el orden público. Asimismo, la acción de hábeas corpus consagrada en el art. 43 de la Constitución Nacional constituye otro de los mecanismos participativos, en tanto constituye una herramienta que permite ejercer un efectivo control sobre las autoridades y las condiciones de privación de la libertad y ejecución de las penas. Sin embargo, los límites de las mismas no serán tomadas en consideración en este artículo.

⁵ En rigor, la Constitución Nacional establece que la ley especial no puede requerir más del 3% del padrón. Véase: Gargarella, R. y Guidi, S. (2016)

un proyecto legislativo (Const., 1994, art. 40). En tal supuesto, el voto ciudadano es obligatorio. En cambio, por medio de la consulta no vinculante, tanto el Poder Legislativo -con iniciativa de cualquiera de las Cámaras- como el Ejecutivo pueden someter diferentes materias de su competencia a la voluntad de los electores. En tal caso el voto del electorado no será obligatorio.

Ahora bien, ¿son suficientes estos espacios para asegurar un estándar amplio del derecho de participación ciudadana en materia penal? La respuesta es negativa. En lo que respecta a la iniciativa popular, la efectividad en términos de participación parece bastante acotada ya que las exigencias impuestas demuestran que es un mecanismo poco accesible para la ciudadanía. La forma en que debe estar redactado el proyecto, la cantidad de adherentes que lo deben suscribir y particularmente los distritos que deben representar determinan que este procedimiento sea dificultoso para los ciudadanos que pretenden promover una iniciativa en el Congreso. Estos resguardos buscan limitar las propuestas individuales o que carezcan de apoyos fuertes y, a su vez, se convierten en mecanismos poco efectivos para la participación espontánea de sectores que no tengan el apoyo de organizaciones. En este sentido, el apoyo de ONGs resulta fundamental (Batch, 2004). Creemos que todo ello ha debido influir en la escasa utilización de dicho mecanismo de participación desde su creación. A modo de ejemplo, entre 1996 y 2011 se han presentado 41 iniciativas populares, es decir, poco más de dos iniciativas por año (Sancari, 2016). Además, y sobre todo, nos interesa señalar que en materia penal, la iniciativa popular ha sido -junto a otras materias- expresamente vedada por el constituyente, lo cual constituye un valladar insalvable para la participación ciudadana. En efecto, la Constitución ha reservado la creación de normas penales exclusivamente al Congreso (Const., 1994, art. 99, inc. 3, 39 y 76). Esta restricción podría tener como principal finalidad preservar de eventuales manipulaciones a la opinión pública respecto de temas que se estimaron críticos (Gelli, 2003). Sin embargo, en lo que respecta concretamente a la materia penal, la restricción se justificó en la

desconfianza de la participación ciudadana directa en asuntos públicos sensibles.⁶ Volveremos sobre el punto más adelante.

En cuanto al mecanismo de consulta popular, la Constitución Nacional no excluye materias determinadas, como así tampoco limita en tal sentido la ley 25.432 que lo regula,⁷ de manera que sería una vía habilitada para la intervención directa de la ciudadanía en el diseño de la legislación penal. De todos modos, hasta el presente no se ha sometido a consulta popular ningún proyecto de ley o asunto en materia penal. En rigor, la herramienta no ha sido utilizada desde su consagración constitucional en ninguna materia. El único antecedente lo constituye la consulta popular relativa al conflicto entre Argentina y Chile relativo al canal de Beagle, anterior a la reforma del año 1994.

Así, la consulta popular tal como fue consagrada consiste en un mecanismo cerrado de participación. Ello porque no

⁶ Al momento de discutirse el proyecto elaborado por la Comisión de Redacción respecto de los mecanismos de consulta e iniciativa popular, Raúl R. Alfonsín destacó que "(...)sabemos que a veces la opinión es pasajera, mientras que la democracia representativa nos brinda la posibilidad de que hace que el pueblo no esté sujeto a los vaivenes de la moda o de una campaña. Aquí se ha criticado esta posición, que es fruto de nuestra prudencia. No queremos consultas vinculadas con lo penal, porque en un arrebato de la opinión pública podemos llegar a establecer, por ejemplo, la pena de muerte por un delito. Tratada esta cuestión de manera particular por los medios de difusión, podría llevar de pronto, en una explosión de la sociedad, a tolerar o permitir una deformación de esta magnitud (...). Necesariamente tenemos que ser prudentes en un tema de esta magnitud. Estamos haciendo retrotraer desde el Congreso al pueblo lo que el pueblo le había dado a sus representantes(...)". La única opinión disidente fue expresada por Horacio Conesa Mones Ruiz para quien los mecanismos consagrados "no satisfacen los verdaderos deseos de la sociedad; son limitativos y han sido hechos a medias (...). El párrafo tercero se determina que no serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal. No entendemos la razón de esta limitación." Véase: Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1994)

⁷ Dicha ley excluye del mecanismo de consulta popular aquellos proyectos cuyo trámite esté previsto para una cámara de origen exclusiva o con mayorías calificadas, incluso para el caso de consulta no vinculante. Por otra parte, la ley establece que para que la consulta sea válida debe participar al menos el 35% de los ciudadanos habilitados. El proyecto que obtiene mayoría de votos afirmativos se convierte automáticamente en ley. En cambio, cuando la consulta no es vinculante, si es aprobado por los electores, el Congreso tiene la obligación de tratarlo.

depende de la iniciativa ciudadana sino de los representantes que son quienes deciden escuchar a la ciudadanía o no hacerlo. Pero, además, es un mecanismo insuficiente en términos de expresión del pueblo, ya que consiste en un procedimiento de formulación simple de casos que por lo general suelen ser complejos, frente a lo cual la ciudadanía solo puede expedirse afirmativa o negativamente. Puesto en contexto de cualquier decisión pública relevante, es claro que ese mecanismo es insuficiente. Así lo demuestra, por ejemplo, el referéndum de paz celebrado en Colombia en octubre de 2016, donde se llamó a la ciudadanía a aprobar o rechazar los acuerdos que el gobierno había suscripto con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). El resultado fue una victoria del “No” al acuerdo. Ese resultado inesperado por el gobierno colombiano dejó interrogantes incontestables: ¿qué quiso decir el pueblo colombiano cuando dijo “no” al acuerdo con las FARC? ¿Que no quieren la paz? ¿No quieren esa paz? ¿No quieren ninguna paz? Y el amplio sector que votó por el “Sí” ¿pretende la paz a cualquier costo?

De esta manera, ninguna de estas herramientas constituyen formas genuinas de participación ciudadana, en la medida que no representan un amplio ejercicio del derecho a participar en la decisión de los asuntos públicos.

2. El juicio por jurados

El juicio por jurados (arts. 24, 75 inc. 12 y 118 CN) constituye una importantísima herramienta de participación ciudadana. El jurado popular como sistema de enjuiciamiento se conforma por doce ciudadanos legos que deliberan, en secreto y sin intromisiones externas, para arribar a un veredicto acorde a su sentido común, en base a la producción de prueba durante la audiencia de debate y con la ayuda de guías jurídico-técnicas suministradas por un juez y elaboradas con intervención de las partes. Este modelo es el que mejor se ajusta a los valores republicanos y liberales constitucionales (y ahora de estándares

de derechos humanos), que rechazan cualquier tipo de desconfianza en el pueblo soberano, como la que algunas veces lleva a la negación de la participación ciudadana en la administración de justicia, y otras a la intromisión de un funcionario estatal en funciones exclusivas del jurado.

Llamativamente en Argentina, y pese a los contundentes términos constitucionales, habiendo transcurrido ya más de un siglo y medio de su consagración las causas criminales continúan -al menos en el sistema procesal penal federal y en la mayoría de los provinciales- siendo juzgadas exclusivamente por jueces profesionales. No es el propósito de este trabajo dar tratamiento a los distintos argumentos que se han ido elaborando para justificar el apartamiento de la Constitución; sólo nos interesa señalar que, en la mayoría de esas justificaciones, subyace el arraigo a una visión sobre la naturalidad de los jueces profesionales en la decisión de las causas criminales y, una profunda desconfianza en la decisión de la ciudadanía, prefiriendo reservar el monopolio del poder represivo en las agencias estatales.

Tales argumentos serán retomados sobre el final de este trabajo, basta ahora con señalar que se encuentra cerrada aquí también, entonces, toda posibilidad de participación ciudadana en materia de aplicación concreta del derecho penal, ya que el juicio por jurados no ha sido establecido como garantía al justiciable, pero tampoco de la ciudadanía como forma de involucramiento en los asuntos públicos.

3. Las audiencias públicas y los amicus curiae ante la CSJN

Otros mecanismos de participación lo constituyen las audiencias públicas (CSJN, Acordada 30/2007) con el objeto de convocar a la ciudadanía a opinar sobre asuntos públicos de relevancia que estén pendientes de resolución por el más alto Tribunal y la posibilidad de intervenir mediante la presentación de *amicus curiae* (amigos del tribunal) a fin de dar una opinión fundada sobre un tema o caso específico sometido a la decisión del Tribunal (CSJN, Acordada 28/2004 y 7/2013).

Pareciera que estos mecanismos se tornan también insuficientes debido a - un elevado tecnicismo; -no obligatoriedad o influencia en las decisiones finales; - su aceptación o rechazo queda en manos del tribunal. En este sentido, sostienen Benedetti y Sáenz que si bien se trató de la “apertura de una puerta” por la que distintos actores pueden, además de “ver” la actividad de la Corte, “entrar a ella” e intervenir en alguna de sus tareas, se trataron de medidas más bien caracterizadas por la transparencia que por el incentivo a la participación. (Benedetti, M.A, Sáenz, M.J., 2016).

Asimismo, las audiencias carecen de todo tipo de fuerza legal y la convocatoria a las mismas está supeditada al criterio de los integrantes del tribunal. Así fue como desde la primera audiencia pública que tuvo lugar en el año 2004 (causa Verbitsky, que junto a “Mendoza” y “Grupo Clarín” precedieron la acordada 30/2007 que reguló expresamente la práctica) hasta el año 2019 se celebraron audiencias públicas en tan sólo 37 causas.⁸ Las mismas insuficiencias se detectan respecto de la posibilidad de constituirse como *amicus curiae*.

Las audiencias públicas como la presentación de *amicus curiae* podrían ser herramientas valiosas como medio para dar respuesta a las críticas que se formulan al poder judicial como poder contra mayoritario y a la vez intérprete constitucional (Gargarella, 1996). Sin embargo, por cómo han sido reguladas no constituyen un canal de participación suficiente, situación que se refuerza cuando se analiza que ni siquiera ha sido utilizado en casos donde se discuta la aplicación del derecho penal. Ello, porque se ha caído nuevamente en la desconfianza de la ciudadanía.

De esta manera, los mecanismos existentes para garantizar la participación ciudadana en asuntos públicos y en especial en materia penal, se tornan insuficientes por no responder a una

⁸ Centro de Información Judicial (CIJ), Audiencias Públicas ante la CSJN. Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/audiencias.html>

concepción robusta como la que postula el entendimiento de la participación ciudadana como un derecho humano.

III. La participación informal (no institucional) en materia penal

Existen también otras formas de participación, que quedan amparadas en directa relación con otros derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, de reunión, de huelga y petición ante las autoridades, entre otros. Excede el marco de este trabajo toda esquematización que abarque el conjunto de acciones participativas informales, pero a partir de ejemplos concretos pretendemos significar cuál es la posible incidencia que estas herramientas pueden tener en el sistema penal argentino.

Entre los factores tradicionales de participación ciudadana que tienen directa incidencia en materia penal encontramos las marchas y protestas sociales. En la mayoría de los casos, la ciudadanía se moviliza en reacción frente a episodios graves o reiterados de inseguridad, marcando el descontento con políticas criminales ineficaces, exigiendo justicia o repudiando decisiones judiciales determinadas. Entre ellos cabe destacar las sucesivas marchas por el homicidio del fotógrafo José Luis Cabezas, por el atentado a la Amia, por el asesinato de Marita Verón, los reclamos de Blumberg, las reiteradas marchas en repudio de la violencia de género con el reclamo “Ni una menos” y las marchas por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito (Tarducci, 2018)

En los últimos años, las modalidades de participación no institucionalizada han visto surgir simultáneamente nuevas herramientas y modalidades de participación, producto de la naciente “sociedad del conocimiento”, caracterizada por la innovación de las tecnologías de la información y las comunicaciones, donde el incremento de la información modificó la forma en que se desarrollan muchas actividades en la sociedad moderna (Canclini García, 2004). En tal sentido, primero internet y luego las redes sociales, han dado lugar a novedosas modalidades de participación.

Las redes sociales tienen inconmensurable alcance y permiten, a veces desde el anonimato, alcanzar un público ilimitado. Ello las ha convertido en una atractiva herramienta para receptor demandas sociales que antes resultaban difíciles de canalizar o de ser difundidas entre una gran cantidad de personas. Principalmente por el acceso a información que antes no estaba disponible sumado a la posibilidad de participar activamente de los debates y formular denuncias. En el continente son incontables los casos en los que las redes sociales han “viralizado” denuncias de damnificados e imágenes y videos que dan cuenta de delitos cometidos a cualquier miembro de la comunidad. También son conocidos los “escraches” públicos de personas a las que se les acusa desde el maltrato animal, la contaminación ambiental y hasta de abuso sexual. En definitiva, abundan ejemplos que no harían más que distraer nuestra atención.

Tanto las modalidades tradicionales -protestas- como las que se gestaron a partir de las nuevas tecnologías, son fenómenos complejos que involucran más de una modalidad de participación e, incluso, a diversos actores sociales, con concretas incidencias -creemos- en la sanción y ejecución de normas penales. Básicamente porque estas formas constituyen un espacio propicio para compensar los límites o insuficiencias de otras formas de participación institucionales (Sancari, 2016). En este sentido, las redes sociales, aunque seguramente con limitados alcances jurisdiccionales pero no por ello poca repercusión, ofrecen un espacio para denunciar públicamente sin correr riesgos ni someterse a procesos judiciales.

Por otra parte, se verifica un crecimiento del nivel de participación informal en asuntos relacionados con el derecho penal, lo que trae aparejado un nuevo escenario de discusión. Los ciudadanos están altamente informados, se involucran en cuestiones públicas y denuncian la comisión de delitos que no encuentran reparo en las vías institucionales. Ello implica quitar la exclusividad académica a los debates propios del derecho penal. Es decir que la opinión pública debata abiertamente,

con nuevos elementos y fundamentos de los más diversos, las problemáticas de la disciplina penal que antes quedaban reservadas exclusivamente a los profesionales del derecho.

Esto no siempre se traducirá en un escenario más favorable para la toma de decisiones en términos democráticos, pues las iniciativas espontáneas de la ciudadanía, canalizadas por medios informales, suelen ser poco proclives a permitir la participación en el debate de los distintos actores involucrados.

Por último, en cuanto a los efectos concretos de estas modalidades, creemos que si bien se consideran pocos los casos de las demandas sociales que son receptadas por las vías institucionales mediante la sanción de leyes o ejecución de políticas criminales (por ejemplo con motivo de los reclamos masivos por el asesinato de Marita Verón, se ha sancionado la ley de trata⁹ de todos modos la sola existencia -y garantía por parte del Estado- de canales informales de participación ciudadana inciden directamente en el sistema penal, en tanto logran poner el tema (reclamo) en la agenda política. Así, no siendo posible promover una reforma legislativa ni participar de la decisión de los casos judiciales, sí puede el ciudadano incidir (levemente) por esta vía en esas decisiones.

Sin embargo, es interesante analizar cuál es o debería ser el alcance de las demandas efectuadas de esa manera. A esto nos dedicaremos en el siguiente apartado.

IV. Nuevas vías de participación institucional de la ciudadanía: *del miedo infundado a una imperiosa necesidad republicana*

Una de las obligaciones del Estado consiste en asegurar y promover las amplias vías de participación por las cuales la ciudadanía tiene derecho a influir, directa o indirectamente, en

⁹ La Nación, "Diputados aprobó por unanimidad la reforma a la ley contra la trata de personas.", 2012. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1538729-diputados-aprobo-por-unanimidad-la-reforma-a-la-ley-contra-la-trata-de-personas>

la decisión de los asuntos públicos. Esa exigencia en materia de derechos humanos consiste en abrir canales de diálogo e intervención efectiva de la ciudadanía en miras de consolidar el sistema democrático. Ahora bien, la existencia de mecanismos institucionales receptivos de la participación directa de la ciudadanía es insuficiente en Argentina, lo que conlleva a que la misma ciudadanía opte por mecanismos informales para lograr incidir en los asuntos públicos en general y en el funcionamiento del sistema penal, en particular. De esta manera, es necesario preguntarse ¿por qué se impide a la ciudadanía participar en la creación y aplicación de las normas penales? ¿Existen argumentos que justifiquen que esa potestad siga reservada exclusivamente a funcionarios del Estado?

El acotado -en rigor inexistente- margen de participación institucional de la ciudadanía en materia penal encuentra como única justificación la profunda desconfianza -generalmente atribuida a la doctrina liberal¹⁰- a la intervención del pueblo en tales asuntos, creyendo que conduce a la irracionalidad y a la violencia. Se asume que cualquier vínculo efectivo entre la ciudadanía y un hecho criminal es susceptible de terminar en hordas de venganza. Ese temor cae en el error de creer adivinar lo que las mayorías podrían decidir. Así, se piensa que, si se somete a la decisión popular directa la creación de normas penales éstas serán agravadas hasta el absurdo, que si se permite decidir la aplicación de tales normas a jurados populares lo harán de la forma más severa para saciar las ansias de venganza, que si se escucha a los ciudadanos en el marco de procesos colectivos que los afectan, o bien en el ámbito de audiencias públicas en casos judiciales relevantes, su opinión carecerá de utilidad para llegar a la solución más adecuada.

Pues bien, sobran los ejemplos que nos permiten sostener que esos temores son infundados. Son claros los recientes ejemplos del plebiscito por la paz en Colombia y el “brexit” británico,

¹⁰ Diario Judicial, “Zaffaroni: “yo no sé si el juicio por jurados puede funcionar”, 2015. Disponible en: <http://www.diariojudicial.com/nota/35719>

donde se creía que la convocatoria a consulta popular de dos decisiones trascendentales en la vida pública de la sociedad serían decididas en un sentido por las mayorías y la sorpresa estuvo dada por la decisión contraria. También en materia jurisdiccional contamos con evidencias empíricas que nos permiten contrastar esos argumentos antidemocráticos. Así, por ejemplo, los estudios empíricos que se han realizado en torno a las primeras experiencias de jurados en Argentina, sugieren que los jurados legos han tendido a ser, sistemáticamente, menos punitivistas que los jurados técnicos (Bergoglio, M. I., *et. al.*, 2009). A su vez, en algunos casos, se demostró que jurados y jueces coincidieron en los veredictos propuestos en un porcentaje cercano al 75% de todos los juicios. Y lo más relevante es que, cuando estuvieron en desacuerdo, el jurado fue siete veces más propenso a ser menos severo, ya sea absolviendo al acusado o condenándolo por un delito menor que los jueces (Zimring, Franklin E., 2003).

En todo caso, frente a un temor como el expresado en términos de populismo punitivo, por más fundado que pudiera considerárselo, no puede conducir al completo desconocimiento del derecho de participación. Más bien el desafío es el de la formación ciudadana del pueblo, basada en los principios democráticos, el respeto a los derechos humanos y las responsabilidades sociales. Ese es el camino que necesariamente debe emprender cualquier democracia participativa. Así, el papel fundamental de los organismos públicos es el de promover y proteger los derechos humanos desde la educación, antes que optar por la exclusión de la ciudadanía en las decisiones públicas.

Pero, además, otro contra argumento de peso que resulta concluyente para demostrar infundado el temor a la participación ciudadana en materia penal es que creemos que no existen razones que justifiquen temer del pueblo lo que no se teme de los gobernantes. Acaso, ¿hay razones suficientes para considerar que, por ejemplo, los legisladores no podrían, movilizados por alguna razón puntual, agravar excesivamente las penas?

Incluso, ¿no existen más probabilidades de que sea un grupo reducido de representantes quienes se dejen llevar por la irracionalidad o una pulsión de venganza? ¿No es posible considerar que la judicatura pueda motivar sus decisiones en el mismo sentido? Esas preguntas retóricas podrían responderse alegando que, si fueran los representantes del pueblo o los/as funcionarios judiciales quienes actuaran incorrectamente, existen resortes institucionales dentro de cada poder y un sistema de frenos y contrapesos para solucionarlo. Así, por un lado, el control de constitucionalidad de las leyes no permitiría un exceso del poder legislativo, a la vez que una inadecuada sentencia judicial sería revocada mediante los recursos procesales previstos. Pues bien, solo debe señalarse que tales herramientas también serían útiles en el caso -como se dijo menos probable- de que esas erróneas decisiones fueran adoptadas por la ciudadanía. Entonces, si se teme al agravamiento desproporcionado o incluso a la reinstauración de la pena de muerte hay que contestar que ello es susceptible de ser invalidado por el propio sistema. Si se teme a la errónea aplicación de la ley por los jurados populares, hay que contestar que, en todo caso, se trata de proveer al proceso de herramientas que permitan aquí también revocar decisiones injustas.

Consideramos que el desafío para volver a legitimar al derecho penal en el contexto democrático consiste en el tendido de puentes entre la ciudadanía y la creación, aplicación e interpretación de las normas. En este sentido, las normas, y en general las decisiones concernientes a asuntos públicos, no deben constituir un producto respecto del cual los ciudadanos se consideren ajenos. La ciudadanía deben comprender, aceptar y elegir cómo aplicar esas normas; no ser meras víctimas o testigos de las mismas. Así, la democratización del derecho penal supone, además, la construcción de un derecho penal que hable el lenguaje del pueblo. Sostiene Gargarella que es importante que las leyes no sean creadas y puestas en ejecución por individuos completamente separados de aquellos que tienden a sufrir

el impacto de las mismas. De lo contrario “el derecho penal, en definitiva, pierde respetabilidad si los individuos carecen de buenas razones para creer que el mismo refleja de modo apropiado sus intereses y puntos de vista” (Gargarella, R., 2007)

V. Conclusiones

La participación ciudadana es entonces un derecho humano que permite el disfrute de la ciudadanía. En este sentido, debe ser interpretado en forma amplia. Conforme el derecho internacional de los derechos humanos los canales de participación no se pueden limitar a la participación electoral más o menos periódica. En materia penal, no existen argumentos suficientes para no garantizar la participación robusta de la ciudadanía. Sin embargo, las normas penales en Argentina se debaten, crean, modifican y aplican sin intervención robusta de los ciudadanos. Pese a que existen vías institucionales, tanto en el ámbito legislativo como en el judicial, las mismas son insuficientes o directamente se encuentran vedadas para el ámbito penal. Esto ha generado nuevas modalidades informales de participación que inciden en la adopción de políticas públicas.

Ahora bien, en materia penal la participación de la ciudadanía vía canales informales tiende a ser muy acotada. Esto puede tener fundamento en el temor a las reacciones injustificadas por parte de ciertas mayorías. Sin embargo, la interpretación robusta del derecho a la participación ciudadana no puede basarse en este tipo de temores. Por el contrario, implica generar espacios de reforzamiento de la formación ciudadana en la toma de decisiones públicas. Luego, el desafío para consolidar las democracias constitucionales de la región implica que los puentes entre la ciudadanía y la toma de decisiones deban necesariamente apoyarse en la confianza en las capacidades de la ciudadanía.

Historización del concepto de poder constituyente originario en la constitución mexicana de 1917: un concepto más allá de las ideologizaciones de la teoría clásica y el constitucionalismo hegemónico

Review of the term “constituent power” originating in the Mexican constitution of 1917: a concept beyond the ideologies of classical theory and hegemonic constitutionalism

Historização do conceito de poder constituinte originado na constituição mexicana de 1917: um conceito para além das ideologias da teoria clássica e do constitucionalismo hegemônico

Historisation du concept de pouvoir constituant issu de la constitution mexicaine de 1917: un concept au-delà des idéologies de la théorie classique et du constitutionnalisme hégémonique

起源于1917年墨西哥宪法的构成权力概念的历史化:这一概念超出了古典理论和霸权立宪主义的意识形态

Andrés Alcalá Rodríguez¹ y Alejandro Rosillo Martínez²
Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 259-301
DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.24215/25251678e460>
Recibido: 01/09/2020
Aprobado: 15/10/2020

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México y Maestro en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7606-7998>).

² Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9854-0942>).

Resumen: En el presente trabajo se analiza al concepto de *poder constituyente originario* desde la noción de la teoría clásica del poder constituyente, con el propósito de desentramar al concepto de ideologizaciones. La metodología aplicada en el presente resulta de analizar el concepto desde la teoría de la constitución mexicana, específicamente al producto del Constituyente de 1917, que utiliza la noción de poder constituyente originario de esa misma teoría clásica del poder. A partir de ahí, la manera de obtener un concepto más puro, que supere las ideologizaciones teóricas en favor de grupos, será desde el método de la historización de los conceptos de Ignacio Ellacuría, que se aplica al concepto antes dicho. El resultado deviene en demostrar las ideologizaciones que se desprenden del concepto de poder constituyente originario y por lo mismo, encontrar un concepto verdadero, que puede ser aquel que guarda relación con la realidad, superando así, las ideologizaciones del concepto o desenmascarándolas, de acuerdo con la filosofía de Ellacuría.

Palabras clave: constitucionalismo, poder constituyente, filosofía, historización.

Abstract: This paper analyzes the concept of *original constituent power*, from the so called classic theory of power with the purpose of ease off the concept from ideologizations. The methodology pretends to analyze this said concept from the Mexican constitutional theory, specifically, the concept that comes from the 1917's national constitution, which uses the notion of power that comes with the classical tradition of power, from the bourgeois constitutionalism. From the critics made to that conceptualization of constituent power, we pretend to rebuild the concept from its reminiscence of the power of the people, thriving from that ideologizations, using Ignacio Ellacuría's method of historization of the concepts. At the results, we will prove that those said ideologizations exists into that traditional concept and so long, that demonstration will be used to describe another concept, based on a different idea of power which also, will keep the idea of the people making the state, but the standard of the constitutionalism of the state, lacking those ideologizations from the groups of power, according to Ellacuría's philosophy of reality.

Keywords: constitutionalism, constituent power, philosophy, historization.

Resumo: No presente trabalho o conceito de poder constituinte original é analisado a partir da noção da teoria clássica do poder constituinte, com

o propósito de desvendar o conceito de ideologizações. A metodologia aplicada no presente estudo resulta da análise do conceito da teoria da constituição mexicana, especificamente do produto da Constituinte de 1917, que utiliza a noção de poder constituinte oriunda dessa mesma teoria clássica do poder. A partir daí, o caminho para se obter um conceito mais puro, que vá além das ideologizações teóricas em favor dos grupos, será a partir do método de historicização dos conceitos de Ignacio Ellacuría, que se aplica ao referido conceito. O resultado é demonstrar as ideologizações que emergem do conceito de poder constituinte originário e, portanto, encontrar um verdadeiro conceito, que pode ser aquele que se relaciona com a realidade, superando assim as ideologizações do conceito ou desmascarando-as, segundo filosofia da realidade de Ellacuría.

Palavras-chave: constitucionalismo, poder constituinte, filosofia, historicização.

Résumé: Dans cet recherche, le concept de pouvoir constituant originel est analysé à partir de la notion de théorie classique du pouvoir constituant, dans le but de démêler le concept d'idéologisations. La méthodologie appliquée dans le présent résulte de l'analyse du concept de la théorie de la constitution mexicaine, spécifiquement le produit du Constituant de 1917, qui utilise la notion de pouvoir constituant issue de cette même théorie classique du pouvoir. À partir de là, le moyen d'obtenir un concept plus pur, qui dépasse les idéologisations théoriques en faveur des groupes, sera de la méthode de l'historicisation des concepts d'Ignacio Ellacuría, qui est appliquée au concept susmentionné. Le résultat est de démontrer les idéologisations qui émergent du concept de pouvoir constituant originel et, par conséquent, de trouver un vrai concept, qui peut être celui qui est lié à la réalité, surmontant ainsi les idéologisations du concept ou les démasquant, selon la philosophie d'Ellacuría.

Mot-clés: constitutionnalisme, pouvoir constituant, philosophie, historicisation.

摘要: 在这项工作中, 从经典的构成权理论的概念出发分析了原始构成权的概念, 目的是弄清意识形态化的概念。本研究中使用的方法论是通过分析墨西哥宪法理论的概念而得出的, 特别是1917年选民的产品该概念使用了源于同一古典权力理论的组成权力概念。从那里, 获得更纯净的概念的途径, 将超越理论上的意识形

态学而有利于群体这将来自对上述概念应用伊格纳西奥·埃拉库里 (Ignacio Ellacuría) 概念的历史化方法。结果是要证明源自原始组成力量概念的意识形态化因此找到了一个可能与现实有关的真实概念，从而克服了该概念的意识形态或对其进行了掩盖。埃拉库里亚的哲学

关键字: 宪政, 宪法权力, 哲学, 历史化

I. Introducción

Ignacio Ellacuría es un pensador crítico latinoamericano, con actividad intelectual importante en la segunda mitad del siglo XX. Su obra filosófica más destacada tiene que ver con su producción acerca de la realidad histórica que extrapola de la filosofía de Xavier Zubiri, de quien es su heredero intelectual³. Como parte de esta producción, desarrolla el concepto del *logos histórico*, que –como se explicará en el presente capítulo– tiene la capacidad de enunciar la realidad histórica y los acontecimientos del cambio en algún concepto, dando cuenta de la composición histórica de una realidad, a diferencia del logos contemplativo en el que se ha centrado la filosofía occidental. Con esta misma pretensión, Ellacuría el método de la historización de los conceptos, que tiene por objeto, utilizando ese logos de enunciación histórica, desideologizar conceptos problemáticos, develando una verdad oculta por estas ideologizaciones.

Dentro del presente artículo, el objetivo central es el de aplicar este método de historización al concepto de poder constituyente que se desarrolló en el constituyente de 1916, en México, que puede obtenerse del entero del proceso constituyente, producto de la revolución armada. El concepto que hemos identificado, es el que parte de la visión clásica del poder constituyente, donde se justifica la intervención del método con el propósito de formar

³ Véase la reseña biográfica de Ignacio Ellacuría en “Ignacio Ellacuría 1930-1989”, <http://www.uca.edu.sv/martires/ignacioellacuria.htm>, consultado el 30 de enero de 2020.

un concepto historizado de la idea de poder constituyente dentro de la teoría de la constitución mexicana.

II. El concepto de poder constituyente en la visión clásica

El constitucionalismo occidental se ha distinguido, principalmente en América, por el establecimiento de constituciones rígidas que funcionan como modelos normativos rectores del Estado. Esta tendencia se articula desde la idea de ver al constitucionalismo a partir de la constitución como un texto que se elabora a partir del —en términos dogmáticos— proceso constituyente; normalmente producidos, en Latinoamérica, a partir de conflictos revolucionarios. La constitución mexicana actual, es emblemática en este aspecto.

Ahora bien, estos procesos constituyentes a que nos referimos son los integrados desde la teoría constitucional tradicional, por las ideas (y procesos) de *legitimación popular* y la *teoría general del poder político* referente al poder constituyente. Esta noción teórica, imprime un particular acento en la idea de que dentro de un texto constitucional la *legitimación* de un pueblo se da cuando existe respecto por la aceptación libre de la sociedad de ese mismo texto, y por lo mismo, se integra el *proceso constituyente*, a partir de la serie de actos que se usan para aprobar una constitución (Gerardo Pisarello, 2014, 11-13). Tradicionalmente se habla de proceso constituyente haciendo referencia al proceso que inicia con la convocatoria de una asamblea, concluyendo este cuando se promulga la constitución como vigente; sin embargo, Pisarello hace ver que esto no es así, sino que tiene más complicaciones que una línea recta procesal; es decir, desde otra mirada, el proceso constituyente se problematiza, cuando se considera a los actores e impulsores (pudiendo ahondar en la idea de *pueblo*) del proceso (Gerardo Pisarello, 2014, 11-13).

Con independencia de lo anterior, el propósito de un proceso constituyente siempre será establecer un nuevo orden, para

obtener un mejor futuro; ese es el objetivo de *una nueva constitución*. No obstante, aunque este sea el objetivo, en la línea teórica de la modernidad occidental, la tendencia del derecho consistió en establecer procesos constitucionales normativos, donde el pueblo tiene un carácter formal, hasta el momento en que se constituye el texto.

En esto consiste la teoría clásica del poder constituyente, en las distinciones teóricas entre *poder constituyente* y *poderes constituidos*: el primero en referencia a un poder originario, fundador (incluso revolucionario); y el segundo como derivado, condicionado al primero. De aquí que se distingan dos momentos de un mismo fenómeno, el primero de los cuales se refiere al poder constituyente como un proyecto de un solo momento, único, y que por eso mismo es revolucionario de las fuerzas del orden y modificador. El segundo momento, subsecuente, es el poder que parte de la elaboración del texto constitucional en el primer momento, es el poder constituyente *constituido*.

Así entonces, la distinción teórica que las ciencias realizan entre *poder constituyente* y *constituido* se establece, básicamente, en que el primero de ellos hace referencia al momento histórico en que se *funda e instituye* un nuevo orden legal (de carácter *supralegal*, en realidad); mientras que el segundo trata, en cambio, de la *continuación* que emana de aquél. De esta manera, la palabra *poder*, desde ambos conceptos, enuncia dos significantes distintos. En el primer caso significa *autorización* o *facultad* de instituir (Guastini, 2013, 34), mientras que, en el segundo, la palabra refiere *competencias* con relación a mandatos.

Esta visión clásica del poder constituyente se forma a partir de la explicación de diversos autores en este sentido, distinguiendo al poder constituyente en los momentos que referimos (Ferreira de Freitas, 2010, 5)⁴. De aquí, las características a con-

⁴ Los autores clásicos del derecho que pueden exponerse sobre esta teoría del poder constituyente son Sieyès, Tomás de Aquino, Hugo Grotio, Hans Kelsen, Carl Schmitt,

siderar en esta tradición respecto al poder constituyente son el uso del poder a partir del Estado para formar el texto constitucional desde la idea abstracta del pueblo y la legitimación popular. De ahí, lo siguiente es el uso del poder por ese mismo Estado, a partir del marco jurídico competencial que se delimitó en la constitución.

También conviene explicar en este apartado que esta visión utiliza una teoría del poder derivado de la modernidad que en América se nutrió del colonialismo y que se refiere a una visión estratégica del poder que muta en la dominación. De esta manera, el poder a que se refiere la idea total de *poder constituyente* ya sea originario o de reforma es a la dominación, desde los discursos de la soberanía y la democracia popular, que son conceptos que integran al discurso del Estado.

Por ese mismo sentido, es trascendente hablar respecto de lo que esta corriente clásica ha entendido por el poder constituyente y que influyere en las teorías constitucionales latinoamericanas. De aquí, que entendemos como imprescindible, realizar la historización de su concepto conforme el método que se estudiará más adelante; sin embargo, antes conviene establecer el concepto que se integra desde la bibliografía de esta tradición teórica.

Desde este planteamiento, el *poder constituyente* puede definirse como *la manifestación pre-jurídica de soberanía del pueblo, cuya finalidad es la de fundar los poderes constitucionales en un único momento histórico, específico; por un periodo de tiempo determinado; asentando esta manifestación en la redacción del texto constitucional o modificándola desde instituciones democráticas, que organizan al Estado y la sociedad jurídica.*

Maurice Haoriou, Herman Heller, Carré de Malberg, Georges Bourdeau. Todos ellos, integran los elementos de la definición de poder constituyente de tal forma que se distinguen esos dos momentos definidos a partir de la soberanía y el uso del Estado de derecho (Ferreira de Freitas, 2010).

Este concepto es un reflejo de la noción de soberanía enfocada en el estatismo, desde la visión Occidental. Además, es un concepto con pretensiones universales y abstractas, pues está formulado en términos de una inteligencia logificada y una realidad entificada, en términos de la corriente clásica analizada. El concepto, además integra las categorías de *pueblo*, como una categoría estática, un actor abstracto, impersonal e indefinido geográfica y culturalmente. También se integra la categoría del *poder* como un poder de dominación, esto es, la visión estratégica de medios y fines (Medici, 2016, 141) y que se basa en la voluntad de imposición de un orden, o en una decisión deliberada. Ambas categorías, se desarrollan desde la idea de la *soberanía*, porque se supone que el *poder constituyente* se ejerce por un sujeto (el pueblo) soberano, que pretende obrar en el gobierno (o formarlo) y por tanto orientarlo a producir un cambio; lo que refuerza esta misma idea de poder.

En el mismo sentido, el cambio de las instituciones de gobierno, ocurren desde la idea de la democracia moderna porque, paradójicamente, como forma de gobierno funciona para mantener la permanencia de la propia voluntad soberana que impuso aquél primigenio orden.

Como se ha venido estableciendo, el presente artículo trata de una historización del concepto anterior, que se ha utilizado en la mayoría de las constituciones latinoamericanas. Por lo menos la constitución mexicana de 1917 utiliza esta idea de poder constituyente para efecto de establecerse y de ahí conformar el gobierno. Lo que se pretende de aquí, es demostrar que a este concepto le pesan algunas ideologizaciones que hacen que el concepto se utilice en beneficio de grupos de poder que promueven. Se pasará entonces, a demostrar esta idea, desde la aplicación del método de historización de Ignacio Ellacuría.

III. El logos histórico como filosofía de la realidad y el método de historización de los conceptos de Ignacio Ellacuría

1. El logos histórico como estudio de la filosofía de la realidad profético-utópica

Ellacuría atiende a la dimensión histórica de las realidades concretas de una forma en que esta debe ser tomada en cuenta en los conceptos para hablar de una función liberadora. Este pensador parte de la aserción de que la filosofía clásica se ha ocupado más de explicar la realidad a partir de un sentido contemplativo y práxico, (sobre todo en la filosofía occidental) posiciones filosóficas que no alcanzan por sí mismas a reflexionar la realidad histórica y los acontecimientos del cambio en los fenómenos (Rosillo Martínez, 2019, 134).

Desde aquí, la propuesta metodológica tiene que partir concretamente de tomar en cuenta a las realidades históricas de los pueblos para con esto, aportar conocimientos de corte transformativo, puesto que entiende que a la realidad le compete una dimensión histórica, y en esta medida, se busca el cambio social desde este conocimiento (Rosillo Martínez, 2019, 136). Ahora bien, cabe aclarar en favor de este logos histórico, que tal y como refiere Ellacuría, uno de los peligros con que se corre al entender la realidad desde la historización, al ser una herramienta crítica, es que su cercanía con los movimientos sociales, puede hacerlo caer en un instrumento teórico-utilitarista, de intereses políticos, deformando de esta manera, la realidad apprehendida por el logos histórico (Rosillo Martínez, 2019, 136).

En Ellacuría, como afirma Héctor Samour (2002, 45), esta idea de la realidad histórica que compone a un concepto tiene origen en el pensamiento de Xavier Zubiri. Que comprende a la realidad como experiencia material de las cosas, lo que explicaría el fundamento de estas. En Xavier Zubiri, el pensamiento de la realidad material establece que deben vencerse dos vicios

que las filosofías continentales modernas padecen, a saber: la *logificación* de la inteligencia y la *entificación* de la realidad. La superación de estos vicios modernos, son a la vez, base del pensamiento de Ellacuría, desde la influencia en Zubiri y que serán utilizadas en sus estudios históricos (Samour, 2002).

Desde la filosofía de Zubiri, la inteligencia *logificada*, es el proceso racional por el que las estructuras lógico-mentales tienen una prevalencia muy superior a las estructuras real-materiales. De esta manera, la filosofía moderna está enfocada en el logos, en los conceptos que racionalmente atienden a identidades estructurales desde la razón y no la realidad. Por tanto, los conceptos surgidos desde la logificación, se identifican fácilmente con las filosofías idealistas, en el sentido de su preeminencia por el logos y la razón como única manera de explicar la realidad. Desde este apartado, puede explicarse el segundo de los vicios de la filosofía moderna, que el pensamiento de Zubiri intenta superar; esto es, la *entificación* de la realidad. Como explica Samour (2002), la realidad *entificada* se refiere siempre al mismo fenómeno, indisoluble por el que el estudio y pensamiento de la filosofía desde *el ser y el ente*, desplazaron a la realidad concreta y material del pensamiento filosófico. Así, desde la filosofía de Parménides, la *entificación* de la realidad priva a la filosofía de ver al ser y al ente como radicados en una realidad concreta, *des-subjetivándolo*. En Zubiri, este problema concreto está superado a través de la superación del idealismo filosófico (Samour, 2002, 47). La filosofía de Zubiri, respecto a la categoría de la realidad, significa radicar la inteligencia en *el presente*. Por esto mismo, utiliza la categoría de la *actualidad*, como la definición de *el presente*, donde la inteligencia se radica en él. Por lo tanto, si se conciben a la inteligencia y la realidad, en la actualidad, en *el estar-presente*, puede, entonces, en términos de la filosofía de Zubiri, de la que se nutre Ellacuría, desglosarse lo que denomina *verdad-real*, que es aquella que está ocurriendo en el momento presente, donde no existen los juicios, ni las representaciones, o las construcciones teóricas (Samour, 2002, 48).

Esta idea de la realidad, junto con la categoría de actualidad vista por Zubiri, es la que retoma Ellacuría. Por ello, respecto al método de historización de los conceptos del mismo autor, lo primero que debe admitirse, es la existencia de lo que Ellacuría define como *conceptos ideologizados*, refiriéndose a una realidad enmascarada u oculta que posibilita la dominación a través de la legitimación de conceptos falaces (Rosillo Martínez, 2019, 138). Ellacuría explica esto a partir de la categoría de *ideología*, donde mientras una vertiente positiva del concepto se refiere a la explicación coherente de parámetros de la realidad social; una negativa, se refiere a la referida ideologización, que se refiere, a como se apuntó antes, al encubrimiento de realidades históricas, desde una posición de dominación (Rosillo Martínez, 2019, 139).

Para Ellacuría señala un concepto ideologizado es aquél que, en primer lugar, se refiere a una visión totalizadora, interpretativa y justificativa de una cierta realidad injusta; a la vez que presenta una deformación de la verdad de carácter colectivo que opera de manera pública y así mismo, impersonalmente. Luego, un concepto ideologizado, también es aquél que presenta a una determinada realidad como verdadera, tanto por el lado pasivo, como por el activo, de la realidad encubierta; a la vez que esa misma realidad conceptual se piensa que es universal y necesaria, referida a abstracciones, aunque no necesariamente comprenda situaciones concretizadas o específicas (Rosillo Martínez, 2019, 139).

Por tanto, cuando un concepto es presentado bajo esta forma dicha, lo que sigue, es una serie de actos que se constriñen para manifestar una *ideologización*, cuyo papel no es el de formar la verdad, sino, al contrario, deformarla y encubrirla para ser utilizado por grupos de poder. Por esto mismo, el método que propone Ellacuría tendrá por objetivo, descubrir esa ideologización para poder superarla. Este método de desencubrimiento está presente en muchos de los textos de Ellacuría, siendo uno de los más trascendentes para este propósito “La historización

del concepto de propiedad como principio de desideologización” (2012), donde expone el carácter liberador de su filosofía, anunciando las pautas de solución para un futuro más esperanzador, bajo su idea de la *utopía* (Ellacuría, 2012), que considera realizable en cierto grado.

En síntesis, para Ellacuría, el método atiende a esta necesidad de considerar una verdad-real, es decir, histórica y presente, cuyo razonamiento conduce, al proyecto de liberación, por la emancipación de las ideologías, es decir, la realidad utópica. En este sentido, la profecía va siempre acompañada de la esperanza por un futuro mejor.

2. El método de historización de los conceptos propuesto por Ellacuría

Una vez expuestos los términos en que Ellacuría analiza la realidad desde su filosofía emancipadora conviene ahora tratar el método que él mismo propone para verificar estas realidades, en planos sociales concretos. Su aporte se da desde el método de la realidad, que denomina *historización de los conceptos*.

Ellacuría propone este método para evidenciar que a los conceptos que tienen una operatividad significativa en las situaciones problemáticas de América Latina, les cubre un grado de ideologización, que sería, en todo caso, la justificación de las realidades injustas. De esta manera, Ellacuría propone este método como una alternativa real en términos de *utopía*, esto es, en una correlación dinámica con la historia y las posibilidades para arrostrar los problemas, conforme el concepto (a desideologizar) lo permita. Así, una razón en defensa de este método, puede encontrarse en la diferencia que se obtiene entre un *concepto historizado* y un *concepto ideologizado*, de donde aduce que el primero de ellos, a diferencia del segundo, es un conocimiento situado, histórico y por ende, opuesto a conceptos universales y formalmente abstractos los cuales no solo no se verifican de la realidad en la que actúan, sino que no alcanzan a situar el concepto en la praxis material y por ende, no pueden

participar de la realidad concreta a la que sirven en sentido emancipador (Rosillo Martínez, 2019, 141).

Ellacuría historizó tres conceptos fundamentales para la vida de los pueblos y de donde se obtienen las directrices de funcionalidad y operatividad del método. Estos conceptos historizados por Ellacuría son *bien común*, *derechos humanos* y *propiedad privada* (Rosillo Martínez, 2019, 143); a partir de los cuales, puede verse que el método de historización de los conceptos consiste, esencialmente, en lo siguiente:

1. Verificar si el concepto que se aduce, se puede verificar en la realidad concreta. De ser negativo, el concepto estará ideologizado y debe verificarse el motivo por el que está ideologizado.
2. Luego, descubrir si el concepto que está ideologizado, es utilizado por grupos de poder para justificar su posicionamiento, y por lo tanto, se utiliza como concepto de reivindicación, de forma politizada.
3. Posteriormente a que se descubren los grupos de poder que tienen el referido concepto a su servicio, debe identificarse cuales son los mecanismos creados por el grupo que ocurren en la realidad y que impiden que el concepto pueda realizarse.
4. Por último, hablar, en términos concretos, cual es el tiempo necesario para que ocurra una verificación del concepto a que aludimos, de tal suerte que el concepto pueda realizarse de forma debida en la realidad.

En su texto “La historización del concepto de propiedad como principio de desideologización”, Ellacuría explica que la producción del conocimiento tiene un carácter que él observa y define como defensivo (“*defensa de la vida*”). Este carácter del conocimiento se inscribe en las ideologías de tal manera que asegura la supervivencia del grupo que las propone. Ellacuría, además, añade a este tipo de conocimiento, a manera de inmanencia, la dominación, es decir, esta supervivencia grupal, va correlacionada con la dominación de los otros grupos (Ellacuría,

2012, 241). Así, entonces, el conocimiento interesado es el móvil de la filosofía *ellacuriana* acerca de la realidad histórica, puesto que posibilita dar cuenta de la ideologización de los conceptos de manera más fiel, como si se le encontrase nuda y expuesta, pudiendo observar los actores políticos a los que se orienta su servicio.

Para esto, Ellacuría propone el método de la historización de los conceptos que necesita, en primer momento, de la aserción de que los conceptos son históricos. Esto significa que tienen una potencia histórica que se afirma desde el tiempo a manera de *proceso* y, por tanto, dentro de una evolución constante. Este proceso es de donde deviene la historización dicha y, a su vez, los efectos que se encubren –los efectos de dominación (Ellacuría, 2012, 240)–⁵.

Así, este proceso que Ellacuría presenta bajo el nombre de *historización de los conceptos*, sigue una línea que va; en primer momento, desde la propuesta de *verificación* de los conceptos en el sentido de averiguar su realidad (justicia-injusticia; verdad-falsedad; *etc.*), para descubrir a qué o a quiénes funcionan. Si el conocimiento es un poder real que ejerce la dominación a través de la formación de ideologías, Ellacuría pretende averiguar este conocimiento ideológico; para entonces, proceder con el método. Con esta verificación, es necesaria una revisión que Ellacuría propone debe hacerse revisando los elementos de “*desde*” y “*para*”; es decir, localizando puntualmente tanto la especificidad desde la que se examinará, concreta y definida, como el grupo para quién funciona. El método se transforma en una *denuncia*, tanto de intereses como de grupos que quedan al descubierto; y, por tanto, ésta debe exponerse de manera plena, tratando de sacar

⁵ Ante todo, Ellacuría distingue este «método» de otros «métodos» (Herrera, 1995, 34); es decir, realiza una distinción entre éstos como especie del género aquél, que define como un aspecto operativo del conocimiento, en su auxilio (Herrera, 1995, 35). Tal consideración completa el cuadro epistémico por el que ve como uno de los objetivos del conocimiento el de generar un cambio en la realidad social; pues, ante todo, para Ellacuría el conocimiento es un poder que se entiende, en efecto, social.

a la luz todos y cada uno de los elementos del concepto, con el objetivo de que el desenmascaramiento sea absoluto.

Finalmente, debe hablarse en términos generales de la forma en la que se aplica el método de historización de los conceptos y lo que aporta a la teoría del poder constituyente que se expuso antes. Como ya se estableció previamente, el concepto a que se hace referencia y que parte de la visión clásica, es un concepto que tiene en sí mismo, una serie de ideologizaciones que recaen directamente sobre las nociones de *pueblo*, *poder* y *temporalidad*. Por eso mismo, la aplicación del método con relación al concepto que estudiamos debe verificarse materialmente en la realidad concreta.

Cabe anotar que la justificación general para la aplicación del método se aduce de pensar en que la teoría del poder constituyente en su vertiente clásica es una categoría surgida desde los gobiernos despóticos de Europa, a finales de la modernidad, que se desarrollare por nobles y burgueses; quienes entendieron que para el mejor dominio de los gobiernos que estaban conformado al margen de sus revoluciones y movimientos socio-políticos, debían separar al en dos vertientes, que corresponden a las de *poder constituyente originario* y *poderes constituidos*. De estos dos, como anotamos antes, el primero tiene por finalidad la formación de una constitución que ordenara el poder temporal –ilimitadamente–, se decidiera por los ciudadanos (a través de sus representantes) y cuya vigencia de actuación se vería afectada por la expedición del documento o una vez que estuviera decidida la constitución. El segundo, en cambio, se entendía como nacido a partir de aquél, no ordenaría el poder, sino que lo ejercería, esto a partir de que el poder anterior quedase disuelto y en consecuencia, quedaría expuesto a la vigencia temporal o material que indicara el texto, puesto que no es autónomo, ni ilimitado, sino que además, depende del trabajo del constituyente; no obstante, se ejerce siempre que puede hacerlo, a diferencia del anterior que se ejerce en una sola ocasión y en términos deseables, “para siempre”.

De esta forma, cuando la visión clásica del poder constituyente se refiere a la utilización de la categoría de *pueblo*, normalmente la entiende en el sentido de ciudadanía, y no obstante, no está aún preformado el orden jurídico dado en virtud de la constitución. Luego, cuando se ocupa de la idea de *poder*, desde lo jurídico en el sentido de la dominación, que ocurre desde la noción estratégica, que configura relaciones de poder ordenadas en cuanto fines que deben cumplirse en la realidad, para efecto de mantener el orden entre los grupos. Finalmente, el concepto utiliza la categoría de la *temporalidad*, en referencia a la vigencia del poder constituyente, como freno de legitimación para la toma de decisiones políticas y de deliberación de la organización de los poderes, y de la decisión del contenido del texto constituyente. Es una categoría que marca inicio y fin, que se refieren a la validez de las pretensiones de los que pueden decidir.

En este sentido, si el concepto hegemónico del poder constituyente se planteara desde un formato de validez que atendiera a logos histórico de la realidad, se atendería la razón de que las pautas constituyentes, dependen siempre de momentos históricos de lucha, de parámetros específicos de actuación en el tiempo, de los que tienen que participar las generaciones futuras, en solidaridad intergeneracional. De no atenderse esto, la ideología que se reproduce desde el concepto hegemónico del poder constituyente, se refiere siempre a la de la dominación continuada en el tiempo, que puede ya no ser vigente con los proyectos de emancipación actuales.

De esta manera, puede hablarse de que el poder constituyente sufre de ideologización y que este concepto es, además, promovido por grupos de poder para justificar la dominación. El concepto de poder constituyente, como se desarrollará en las páginas que continúan, está ideologizado porque en la teoría jurídica, la visión clásica del poder constituyente es totalizadora y absoluta. Se propone como la única manera de ejercer el poder y además, de fabricar ordenamientos jurídicos. Por este

motivo no es raro que las constituciones modernas tengan siempre una mención al respecto. En segunda medida, si ese poder constituyente desarrolla preceptos constitucionales injustos y de opresión, la justificación se da por la idea de “la voluntad del pueblo”, como soberana. De esta manera, se enmascara la injusticia a tras de un concepto que poco tiene de popular.

De la misma manera, el concepto de poder constituyente sufre de ideologización, porque esta cuando se habla de esta voluntad popular, que, además es soberano y que fuere la que ordenara la constitución política, nunca se hace referencia a una entidad colectiva realmente existente, sino que siempre se hace referencia a un sujeto abstracto. El pueblo es un abstracto imaginario desde la visión de estas constituciones y más, desde el concepto de poder constituyente como creador de la constitución y del orden.

Una justificación más respecto a la ideologización del concepto de poder constituyente se da desde los estudios jurídicos y la literatura que continúan reproduciendo este discurso incierto y totalizador; y, además, porque desde el discurso de la soberanía nacional, resulta incuestionable pretender una crítica hacia los conceptos de poder constituyente. Si el poder constituyente es la representación de la voluntad soberana de un pueblo, ¿quién puede, válidamente, oponerse a esta idea? En ese sentido, la ideología opera en los sujetos pasivos como si se tratase de convencerles siempre y a toda costa de que el poder constituyente es algo de lo que viven y participan, cuando en realidad nunca se verificó en la realidad esta idea.

Así mismo, la idea de un poder constituyente, se presenta en el discurso constitucionalista, como una verdad universal y, en suma, necesaria para la vida constitucional del país y del orden político de las instituciones. Sin la idea de un poder constituyente no puede existir el orden constitucional y sin el orden político que supuestamente da la constitución, solo puede imperar el caos. Sin embargo, esta idea, no va a cumplir otro propósito que el de sustentar una necesidad abstracta e

imaginaria. no tiene otro propósito que, el de justificar que el orden constitucional es tan necesario para la vida de las sociedades y los Estados.

Con estas anotaciones queda plenamente justificada la utilización del método y en la misma manera, la necesidad de una desideologización. Esta propuesta puede ayudar a solucionar los problemas teóricos de la corriente constitucionalista y por lo mismo, aportar a una nueva visión, históricamente-verdadera de la realidad política. Las siguientes páginas, expondrán la historización del concepto de poder constituyente, desde estas categorías, examinando como se perpetúan en la dominación del Estado, a través de la idea de la soberanía y la democracia moderna. Este método se aplicará a la constitución mexicana actual, analizándola desde el constituyente de Querétaro de 1916 a 1917.

IV. Historización del concepto de poder constituyente en México

1. Las ideologizaciones que se derivan del concepto de poder constituyente

La primera de las tareas para participar de un concepto historizado de poder constituyente que supere el concepto ideologizado que hemos referido, es la de identificar las ideologizaciones que pesan al concepto. Como antes ya lo dijimos, el concepto de poder constituyente que se sostiene en la mayoría de las teorías de la constitución es un concepto hegemónico que se refiere mayormente a ideas abstractas y universales. Si el concepto del poder constituyente que he señalado en el apartado anterior y que se construyó a partir de los autores señalados de la teoría clásica, presenta no pocas controversias teóricas con el resto de las teorías constitucionales y del Estado sino, más bien ninguna, lo que aducimos en el presente es que el motivo de esto puede deberse a las ideologizaciones que utiliza para encubrir la realidad. Por ello, la tarea actual es la

de encontrar esos conocimientos ideologizados en aras de proseguir el método. Las ideologizaciones, conforme al referido concepto, serán las que se proponen a continuación y que se estudiarán cada una por separado.

1) El concepto presenta al poder constituyente como una manifestación que es previa al derecho y a la idea de lo jurídico (pre-jurídica). Además, esta manifestación es soberana y es realizada por el pueblo. Con el propósito de identificar esta ideologización en alguna tipología que facilite la comprensión, se denominará a la misma como la *ideologización-de-la-soberanía*.

2) Que, a través de esa manifestación, el pueblo funda los poderes constitucionales y se desviste para siempre y en ese mismo y único acto, de su primigenio poder. A esta ideologización la identificaremos como la *ideologización-sobre-la-fundación-de-poderes*.

3) Que ese poder fundacional que el pueblo utilizó soberanamente, para fundar los poderes, ocurre una sola vez en el tiempo y para siempre, a través de un solo momento histórico, pues una vez hecho, el poder pasa a ser de los poderes constituidos. También, esto ocurre en un periodo de tiempo que parece corto, que normalmente se identifica con el tiempo en que se demora la redacción y deliberación de un texto constitucional. Una vez terminado lo que podemos llamar *el momento del pueblo*, aquél en que fue soberano; se redacta el texto y esto termina. Esta ideologización la denominamos la *ideologización-del-momento-único*.

4) Las modificaciones a esa voluntad del pueblo pueden ocurrir, pero únicamente con la integración de ciertos requisitos que le imponen un cierto freno a estas modificaciones, porque el poder ya le fue delegado a los poderes constituidos para que lo utilicen en el nombre de la democracia y el orden del Estado y bien de la sociedad jurídica. Esta aserción, será la *ideologización-de-la-inmodificabilidad-por-el-bien*.

Estas cuatro ideologizaciones, serán la base de estudio para descifrar la historización del concepto de poder constituyente. De las cuatro de ellas, como se verá a continuación, se puede establecer, como menciona Ellacuría (2012), que son utilizadas para el encubrimiento de realidades previas al desarrollo de los Estados modernos y en América Latina con el desarrollo de las colonias. En realidades concretas, como se verá, el concepto se ha presentado como una visión totalizadora del derecho y la historia que de cierto modo ha funcionado para interpretar y justificar una gran parte de la realidad jurídica, que, en muchas ocasiones, huelga decir, ha sido injusta.

De igual forma, estas ideologizaciones sobre el poder constituyente han sido utilizadas y presentadas al mundo jurídico desde una deformación de la verdad hacia una colectividad y de forma impersonal, puesto que, aunque se hable de que el poder constituyente es una manifestación soberana de algún pueblo, esta categoría es un referente vacío que no se concreta en la realidad, como se verá posteriormente; desacreditando que el concepto de poder constituyente tenga que ser una verdad universal y necesaria, puesto que el propósito de este concepto, como se ha dicho, es el de encubrir la realidad.

2. El concepto de poder constituyente y las realidades concretas. La verificación de conocimiento ideologizados

Los congresos constitucionales de México de 1916, provienen todos de la lucha armada de la revolución, que a la vez que funcionara para deponer al régimen dictatorial anterior, también para conciliar los intereses de los diversos grupos sociales de México. El principal conflicto de intereses se daba entre la clase adinerada del país, con las clases media y las campesinas y obreras del país. El objetivo del Congreso Constituyente sería el de conciliar estas desigualdades en un documento novedoso que reuniera las voluntades de la mayoría de los ciudadanos del país (Garcíadiego, 2014, 537). Desde luego que este Congreso no fue propuesto por los ideólogos de la revolución de 1910,

ni siquiera aún de la primera fase de la contienda, pues en este periodo, se hicieron, más bien, modificaciones sencillas al texto vigente de la constitución liberal de 1857 (Garcíadiego, 2014, 542). Por lo mismo, la propuesta de un nuevo texto constitucional proviene de una fase del conflicto más tardía, en la que era necesario pacificar a los bandos revolucionarios, reintegrando a obreros y campesinos a las promesas sociales del periodo gubernamental de Victoriano Huerta. A la rebelión contra ese mismo gobierno, fueron formados los bandos revolucionarios de distintas secciones del país para contribuir a la lucha por una nueva constitución.

Comienza entonces una fase del conflicto armado con lineamientos ideológicos más definidos y que se encabezara por tres grandes ejércitos, villistas y zapatistas, encabezarían una lucha contra el ejército constitucionalista de Venustiano Carranza (Garcíadiego, 2014, 548). Respecto a esta lucha, se ha mencionado que la lucha ideológica no representó un papel fundamental porque los bandos se convirtieron a la imagen personal del general de su ejército; por ende, más bien la lucha fue de personas; de Villa, de Zapata, de Carranza y otros líderes revolucionarios (Lomnitz, 2010, 115)⁶.

De entrada, esta aseveración es importante porque lo que se trata en este apartado establecer una historización de un concepto. Por lo mismo, ideas diferenciadas que tiene por base intereses particulares respecto de los diputados que participaron en el proceso constituyente, es una buena señal para aplicar el método de historización de los conceptos que se propone. El proyecto sobresaliente en esta fase de la revolución fue el de Venustiano Carranza, quien fue un personaje a quien históricamente se la ha orientado hacia la ideología nacionalista-liberal

⁶ Puede verse como ejemplo de este motivo, el momento en el que, mientras se desarrollaba la Soberana Convención Revolucionaria de octubre de 1914, en la ciudad de Aguascalientes, de inmediato se formaron los bandos a partir de Carranza, a quién, de hecho, se le pide depone el gobierno porque la Convención creyó que sus motivos personales se antepondrían a los intereses de los revolucionarios. (Vito Alessio Robles, 2014, XXXVI).

(Lomnitz, 2010, 128); no obstante, estas ideologías no tuvieron tanta influencia en el Congreso de Querétaro, cuya convocatoria se extendió a todo el territorio, bajo la premisa de hacerle legítimo. La legitimidad del Congreso, aun así, no alcanzó a verse con la invitación a los enemigos políticos de los ejércitos constitucionalistas y los detractores del proceso constituyente y aunque, en realidad, no se concedieron privilegios especiales a aquellos que, en el proceso constituyente, habían participado en la victoria del Plan de Guadalupe del 26 de marzo de 1913, se hablaba de una preferencia relacionada con la formación de grupos en el Congreso (Garcíadiego, 2014, 572).

En el Plan de Guadalupe se no se estableció como objetivo el de promulgar una nueva constitución, ni conformar un congreso constituyente, sino restaurar el gobierno fundado a partir de los ideales de la revolución promulgados por Francisco I. Madero; lo que significaba en esencia, desconocer a los poderes federales y a las entidades federativas que habían desobedecido la constitución y apoyado al gobierno de Victoriano Huerta que pretendía restaurar el antiguo régimen; así como la movilización de tropas y convencimiento del resto de las entidades que no habían admitido el telegrama enviado por Victoriano Huerta respecto del apresamiento de los poderes federales en 19 de febrero de 1913.⁷

Las elecciones para la integración del constituyente se llevaron a cabo el 22 de octubre de 1916, bajo el entendido de que se elegiría a un diputado por cada sesenta mil habitantes o fracción mayor a veinte mil. Del proceso, resultaron elegidos más de doscientos diputados (Márquez, 2011, 388). Mismo número que fue cotejado en base a la información disponible del censo nacional de 1910 y la división distrital de 1912, que conformaba

⁷ El plan contenía siete puntos, de los cuales, el primer punto desconoce al Presidente de la República, Victoriano Huerta quien llegare al poder tras un golpe de Estado; el segundo de ellos desconoce a los poderes legislativo y judicial de la Federación instauraos por el presidente; el tercero hace lo mismo respecto de los gobiernos de los estados que reconozcan a los gobiernos federales. (Carranza, *Plan de Guadalupe*, (2013), 19)

doscientos cuarenta y seis distritos para todo el país. Como puede pensarse, el tiempo de campaña para la elección de los diputados del constituyente fue demasiado corto, pues la organización de los padrones electorales se realizó y concluyó en 37 días, (Marván, 2017, 65) lo que provoca la necesidad de llevar a cabo la historización del poder constituyente, pues este método puede ayudar a descubrir las ideologizaciones y los grupos de poder, según se plantea.

a) La ideologización-de-la-soberanía y el concepto de poder constituyente en el constitucionalismo mexicano del Siglo XX

El constitucionalismo en América Latina puede estudiarse a partir de tres líneas de estudio que tiene que ver con la tendencia constitucional de la segunda mitad del siglo XIX y principios del Siglo XX. De estas líneas de estudio, tiene que destacarse la influencia norteamericana y europea, que determinaron los lineamientos de las aspiraciones constitucionales a partir de las ideologías que se promovían al interior de los clubes liberales. Por lo mismo, una constitución que tiene como fundamento inmediato un movimiento del tipo revolucionario que logró la victoria gracias al apoyo de las clases campesinas, como fue el caso de la constitución promulgada en 1917, tiene que conjugar los intereses de las clases empobrecidas que le apoyaron y a la vez, los intereses provenientes de la presión internacional y que representan una fuerte influencia de apoyo. Es derivado de esta influencia del país hegemónico en América Latina que podemos hablar de un constitucionalismo que recibe una fuerte influencia del liberalismo y las ideas constitucionales estadounidense, de las cuales, la más sobresaliente es la idea de la constitución normativa (Portillo, 2016, 155-156).

Bajo estas influencias y antes de estudiar la manera en que la *ideologización-sobre-la-soberanía*, operó en el constituyente de 1916, tiene que resaltarse la forma en la que la necesidad de un poder constituyente fue haciéndose cada vez más ostensible para satisfacer las necesidades relativas a cubrir los intereses

de diversos grupos y no solo, auspiciar una reforma a la constitución de 1857. Todo comienza con la proclamación del Plan de Guadalupe de 26 de marzo de 1913. A partir de ese documento la idea de convocar un proceso constituyente fue presentándose cada vez más necesaria por las facciones revolucionarias que convergían en ese plan para el cumplimiento de las promesas de la revolución, en donde una simple reforma no bastaría para satisfacer estos intereses.

A pesar de esto, la idea de la nueva constitución no mucho tenía de participativa y social como se verá en el apartado siguiente. Sin embargo, a medida que el proyecto de Carranza fue expandiéndose, esta idea fue consolidándose hasta el punto que fue necesario iniciar una campaña publicitaria en defensa de esta idea.

Desde la proclamación del Plan de Guadalupe en Coahuila en 1913, hasta el lanzamiento de la convocatoria para formar el congreso constituyente en septiembre de 1916, ocurrieron varios acontecimientos significativos que dieron pie a este desenlace. Entre ellos pueden mencionarse la multiplicidad de decretos de reformas provisionales que se dieron entre el periodo de tres años que duró la espera para comenzar el congreso constituyente y que Carranza dictara bajo el mando provisional que adquiere con el apoyo de quienes suscribieran junto a él, el Plan de Guadalupe. Para estos momentos, la soberanía de la unión se concentraba en la figura de Carranza como Jefe de la causa constitucionalista en México y que se manifestaba a través de la expedición de decretos provisionales cuya función menguaba los problemas más urgentes⁸.

⁸ Los decretos que Carranza expidiera bajo esta calidad son relativos a diversas materias que resolvieran ciertos problemas sociales de manera provisional. Puede citarse el de 25 de diciembre de 1914 cuya función fuere la reforma respecto de los municipios libres, independientes del fuero local. De la misma manera, el de 06 de enero de 1915, que tiene que ver con la expedición de la ley agraria que ordenaba a restitución de tierras a los pueblos despojados, así como la anulación de los actos del gobierno porfiriano, en esta materia, a partir del primer día de gobierno de Porfirio Díaz en 01 de diciembre de 1876. Las reformas

Al principio, el proyecto de Carranza, como puede verse del Plan de Guadalupe, era necesariamente un plan constitucional, es decir apelaba a una cierta legalidad de origen, que estaba sustentada en la figura de gobernador constitucional del estado de Coahuila. Tanto del preámbulo, como de los artículos 1° al 3° de dicho documento, se aprecia el plan constitucional, es decir, la intención de hacer valer la constitución vigente⁹.

A través de decretos, cada vez más se hizo presente la necesidad de virar las intenciones constitucionales en constituyentes. Un ejemplo puede ser el decreto del 11 de junio de 1915, mediante el que, entre otras cosas, se concedían facultades constitucionales a Venustiano Carranza para convocar a la formación de un nuevo congreso de la unión y a elecciones presidenciales. Así, las medidas de los decretos fueron aumentando, siendo a cada vez más plausible el momento en el que los esfuerzos de la lucha constitucionalista se tornaran en una intención constituyente¹⁰.

importantes de este periodo también son las relativas al salario de los trabajadores que tiene que ver con el aumento del treinta y cinco por ciento al salario de los trabajadores de la pisca de algodón, lana yute y henequén. (Ferrer Mendiola, 1957, 7-8).

⁹ El preámbulo del texto indica lo siguiente «[...] Considerando que el Gral. Victoriano Huerta, á quien el Presidente Constitucional D. Francisco I. Madero, había confiado la defensa de las instituciones y legalidad de su Gobierno, al unirse á los enemigos rebelados e armas en contra de ese mismo Gobierno, para restaurar la última dictadura, cometió el delito de traición para escalar el poder, aprehendiendo á los C. C. Presidente y Vice-presidente, así como á sus Ministros, exigiéndoles por medios violentos las renunciaciones de sus puestos, lo cual está comprobado por los mensajes que el mismo Gral Huerta dirigió á los Gobernadores de los Estados comunicándoles tener presos á los Supremos Magistrados de la Nación y su Gabinete. Considerando que los Poderes Legislativo y Judicial han reconocido y amparado en contra de las leyes y preceptos constitucionales al General Victoriano Huerta y sus ilegales y antipatrióticos procedimientos, y considerando, por último, que algunos Gobiernos de los Estados de la Unión han reconocido al Gobierno ilegítimo impuesto por la parte del Ejército que consumó la traición mandado por el mismo General Huerta a pesar de haber violado la Soberanía de esos Estados, cuyos Gobernantes debieron ser los primeros en desconocerlo, los suscritos, Jefes y Oficiales con mando de fuerzas Constitucionalistas, Hemos acordado y sostendremos con las armas el siguiente plan[...].» (Carranza, *Plan de Guadalupe*, (2013), 19)

¹⁰ No obstante, la idea de la necesidad de una constitución había sido ya bastante difundida por los planes revolucionarios, así como por los manifiestos del Partido Liberal Mexicano. A la

Todavía, en este momento, la soberanía significaba que se debía guardar respeto al texto constitucional de 1857, que se había jurado guardar; pues no fue hasta el decreto de 16 de septiembre de 1916 que reformara las adiciones previas al Plan de Guadalupe, que se convocara a un Congreso Constituyente que en ese decreto se calificó como necesario para cumplir con dos propósitos: el primero de respetar los derechos fundamentales de la Nación y el Segundo de ellos, de Estimular las actividades sociales (Ferrer Mendiola, 1957, 30-31).

De esta convocatoria, puede verse el uso de un derecho constitucional que Carranza consideró como suficiente y que tiene que ver con el texto del artículo 39 que consagra el principio de soberanía popular. Las paráfrasis para explicarse dan cuenta de los conflictos que tiene que ver con que, por un lado, el principio de soberanía del Estado manda guardar y cumplir la constitución, más por el otro, se consagra el derecho de esta misma de alterarla para dar un nuevo congreso, a costa de usar el principio de soberanía popular.

Por este mismo motivo, la intención original de Carranza era el de conservar el texto original de la constitución de 1857, pero añadiendo un paquete de reformas que solamente permitieran el cumplimiento de los dos objetivos señalados antes. Estas intenciones pueden verse claramente de su discurso inaugural del congreso constituyente de Querétaro, en el que no reparara en exaltar al texto liberal, que incluso lo considerase un legado (Woldenberg, 2016, 19-20).

Llegamos entonces al momento en el que la soberanía es una figura de la que el pueblo es dueño y es constituyente. Los debates del Congreso dan cuenta de que la idea de que el pueblo se encontraba en un momento decisivo para sí mismo fue ampliamente difundida. Algunos de los ejemplos más notables de esta idea, pueden verse en la convención revolucionaria

vez, algunos de ellos decretos que ya se han citado antes, fueron verdaderos antecedentes de los artículos debatidos para el texto constitucional. (Ferrer Mendiola, 1957, 16-24)

que tuvo por sede a la ciudad de Aguascalientes, al retiro de Venustiano Carranza a la Ciudad de Veracruz, hacia el mes de octubre del año de 1914, con motivo de su desconocimiento como Jefe de las fuerzas del ejército constitucionalista por parte de los revolucionarios. Estos pedían a Carranza que se restableciera el orden constitucional y en esa medida, escuchara sus peticiones de convocar a un congreso para establecer una nueva constitución a la que consideraban, era necesario que se atendiera a la voluntad popular para lograrlo y que tendría, además como una de sus principales consignas a los ideales de la revolución¹¹.

La convención fue nominada como “Soberana”¹² y esta idea hacía alusión a la capacidad que tendrían los revolucionarios para tomar decisiones respecto de los ideales que posteriormente se incluirían en el texto final de la constitución. Por lo mismo, al tratarse de una convención revolucionaria, hubiera tendidos debates acerca de quien era un revolucionario y quien no. es decir, se pensaba en la legitimidad de los integrantes en la participación. Al final, se decidió mediante una de las juntas previas a la calificación de credenciales para la admisión en la convención, que serían excluidos de la participación,

¹¹ Puede verse el texto escrito por Álvaro Obregón titulado Ocho mil Kilómetros en Campaña, del que se reproducen los textos de peticiones a Venustiano Carranza, donde se le exponen los motivos por los que la nueva constitución como expresión de soberanía popular traería paz al país. (Alessio Robles, 2014, 74-75).

¹² Vito Alessio comenta que esa propuesta apareció en una de las publicaciones de los primeros días de octubre de 1914 *El Liberal*, un diario que antes fuera *El Imparcial*, y del que se encargara de la redacción, según mandato de Carranza, Fulgencio Palavicini. (Alessio Robles, 2014, 110). Véase Méndez Lara, 20 (35-36), 103-143. <https://doi.org/10.33064/35-36crscsh111>.

La declaración de “Soberana”, fue así declara en las palabras del Presidente de la Asamblea, el General Antonio Villareal, en la sesión de inauguración del 14 de octubre de 1914, luego de la protesta de ley que hicieron los participantes y de haber estampado su firma sobre la icónica bandera Nacional del Batallón de San Blas. (Soberana Convención Revolucionaria (1914-1915). Crónicas y debates de las sesiones de la Soberana Convención Revolucionaria, México, Instituto Nacional de Estudios históricos de la Revolución Mexicana, 3ª. ed., 2014, t. I, p. 227)

todos los civiles, dejando lugar para la deliberación de ideas, únicamente a los jefes militares¹³.

Del resto del texto de las asambleas la idea de la soberanía era un tema que se utilizaba para hacer referencia al pueblo. Las expresiones de reivindicación de los derechos a los despojados y desposeídos, a la vez que se invocaba que era necesaria la educación de las clases empobrecidas respecto de la ley y la importancia de una nueva constitución, son temas recurrentes de discusión. No obstante, aunque el tema de la reivindicación de derechos a las clases desposeídas era recurrente la participación se redujo a las milicias y por lo mismo, se redujo la participación de la ciudadanía en las asambleas; mismo hecho que pone en tela de juicio la legitimidad verdadera de la convención respecto de la soberanía popular.

Finalmente, respecto de la convención de Aguascalientes, en donde la protesta únicamente pedía de los participantes respetar los acuerdos tomados ahí; dos años después el Congreso constituyente convocado, repite este problema. La soberanía popular es un tema de discurso político para cuando quiere expresarse legitimidad sobre las decisiones, aunque en la práctica, poco representen realmente, a los intereses populares. Como bien se sabe, el proyecto de Carranza tomó fuerza de legitimidad basándose en el argumento de que el artículo 39 constitucional citaba a la soberanía nacional como la fuente del poder político. El Plan de Guadalupe se basa en esta

¹³ En sesión del 04 de octubre de 1914 se celebró una sesión en la que se determinó por los jefes militares que no sería admisible para la participación a los civiles, siendo enfáticos que los únicos que asistirían a Aguascalientes por decisión de Álvaro Obregón serían Coroneles o Sargentos. Vito Alessio narra a su vez, un debate sostenido entre el Licenciado Luis Cabrera Lobato y el General Álvaro Obregón, en el que la postura de la convención es contundente respecto de los civiles. Vito Alessio parafrasea al Álvaro Obregón respecto a esto: «[...] rebatiendo las palabras de Cabrera cuando este expresaba que no necesitaba ser soldado para ser revolucionario, ya que tenía su pluma y con ella bastaba para batirse, el mismo caudillo sonoreño proclamó que había gallos de pico y de espolón; que él también hacia versos, aunque malos, y sin embargo, se había encontrado en los campos de batalla[...]». (Alessio Robles, 2014, 111)

interpretación jurídica, producto de las constituciones liberales para introducir esta idea en el discurso. Sin embargo, el propio congreso tiene condiciones particulares que hacen presumir lo contrario al ejercicio de una soberanía popular.

Si partimos de la convocatoria del Congreso lanzada en el decreto precitado, podemos encontrar una premisa que puede poner en duda al discurso de la soberanía nacional. Esto es, el hecho de que la convocatoria, ordenaba que los diputados debían protestar su desempeño de acuerdo con el Plan de Guadalupe y sus adiciones¹⁴; lo que significaba, en esencia, que la adherencia de ideas debía hacerse de acuerdo con las propuestas del Plan revolucionario y no de acuerdo con el artículo 39 de la constitución de 1857 que instituía y reconocía el derecho de la soberanía popular. De esta manera, es claro que la soberanía, para el Congreso que fuere pensado por Carranza, como titular del ejecutivo y presidente del congreso, se utilizaba como una manifestación de imposición jurídica en desprecio del derecho anterior, no obstante, la idea original del Plan de Guadalupe ordenara hacer cumplir el texto constitucional previo. Es decir, la idea de la soberanía que se utiliza en los debates del congreso Constituyente coincide plenamente con el concepto que se historiza, porque se le piensa como absolutamente soberano, sin fallo alguno¹⁵.

¹⁴ Véase el artículo 10 de la Convocatoria a elecciones para formar el Congreso Constituyente, cuya protesta rezaba: «¿Protestáis cumplir leal y patrióticamente el cargo de Diputado al Congreso Constituyente que el pueblo os ha conferido, cuidando en todo por el restablecimiento del orden constitucional en la Nación de acuerdo con el Plan de Guadalupe del 26 de Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México marzo de 1913 y sus adiciones expedidas en la H. Veracruz el 12 de diciembre de 1914, - reformadas el día 14 de septiembre del corriente año?[...]». (Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Secretaría de Cultura, "Congreso Constituyente y Constitución de 1917", Decreto relativo a la formación del Congreso Constituyente, https://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Congreso_Constituyente_y_Constitucion_de_1917, consultado el 10 de junio de 2020).

¹⁵ Véase Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Secretaría de Cultura, 2ª. ed., 1ª reimp., 2016, t. I.

Las deliberaciones en torno a la soberanía no dieron un giro y los artículos 39, 40 y 41, siguieron el esquema liberal, respetando el contenido que el constituyente de 1857 le inscribió. De esta suerte, los artículos relativos a la soberanía nacional significaron los mismo para el constituyente de 1917, que para el de 1857; esto es, que en esencia, la soberanía pertenece a la nación y que en consecuencia, tiene a bien dictar el gobierno a través de esa constitución y para preservarla funda los poderes de la unión, cuya función será velar por las garantías establecidas; a la saga de las corrientes liberales¹⁶.

Los debates respecto a este tema fueron discutidos y deliberados en la vigésima tercera sesión ordinaria del Congreso, en fecha 26 de diciembre de 1916. La comisión encargada¹⁷

¹⁶ El texto constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación en lunes 05 de febrero de 1917, reza respecto de los artículos citados, de la siguiente manera: «TÍTULO SEGUNDO. CAPITULO I. DE LA SOBERANÍA NACIONAL Y DE LA FORMA DE GOBIERNO. Art. 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno. Art. 40.- Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental. Art. 41.- El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.» (Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Secretaría de Cultura, "Congreso Constituyente y Constitución de 1917", Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto original), https://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Congreso_Constituyente_y_Constitucion_de_1917, consultado el 10 de junio de 2020).

¹⁷ La comisión encargada del estudio de estos tres artículos, fueron los diputados Hilario Medina representante del Estado de Guanajuato, cuya profesión era la de abogado, previo al Congreso; el diputado Paulino Machorro y Narváez, representante de Jalisco y quien antes del Congreso fuere Procurador de Justicia del Distrito Federal y otros territorios; también participó en esta comisión el diputado Agustín Garza González representante de la diputación de Nuevo León, quien previo al Congreso tuviere por encargo la Administración de la Aduana de Nuevo Laredo; Arturo Méndez, representante de San Luis Potosí, Regidor de Ayuntamiento y Presidente Municipal y Proveedor General de Hospitales Constitucionalistas; Heriberto Jara diputado representante de Veracruz quien fue Secretario General del Gobierno de Veracruz y Gobernador de Veracruz. (Marván Laborde, 290-309)

de su estudio esgrimió como argumentos lo siguiente que se parafrasea del debate de esa sesión:

«[el artículo 39] “Consagra el principio de la soberanía popular, base de todos los regímenes políticos modernos y declara como una consecuencia necesaria que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio.

“Sin entrar en la historia del concepto de la soberanía, por no ser apropiada en estos momentos, la Comisión cree necesario hacer constar solamente, que el principio de la soberanía es una de las conquistas más preciadas del espíritu humano en su lucha con los poderes opresores, principalmente de la Iglesia y de los reyes. «El concepto de la soberanía es esencialmente histórico», dice George Jellineck, en su obra «El Estado moderno y su derecho», y efectivamente, su formación ha tenido diversas etapas.

[...] “La Comisión no desconoce que en el estado actual de la ciencia política, el principio de la soberanía popular comienza a ser discutido y que se le han hecho severas críticas, no solamente en su contenido propio, sino aun en su aplicación; pero en México, menos que un dogma filosófico es el resultado de una evolución histórica, de tal manera que en nuestros triunfos, nuestras prosperidades y todo aquello que en nuestra historia política tenemos de más levantado y de más querido, se encuentra estrechamente ligado con la soberanía popular. Y la Constitución, que no tiene por objeto expresar los postulados de una doctrina política más o menos acertada, sí debe consignar los adelantos adquiridos por convicciones, que constituyen la parte vital de nuestro ser político.

“En virtud de estos conceptos, la Comisión propone a vuestra soberanía se apruebe el artículo 39 del proyecto, que está concebido en los siguientes términos, así como en el lugar en

El perfil de estos diputados encargados de elaborar el dictamen, hace pensar en la permanencia del texto respecto de la constitución de 1857, incluso en número, puesto que tenían una instrucción legal que concordaba con el ideal liberal de la época.

que se encuentra en nuestra Carta Fundamental. [...]» (Diario de debates, 2016, 192-193)¹⁸

Luego de la lectura anterior ninguno de los diputados del congreso toma la palabra para manifestar opinión alguna. La soberanía popular desde estos términos y con influencia doctrinal europea, tal y como se desarrolló en los apartados anteriores, simplemente no tenía punto de falla para el congreso de Querétaro. Este apartado del diario de debates pone relieve que el perfil del Congreso, es claramente de ideología liberal; misma caracterización que coincide plenamente con el constitucionalismo de influencia que se ejercía en el periodo y región que nos encontramos.

La votación del congreso respecto de los artículos referidos fue de ciento sesenta y nueve diputados de los doscientos quince asistentes, a favor, lo que dio la calificativa de la unanimidad (Diario de debates, 198). Uno de los factores que pudieron haber contribuido al perfil de esta decisión, tiene que ver con la formación del congreso, que, a pesar de haber sido variado, un porcentaje importante del total de las diputaciones eran ocupadas por abogados, quienes podrían haber ocupado la ideología liberal (Pisarello, 2014, 12).

b) La ideologización-sobre-la-fundación-de-poderes

Respecto de la ideologización sobre la fundación de poderes dentro del concepto de poder constituyente; esta parte, igualmente de la ideologización de la soberanía; aunque tiene la particularidad de que derivado de la manifestación expresa del pueblo soberano de conformar el texto constitucional, en adhesión se forman los poderes que formarán una unión y que serán los garantes de la vigilancia del contrato social. Una de las etapas del proceso constituyente de la época fue el relativo

¹⁸ *Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917*. México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Secretaría de Cultura, 2ª. ed., 1ª reimp., 2016, t. II., pp. 192, s.

al desconocimiento de los poderes de la unión, en donde el Jefe del ejército constitucionalista adquirió las facultades de convocar a nuevas elecciones para suplir estos cargos. Como menciona Gerardo Pisarello esta etapa de los procesos Constituyentes tiene que ver con la idea del *proceso de-constituyente*, que se refiere a los momentos en los que quien toma el mando de modo provisional (2014, 12), en este caso, el ejército constitucionalista, tiene suficientes facultades para destituir a los poderes establecidos conforme a la constitución anterior. Desde luego que en este caso esa autoridad, había sido dada por el Plan de Guadalupe de 1913 diseñado por Carranza.

Para el constituyente de 1917, los artículos relativos a la idea de la fundación de poderes y que tiene que ver con su función constituyente, es decir, los artículos 40 y 41 del texto, no sufrieron reformas sustantivas respecto del proyecto de constitución de 1857; a la vez que el debate tan corto como inexistente. Para el caso concreto, del constituyente de Querétaro, el artículo 39, continuó igual al del texto de 1857. Para este caso, este artículo contiene además de la idea de la soberanía popular, la idea de la fundación de poderes que proviene de esa misma soberanía.

Este artículo implica que para el constituyente del 1916-1917, el poder constituyente significa que tiene las facultades para fundar poderes que van a organizar el gobierno. Este es el significado de la soberanía que se discutía en el punto anterior. A la vez, este artículo no suscitó controversia para los diputados constituyentes porque se entiende como un presupuesto de operatividad natural al poder constituyente; es decir, se considera que ellos han sido encargados en esa representación y dotados de ese poder ilimitado para efecto de que se encarguen los poderes.

De la misma manera ocurrió con el artículo subsecuente que a la vez encierra la función soberana de la unión como una de las facultades del Congreso. El artículo 40, que también quedó íntegro respecto del texto diseñado por el constituyente liberal del 1857. La comisión encargada de la dictaminación de

este artículo sustentó su dictamen respectivo, en el federalismo que se considera como “la bandera de los avanzados” y como una de las victorias de los partidos liberales.¹⁹

En el discurso inaugural, Carranza insistió respecto de la formación de un sistema de gobierno del modo parlamentario, que destituyera la figura del presente, porque consideraba que sería óptima para el rumbo del país. Evidentemente la idea de un gobierno de esta naturaleza solamente quedó en el discurso político de la inauguración e irónicamente, se reforzó la figura del poder ejecutivo, que, según el discurso de Carranza, evitaría que el exceso de libertades dadas a los ciudadanos le restase fuerza al gobierno. Desde la perspectiva de Carranza esta preocupación es válida porque un gobierno fuerte haría traería estabilidad política al país, necesaria para la época, lo que fuere un tema de interés para el constitucionalismo de Carranza (Woldenberg, 2016, 24-27).

El resultado fue la creación de un sistema de gobierno que equilibrara poderes, dando mayores atribuciones al poder ejecutivo bajo la idea de la estabilidad política que fuera necesaria para la política interna. De la misma manera, los poderes ejecutivos y el legislativo, funcionarían como el contrapeso necesario, a la vez de que serían los garantes de la legalidad y la preservación del texto constitucional que se estaba decidiendo.

c) *La ideologización-del-momento-único*

El Constituyente de Querétaro, al igual que el de 1857, también pensó en que el trabajo que estaba realizando tendría un único momento para ser elaborado. Esto es que, una vez

¹⁹ Únicamente fue tomada la palabra por el diputado López Lira para sugerir que sería conveniente incorporar a este artículo el principio del Municipio Libre, que había sido incorporado a la legislación mexicana por virtud de un decreto del Gobierno Provisional de Carranza del 25 de diciembre de 1914 que se decretara por el gobierno provisional de Carranza en días anteriores. La comisión de estudio del Congreso determinó que esto sería excesivo puesto que ese principio se encontraba reconocido en el artículo 115 constitucional. (*Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, 194).

formados los poderes de la unión, el momento Constituyente dejaría de existir. El artículo 135²⁰ del texto final que reproduce el artículo 127 de la constitución anterior da cuenta de esta idea que indica que la constitución solamente puede ser reformada por el Congreso de la Unión que sesione en votación y por las legislaturas de los estados. Esta postura del poder constituyente alude al artículo 41 del propio texto constitucional que señala que una vez que el pueblo constituye el gobierno, en ese momento, la soberanía que originariamente fuere del pueblo se traslada para su ejercicio a los poderes constituido. En el caso del Constituyente de Querétaro, la fundación de poderes alude a las funciones dadas al poder legislativo para efecto de poder reformar la constitución.

Las palabras de cierre del Congreso, a su vez, dan cuenta de esta ideologización puesto que se considera que la obra realizada por el Constituyente ha de trascender históricamente como una obra buena y legítima que viere por el pueblo y su bienestar. Así el, presidente del Congreso Luis Manuel Rojas, aduce que si en algo se ha cometido error durante el congreso «[...] la historia, siempre justiciera, nos absolverá de todo cargo, en vista de la nobleza de nuestras miras en favor de los desvalidos y de la sinceridad de nuestras convicciones sobre los grandes problemas sociales, pues en todo nos ha guiado la idea de hacer grande y feliz a la República Mexicana.[...]» (Diario de debates, 2016, 659).²¹

²⁰ El artículo 135 del texto, reza: «Art. 135.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión hará el cómputo de los votos de las legislaturas, y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.» (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto original), consultado el 10 de junio de 2020)

²¹ *Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Secretaría de Cultura, 2ª. ed., 1ª reimp., 2016, t. III., p. 659

Evidentemente se pensaba en ese momento que la obra que se realizaba se hacía bajo la suprema idea de aspirar a la trascendencia del texto, puesto que uno de los presupuestos del congreso fue su legitimidad, basada en el número de los diputados que supuestamente representaban a todos los distritos en que se dividió el territorio. Sin embargo, la realidad elige otra suerte puesto que la constitución de 1917, aunque tuviera como sede de sus debates tres derechos históricos logrados por los revolucionarios, la obra del constituyente, como parte de las reformas liberales, dio pie a la encriptación de esos derechos.

El mensaje de cierre de Carranza da continuidad a la idea de instaurar un constitucionalismo liberal que tenga por fin la idea que el momento constituyente fue únicamente el de Querétaro de 1916-1917. En primer lugar, Carranza hace alusión a sus interpretaciones sobre las necesidades que sentía faltaban al pueblo y de la misma manera, estas necesidades las sentía como ausentes del texto constitucional de 1857 y por lo mismo, aducía que era necesario que se reformarla. No obstante, las reformas fueron diseñadas por él mismo y por el grupo que le apoyaba pero fueron suscritas a nombre de toda la nación. Sobre las reformas realizadas, Carranza concluye con la siguiente idea:

«Las reformas que esta honorable Asamblea realizó hoy en las instituciones políticas del pueblo mexicano, expresadas por un sentimiento de alto patriotismo y de profundo conocimiento de las necesidades que durante un largo período de tiempo han afligido a la nación, nos permitirán hacer en lo futuro un ensayo sincero, honrado y decidido por la implantación en nuestros usos y costumbres de las instituciones libres, a la sombra de los que podremos todos gozar de una libertad amplia mediante la igualdad de todos los mexicanos ante la ley, para poder convivir en provechosa armonía, en busca del desarrollo de nuestras facultades, y el fomento y aprovisionamiento de todas las riquezas que tiene nuestro suelo privilegiado [...]» (Diario de debates, 2016, 660).

Por estas manifestaciones puede pensarse que la ideologización del momento único descansa además en la idea de la necesidad. Esto es, la necesidad que tenía el pueblo mexicano, según el estilo de carranza de que se dieran estas reformas.

d) *La ideologización-de-la-inmodificabilidad-por-el-bien*

Por último, la *ideologización-de-la-inmodificabilidad-por-el-bien*, está, de igual manera, presente en el trabajo del constituyente de Querétaro, de dos maneras. La primera de ellas desde la idea de que las reformas a la constitución pueden solo ocurrir desde la sede del poder legislativo, en asamblea que decida la forma de votación.

En este sentido, como arriba se mencionó el artículo 135 del texto final cumple con dos propósitos. El primero de ellos, el de reglamentar las modificaciones al texto para el caso de ser necesarias y el segundo, con el cometido de funcionar como freno para las reformas constitucionales que no sean democráticas, puesto que para ello es necesario el voto de la mayoría de las legislaturas.

Ahora bien, el segundo de los artículos que cumplen con la función de frenar las modificaciones al texto constitucional, es la denominada cláusula de inviolabilidad del texto constitucional que a su vez, se basa en esa *ideologización-de-la-inmodificabilidad-por-el-bien*, puesto que el propósito central del texto de dicho artículo versa sobre la vigencia y trascendencia del texto para efecto de que siga normando aún en caso de que exista una contienda armada. El texto reproduce íntegro el artículo 128 del texto constitucional de 1857, por lo que sigue la influencia liberal que es costumbre del constitucionalismo de la época.

Al cierre del Congreso, el abogado Hilario Medina, perteneciente a la comisión que elaborara el dictamen para los artículos 39, 40 y 41 que antes mencioné, toma la palabra por última vez para pronunciar un discurso que contundente respecto de esta ideologización:

«[...] Puesto que habéis, señores diputados, ratificado mis palabras con este espontáneo aplauso, es indudablemente ésta la más alta significación de lo que es el Congreso Constitucional juzgando esa obra. Pues bien, señores diputados, que esa obra viva, que esa obra perdure, que esa obra sea duradera, que se haga vieja; que esa obra la defendamos todos y cada uno de nosotros, cuando ya hemos tenido el grandioso ejemplo de lo que es una protesta constitucional; porque una protesta, al respetar las leyes del país y las adiciones y reformas de aquellas leyes del país, esa protesta fue la que levantó en armas al pueblo mexicano cuando se violaron aquellas leyes.» (Diario de debates, 2016, 663).

Fueron las palabras del diputado refiriéndose al texto que acababa de ser protestado para su cumplimiento por el Jefe Carranza. Que la constitución debe cumplirse puesto que de otra manera el caos llevará a l país a un conflicto como el que el Congreso tuvo a bien dar por terminado.

e) La utilización del concepto de poder constituyente: los grupos de poder que promueven el concepto y los mecanismos constitucionales de legitimación

El Congreso Constituyente de Querétaro contó con la participación de 215 diputados que habían sido nombrados según cada distrito al que representaban. Los criterios de elección de los diputados del Constituyente, a diferencia de la cláusula de admisión de la Soberana Convención Revolucionaria de Aguascalientes de 1914, no imponía la milicia activa para la participación de los diputados. Sin embargo, la convocatoria del congreso estableció requisitos en su artículo 8º, como es el caso de que es necesario que sean vecinos del Estado, siendo ciudadanos de él o habiendo nacido en su territorio; o por último, quienes tenían la calidad de vecinos del estado al momento en que ocurriere el cuartelazo de la Ciudadela; debiendo demostrarse para este caso que tienen adherencia a la causa constitucionalista (Decreto para la formación del Congreso, 2016).

Las elecciones se realizaron en un periodo cortísimo de apenas 37 días en el total de los 246 distritos de todo el país. Las credenciales de los diputados fueron ampliamente discutidas durante once de las sesiones del Congreso (Marván, 2017, 66-67). Si bien, las calidades de los diputados tenían que ver con las ideas que se debatían y se discutían durante las sesiones, históricamente, el congreso fue uno de los más unánimes de la historia de México, donde los votos se registraban siempre con la mayoría a favor; lo que habla de que se trataba de un solo grupo de promoción de las ideas liberales que se estampaban en la constitución (Marván, 2017, 112)²².

Este grupo, como puede notarse, se trataba de uno de adhesión plena al proyecto de Carranza puesto que además un requisito para formar el constituyente era el de demostrar con hechos que se estaba de acuerdo con el proyecto constitucionalista. Se suponen que un ala del congreso se trataba de jacobinos o radicales cuyo comportamiento en el congreso era la de ser la enemiga del ala reformista, maderista. Sin embargo, la tendencia de votos indica que la unanimidad fue un factor preponderante en el congreso, por lo que más bien se trataba de dos ideologías que no se manifestaron durante las sesiones (Marván, 2017, 137).

La personalidad de los constituyentes es un tema interesante, se habla que la mayoría de ellos practicaban la masonería. Desde Venustiano Carranza, hasta Luis Manuel Rojas como presidente del Congreso: ambos eran masones; y de hecho, el proyecto de la constitución de 1917 fue una reforma de otro gran proyecto constitucional masónico, que era la constitución de 1857 ideada por una generación antigua de estas mismas ideas (Galeana, 2016, 21). Por eso mismo, independientemente de la lineación sobre el jacobinismo y reformismo, ambos bandos pertenecían a la masonería que era apegada a Carranza

²² Solo un porcentaje del veintiséis por ciento de las votaciones tuvieron por resultado la mayoría relativa (Marván, 2017, 117)

(Galeana, 2016, 22). Por lo mismo, la constitución de 1917 que fuere el producto del Constituyente, tiene una fuerte influencia en las ideas del liberalismo político y económico que fuere promovido por los grupos masónicos, donde incluso caben las ideas del magonismo (Ramírez Reyes, 26).

Que decir en cambio, de las ideas vertidas por grupos que verdadera e históricamente habían sido oprimidos y desaparecidos de la escena política. En este momento el constitucionalismo a pesar de ser social era extremadamente blanco y androcéntrico. Los grupos indígenas y de mujeres no fueron tomados para efecto de acudir al congreso, ni mucho menos para efecto de participar de las sesiones, aunque eran públicas.

Hacia 1916, dos congresos de mujeres se organizaron en la Ciudad de Yucatán con amplia participación de mujeres quienes todas eran maestras. La exigencia de derechos revolucionarios fue el propósito de los Congresos. El Congreso de 1917 no fue omiso en este sentido, pues al respecto, la tendencia fue la de mantener a las mujeres en el hogar, no otorgando participación política porque consideraron que las mujeres mexicanas aún estaban habituadas a las labores domésticas (Peniche Rivero, 2017, 23-24). Por lo mismo, al tratarse de las ideas liberales de la época, la tendencia era la exclusión de las mujeres, así como de los indígenas a quienes se les consideraba, solamente para el propósito de educarles en las leyes.

Desde luego que los mecanismos que se utilizaron para la promoción de estas ideas fue la fuerza de las armas, puesto que al tratarse de un congreso que surgiere de una lucha revolucionaria, los mecanismos de fuerza tienen que estar presentes para el establecimiento de las ideas. Otro de ellos, es la legalidad utilizada para apaciguar el conflicto social, lo que evidentemente fue el propósito de elaborar la constitución de 1917

Ahora bien, uno de los aspectos más relevantes es el hecho de que poco a poco ha ido modificándose esta situación pues en México la mujer cuenta con mayor participación en la política y los grupos discriminados por raza, han ido obteniendo

cada vez más, la reivindicación de sus derechos. No obstante, la utilización del concepto de poder constituyente, como se ha indicado a lo largo de este capítulo, bajo esa fórmula liberal, es un concepto que tiene ideologizaciones porque esas mismas son utilizadas para el encubrimiento de realidades que desfavorecerían a ciertos grupos en el poder, como es el caso de la política liberal.

V. Conclusiones

1. Que el *logos histórico*, como forma del conocimiento tiene una función que es interpretativa, porque se basa en la adecuación de conocimientos verdaderos a la realidad histórica de un pueblo determinado. Por ello, este tipo de conocimiento pueden aportar transformaciones a la realidad concreta de un pueblo.

2. La realidad tiene que explicarse dese el descubrimiento de conocimientos que se encuentran *ideologizados*, lo que, en esencia, desvirtuará las realidades que se promueven y favorecen a ciertos grupos.

3. Uno de los métodos para realizar esta acción es el de historización de los conceptos que elabora Ignacio Ellacuría y que tiene como una de sus cualidades, la transformación de la realidad a partir del descubrimiento de conocimientos verdaderos.

4. El concepto de poder constituyente que se presenta por las teorías del constitucionalismo y por las teorías del estado clásicas, tiene dos dimensiones: histórica y real, cuyos valores aparentan ser abstractos y universales. Por lo mismo, es necesario realizar la historización de este concepto a partir de las ideologizaciones que se encuentran en este concepto.

5. Las ideologizaciones que se encuentran en el concepto de poder constituyente, son las siguientes:

a) La *ideologización-de-la-soberanía* que se refiere a que se ha visto al poder constituyente como una manifestación previa al derecho y por lo tanto abolicionista. Además, se

basa en la idea de la soberanía popular y por lo mismo, en la utilización sin compromiso de la idea de pueblo.

b) La *ideologización-sobre-la-fundación-de-poderes*, que se refiere a que en aras de esa soberanía popular manifiesta el pueblo funda los poderes constitucionales y se desviste para siempre y en ese mismo y único acto, de su primigenio poder.

c) La *ideologización-del-momento-único* que se refiere a que ese poder fundacional ocurre una sola vez en el tiempo y para siempre, a través de un solo momento histórico, pues una vez hecho, el poder pasa a ser de los poderes constituidos.

d) Por último la *ideologización-de-la-inmodificabilidad-por-el-bien* que se refiere a que a esa voluntad del pueblo no puede ser modificada porque el poder ya le fue delegado a los poderes constituidos para que lo utilicen en el nombre de la democracia y el orden del Estado y bien de la sociedad jurídica.

6. Respecto de la historización del concepto de poder constituyente del constitucionalismo mexicano, se arribó a la conclusión de que al ser la constitución una heredera del constitucionalismo liberal de principios de siglo, por consecuencia sigue las tendencias liberales latinoamericanas que tratan de imitar intelectualmente a Estados Unidos y Europa.

7. Que, igualmente, en la constitución mexicana, se pensó a la soberanía como en el sentido norteamericano y europeo en donde esta se utiliza desde el pensamiento de la soberanía popular, aunque esta idea en la realidad tenga poca operatividad porque el pueblo no participa realmente de las decisiones.

8. Que el constitucionalismo mexicano, igualmente pensó en la fundación de poderes como una de las funciones que devienen de ejercer la soberanía, y por lo tanto se conformaron los poderes constituidos que serán utilizados por los grupos de poder.

9. Que el poder constituyente se ejerció en un momento único y por eso mismo, aun continua vigente sin que se cuestiona su legitimidad.

10. Que el constituyente fijó requisitos que limitaran la modificación del texto en función de la idea de la soberanía y además bajo el propósito de considerar que esto era bueno para el pueblo.

11. Que el concepto de poder constituyente ha sido utilizado de esta manera por grupos de poder, como históricamente se resaltan los clubes liberales masónicos y de la misma manera ha desvinculado de esta actividad a los indígenas del territorio y las mujeres., lo que evidencia que se trata de un concepto que se encuentra ideologizado porque se utiliza por grupos de poder para promover su situación política favorecida.



**COMENTARIO
A LEGISLACIÓN**

Mirada

Me encuentro
en la soledad
del que mira
y ve.

Autor: *Juan Martín González Moras*

Arte de la portada: *Ro Barragán*

La Ley Micaela y el notariado

*The Mandatory Gender Training Law
("Micaela law") and the notarial*

*A Lei Obrigatória de Formação de Género
("Lei Micaela") e o notarial*

*La loi obligatoire sur la formation au genre
("loi Micaela") et le notariat*

强制性性别培训法("米克拉法")和公证

Natalia Lorena Barriviera¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 305-319

DOI: <https://doi.org/> <https://doi.org/10.24215/25251678e461>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

Resumen: El presente artículo comienza con una ligera mención de los antecedentes de la Ley N° 27.499, principalmente el impacto que en la sociedad argentina produjo el femicidio de Micaela García, y la consecuente lucha por la visibilización de desigualdades y violencias que vienen realizando movimientos de mujeres y otras disidencias sexuales en nuestro país. Seguidamente se señala la importancia de la creación como cartera de estado al Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad por parte del Estado Nacional. Previamente a comenzar con el análisis en particular de la ley en el notariado, se reseñan algunos hitos importantes que fueron citados en los fundamentos del proyecto de ley,

¹ Abogada-Escribana (UNLP) Profesora Adjunta Ordinaria en Derecho Notarial y Registral, Secretaria Instituto de Investigación en Derecho Notarial y Registral (Fac. Cs. Jcas. y Soc- UNLP) Correo electrónico nataliabarriviera@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5941-6807>).

para comprender el espíritu de la misma. Se analizan las características y sistema del notariado que adopta nuestro país, que nos llevan a afirmar sin hesitaciones la obligatoriedad de capacitación en género de los notarios y las notarias, de conformidad a lo dispuesto por Ley Micaela, que se extienda esta capacitación hacia los empleados y empleadas de las notarías, y las consecuencias de la negativa en capacitarse. Por último, dejamos planteados algunos interrogantes con la intención de que sirvan como puntapié inicial para futuras reflexiones e instamos a los Colegios de Escribanos y al Consejo Federal del Notariado Argentino a asumir el compromiso de emprender el camino de la capacitación en género establecido por la Ley Micaela, transversalizando la perspectiva de género.

Palabras clave: notariado, ley Micaela, perspectiva de género, capacitación.

Abstract: This article begins with a slight mention of the antecedents of Law No. 27,499, mainly the impact that the femicide of Micaela García produced on Argentine society, and the consequent struggle for the visibility of inequalities and violence that women's movements have been carrying out. and other sexual dissidents in our country. Next, the importance of the creation of the Ministry of Women, Gender and Diversity by the National State as a state portfolio is pointed out. Before starting with the particular analysis of the law in the notary public, some important milestones that were cited in the foundations of the bill are outlined, in order to understand the spirit of it. The characteristics and system of the notary public that our country adopts are analyzed, which lead us to affirm without hesitation the mandatory gender training of notaries and notaries, in accordance with the provisions of the Micaela Law, that this training be extended to employees and notary employees, and the consequences of refusal to receive training. Finally, we leave some questions raised with the intention that they serve as a starting point for future reflections and we urge the Associations of Notaries and the Federal Council of Argentine Notaries to assume the commitment of embarking on the path of gender training established by the Law Micaela, mainstreaming the gender perspective.

Keywords: notarized, Micaela law, gender perspective, training.

Resumo: Este artigo começa com uma ligeira menção aos antecedentes da Lei nº 27.499, principalmente o impacto que o feminicídio de Micaela

García produziu na sociedade argentina e a conseqüente luta pela visibilidade das desigualdades e da violência que os movimentos de mulheres vêm realizando. e outros dissidentes sexuais em nosso país. Em seguida, destaca-se a importância da criação do Ministério da Mulher, Gênero e Diversidade pelo Estado Nacional como pasta estadual. Antes de iniciarmos a análise particular da lei no cartório, são delineados alguns marcos importantes que foram citados na base do projeto, a fim de compreender seu espírito. São analisadas as características e sistema de notariado que o nosso país adota, o que nos leva a afirmar sem hesitação a obrigatoriedade de formação de gênero dos notários e notárias, de acordo com o disposto na Lei de Micaela, que esta formação seja extensiva aos colaboradores funcionários e tabeliães, e as consequências da recusa em receber treinamento. Por fim, deixamos algumas questões levantadas com o intuito de que sirvam de ponto de partida para futuras reflexões e instamos as Associações de Notários e o Conselho Federal de Notários da Argentina a assumir o compromisso de embarcar no caminho da formação em gênero estabelecido pela Lei Micaela, integrando a perspectiva de gênero.

Palavras-chave: notariada, lei Micaela, perspectiva de gênero, capacitação.

Résumé: Cet article commence par une légère mention des antécédents de la loi n ° 27.499, principalement l'impact que le féminicide de Micaela García a produit sur la société argentine, et la lutte qui en résulte pour la visibilité des inégalités et de la violence que les mouvements de femmes mènent. et d'autres dissidents sexuels dans notre pays. L'importance de la création du ministère de la Femme, du Genre et de la Diversité par l'État national en tant que portefeuille de l'État est alors soulignée. Avant de commencer par l'analyse particulière du droit chez le notaire, quelques jalons importants qui ont été cités dans les fondements du projet de loi sont esquissés, afin d'en comprendre l'esprit. Les caractéristiques et le système du notaire public que notre pays adopte sont analysés, ce qui nous conduit à affirmer sans hésitation la formation obligatoire en genre des notaires et notaires, conformément aux dispositions de la loi Micaela, que cette formation soit étendue aux salariés et les notaires, et les conséquences du refus de suivre une formation. Enfin, nous laissons quelques questions soulevées dans l'intention qu'elles servent de point de départ à de futures réflexions et nous exhortons les associations de notaires et le Conseil fédéral des

notaires argentins à prendre l'engagement de s'engager dans la voie de la formation en genre établie par la loi Micaela.

Mot-clés: notarié, loi Micaela, perspective de genre, formation.

摘要: 本文首先略述了第 27,499 号法律的前身 主要是米卡埃拉·加西亚 (Micaela García) 的杀害妇女行为对阿根廷社会的影响, 以及随之而来的争夺妇女运动所表现出的不平等和暴力的斗争. 和我们国家的其他异见人士. 接下来, 指出了由国家建立妇女, 性别和多样性部作为国家机构的重要性. 在开始对公证人的法律进行特定分析之前, 先概述了法案基础中引用的一些重要里程碑, 以了解其精神. 对我国采用的公证人的特征和制度进行了分析, 使我们毫不犹豫地肯定了公证人和公证人的强制性性别培训, 这是根据《米卡埃拉法》的规定, 将这种培训扩展到雇员和公证员, 以及拒绝接受培训的后果. 最后, 我们留下一些问题, 以期作为将来思考的起点, 我们敦促公证人协会和阿根廷联邦公证人协会承担起依法建立性别培训之路的承诺. 将性别观点纳入主流

关键字: 公证, 米卡埃拉法律, 性别观点, 培训.

I. Antecedentes de la Ley Micaela

Los colectivos de mujeres y otras disidencias sexuales visibilizan en Argentina y en el mundo las desigualdades de género y todo tipo de violencias hacia las mujeres y disidencias sexuales, organizándose, tejiendo redes, y constituyéndose en movimientos plurales y horizontales portadores de las políticas de género.

Micaela García, una joven entrerriana estudiante de profesorado de educación física de 21 años, militante del Movimiento Evita y del movimiento “Ni Una Menos”, en el año 2017 fue violada y asesinada en Gualeguay (Entre Ríos) por Sebastián Wagner, quien tenía antecedentes penales por violación y se encontraba en libertad condicional, beneficio mal concedido por la Justicia de la provincia de Entre Ríos. Este femicidio, conmocionó, activó y agitó a nuestro país, dando paso al proyecto de ley de capacitación obligatoria en materia de géneros para quienes integren los tres poderes del Estado.

El proyecto de ley mencionado, fue incluido a fines del año dos mil dieciocho en una sesión extraordinaria del Congreso Nacional, a raíz de la conmoción social que había generado una denuncia pública de violación realizada por el colectivo de actrices argentinas, que impulsó de manera urgente una agenda de género, retomando este proyecto que estaba sin mayores avances de tratamiento. En la Honorable Cámara de Diputados de la Nación fue aprobado casi por unanimidad -un solo voto en contra-, y días después por unanimidad de la Cámara de Senadores logra su sanción.

La Ley N° 27.499 o “Ley Micaela” como se la conoce, en honor a Micaela García, es publicada el 10 de enero de 2019, momento en el cuál entra en vigencia. Esta ley que establece la capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado Nacional, surge de la lucha del movimiento de mujeres en Argentina por visibilizar las violencias y desigualdades de género.

II. La Ley Micaela en la actualidad

Tan importante y paradigmático es este movimiento, que luego de las últimas elecciones democráticas llevadas a cabo en nuestro país, las autoridades electas deciden asumir con responsabilidad la problemática estructural y funcional existente, y en garantía de los compromisos internacionales asumidos por Argentina en materia de políticas de género, igualdad y diversidad, crea el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad.

La finalidad primordial de esta Cartera Ministerial es reducir las brechas existentes entre los géneros y acabar con todas las formas de violencia machista en Argentina, aplicando políticas públicas de prevención y erradicación de las violencias de género en todos sus tipos y modalidades.

A principios de julio de 2020, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad presentó el Plan Nacional de Acción contra

las Violencias por motivos de Género 2020-2022, elaborado² en cumplimiento de la obligación establecida en la Ley N° 26.845 (de Protección Integral a las Mujeres) y de las obligaciones que emanan de la legislación y principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, género y diversidad. Este plan, busca fortalecer un nuevo paradigma en la forma de concebir, planificar y ejecutar las políticas públicas con enfoque de género y diversidad basado en la transversalidad. Este plan es el puntapié inicial de un largo camino por recorrer.

III. Fundamentos del proyecto de Ley

Antes de analizar algunos puntos particulares de la Ley, es importante reseñar algunos fundamentos citados en su proyecto de ley. Entre ellos, destacamos la experiencia señalada en el proyecto, referente a una capacitación en género, organizada por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación bajo la dirección de la Ministra Carmen María Argibay. Esta capacitación facilitó material cuyo objeto fue "...que quienes se desempeñan en la Justicia adquirieran las herramientas conceptuales que les permitiera, por un lado, mejorar las relaciones interpersonales, ajustándolas a los estándares internacionales de igualdad y no discriminación, y por el otro, dar una respuesta acorde con el programa constitucional y los tratados internacionales firmados por nuestro país a quienes se presentan al sistema de Justicia". Los resultados compartidos luego de esta experiencia fueron muy interesantes al punto de que sea mencionada por organismos internacionales y replicada en formato taller—por un grupo de personas entrenadas—, logrando llegar aproximadamente a 30.000 integrantes del sistema judicial³.

² La elaboración del Plan se hizo mediante un proceso participativo de todas las regiones del país, de sectores públicos y de la sociedad civil.

³ Según surge de un informe de gestión elaborado por Oficina de la Mujer de la Corte en el año 2015.

Otros antecedentes citados en los fundamentos del proyecto fueron:

a) la ley de Protección integral a las mujeres (ley 26.485 –año 2009), que contiene acciones vinculadas a la capacitación de cada uno de los Poderes del Estado y Ministerios;

b) los Informes de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI (2014)⁴;

c) los casos⁵, a través de los cuales varios Estados han sido objeto de condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la falta de diligencia en la prevención de los asesinatos de mujeres por razones de género (femicidios), disponiendo la obligación de realizar programas de capacitación permanentes dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial. Se menciona asimismo en los fundamentos del proyecto de ley, que la Corte Interamericana precisaba que las capacitaciones deben versar sobre los derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; la protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Advirtiendo a través de la jurisprudencia del Tribunal citado, que la capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino que debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos.

⁴ Insta a los Estados Partes a implementar capacitación permanente con contenidos educativos en violencia contra las mujeres dentro de los planes de formación de servidores públicos.

⁵ González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México -de 2009; caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador-de 2012; Atala Riffo y Niñas Vs. Chile -de 2012; Espinoza Gonzáles Vs. Perú -de 2014.

IV. La Ley Nacional Nº 27.499 o “Ley Micaela”

En su artículo primero instaura la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

El artículo cuarto dispone que las máximas autoridades de los organismos, con la colaboración de sus áreas, programas u oficinas de género si estuvieren en funcionamiento, y las organizaciones sindicales correspondientes, son responsables de garantizar la implementación de las capacitaciones que comenzarán a impartirse dentro del año de la entrada en vigencia de la presente ley.

Para las personas que se negaren sin justa causa a realizar las capacitaciones previstas en la ley, el artículo octavo establece que serán intimadas en forma fehaciente por la autoridad de aplicación. El incumplimiento de dicha intimación será considerado falta grave, dando lugar a la sanción disciplinaria pertinente, siendo posible hacer pública la negativa a participar en la capacitación en una página web.

En cuanto a la autoridad de aplicación, si bien el texto de la ley mencionaba al Instituto Nacional de las Mujeres, hoy en día es el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de Nación.

El artículo décimo de la Ley Micaela invitó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las provincias a adherir. Por ende, dicha ley en principio solo era obligatoria para los poderes del Estado Nacional, debiendo adherir cada provincia y la Ciudad Autónoma. Este artículo resultó primordial y tuvo como objeto de ampliar las instancias de capacitación sobre la temática de género y violencia contra las mujeres en los poderes provinciales. La provincia de Buenos Aires, mediante la Ley 15.134 (publicada el 11/04/2019) adhirió a la Ley Micaela estableciendo la capacitación obligatoria y permanente en perspectiva de género y prevención de las violencias por razones de género para todas

las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por cargo electivo o designación directa. Invita a los municipios a adherir. Su autoridad de aplicación en la provincia es el Ministerio de las mujeres, políticas de géneros y diversidad sexual.

En la actualidad, todas las provincias y aproximadamente 500 municipios han adherido a la Ley Nacional N° 27.499⁶.

V. El notariado y la Ley Micaela

El notario/ria es un/una profesional del derecho en ejercicio o a cargo de una función pública.

El notariado se caracteriza por sus continuas capacitaciones y actualizaciones en todas las temáticas afines. A su vez siempre se encuentra a la vanguardia en el estudio y análisis de innovaciones legislativas y doctrinarias, procurando lograr mayor seguridad jurídica y certeza, evitando en conflicto con su actuar. No obstante ello, es sorprendente que las cuestiones de género, aún no han sido puestas en agenda.

A partir de las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio dictadas por el gobierno nacional para hacer frente a la pandemia Covid-19, instituciones y organizaciones vinculadas con el notariado tanto internacionales como nacionales⁷, y los propios colegios de escribanos, comenzaron una amplia oferta de cursos, charlas, vivos en línea diarios y de variedad de temas, y ninguna oferta vinculada con perspectiva de género, violencia contra las mujeres y otras disidencias, ni capacitación obligatoria establecida por Ley Micaela.

Es inverosímil afirmar que el notariado no se encuentre obligado a capacitarse en género según lo dispuesto por la Ley Micaela. Algo que nos sorprende es que en los fundamentos

⁶ Dato extraído de <https://www.argentina.gob.ar/generos/ley-micaela>. Fecha de consulta 02/08/2020.

⁷ Unión Internacional del Notariado y el Consejo Federal del Notariado Argentino.

del proyecto ley, se mencionan diversos actores que debe recibir capacitación obligatoria en género pertenecientes a los tres poderes del Estado, por ejemplo se encuentran citados sic *“...funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos”, “...jueces, abogados, fiscales y defensores públicos” “...legisladores/as, operadores/as de justicia (jueces/zas, fiscales/as, funcionarios/as legales, comisarios/as de familia) y otros/as funcionarios/as públicos/as, operadores/as de salud, educadores/as, fuerzas militares y policiales, organizaciones sociales y comunitarias de mujeres, centros de atención especializados en violencia y otras públicos similares...”*, *“...implementar capacitación permanente con contenidos educativos en violencia contra las mujeres dentro de los planes de formación de servidores públicos”, “... capacitaciones sobre perspectiva de género a personas de diferentes sectores del Estado...”*, y nada se menciona respecto al notariado.

Cuadra preguntarnos en estas instancias ¿Será que el notariado no se encuentra alcanzado por las disposiciones establecidas en la Ley Micaela?

Para comenzar a analizar la viabilidad o no del alcance al notariado de la capacitación obligatoria, debemos señalar que la forma de gobierno adoptada constitucionalmente por nuestro país es representativa, republicana y federal. Las provincias han delegado algunas cuestiones a la Nación, y se han reservado las restantes, encontrando entre las reservadas las atinentes a la organización del notariado⁸.

Son los y las notarios/rias quienes poseen el poder de dar fe pública, se hallan a cargo de una función pública y son profesionales del derecho. Estas tres características corresponden y son compartidas por los países que forman parte de la Unión Internacional del Notariado.

⁸ Regulando las provincias no solo el acceso a la función, sino también la competencia, deberes, gobierno del notariado, responsabilidades disciplinarias y de ética, su procedimiento y sanciones.

En cuanto a la característica vinculada con la fe pública notarial, ésta es una calidad (autoridad) del instrumento derivada del hecho de la participación del notario/a o de un funcionario/a público/a a quien la ley asigna la potestad de dar fe. Es el Estado el que decide intervenir en las contrataciones privadas para evitar conflictos. Esos negocios jurídicos celebrados entre particulares frente a ese funcionario/a público/a, obtienen mayor valor probatorio, certeza y seguridad jurídica.

La fe pública no es exclusiva del notario/a, pues se hace extensiva a otras personas⁹, que sin ser escribanos/as, asumen la potestad legal de dar fe sobre determinados hechos.

La fe pública primigeniamente le corresponde a los estados provinciales que deciden delegarla en aquellos profesionales¹⁰ que cumplan una serie de requisitos objetivos, subjetivos, personales y morales -a través del acto administrativo de designación¹¹. Luego de la investidura, ya en ejercicio del poder fidefaciente, será el propio Estado el que garantizará y controlará la función llevada a cabo por el notario o la notaria.

La razón fundamental del surgimiento de la fe pública, es la necesidad del Estado de dar certeza a los actos jurídicos celebrados por los particulares. Crea en torno al negocio representado, una sensación de paz, de certeza y contribuye a probar la existencia del acto celebrado.

Por integrar nuestro país la Unión Internacional del Notariado, se define al notario o notaria como “profesional de derecho *a cargo- o en ejercicio- de una función pública*”, adoptando una postura ecléctica o intermedia¹². El único que puede investir

⁹ Como secretarios de juzgados, cónsules, secretarios legislativos, jefes del Registro Civil, funcionarios de los Registros de la Propiedad, oficiales de justicia, inspectores fiscales.

¹⁰ Escribanos/as o abogados/as según regulación de organización del notariado efectuada por cada provincia.

¹¹ Coexisten en Argentina, provincias que tienen registros notariales de número cerrados/limitados y provincias con registros notariales de número abiertos/ilimitados.

¹² En los extremos encontramos la POSICION FUNCIONARISTA: En ella se considera al Notario como un funcionario público del Estado; y la POSICION PROFESIONALISTA: quienes

al notario o notaria de esa función es el estado provincial. Tanto el registro notarial como el protocolo son propiedad del poder ejecutivo provincial. Aunque es importante señalar que no es un funcionario/a público/ca, no recibe sueldo y no se encuentra dentro de la organización jerárquica del estado.

En cuanto a ser profesional del derecho, ésta característica es considerada la más relevante dentro del sistema del notariado latino porque es la que permite diferenciarnos del sistema de notariado anglosajón–sistema notarial que no exige conocimientos del derecho. Ésta característica, lleva al notariado a cumplir cabalmente con su rol de asesoramiento, que necesariamente se vincula con la obligatoriedad de su capacitación incesante -ya que el derecho se halla en continuo cambio y movimiento- asumiendo la responsabilidad de actualizar sus conocimientos de conformidad con las últimas modificaciones de las ramas involucradas en su actividad profesional. Esto ha quedado demostrado claramente a partir del 1 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial Unificado de la Nación, momento a partir del cual el notariado -considerado primer operador jurídico- comenzó inmediatamente a aplicarlo.

Entre las funciones que afronta el notariado, es dable mencionar las funciones “*pública*” y “*social*” que llevan a cabo. La intervención del notario dota de certeza y seguridad jurídica al negocio celebrado entre las partes, evitando posibles litigios. Para ello, se coloca entre las partes como un tercero imparcial. Realizará las denominadas “operaciones de ejercicio” que se encuentran ligadas al documento y son clasificadas de la siguiente manera: rogación, asesoramiento, configuración, legalización, legitimación, redacción, otorgamiento, autorización, autenticación, guarda, conservación y reproducción. Los notarios y las notarias deben actuar con imparcialidad, esto implica

sostienen esta postura entienden que el notario no es un funcionario público, ya que no representa al Estado, no le han sido delegadas facultades del Estado, no percibe un sueldo del Estado, no se encuentra dentro de la organización jerárquica del Estado, no tiene un superior jerárquico a quién responde.

que deben abstenerse de intervenir ante un litigio suscitado entre las partes- ya que en esos casos el ámbito de resolución es el judicial-. No obstante ello, el notario o la notaria debe prestar asistencia adecuada y proteger a la parte contractual más débil, frágil o vulnerable, logrando que ambas partes se posicionen en un pie de igualdad.

Por las consideraciones expuestas es que la primera conclusión de las reflexiones efectuadas, nos llevan a afirmar la aplicación de las disposiciones de la Ley Micaela hacia el notariado, debiendo asumir la responsabilidad de su capacitación en género y violencias contra las mujeres y otras disidencias sexuales a la mayor brevedad posible.

La segunda conclusión es que así como la “Ley Micaela” pone en cabeza de las máximas autoridades de cada repartición, la obligación de poner a disposición de todas las personas bajo su órbita de incumbencia las capacitaciones en género que cumplan con las observaciones internacionales, el notariado no solo debe capacitarse, sino que debe asumir la responsabilidad de capacitar en género y violencias a sus empleados/das, principalmente incorporando la mirada desde la perspectiva de género, proporcionándoles herramientas que les permitan visualizar las desigualdades estructurales de las mujeres y otras disidencias sexuales de modo de generar prácticas transformadoras.

La negativa del notariado a recibir la capacitación en temas de género y violencia contra las mujeres, indefectiblemente lo hará incurrir en responsabilidad disciplinaria, ya que el artículo octavo de la ley lo considera falta grave, pudiendo aplicársele sanción disciplinaria.

VI. Alcances de su implementación al notariado

Respecto a los alcances de la implementación de la Ley Micaela al notariado, y por encontrarse los notarios y notarias inmersos en la realidad que nos rodea, es imprescindible y apremiante incorporar la mirada de género, ello acrecentará

la posibilidad de detección de desigualdades estructurales que producen y reproducen las violencias.

Para ello es fundamental colocarse las gafas de género, sensibilizarse, concientizarse en perspectiva de género y disidencias sexuales, y apreciar la realidad desde esta nueva visión, libre de estereotipos, trasladando la conciencia de género y la igualdad hacia todos los actos de la vida cotidiana, tanto dentro como fuera de las instituciones.

La sociedad, debe asumir la responsabilidad colectiva de transformar hábitos, conductas y costumbres individuales en pos de alcanzar una sociedad más justa, libre de violencias e igualdaditaria.

La sensibilización, la concienciación, la reflexión crítica en torno a prejuicios, estereotipos, prácticas y costumbres vinculadas a modelos culturales binarios y androcéntricos, deben ser revisados a la luz de la perspectiva de género.

No hay dudas de que el notariado argentino viene desarrollando gran cantidad de actividades pedagógicas y de actualización de contenidos, asumiendo la obligación de capacitación permanente en diversas temáticas y que han avanzado a pasos agigantados en cuestiones vinculadas con minorías y/o grupos vulnerables como adultos/as mayores; personas con discapacidad; niños, niñas y adolescentes; migrantes; pero ¿qué sucede en cuanto a la capacitación del notariado en cuestiones de género y violencias?¹³. ¿Estará dispuesto el notariado a asumir este gran reto? ¿Estará actualmente iniciando capacitaciones en políticas de género y disidencias sexuales? ¿Esa capacitación alcanza a tipos y modalidades de violencias contra las mujeres y otras disidencias? ¿Llevarán puestas sus gafas de género los notarios y las notarias en su actuar profesional? ¿Habrán

¹³ Da cuenta de ello que al día de la fecha no existe en las páginas web del Consejo Federal del Notariado, ni en la de los Colegios de Escribanos de Caba y de la provincia de Buenos Aires, ninguna solapa, ventana o publicidad de cursos en la temática que venimos tratando. <http://www.cfna.org.ar/> <https://www.colegio-escribanos.org.ar/> <https://www.colescba.org.ar/portal/> Fecha de consulta de las páginas 03/08/2020.

presenciado, inadvertido o intervenido en situaciones de desigualdad de género? Ante la vivencia de violencia de género, ¿habrán podido detectarlas? ¿habrán podido asesorar mediante la correcta información a la parte débil contractual? ¿Será necesario que el notariado realice algún tipo de denuncia frente a estas situaciones?

VII. Propuestas final

En pos de alcanzar una sociedad más justa, libre e igualitaria, instamos a los Colegios de Escribanos Provinciales y al Consejo Federal del Notariado Argentino a emprender este camino de capacitación dispuesto por la “Ley Micaela”.

En el recorrido obligatorio que deberá realizar el notariado, será conveniente elaborar protocolos contra la violencia de género dentro de los Colegios de Escribanos y Escribanas, avanzar en la paridad de participación de los órganos de gobierno colegidos y en espacios de toma de decisiones, transversalizar la perspectiva de género, incorporar conceptos claves y diversidad de miradas, analizar el marco normativo-tanto nacional como internacional-, y visibilizar las violencias por motivos de género, uniendo esfuerzos con los poderes del estado, siguiendo los lineamientos propuestos por el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación en el “Plan Nacional de Acción contra las violencias por motivos de género (2020-2022)” recientemente presentado.

La (falta de) perspectiva de género en la Ley 14449 de la provincia de Buenos Aires. Reinterpretación de los principios rectores y directrices generales de la Ley de Acceso Justo al Hábitat a partir de instrumentos del Sistema de Naciones Unidas

The (lack of) gender perspective in Law 14449 of the province of Buenos Aires. Reinterpretation of the guiding principles and general guidelines of the Law on Fair Access to Habitat based on instruments of the United Nations System

A (falta de) perspectiva de gênero na Lei 14449 da província de Buenos Aires. Reinterpretação dos princípios norteadores e diretrizes gerais da Lei de Acesso Justo ao Habitat com base nos instrumentos do Sistema das Nações Unidas

Le (manque de) perspective de genre dans la loi 14449 de la province de Buenos Aires. Réinterprétation des principes directeurs et des directives générales de la loi sur l'accès équitable à l'habitat sur la base des instruments du système des Nations Unies

布宜诺斯艾利斯省的第14449号法律中缺乏性别观点根据联合国系统的文书重新解释《公平获得人居法》的指导原则和一般准则

Almendra Aladro¹

Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina

¹ Abogada egresada de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) desde la Convocatoria 2017 para Temas Estratégicos, con lugar de trabajo en el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos "Dra. Alicia Moreau" codependiente de la Comisión de Investigaciones Científicas de la provincia de Buenos Aires y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2658-6794>).

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 320-338
DOI: <https://doi.org/> <https://doi.org/10.24215/25251678e462>
Recibido: 01/09/2020
Aprobado: 15/09/2020

Resumen: Partiendo de la diferencia entre la lucha por la ciudad planteada por Henri Lefebvre y la disputa en el campo jurídico por el derecho a la ciudad, y de la distinción entre la agenda de lucha de las mujeres planteada por las explicaciones de la opresión patriarcal desarrolladas por las feministas materialistas y marxistas y la progresiva conquista de derechos de las mujeres como grupo desaventajado, este artículo propone una exploración de los principios rectores y de las directrices generales de las políticas de hábitat de la Ley 14449 de Acceso Justo al Hábitat desde la perspectiva de género para poder pensar en criterios interpretativos para el derecho a la ciudad de las mujeres. Para reconstruir criterios apropiados, se realizará un análisis de documentos internacionales emanados del Comité de Expertas de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órganos interpretan el contenido de los dos instrumentos internacionales más relevantes en las materias bajo estudio. Los resultados obtenidos confirman la predominancia de los instrumentos internacionales elegidos como los más importantes en materia de derechos humanos de las mujeres y permitieron identificar los criterios buscados.

Palabras clave: desarrollo urbano, derechos de la mujer, sociología urbana, movimiento de liberación femenina

Abstract: Starting from the difference between the struggle for the city proposed by Henri Lefebvre and the dispute in the legal field for the right to the city, and from the distinction between the women's struggle agenda raised by the explanations of patriarchal oppression developed by materialist and Marxist feminists and the progressive conquest of women's rights as a disadvantaged group, this article proposes an exploration of the guiding principles and general guidelines of habitat policies of Law 14449 on Fair Access to Habitat from the perspective of gender

in order to think about interpretive criteria for the right to the city for women. To reconstruct appropriate criteria, an analysis of international documents emanating from the Committee of Experts of the Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights will be carried out, bodies interpreting the content of both most relevant international instruments in the subjects under study. The results obtained confirm the predominance of the international instruments chosen as the most important in the area of women's human rights and made it possible to identify the criteria sought.

Keywords: urban development, womens rights, urban sociology, feminist movements

Resumo: A partir da diferença entre a luta pela cidade proposta por Henri Lefebvre e a disputa no campo jurídico pelo direito à cidade, e pela distinção entre a agenda de luta das mulheres levantada pelas explicações da opressão patriarcal desenvolvidas por feministas materialistas e marxistas e a conquista progressiva dos direitos das mulheres como um grupo desfavorecido, este artigo propõe uma exploração dos princípios norteadores e diretrizes gerais das políticas de habitat da Lei 14449 sobre Acesso Justo ao Habitat a partir da perspectiva de gênero para pensar critérios interpretativos do direito à cidade das mulheres. Para reconstruir os critérios apropriados, será realizada uma análise de documentos internacionais emanados do Comitê de Peritos da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgãos interpretam o conteúdo dos dois instrumentos internacionais mais relevantes nas disciplinas em estudo. Os resultados obtidos confirmam a predominância dos instrumentos internacionais eleitos como os mais importantes na área dos direitos humanos das mulheres e permitiram identificar os critérios procurados.

Palavras-chave: Desenvolvimento urbano, direitos das mulheres, sociologia urbana, movimento de libertação das mulheres

Résumé: À partir de la différence entre la lutte pour la ville proposée par Henri Lefebvre et la contestation dans le domaine juridique pour le droit à la ville, et de la distinction entre l'agenda de lutte des femmes soulevé par les explications de l'oppression patriarcale développées par

féministes matérialistes et marxistes et la conquête progressive des droits des femmes en tant que groupe désavantagé, cet article propose une exploration des principes directeurs et des lignes directrices générales des politiques d'habitat de la loi 14449 sur l'accès équitable à l'habitat du point de vue de genre afin de réfléchir aux critères d'interprétation du droit à la ville des femmes. Pour reconstruire les critères appropriés, une analyse des documents internationaux émanant du Comité d'experts de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sera effectuée, les organes interpréteront les contenu des deux instruments internationaux les plus pertinents dans les matières étudiées. Les résultats obtenus confirment la prédominance des instruments internationaux choisis comme les plus importants dans le domaine des droits humains des femmes et ont permis d'identifier les critères recherchés.

Mot-clés: développement urbain, droits des femmes, sociologie urbaine, mouvement de libération des femmes

摘要: 从亨利·勒费弗尔(Henri Lefebvre)提出的争取城市的斗争与城市权的法律领域的争端之间的区别开始,以及区别于由马克思提出的重男轻女的解释所提出的妇女斗争议程之间的区别唯物主义者 and 马克思主义者的女权主义者以及对处于弱势群体的妇女权利的逐步征服本文提出了从人人享有公平进出生境的第14449号法律中对栖息地政策的指导原则和一般准则的探索性别,以考虑妇女享有城市权利的解释标准为了重构适当的标准,将对《消除对妇女一切形式歧视公约》专家委员会和经济社会文化权利委员会的国际文件进行分析研究对象中两个最相关的国际文书的内容获得的结果证实了被选为妇女人权领域最重要的国际文书的主导地位,并使确定所寻求的标准成为可能

关键字: 城市发展, 妇女权利, 城市社会学, 妇女解放运动

Introducción

Henri Lefebvre en su obra *El derecho a la ciudad* afirma que “lo urbano (...) es el resultado de una historia, de una praxis social, de personas y grupos determinados que realizan esta

obra en condiciones históricas (...)” y, así, “(...)la ciudad como obra, como resultado de esta praxis, así la vida cotidiana se torna obra, apropiación del espacio, uso” (Lefebvre, 1967:68). Si bien la obra del autor fue muy prolífica, considerándose su *opera prima* la titulada *La producción social del espacio*, donde elabora su dialéctica de la producción del espacio social ubicándolo dentro de los medios de producción en lugar de ser sólo el lugar físico donde se desarrolla la lucha de clases, lo cierto es que su obra permaneció bajo las sombras varias décadas y ha sido recientemente revalorizada por los movimientos sociales y el campo académico y político para su disputa en el campo jurídico, en el que, además, pierde su origen de lucha y pasa a vincularse “con lo que el Estado está dispuesto a ceder para la gestión de la ciudad, teniendo así un entendimiento limitado del concepto” (Canestraro, 2016:60).

El sociólogo francés, no obstante, la revolución que generó con sus escritos en el mundo académico, relegó a las mujeres en sus análisis. Afirma Ana Falú que “las mujeres permanecerán invisibles en las ciudades, relegadas al ámbito privado del hogar, lo que tendrá sustento en la fuerte división del trabajo sexual imperante” (Falú, 2016:160), afirmación en la que se encuentra latente la dicotomía público/privado como eje estructurante de las desigualdades urbanas basadas en género. En este razonamiento, “las ciudades no son percibidas ni usadas de la misma manera por hombres y mujeres” ya que las mujeres “acceden a los bienes y servicios públicos de manera distinta, combinando trabajo productivo y reproductivo” (Falú, 2016:163).

Una de las posibles explicaciones respecto a la postura de Lefebvre respecto al androcentrismo de las ciudades y su temor a una ginocracia urbana por reacción a la histórica violencia masculina puede esbozarse a partir de las observaciones de Silvia Federici a Karl Marx, particularmente al lugar y el desarrollo de la reproducción simple en *El capital* (Federici, 2018). La simplificación del lugar de las mujeres en las ciudades es, en

consecuencia, arrastrada a la lucha por lo urbano y, el rol del Estado en el reconocimiento de las demandas de las mujeres también puede leerse en clave de la voluntad de ceder parte de la gestión disputada.

Partiendo de la diferencia entre la lucha por la ciudad planteada por Henri Lefebvre y la disputa en el campo jurídico por el derecho a la ciudad, y de la distinción entre la agenda de lucha de las mujeres planteada por las explicaciones de la opresión patriarcal desarrolladas por las feministas materialistas y marxistas y la progresiva conquista de derechos de las mujeres como grupo desaventajado (Saba, 2016), este artículo propone una exploración de los principios rectores (artículos 10 a 14 inclusive) y de las directrices generales de las políticas de hábitat (artículos 15 a 16 inclusive) de la Ley 14449 de Acceso Justo al Hábitat desde la perspectiva de género para poder pensar en criterios interpretativos para el derecho a la ciudad de las mujeres.

I. Transversalidad de la perspectiva de género en el derecho en general y en la política pública en particular

El *gender mainstreaming* propone objetivos de igualdad de oportunidades entre mujeres y varones mainstreaming en las políticas principales del Estado (Rodríguez Gustá & Caminotti, 2016), aunque a lo largo de los años se ha complejizado al ser considerado simultáneamente estrategia de efectivización y enfoque de género (Rigat-Pflaum, 2008; Rodríguez Gustá & Caminotti, 2010, 2016; Pautassi, 2011; Gelambí Torrell, 2015). Los instrumentos internacionales que incorporan como derecho humano (y como obligación del Estado) la igualdad entre varones y mujeres son el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Pautasi, 2011).

La Plataforma de Beijing del año 1005 es un compromiso internacional transversal que propone el apoyo de políticas

activas y visibles que integren coherentemente la perspectiva de género en todas las políticas públicas y programas institucionales. Es particularmente significativa para América Latina, región donde los movimientos feministas de carácter reformista depositado la satisfacción de sus reclamos ante los Estados (Rodríguez Gustá & Caminotti, 2016).

Otro logro de Beijing es el concepto de empoderamiento o *empowerment* que consiste en tener en cuenta las dificultades para la erradicación de la discriminación contra las mujeres y pretende lograr su acceso a la toma de decisiones, el poder, los recursos y un ejercicio real de su autonomía (Pautasi, 2011).

II. La Ley 14449 de Acceso Justo al Hábitat de la Provincia de Buenos Aires

La Ley 14449 de la provincia de Buenos Aires reconoce el “derecho a la ciudad” de las y los habitantes de la provincia de Buenos Aires, como una suerte de “base teórica del texto legal” (Comisión de Hábitat UNLP, 2014:46), mediante una suerte de declaración de derechos y cláusulas destinadas a criterios básicos de diseño de políticas públicas, control de procesos de producción del suelo, directrices de integración socio-urbana, obtención de financiamiento, pautas de zonificación, participación estatal en las valorizaciones inmobiliarias y creación de organismos especiales y refuncionalización de los ya existentes. Como norma jurídica, constituye un hito a nivel nacional al poner en marcha un derecho humano emergente (Guillén Lanzarote, 2011) que se presenta como superador y contenedor del derecho a la vivienda (Pisarello, 2011) y del propio derecho al hábitat, si bien existe más de una forma de conceptualizar la forma de reconocimiento jurídico y el alcance del mismo.

1. Principios rectores (artículos 10 a 14 inclusive)

La Comisión de Hábitat de la UNLP (2014) define a los principios rectores consagrados enumerados en el artículo 10

de la ley como “directrices políticas que suponen una preferencia axiológica y proponen un objetivo que debe ser alcanzado” (p.45). Asimismo, los principios tienen la función de orientar y limitar a quienes aplican las normas pudiendo, además, crear derecho o ampliar e interpretar con más precisión a las normas ya vigentes. En este orden de ideas:

Utilizando los principios, la aplicación de la Ley de Justo Acceso al Hábitat debe lograr una adecuación normativa a los nuevos estándares legales y convencionales, como así también alcanzar un aumento en la calidad democrática de la vida social urbana, y por supuesto una mayor justicia atento las nuevas obligaciones para el estado y la comunidad en su conjunto, en pos de alcanzar un aumento en calidad de vida de los habitantes bonaerenses (Comisión de Hábitat UNLP, 2014:45).

El artículo 11 de la Ley consagra el primer principio rector, “Derecho a la Ciudad y a la Vivienda”, y lo entienden con el siguiente contenido: a) un lugar adecuado para vivir en condiciones que favorezcan la integración plena a la vida urbana; b) acceder a los equipamientos sociales, a las infraestructuras y a los servicios; c) desenvolver apropiadamente las actividades sociales y económicas; y d) usufructuar un hábitat culturalmente rico y diversificado.

La función social de la propiedad inmueble también es erigida como principio rector en el artículo 12, entendiéndose que ésta se configura cuando respeta las exigencias y determinaciones expresadas en las Leyes y normas generales, así como en las regulaciones de la producción del hábitat, con el fin de garantizar, a saber: a) la calidad de vida; b) el uso ambientalmente sostenible del territorio; y c) la justicia social.

La gestión democrática de la ciudad como principio rector es comprendida como un proceso de toma de decisiones individual y colectivo, con especial contemplación de las organizaciones o asociaciones civiles que fomenten el acceso al hábitat y a la vivienda, y en el que la participación sea activa, protagónica, deliberante y autogestionada (artículo 13, Ley 14449).

Por último, el artículo 14 delimita como cuarto principio rector a la utilización justa y razonable de la facultad regulatoria por parte del Estado, a nivel provincial y municipal, en los procesos de planificación y ordenamiento urbano, con el objeto de evitar producir desigualdades que fomenten la concentración del suelo.

2. Directrices generales de las políticas del hábitat (artículos 15 a 16 inclusive)

La Comisión de Hábitat de la UNLP (2014) las conceptualiza como el conjunto de instrucciones o normas generales que “deberán atravesar todas las prácticas destinadas a desarrollarse en el espacio urbano habitacional integrándolas con los parámetros de calidad establecidos” (p. 65). En estos artículos se establecen especificaciones que deben ser tenidas en consideración a la hora de aplicar la norma que sirven para delimitar y unificar criterios de calidad a través de un mínimo aceptable (Comisión de Hábitat UNLP, 2014).

El artículo 15 de la ley establece los parámetros de calidad para la vivienda y el hábitat, mientras que el artículo 16 determina las directrices generales que deberán seguir los planes, estrategias, programas, operatorias, proyectos y normas que conforman las políticas de vivienda y hábitat.

Tabla 1: **Parámetros de calidad para la vivienda y el hábitat conforme el artículo 15 de la Ley 14449 de la provincia de Buenos Aires.** Elaboración propia (2020).

Criterios para la localización de los proyectos habitacionales	<ul style="list-style-type: none"> • Densificación • Consolidación • Completamiento • Aprovechamiento racional de las inversiones en equipamientos y redes de servicios. • Integración socio espacial. • Mixtura de usos y actividades. • Riqueza y complejidad de la vida urbana.
Criterios de priorización para el emplazamiento de proyectos habitacionales	<ul style="list-style-type: none"> • Cercanía a las áreas de centralidad • Facilidades de accesibilidad y conectividad • Nivel de consolidación urbana

Niveles de habitabilidad de la vivienda	<ul style="list-style-type: none"> • Calidad constructiva • Parámetros de ventilación e iluminación • Posibilidades de crecimiento progresivo y adaptabilidad al desarrollo futuro
Calidad en el tratamiento del espacio público y la integración a las áreas circundantes	---
Niveles básicos de cobertura	<ul style="list-style-type: none"> • Infraestructura • Servicios • Equipamientos social • Accesibilidad del transporte público
Diseño edilicio bajo pautas de eficiencia y ahorro energético	---
Respeto a las normas de diseño sobre accesibilidad para personas con discapacidad ² .	---

Tabla 2: **Directrices generales de las políticas de vivienda y hábitat conforme el artículo 16 de la Ley 14449 de la provincia de Buenos Aires.** Elaboración propia (2020).

Promoción de la justa distribución de las cargas y de los beneficios generados por el proceso de urbanización	---
Fortalecimiento de la regulación pública sobre el suelo urbano	<ul style="list-style-type: none"> • Desaliento de prácticas especulativas • Instrumentos • De recuperación • De redistribución social

² La Ley utiliza el término “personas con necesidades especiales”, el cual no es acorde al modelo social de la discapacidad vigente en nuestro país a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Diseño e implementación de un abordaje integral	<ul style="list-style-type: none"> • Vinculación solidaria • Instrumentos urbanísticos • Herramientas de gestión del suelo • Operatorias de urbanización y vivienda
Fomento permanente de la participación de la población y de las asociaciones representativas de los diferentes sectores de la comunidad	<ul style="list-style-type: none"> • Fomulación • Ejecución • Evaluación • Seguimiento
Impulso a la integración sociourbana y a la regularización de la tenencia de la tierra en vilas y asentamientos precarios	----
Diversificación y promoción de la pluralidad de las respuestas	-----
Incorporación y revalorización de las experiencias organizativas y prácticas de los sectores populares	<ul style="list-style-type: none"> • Estímulo a procesos de autogestión • Apoyo a la investigación • Apoyo a la experimentación y desarrollo de tecnologías
Evaluación constante y periódica	<ul style="list-style-type: none"> • Políticas • Acciones

III. Marco metodológico

A los fines de generar un marco interpretativo que permita poner en diálogo a la normativa bajo análisis con la perspectiva de género en clave estatal se realizó un relevamiento inicial tanto del Sistema de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se decidió conservar el primer sistema para la selección de los documentos a analizar, dado que el Sistema Interamericano ha abordado la cuestión de género principalmente a partir de casos de violencia contra las mujeres y no en miras a la construcción de estándares generales que permitan interpretar los derechos de los sujetos y las obligaciones de los Estados desde la perspectiva de género.

Una vez elegido el Sistema de Naciones Unidas, se prefirió escoger los documentos emanados del Comité de Expertas de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW) y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC), dado que ambos órganos interpretan el contenido de los dos instrumentos internacionales más relevantes en las materias que se trabajan en este artículo.

La selección de documentos a analizar de cada órgano se realizó a través de una suerte de “cruce” de criterios; así se consideraron los documentos del Comité de la CEDAW que abordaran Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y se eligieron instrumentos del Comité DESC que incorporaran la perspectiva de género de forma transversal, esto es, estandarizándola como criterio para la interpretación de los derechos consagrados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De esta manera, se seleccionaron para el análisis documental: a) El Dictamen respecto de la Comunicación 19/2008 del Comité de Expertas de la CEDAW³; y b) las Observaciones Generales N° 7⁴ y 16⁵ del Comité DESC.

IV. Resultados

1. Comité de la CEDAW

La Comunicación 19/2008 llegó al Comité de Expertas fue presentada por Cecilia Kell, una mujer indígena perteneciente a la comunidad Rae-Edzo (Territorios del Noroeste de Canadá). La autora había sido víctima de violencia doméstica perpetrada por su pareja e intentó acceder a una vivienda asignada a su comunidad a través de un programa estatal especial para dicha población, pese a lo cual el Departamento de Vivienda le aconsejó que

³ CEDAW/C/D/19/2008.

⁴ E/1998/22.

⁵ E/C.12/GC/21

incluyera a su compañero como cónyuge y solicitara una unidad familiar, denegándole así su derecho exclusivo, en connivencia con su compañero quien, tiempo después, figuraba como único titular de la propiedad tras una nueva maniobra fraudulenta. Tras refugiarse en un albergue para mujeres maltratadas, su abogado le comunicó que había sido desalojada de su hogar y que corría el riesgo de ser detenida y acusada penalmente si volvía a entrar en el inmueble. Como resultado de ello, la mujer y sus tres hijos carecieron de vivienda durante varios años, estuvieron obligados a vivir separados durante un período prolongado y, como consecuencia de ese desalojo, se vieron afectadas sus posibilidades de conseguir y mantener un empleo.

En su Dictamen por mayoría el Comité analizó que la autora estableció “una distinción basada en el hecho de que era una mujer aborígen víctima de violencia doméstica, lo que planteó claramente en su primer proceso judicial contra su compañero, y que esa violencia tuvo por efecto impedir el ejercicio de su derecho de propiedad” (punto 10.2) situación que, conforme la Recomendación Nº 28, debe ser entendida desde la interseccionalidad para delimitar el alcance y contenido de las obligaciones de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención. Dado que la autora de la comunicación es una mujer aborígen en una situación vulnerable, el Estado parte “tiene la obligación de asegurar la eliminación efectiva de la discriminación múltiple” (punto 10.3).

En este caso, además, se toman en consideración la participación dolosa de una de las agencias del Estado canadiense que llevó a la pérdida de la titularidad del contrato por parte de la mujer y que dejó como beneficiario a su pareja que, por otro lado, no reunía con los requisitos legales para acceder a ese plan de vivienda y, por otro lado, los obstáculos en el acceso a la justicia de la autora de la comunicación.

El Estado canadiense incurrió en la violación del artículo 16 de la CEDAW ya que, si bien no contaba en su legislación con una ley discriminatoria en sentido formal que colocara a las

mujeres por debajo de los hombres en los términos del, a través de un funcionario encargado de las relaciones con los inquilinos del Departamento de Vivienda de Rae-Edzo informó a la autora de que se examinaría la solicitud de vivienda de su compañero si se añadía el nombre de ella. Ello, sumado a que 1) los hechos de violencia sufridos por la autora nunca fueron discutidos por el Estado parte; 2) su pareja limitó su capacidad de tener independencia económica; 3) fue desalojada de su hogar mientras buscaba protección frente a la violencia doméstica en un albergue para mujeres maltratadas; y 4) conforme la información presentada por el Estado parte, se consideraron tanto los ingresos de la autora como los de su pareja para la determinación de la aplicabilidad al Programa de alquiler con derecho a compra de los Territorios del Noroeste y, no obstante, cuando se eliminó su nombre del contrato de alquiler con derecho a compra, la Sociedad de Vivienda de los Territorios del Noroeste no tuvo en cuenta su aporte ni le comunicó de tal acto.

Tras estas consideraciones, el Comité recomendó con respecto a la autora de la comunicación 1) proporcionarle una vivienda comparable en calidad, ubicación y tamaño a aquella de la que se vio privada; 2) proporcionarle una indemnización pecuniaria adecuada por los daños materiales y morales acorde con la gravedad de la violación de sus derechos; y, en general, se le recomendó al Estado canadiense 1) Contratar y capacitar a más mujeres aborígenes para que presten asistencia jurídica a otras mujeres de sus comunidades sobre, entre otros temas, la violencia doméstica y los derechos de propiedad; y 2) revisar su sistema de asistencia letrada para asegurar que las mujeres aborígenes que sean víctimas de violencia doméstica tengan acceso efectivo a la justicia.

2. Comité DESC

El punto 2 de la Observación General 16 del Comité expresamente declara que el artículo 3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no sólo prohíbe la discriminación

por motivos de sexo sino que implica el deber de reconocer expresamente estos derechos a hombres y mujeres en pie de igualdad arbitrándose “los medios adecuados para garantizar a la mujer la posibilidad de ejercer sus derechos”. Además, dicha norma, junto con el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto no constituyen disposiciones de carácter autónomo, sino que es necesario su lectura conjunta “con cada derecho específico garantizado en la parte III del Pacto”.

Asimismo, los Estados Partes tienen el deber de respetar el principio de la igualdad “*en la ley y ante la ley*” (punto 9), teniendo que velar en el ejercicio de la actividad legislativa por la promoción del goce igualitario de los derechos económicos, sociales y culturales, y en la aplicación de la ley por igual a varones y mujeres en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

La Observación, asimismo, diferencia entre discriminación directa e indirecta, definiendo a la primera como aquella que se presenta cuando la diferencia de trato entre los sujetos se basa de forma exclusiva en el sexo, mientras que la segunda es la que se produce al momento de la aplicación de una ley, principio o programa que, en apariencia, no tiene carácter discriminatorio (punto 13). Sobre este segundo tipo de discriminación, trae el ejemplo de la situación desfavorable de las mujeres respecto de los hombres respecto al disfrute “de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes”, concluyendo que la aplicación de “una ley neutra en cuanto al género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla”. En este orden de ideas, dentro de las disposiciones que el Estado debe adoptar dentro de la obligación de cumplir se incluye la de elaborar y ejecutar políticas y programas a largo plazo en materia de ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad.

La Observación General Nº 7 también es de relevancia para las normas que para las cuales se pretende dar criterios interpretativos en este artículo, ya que en su punto 10 afirma que las mujeres son un grupo particularmente vulnerable a los

desalojos forzosos “a causa de la discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda” e indica, además, que la interpretación conjunta del derecho a una vivienda adecuada y del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto impone a los Estados Partes “la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación”.

A partir de la Observación General N° 16 el Comité trasversaliza la perspectiva de género a la interpretación de los derechos económicos, sociales y culturales.

V. Discusión

En el campo del Estado, las declaraciones que pretenden incorporar al ordenamiento jurídico demandas de trascendencia fundamental para la clase obrera, como es el caso del derecho a la ciudad, se encuentran con las limitaciones propias de la falta de una decisión política que implica descartar las lógicas mercantilistas de la producción de lo urbano y poner en marcha procesos socioeconómicos independientes de las condiciones materiales. Así, el derecho a la ciudad es un derecho de contenido “vacío” que se vincula con el derecho a la propiedad privada aunque no lo condiciona ni compite con él, en tanto ésta última tiene su fundamento en las mismas relaciones sociales que el ordenamiento jurídico institucionaliza y protege en este momento histórico del modo de producción capitalista por lo que, además, cuenta con el aparato represivo para su defensa, mientras que el primero busca “una regulación de las relaciones que determinan socialmente el acceso y el goce de los bienes de la urbanización y que se da, concretamente, dentro de una relación *jerárquica* de derechos” (Pírez, 2019:14-15).

El mismo análisis podemos hacer respecto de la agenda de lucha de las mujeres trabajadoras y su reconocimiento legal. La situación de las mujeres, desde el punto de vista legal, puede

leerse en la clave propuesta por Roberto Saba (2016), quien desplaza la noción de “grupos vulnerables” por la de “grupos desaventajados”. Desde esta perspectiva, da cuenta de la existencia de colectivos de personas que, en relación directa con esa pertenencia, se encuentran excluidos del acceso a derechos en virtud de relaciones de opresión que los convierten en sometidos, ya sea por otros grupos o por el resto de la sociedad a partir de prejuicios, prácticas sociales complejas y sistemas de creencias. Como estrategia, los movimientos feministas han buscado la transversalización de la perspectiva de género o *gender mainstreaming* en las políticas públicas en los términos de la Plataforma de Acción de Beijing (Rodríguez Gustá & Caminotti, 2016).

Ante la falta de dispositivos legales fuertes y de permanencia con independencia de las gestiones políticas del Estado, la igualdad de oportunidades se convierte en declaraciones de buena voluntad sin estructura ni presupuesto específico que terminan asociando la cuestión de género a expresiones de extrema violencia, como violencia física, abuso sexual y femicidio (Aladro, 2019b; 2020). Este abordaje del emergente de la desigualdad estructural excluyendo las condiciones materiales de existencia genera que leyes como la que se analiza en este artículo no den cuenta de estrategias de género para el cumplimiento de sus metas y objetivos programáticas. En particular, al ser el acceso justo al hábitat parte de la categoría conocida como Derechos Económicos, Sociales y Ambientales, la situación de las mujeres se encuentra agravada ante la feminización de la pobreza, terminología acuñada por Diana Pearce en 1978 y que tuvo su mayor desarrollo teórico en la década del 80' en Estados Unidos desde las investigaciones feministas sobre la regresión en materia de derechos sociales (Aguilar, 2011). En este orden de ideas, son conocidos los informes de la CEPAL sobre el impacto del aumento de la pobre en las mujeres y conocidas las preocupaciones a nivel internacional ocasionan, entre otras problemáticas, la inseguridad en la tenencia de la vivienda.

El acceso y goce a los bienes de la urbanización tiene, además, un sesgo de género sustentado en la división sexual del

trabajo y que se reflejan en prácticas urbanas que combinan producción y reproducción (Falú, 2016). Este sesgo se profundizó con la pauperización de las mujeres trabajadoras durante la transición al capitalismo, ya que tuvo un correlato espacial y legal que resultó en el despojo de poder social a las mujeres, que se consolidaría con el advenimiento de las revoluciones burguesas (Federici, 2010). Si bien la lucha de las mujeres logró a lo largo de la historia conquistas legales para la mejora de su situación formal frente a los varones, las relaciones de dominación se perpetúan y la producción de las ciudades continúa excluyéndolas, lo cual se transforma en una contradicción en los usos del espacio urbano (Aladro, 2019a).

VI. Conclusiones

La primera observación que surge del repaso rápido de la normativa provincial que se ha desglosado es la ausencia de dispositivos protectorios de grupos vulnerables, con la excepción de las personas con discapacidad que, además, son nombradas

La comunicación analizada por el Comité de Expertas de la CEDAW, quitando la arista de corrupción entre la pareja violenta y la agencia estatal correspondiente, hubiese sido un caso para el cual la provincia de Buenos Aires no hubiera tenido las herramientas burocráticas ni normativas para dar una solución acorde a las obligaciones internacionales del Estado argentino, no sólo por la ausencia de perspectiva de género en el cuerpo normativo específico en materia de hábitat, sino porque, lamentablemente, la tendencia al vaciamiento de las políticas de género y a su cortoplacismo hubieran dejado a la víctima en un estado de indefensión y vulneración de derechos.

En cuanto a las Observaciones Generales del Comité DESC, la ley se encuentra aún más atrasada, máxime cuando, a partir de la Observación General N° 16, el órgano ha ido progresivamente incorporando la perspectiva de género en todas sus interpretaciones de derechos, varios de los cuales se encuentran en el cuerpo de la norma en cuestión.

Los resultados obtenidos, además, confirman la predominancia del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención para la Erradicación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres como los instrumentos internacionales más importantes en materia de derechos humanos de las mujeres (Pautasi, 2011).

Desde la perspectiva asumida, se extraen como horizontes interpretativos de la legislación bajo comentario desde una perspectiva de género los siguientes:

- El deber del Estado de arbitrar los medios adecuados para garantizar a la mujer la posibilidad de ejercer sus derechos.
- La obligación del Estado de cumplir se incluye la de elaborar y ejecutar políticas y programas a largo plazo en materia de ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad.
- La posible generación de situaciones desfavorables a las mujeres respecto de los hombres respecto al disfrute de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes en razón del género.
- El conocimiento de las comunidades receptoras de las políticas de hábitat y vivienda desde el punto de vista de las mujeres para evitar sesgos androcéntricos.
- El derecho de acceso a la justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres.

En definitiva, lo que aquí se propone es sumar para la interpretación a los principios y directrices de la Ley de Acceso Justo al Hábitat a través de la discusión de los resultados obtenidos y con la aclaración de que las fórmulas del Estado en el modo de producción capitalista no reconocen (ni reconocerán) el plan de lucha del proletariado, sino que serán el resultado de la negociación que el mismo decida llevar adelante y de cuáles sean las cesiones que se encuentre dispuesto a conceder.

The background is a complex, abstract composition of overlapping, semi-transparent text and shapes. The colors are primarily blue, black, and white, with some yellow and green accents. The text is in various fonts and sizes, some appearing as large, bold letters and others as smaller, more intricate patterns. The overall effect is a dense, layered visual field.

**COMENTARIO A
JURISPRUDENCIA**



Voz

“...¿Soy el público que contempla a un actor mudo, y que le devuelve, con las simetrías implacables de un espejo, sus representaciones; y que, sin embargo, a veces celebra la risa de viejo ventrílocuo que le emerge –espasmódica, sigilosa y fría- del centro del cuerpo?

Yo, ¿quién soy?...”

Andrés Rivera

de tumor en la lengua
está hecho el tiempo
podredumbre
de podrida lengua
el ocaso
este es el silencio
el silencio es el tiempo
el silencio el ocaso
la lengua el fuego
el dolor del silencio
podredumbre el tiempo
el silencio el silencio

Autor: *Juan Martín González Moras*

Arte de la portada: **Ro Barragán**

Más allá del azul. Lecturas restrictivas de derechos sociales: sindicalización policial y penitenciaria ante la Corte Suprema

Beyond blue. Restrictive interpretations on social rights: police officers' and corrections officers' unions before the Supreme Court

Além do azul. Leituras restritivas dos direitos sociais: sindicalização policial e carcerária perante o Supremo Tribunal Federal

Au-delà du bleu. Lectures restrictives des droits sociaux: syndicalisation de la police et des prisons devant la Cour suprême

超越蓝色. 限制性阅读社会权利: 最高法院的警察和监狱工会

*Horacio Javier Etchichury*¹

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 341-379

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e463>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba [UNC], Argentina (2010). Master of Laws, Yale Law School, Estados Unidos (2004). Licenciado en Comunicación Social (1997) y Abogado (2000), UNC. Profesor Adjunto, Facultad de Derecho, UNC. Investigador Adjunto, CONICET. Director de GIDES (Grupo de Investigación en Derechos Sociales). Académico Visitante en Southwestern University School of Law (Los Ángeles, 2001), Goethe-Universität Frankfurt Am Main (2008) y Universidad Carlos III de Madrid (2014). (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4169-6270>).

Resumen: Este artículo analiza “SIPOBA”, una decisión de 2017 de la Corte Suprema argentina. El fallo negó –por mayoría– el derecho del personal policial a constituir un sindicato. El voto mayoritario se basó en una lectura restrictiva de derechos constitucionales, a partir de discursos emitidos en la Convención reformadora de 1957. Además, la mayoría admitió la supresión del derecho a sindicalizarse a través de decreto del Ejecutivo provincial, a pesar de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentido contrario. Las disidencias, en cambio, declararon inconstitucional ese decreto, sosteniendo la interpretación hecha por la Corte Interamericana sobre las cláusulas aplicables de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el artículo también se analiza un reciente caso sobre la solicitud de personal penitenciario para formar un sindicato. En general, revisamos críticamente los argumentos de la mayoría y de la disidencia en ambos casos, a fin de identificar patrones interpretativos y distinguir cuáles de esos argumentos pueden ser utilizados en futuros casos sobre derechos sociales.

Palabras clave: Corte Suprema – Libertad sindical – Personal policial – Personal penitenciario

Abstract: This article analyzes “SIPOBA”, a 2017 majority decision by Argentina’s Supreme Court. The ruling denied police officers the right to form a union. The majority opinion rested on a restrictive reading of constitutional rights, based on speeches at the 1957 constitutional convention. In addition to that, the majority upheld suppressing the police officers’ freedom of association by means of a local Executive decree, in spite of an Inter-American Court of Human Rights advisory opinion. Dissenters, on the contrary, ruled that local decree unconstitutional, while embracing the Inter-American Court’s construction of applicable clauses from the American Convention on Human Rights. A recent case on correctional officers’ request to form a union is also analyzed. This article critically reviews arguments used by the majority and the dissents in both cases, in order to identify interpretation patterns and to single out which of those arguments can be used in future cases on social rights.

Keywords: Supreme Court, Freedom of association , Police officers, Corrections officers

Resumo: Este artigo analisa o “SIPOBA”, uma decisão de 2017 do Supremo Tribunal da Argentina. A decisão negou - por maioria - o direito dos policiais de formar um sindicato. A maioria dos votos baseou-se em uma leitura restritiva dos direitos constitucionais, com base em discursos proferidos na Convenção da Reforma de 1957. Além disso, a maioria admitiu a supressão do direito de sindicalização por decreto do Executivo provincial, apesar de parecer consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos em contrário. Os dissidentes, por sua vez, declararam este decreto inconstitucional, mantendo a interpretação feita pela Corte Interamericana das cláusulas aplicáveis da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O artigo também analisa um caso recente sobre a solicitação de funcionários penitenciários para formarem um sindicato. Em geral, revisamos criticamente os argumentos da maioria e dos dissidentes em ambos os casos, a fim de identificar padrões interpretativos e distinguir quais desses argumentos podem ser usados em casos futuros sobre direitos sociais.

Palavras-chave: Supremo Tribunal, liberdade de associação, pessoal policial, pessoal prisional

Résumé: Cet article analyse «SIPOBA», une décision de 2017 de la Cour suprême argentine. La décision a nié - à la majorité - le droit des policiers de former un syndicat. Le vote à la majorité reposait sur une lecture restrictive des droits constitutionnels, sur la base des discours prononcés dans la Convention réformatrice de 1957. En outre, la majorité a admis la suppression du droit de se syndiquer par un décret de l'exécutif provincial, malgré un avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme à l'effet contraire. Les dissidents, en revanche, ont déclaré ce décret inconstitutionnel, confirmant l'interprétation faite par la Cour interaméricaine des clauses applicables de la Convention américaine des droits de l'homme. L'article analyse également un cas récent concernant la demande du personnel pénitentiaire de former un syndicat. En général, nous examinons de manière critique les arguments de la majorité et de la dissidence dans les deux cas, afin d'identifier des modèles d'interprétation et de distinguer lesquels de ces arguments peuvent être utilisés dans de futurs cas sur les droits sociaux.

Mot-clés: Cour suprême, liberté d'association, personnel de police, personnel pénitentiaire

摘要: 本文分析了阿根廷最高法院2017年的一项裁决“SIPOBA”.该裁决在大多数情况下剥夺了警察组成工会的权利.多数表决基于对宪法权利的限制性阅读是基于1957年《改革公约》的讲话此外尽管有咨询意见但大多数人还是承认通过省行政长官的法令压制了工会权利美洲人权法院的裁决相反另一方面,持不同政见者宣布该法令违宪并坚持美洲法院对《美洲人权公约》适用条款的解释文章还分析了最近有关监狱工作人员要求成立工会的案件总的来说我们严格审查两种情况下的多数派和持不同政见者的论点以便确定解释模式,并区分出这些论点中的哪些论点可用于以后的社会权利案例中

关键字: 最高法院, 结社自由, 警务人员, 监狱人员

I. Introducción

La decisión de la Corte Suprema en “SIPOBA”² trata una cuestión difícil por sus proyecciones, su impacto político y ciertas confusiones en torno al punto en juego. Existe un largo debate –dentro y fuera de nuestro país– sobre las ventajas y riesgos de habilitar la organización sindical en el ámbito policial³. Diversos proyectos en tal sentido se han presentado en el Congreso durante los últimos 15 años⁴ y la cuestión llegó a

² Corte Suprema de Justicia de la Nación (11 de abril de 2017). “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales”. CSJ 090/2010 (46-S)/CS1. Fallos, 340:437.

³ En Estados Unidos, la American Federation of Labor rechazó –durante las primeras dos décadas del siglo XX– las peticiones de policías que buscaban organizarse sindicalmente: se consideraba que ese personal estaba controlado por fuerzas enemigas del movimiento obrero (Heustis, 1958). En el medio siglo siguiente las asociaciones policiales consolidaron su poder y sus recursos (Juris, 1971). Analizando el caso estadounidense, Levin (2020) resume las críticas a los sindicatos policiales de aquel país: se trata de organizaciones conservadoras, opuestas a cualquier reforma judicial o de la seguridad, dedicadas a proteger a sus integrantes de cualquier investigación por conductas abusivas, violentas o discriminatorias; sin embargo, Levin explica que tales problemas derivan realmente del personal policial, no de los sindicatos en sí mismos.

⁴ Ya en 2004 los diputados Eduardo Macaluse, Marta Maffei, María Monteagudo, Marcela Rodríguez, María Ríos y José Roselli presentaron un proyecto (expediente 3728-D-2004) para modificar la ley 23.551 y habilitar los derechos sindicales de integrantes de fuerzas de

los tribunales. El planteo discutido en el fallo, por otra parte, involucraba a una fuerza de seguridad de enorme importancia, por su número de integrantes y despliegue territorial (Hathazy y Frederic, 2018). En los cinco años previos a la sentencia, el personal de varias fuerzas de seguridad provinciales y federales había lanzado movilizaciones y reclamos, algunos calificados por las autoridades como “inéditos” (Frederic, 2015). Su altísima exposición pública repercutió políticamente (Galar, 2018). En algunos casos, como el motín policial cordobés de 2013, la protesta de sectores uniformados fue acompañada por saqueos y violencia colectiva, desatados ante la ausencia del control estatal (Scribano y Londero, 2017). Por ello, persiste cierta confusión entre la sindicalización policial y la huelga de personal uniformado, tratadas como cuestiones inseparables. En tanto, como explican Juliano y Vargas (2017), hay posturas que favorecen el “autogobierno” de las fuerzas de seguridad, mientras que otras –incluso con argumentos aparentemente progresistas– niegan derechos a la planta policial, lo que hace difícil lograr una seguridad democrática.

El 11 de abril de 2017, la Corte Suprema –por mayoría– estableció que el personal de la policía bonaerense no tiene derecho a constituir un sindicato. En este trabajo no nos proponemos discutir la conveniencia o inconveniencia de la sindicalización de quienes integran fuerzas de seguridad. Nuestro objetivo es analizar el fallo emitido por la Corte Suprema, distinguiendo los argumentos y pautas de interpretación usados, a fin de señalar sus puntos débiles, y reconocer cuáles podrían extenderse a

seguridad. Un proyecto de 2010, referido al personal de Policía Federal, lleva las firmas de Patricia Bullrich, Fernando Iglesias, Griselda Baldatta, e Hilma Re (expediente 5082-D-2010). Omar Plaini, Facundo Moyano y Victoria Donda prepararon en 2012 una iniciativa para autorizar la afiliación sindical de integrantes de todas las fuerzas de seguridad, tanto provinciales como nacionales (expediente 7177-D-2012). Víctor De Gennaro y Margarita Stolbizer, junto a otros diputados, impulsaron una propuesta en el mismo sentido (expediente 7682-D-2012). Con posterioridad al fallo analizado, la senadora Magdalena Odarda presentó un proyecto sobre sindicalización de las fuerzas de seguridad (expediente S-1724/17); al año siguiente un grupo de diputados encabezado por la legisladora Elisa Carrió elaboró una proposición (expediente 0480-D-2018) que reconocía el derecho a sindicalizarse para todos los cuerpos de seguridad federales y obligaba a “garantizar el servicio de seguridad” en caso de adoptar medidas de huelga.

futuros casos sobre derechos sociales de la población general, del personal estatal o de quienes integran colectivos aún desprovistos de derechos sindicales.

La sentencia puede relacionarse con dos recientes líneas de actuación de la Corte: *(a)* lectura restrictiva de la titularidad de derechos sociales y *(b)* autoafirmación frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La primera línea consiste en reducir el alcance de la titularidad de derechos sociales. Sin dejar de reconocer la existencia –e incluso la exigibilidad judicial– de tales derechos, el tribunal no los aplica en ciertos casos sometidos a su examen, negando que quien recurre sea titular del derecho reclamado. Así ocurrió, por ejemplo, en 2015 en “P., A.”⁵, donde la Corte sostuvo que solo las personas que carecen de cobertura de salud y de medios económicos para pagar el tratamiento tienen derecho a reclamar prestaciones al Estado, incluso en situación de discapacidad. Un año después, en “Orellano”⁶, el tribunal precisó que solo los sindicatos inscriptos tienen derecho a la huelga, excluyendo a los “grupos informales de trabajadores”. La estabilidad en el empleo público, reconocida ampliamente en 2007 en “Madorrán”⁷, no abarca –según decidió la Corte tres años después en “Ramos”⁸– a personal con contratos temporales renovados sucesivamente ni –tal como estableció en 2015 en “Luque”⁹– a la planta de empresas del Estado.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (16 de junio de 2015). “P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo”. *Fallos*, 338:488.

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (7 de junio de 2016). “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”. *Fallos*, 339:760.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (3 de mayo de 2007). “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”. *Fallos*, 330:1989.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (6 de abril de 2010). “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional s/ indemnización por despido”. *Fallos*, 333:311.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (27 de octubre de 2015). “Luque, Rolando Baltazar c/ Sociedad del Estado Casa de Moneda s/ despido”. *Fallos*, 338:1104.

La segunda línea tiene como eje el fallo “Ministerio”¹⁰, emitido a comienzos de 2017, donde el tribunal –por mayoría– se negó a dejar sin efecto una sentencia firme propia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había considerado contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos (Centro de Información Judicial [CIJ], 2017)¹¹.

Como veremos aquí, la mayoría en “SIPOBA” no se limitó a resolver la controvertida cuestión de la sindicalización policial. También reforzó ambas líneas previas: redujo la titularidad del derecho a constituir sindicatos –al excluir a un conjunto completo de personas– y expresamente se negó a seguir la interpretación que la Corte Interamericana fijó hace más de 30 años para un artículo de la Convención regional. Ambas tendencias podrían extenderse a otros casos centrados en derechos sociales¹²: no se limitan al colectivo policial.

Dictado casi dos meses después de “Ministerio”, el fallo “SIPOBA” expresa una voluntad de la Corte (o al menos, de su mayoría): presentar una respuesta –sostenida a partir de ciertos criterios– a la pregunta por la sindicalización policial. La determinación de dar a conocer esta postura específica e instalar sus fundamentos resulta clara: en el pasado, dos casos con planteos similares simplemente se habían rechazado sin dar fundamentación, a través del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Incluso –tal como el ministro Maqueda observa en su disidencia– existían motivos formales para rechazar el recurso; sin embargo, el tribunal decidió darle trámite.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (14 de febrero de 2017). “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Fallos*, 340:47.

¹¹ Gialdino (2017) y Hitters (2017) ofrecen revisiones críticas de este fallo, mientras que Contesse (2019) lo ubica en el contexto regional.

¹² Ambas tendencias, además, pueden combinarse a partir de la creciente atención dedicada por la Corte Interamericana a los derechos económicos, sociales y culturales (Morales Antoniazzi, Ronconi y Clérico, 2020).

Quizá la discusión pública sobre este fallo no llegó a desarrollarse ampliamente. Quizá porque el resultado (negar la sindicalización) coincidía con las expectativas del público. Y seguramente, porque apenas veinte días después de su publicación, la Corte dictó su sentencia en “Muiña”¹³, donde aplicó a favor de un condenado por delitos de lesa humanidad una norma ya derogada que permitía computar dos días de prisión por cada uno cumplido en detención preventiva. Esta decisión desató un rechazo masivo, que obligó al Congreso a dictar una ley interpretativa a fin de conjurar el efecto del fallo (Huais, Rodríguez Nasuti y Seleme, 2018). En ese contexto, los aspectos más discutibles de “SIPOBA” probablemente hayan pasado a segundo plano. En este trabajo nos proponemos señalarlos, a fin de alimentar el debate que un conjunto de colegas viene sosteniendo en torno a esta decisión.

II. La decisión

El Ministerio de Trabajo de la Nación deniega la solicitud de inscripción del Sindicato Policial de Buenos Aires (SIPOBA). Señala que ninguna ley específica habilita ese tipo de organizaciones para el personal de fuerzas de seguridad. Por mayoría, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirma la decisión ministerial: el Poder Judicial no puede suplir la falta de la norma necesaria. En su disidencia, un camarista señala que –por el contrario– es la exclusión la que requiere una ley expresa. SIPOBA llegó en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Emitido en diciembre de 2012, el dictamen de la Procuración aconseja confirmar la sentencia de la Cámara. Destaca las “especiales características” de la actividad policial, lo que explica las cláusulas particulares sobre sindicalización contenidas en el

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (3 de mayo de 2017). “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa ‘Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario’”. Fallos, 340:549.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Reglamentar ese derecho –señala el dictamen– exige una previa “adecuación [sic] armonización con valores jurídicos elementales”, entre los que cita “la seguridad nacional, el orden social y la paz interior”. Sin esa ley reglamentaria, los derechos a la asociación y a la organización sindical libre y democrática “carecen de operatividad” para integrantes de fuerzas de seguridad. La ley 23.551 resulta inaplicable: no prevé la “especial situación” de la policía, donde la democracia sindical enfrentaría la organización vertical de la institución (apartado IV). Tal reglamentación –añade el dictamen– debe hacerse por ley en sentido formal –de acuerdo al art. 30 de la CADH y la Opinión Consultiva (OC) 6/86 (1986)¹⁴ de la Corte Interamericana. Dado que el Poder Judicial no puede suplir esa “omisión legislativa”, sería “deseable” que el debate tenga lugar en el Congreso.

La Procuración distingue –basándose en las cláusulas de los tratados internacionales citados– al personal policial del resto de los gremios: en ello fundamenta la falta de operatividad del derecho a sindicalizarse, condicionado –en este caso– al dictado de la norma reglamentaria. La cuestión podría así pasar al Legislativo, luego de que la Corte –eximida de resolver el fondo de la cuestión– dictara una sentencia exhortativa, como hizo en 2006 en “Badaro”¹⁵. En este esquema, el tribunal reconoce un derecho (en este caso, no operativo) y reenvía la cuestión al Congreso para que reglamente; en tanto, la situación del personal no se modifica.

Observamos un punto débil en el dictamen: los tratados aludidos solo habilitan a regular de manera especial a las fuerzas

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (9 de mayo de 1986). Opinión Consultiva 6/86. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos [OC 6/86].

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (8 de agosto de 2006). “Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios”. *Fallos*, 329:3089.

militares y policiales, pero no obligan a hacerlo. La falta de operatividad carece –en este caso– de una base textual.

Luego de dos años y medio, la Corte convoca a una audiencia pública¹⁶, celebrada pocos días después de las Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (PASO) de 2015. Además del Ministerio de Trabajo y del SIPOBA, participan –en calidad de *amici curiae*– la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), representada por Hernán Gullco; el Sindicato de Trabajadores Policiales (SITPO) a través de su letrado, Julio Arén; y el diputado nacional Facundo Moyano. Las tres intervenciones favorecieron la posición planteada por SIPOBA.

El fallo se produjo el 11 de abril de 2017. La mayoría –integrada por los ministros Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz– confirmó la sentencia recurrida e impuso las costas al sindicato, mientras que Maqueda y Rosatti plantearon disidencias individuales.

En octubre de 2017, el sindicato planteó su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en junio de 2020 solicitó por nota¹⁷ al Gobierno argentino que enviara su respuesta a la petición, sin que ello implique prejuzgamiento sobre la eventual admisibilidad de la solicitud.

III. El voto mayoritario: el debate y la excepción, contra el texto y el derecho

Los ministros Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz conforman la mayoría. Presentan dos argumentos centrales para sostener la decisión del Ministerio de Trabajo: (1) el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional (CN) no garantiza al personal policial el derecho a sindicalizarse; y (2) el art. 16.3 de la CADH permite privar del derecho de asociación a quienes integran las fuerzas armadas y policiales.

¹⁶ El video de la audiencia, disponible en Centro de Información Judicial [CIJ] (2015).

¹⁷ Recuperado de: https://www.apropol.com.ar/images/archivo/2020/Admisibilidad_Petici%C3%B3n_Sipoba_CIDH_Canciller%C3%ADa.pdf.

Ambos argumentos presentan –en nuestra opinión– debilidades. El art. 14 *bis* consagra el derecho de las personas que trabajan a una organización sindical libre y democrática, sin fijar excepciones. Por otra parte, la privación habilitada por el art. 16.3 de la CADH debe hacerse por ley, y la Provincia de Buenos Aires no la ha sancionado en este caso. A continuación examinamos cómo el voto mayoritario intenta resolver estas dificultades.

III.1. Crear una excepción: el art. 14 bis de la CN

El voto mayoritario en “SIPOBA” afirma (cons. 9): “[l]a Constitución [...] ha excluido a ciertos grupos de trabajadores” del derecho a constituir un sindicato; luego agrega: “[a]sí sucede con los miembros de la fuerza policial”. En principio, esto implicaría que algún tramo de la Constitución señala explícitamente que las personas que integran cuerpos policiales carecen de ese derecho. Sin embargo, esa cláusula no existe. Por el contrario, el art. 14 *bis* reconoce –entre otros– el derecho a una “organización sindical libre y democrática”. El texto constitucional no excluye.

Por ello, la mayoría recurre a los debates de la Convención de 1957 –origen del art. 14 *bis*– a fin de encontrar allí la excepción ausente en el texto¹⁸. Necesitaría hallar –en las sesiones de la asamblea o en los dictámenes de comisiones– expresiones contrarias a garantizar el derecho de este grupo particular a sindicalizarse. Pero los tres ministros no las presentan.

La mayoría sigue entonces un camino indirecto (cons. 9). Cita el intercambio entre dos convencionales: uno pregunta si la policía podría ejercer el derecho de huelga reconocido a los gremios, a lo que un integrante de la Comisión Redactora responde que tal derecho solo corresponde a “los empleados de

¹⁸ En la audiencia pública de 2015, ni las partes ni los *amici curiae* ni los ministros hicieron referencia alguna a los debates de 1957. Tampoco es un elemento presente en el dictamen de la Procuración. Probablemente esta línea argumental surgió con posterioridad a 2015.

gestión del Estado que no tienen funciones especiales, que no son funcionarios”, lo que excluiría al personal policial.

Tenemos entonces una excepción (aunque no en el texto del artículo, solo en el debate): quienes integran la policía no pueden hacer huelga, según la voluntad del constituyente. Así lo tomaremos, pese a que pueda discutirse si esta única mención resulta suficiente para configurar tal voluntad (Nino, 1992, pp. 86-87). Pero la mayoría todavía no encuentra la excepción referida al derecho que se discute en este caso: la sindicalización.

En un segundo paso –siempre dentro del considerando 9– el voto mayoritario señala: “la huelga era para los convencionales el derecho sindical por antonomasia y el principal reclamo obrero”. Por lo tanto, si no se reconocía al personal policial el derecho de huelga, “para los Convencionales los miembros de la policía no contaban como trabajadores con derechos sindicales a los fines del art. 14 bis”¹⁹.

En el voto mayoritario, la exclusión de un derecho se utiliza como fundamento para la negación de otro diferente. La única conexión lógica –pero no desarrollada en el voto– es que la esindicalización podría considerarse una condición previa del derecho a huelga. Sin embargo, excluir a un grupo del goce de este último derecho no implica necesariamente lo mismo respecto del primero. En efecto, hay otros derechos que también presuponen la sindicalización: concertar convenios colectivos y recurrir a la conciliación y el arbitraje, todos ellos consagrados en la misma cláusula del art. 14 *bis*. En el debate no se excluyó a la policía de estos otros derechos sindicales. Por lo tanto, si los convencionales de 1957 no negaron *todos* los derechos

¹⁹ El voto mayoritario niega al personal policial el carácter de “trabajadores con derechos sindicales”. Ello no necesariamente implica negar el carácter de “trabajadores”; por ejemplo, ya en 1996 la Corte reconoció (Basauré Miranda, 2018) a un subcomisario de la Policía Federal su “derecho del trabajo” (*sic*) que había sido afectado por disponerse su retiro obligatorio tras determinarse que portaba el virus de la inmunodeficiencia humana; véase Corte Suprema de Justicia de la Nación (17 de diciembre de 1996), “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”, *Fallos*, 319:3040.

sindicales a la policía, no puede concluirse que les hayan negado el derecho a sindicalizarse en cuanto tal.

Sin embargo, la mayoría intenta convertir a la negación del derecho a huelga en la negación de todo derecho sindical para el colectivo policial. El argumento se basa en que aquel derecho era “el principal reclamo obrero”, una caracterización para la que solo se ofrecen como prueba dos elementos: *a)* que un convencional integrante de la Comisión Redactora “dedicó casi todo su discurso al derecho de huelga”; y *b)* que la Convención “discutió primero el derecho de huelga y recién después el resto de los derechos y garantías colectivos” (cons. 9). Resulta insuficiente para conferir al derecho a huelga una importancia tal que su sola restricción implique el mismo destino para “el resto” de los derechos sindicales (y, menos aún, para el derecho a formar un sindicato).

Hasta aquí, ni el texto constitucional ni los debates excluyen a la policía del derecho a sindicalizarse. Por ello, la mayoría agrega –en el considerando 9– elementos que, a su juicio, “ratifica[n]” esa exclusión ausente. Recurre al “contexto internacional” en que se dictó el artículo 14 *bis*: se refiere a los convenios 87 y 98 adoptados por la “Confederación [*sic*; en realidad, es Conferencia] Internacional del Trabajo” en 1948 y 1956, respectivamente, que dejan librado a la decisión de cada Estado definir el alcance de ciertas garantías colectivas para el caso de las Fuerzas Armadas y la policía. Pero esto precisamente indica que en “el contexto internacional” sí se preveía que ese personal podía tener tales derechos, si bien sujetos a la reglamentación nacional. Lo que el voto mayoritario sigue necesitando es encontrar una norma constitucional que indique que Argentina ejerció esa opción reglamentaria prevista por los convenios de la OIT, y que lo hizo en sentido restrictivo.

Ante la ausencia de tal norma, la mayoría insiste en separar al personal policial del resto de los gremios, delineando “clases” de trabajadores (Afarian, 2019, pág. 385). Es una modalidad de la denominada “interpretación correctora restrictiva”, a través

de la “disociación” (Guastini, 1999, pp. 224-227). Allí donde el texto no distingue, la interpretación reduce la aplicación de la norma, abarcando solo a algunos de los ámbitos previstos en ella: en lugar de todas las personas que trabajan, ahora –en este caso– se incluye solo a quienes no son policías. El voto mayoritario explica que los dos convenios distinguen entre “trabajadores con derechos sindicales” y “funcionarios de autoridad del Estado”, por lo que “si los Convencionales hubieran querido otorgar en el artículo 14 bis derechos sindicales a los miembros de la fuerza policial, lo habrían hecho expresamente. Y no lo hicieron”. Agrega la mayoría: “Más aun, los excluyeron del derecho de huelga, que era el derecho sindical por excelencia” (cons. 9).

Así se pretende cerrar un círculo argumentativo. Un derecho reconocido sin excepciones en el texto (“organización sindical libre y democrática”) se presume negado a un grupo que no es mencionado en el artículo, solo porque un convencional sostuvo *en el debate* que ese grupo no podría ejercer otro derecho *distinto* (huelga) y porque el texto no se lo reconoce expresamente (como tampoco lo hace con ningún otro colectivo laboral específico). Recapitulando el argumento, la mayoría sostiene: “[l]as convicciones de los Convencionales tal como fueron expresadas por la Comisión Redactora, [...] es [*sic*] reveladora de que dicho artículo 14 bis no concedía a los miembros de la policía el derecho pretendido por la actora” (cons. 9)²⁰.

Todo este recorrido no permitió, sin embargo, encontrar una prohibición constitucional respecto a la formación de un sindicato policial. La mayoría necesita entonces aportar una norma infraconstitucional que proscriba tal organización.

²⁰ Para justificar el empleo de la Comisión Redactora de 1957 como clave interpretativa fundamental, el voto mayoritario cita la decisión publicada en *Fallos*, 322:3753. Se trata de “Aquino” [Corte Suprema de Justicia de la Nación (21 de septiembre de 2004). “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”]. Ese fallo contiene solo 3 citas de la Comisión Redactora, incluidas solamente en un voto: el firmado por los ministros Petracchi y Zaffaroni. No utilizan las referencias a la Comisión como criterio para definir el alcance del texto, menos aun con sentido excluyente o negatorio de un derecho.

Invoca la ley 21.965 (1979)²¹, que en su artículo 9 prohíbe la actividad gremial al personal de la Policía Federal Argentina (cons. 10), una fuerza de seguridad distinta a la que se discute en este fallo. Luego menciona que al ratificar en 1988 el convenio 151 de la OIT sobre negociación colectiva para la Administración Pública, la ley 23.544 (1988)²² introdujo como reserva que no se aplicaría al personal policial y militar. Sin embargo, nada dice la reserva sobre el derecho a sindicalizarse (Basaure Miranda, 2018).

El voto mayoritario intenta encontrar un argumento útil transcribiendo la intervención de un diputado en el debate de la ley 23.544. En el pasaje citado, el legislador afirma que la reserva planteada ese concordante con la habilitación –contenida en el art. 9 del convenio 87– para que cada Estado defina hasta qué punto es aplicable el derecho a sindicalizarse en el caso de la policía y las Fuerzas Armadas. Esto no resuelve el problema: efectivamente ambos convenios habilitan ese tipo de reservas, pero formularla respecto a un derecho (negociación colectiva) no traslada la excepción hacia el otro (sindicalización)²³. Hubiera sido necesario que Argentina, al aprobar el convenio 87, hubiera formulado una reserva similar. Pero no se produjo tal paso: la ley 14.932 (1959)²⁴ ratificó ese convenio (junto con otros dos), sin formular ninguna reserva. Ello no puede alterarse citando una frase emitida –veintiocho años después– por un legislador durante el tratamiento de otro convenio diferente.

²¹ Poder Ejecutivo Nacional (21 de marzo de 1979). Ley para el Personal de la Policía Federal Argentina. [Ley 21.965 de 1979]

²² Congreso de la Nación Argentina (15 de enero de 1988). Ratificación del Convenio 154 sobre el fomento de la Negociación Colectiva. [Ley 23.544 de 1988]

²³ Quizá el argumento podría funcionar a la inversa: si la reserva excluyera al personal policial del derecho a sindicalizarse, sería posible inferir que también se le negó –al menos implícitamente– la posibilidad de celebrar un convenio colectivo, ya que tal gestión estaría a cargo de un sindicato.

²⁴ Congreso de la Nación Argentina (29 de diciembre de 1959). Apruébanse diversos convenios. [Ley 14.932 de 1959]

La mayoría no se detiene a considerar estos problemas. Con la referencia a la ley sobre la Policía Federal y las normas ratificadoras de los convenios 154 y 151 de la OIT, los tres ministros concluyen que “[e]l Congreso siempre entendió –entendimiento que perdura hasta hoy– que los Convencionales de 1957 no consagraron en modo alguno un derecho constitucional a la sindicalización de los miembros de la Policía” (cons. 11), y que ello resulta de un “proceder uniforme e inequívoco del Estado durante más de sesenta años” (cons. 13). En este punto, el transcurso del tiempo sin reconocer un derecho se presenta como un argumento contra la existencia del derecho consagrado en el texto. Nuevamente la mayoría regresa al punto de partida: el Legislativo habría entendido siempre que los convencionales autores del art. 14 *bis* “no consagraron” el derecho a sindicalizarse, pero sigue sin aparecer una norma –al menos infraconstitucional– que lo prohíba con un alcance aplicable a la policía bonaerense.

En síntesis, el razonamiento de la mayoría niega a un grupo de personas la titularidad de un derecho consagrado sin restricciones textuales, fundándose en tramos del debate constituyente referidos a otro derecho diferente. Utiliza una voluntad del constituyente por aproximación (un derecho por otro) para imponer una exclusión ausente en el texto.

III.2. Ampliar una excepción: el art. 16.3 de la CADH

Luego de concluir –como vimos– que el art. 14 *bis* no consagra el derecho de sindicalización al personal policial, la mayoría abre un nuevo análisis. Revisa los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional para verificar si allí existe ese derecho.

Aquí cabe una primera observación: el voto mayoritario separa estos dos exámenes. Discute primero la interpretación del derecho a sindicalizarse en el art. 14 *bis* y luego –en un tramo diferenciado– indaga su alcance en los tratados internacionales. Tal modalidad se aparta del criterio sistemático de

interpretación –calificado por Sagüés (2017, pág. 154) como “imperante”–, aplicable a un bloque donde la cláusula incorporada en 1957 y los tratados tienen la misma jerarquía, dentro de una Constitución concebida como un sistema.

En esta parte del fallo, la mayoría admite que el derecho –no calificado como “constitucional”– de los policías a sindicalizarse está reconocido en el art. 8 del PDESC, en el 22 del PDCP y en el 16 de la CADH. Sin embargo, inmediatamente señala que esas normas “condicionaron” tal derecho a la reglamentación adoptada por los Estados partes. Argentina podría restringirlo, tal como admiten el PDESC y el PDCP, o incluso prohibirlo, según lo permite el art. 16.3 de la CADH (cons. 14). En el dictamen de la Procuración, como señalamos, el análisis se detenía aquí: la ausencia de una norma reglamentaria –emitida por el Congreso– inhibía al Poder Judicial de reconocer el derecho reclamado. Pero la mayoría sigue otra línea: frente al permiso para suprimir la sindicalización policial, solo queda definir el órgano competente para imponer esa prohibición, y así determinar si efectivamente lo hizo.

En principio, los tres ministros reconocen que el Congreso puede legislar sobre las condiciones para fundar un sindicato y que la autoridad administrativa que otorga o deniega la inscripción es federal (el Ministerio de Trabajo). Pero la fuerza policial en cuestión pertenece a una provincia; por ello, según la mayoría, corresponde a esa unidad subnacional restringir o prohibir la sindicalización de sus miembros, ya que “como ha dicho esta Corte desde antiguo²⁵, las cuestiones vinculadas a

²⁵ En los cuatro antecedentes que cita allí la mayoría, la Corte simplemente rechazó tratar en su jurisdicción originaria reclamos de personal provincial contra autoridades locales, sin descartar su revisión por vía de recurso extraordinario. Nunca sostuvo que la reglamentación del empleo público provincial pudiera hacerse apartándose de las normas pertinentes de jerarquía constitucional federal (tales como las que consagran el derecho de huelga o a sindicalizarse). Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación (26 de febrero de 2002), “Ponteprino, Carlos Nicolás c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, *Fallos*, 325:250; Corte Suprema de Justicia de la Nación (30 de abril de 2002), “Acevedo, Oscar David c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción de amparo”, *Fallos*, 325:887; Corte Suprema

las relaciones de empleo público provincial forman parte de las autonomías locales que pueden regular dichas relaciones” (cons. 15). Por lo tanto, la legislación relevante en este caso es la provincial (cons. 16).

Surge una nueva dificultad en la ruta de la mayoría. La ley provincial 13.982 (2009)²⁶ –que establece el régimen para integrantes de la policía bonaerense– en su art. 12 prohíbe al personal “desarrollar actividades lucrativas o de cualquier otro tipo incompatibles con el desempeño de las funciones policiales”. Pero falta alguna referencia a la sindicalización: no se establece una prohibición como la requerida por el art. 16.3 de la CADH.

Única salida: el decreto

Frente a eso, el voto mayoritario acude al decreto reglamentario de la ley provincial, el 1050/09 (2009)²⁷. Allí se establece que “el personal policial no podrá en ninguna forma participar en actividades políticas, o gremiales, ni asistir a lugares o participar de reuniones que comprometan la dignidad o el decoro de la función policial” (art. 42.b), como tampoco “acatar decisiones de asociaciones gremiales o profesionales contrarias a la prestación normal de los servicios que le corresponden a la misión de la Policía” (art. 205.m) (cons. 17). Este último supuesto parece más orientado a prohibir la huelga que la sindicalización, ya que da por supuesta la existencia de una asociación gremial o profesional (Afarian, 2018, pág. 125). De todas maneras, quizá baste con el citado art. 42.b para tener por prohibida la sindicalización.

de Justicia de la Nación (23 de junio de 2005), “Sindicato de Trabajadores Judiciales de Corrientes c/ Corrientes, Provincia de s/ acción de amparo”, *Fallos*, 328:2483; Corte Suprema de Justicia de la Nación (18 de diciembre de 2007), “Fisco Nacional (Dirección General Impositiva) c/ Mendoza, Provincia de s/ ejecución fiscal”, *Fallos*, 330:5267.

²⁶ Legislatura de la Provincia de Buenos Aires (8 de abril de 2009). Régimen y Nuevo Escalonamiento para el Personal de las Policías de Buenos Aires. [Ley 13.982 de 2009]

²⁷ Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires (3 de julio de 2009). Reglamentación de la Ley No 13.982. [Decreto 1050 de 2009].

Sin embargo, subsiste un problema: esta prohibición no está hecha por ley, sino por decreto. No cumple la exigencia planteada por la CADH. Aquí se pone nuevamente en juego la capacidad interpretativa de la mayoría, que intentará sostener que un decreto del poder ejecutivo provincial puede equivaler a una ley bonaerense.

Ese objetivo resulta difícil: hace más de 30 años, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aclarado el punto en su OC 6/86. Allí se afirma que “la expresión leyes [...] no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado” (parág. 28). Sin dudas, para la Corte Interamericana la prohibición de constituir un sindicato debería emerger de una norma aprobada por la Legislatura de la provincia de Buenos Aires. La mencionada ley 13.982 no incluye tal prohibición.

La mayoría entonces decide aplicar su propia definición de “ley formal”²⁸. En la misma dirección del fallo “Ministerio”, toma distancia de las pautas del sistema interamericano de derechos humanos y verifica –por su propio criterio– si está cumplido un requisito fijado en la CADH. Primero aparta el antecedente del tribunal regional y luego lo sustituye por jurisprudencia propia:

“Cualquiera sea la relevancia que se asigne a dicha opinión [la OC 6/86], lo cierto es que la exigencia de ‘ley formal’ es satisfecha si un decreto reglamentario se limita a especificar una disposición contenida en la ley reglamentada. La reglamentación de una ley, como lo tiene decidido esta Corte, puede ‘establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones que se ajustan al espíritu de la norma reglamentada y sirven,

²⁸ A diferencia de lo hecho al tiempo de interpretar el art. 14 *bis*, la mayoría no recurre aquí a los trabajos preparatorios ni al historial de debates que precedieron a la firma de los tratados de derechos humanos en juego, ni tampoco a las expresiones vertidas en la Convención reformadora de 1994.

razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, por lo cual ... se convierte en parte integrante de la ley reglamentada y, en consecuencia, ostenta la misma validez y eficacia que ésta [...]’ [...]” (cons. 19)²⁹.

Este tramo resulta llamativo: la mayoría guarda un anunciado y deliberado silencio sobre la relevancia de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana. Por otra parte, utiliza su propia construcción sobre la validez interna de un decreto reglamentario para corregir la interpretación que la OC 6/86 hace de la palabra “ley”. El cumplimiento de aquellos requisitos de validez no convierten a un decreto reglamentario en la “ley formal” requerida por la CADH. Incluso si la Corte argentina está dispuesta a considerar que un decreto equivale a una ley, ello no impacta en la CADH: ese texto exige una ley (de lo contrario, hubiera admitido alternativas).

La mayoría propone este razonamiento: la ley provincial 13.982 ha prohibido los comportamientos incompatibles con la función policial; el decreto reglamentario solo los especifica, incluyendo a las “actividades gremiales” (cons. 19). Los tres ministros agregan: “No se advierte [...] que el decreto reglamentario [...] se haya apartado de la intención del legislador o haya alterado el espíritu de la norma reglamentada” (cons. 20). No explican cómo la pertenencia a un sindicato –por sí misma– podría resultar incompatible con la tarea policial (una medida de huelga, en cambio, sí podría considerarse tal). Pero admitamos por un momento que la mayoría tuviera razón en este punto: ello solo sirve para defender el ejercicio de la facultad reglamentaria en ese caso concreto. Aún así, eso no convierte al decreto del Ejecutivo en el tipo de norma legislativa exigida por

²⁹ En coincidencia con esta visión de la Corte, Sáez (2019a, pág. 196) admite que los decretos reglamentarios –porque apuntan a “complementar el contenido” o lograr “el cumplimiento y la ejecución de las leyes”– regulan válidamente los derechos a la luz del art. 30 de la CADH, siempre que guarden subordinación y coherencia con la ley (Sáez, 2019b, pág. 689). El problema se mantiene, sin embargo, si consideramos que –de acuerdo a la línea sostenida por la Corte en precedentes que recuerda la disidencia de Maqueda– debe aplicarse la interpretación sobre el término “ley” efectuado por la Corte Interamericana.

el art. 16.3 de la CADH. El razonamiento del voto mayoritario –de todos modos– se detiene allí: considera que ha demostrado correctamente el cumplimiento de los requisitos planteados en el tratado regional. Ha sometido la excepción allí prevista a una interpretación “correctora extensiva” (Guastini, 1999, pp. 219-223; Badeni, 2006, pág. 102), esto es, una que incluye supuestos de hecho que el texto –en una interpretación literal– no abarca. La Convención solo habilita la supresión del derecho policial a sindicalizarse a través de una ley. En tanto, el voto mayoritario agrega a ese caso uno diferente: la supresión por decreto³⁰.

La norma suprema local

Queda, sin embargo, una cuestión más. Si corresponde a las provincias regular el derecho de sindicalización de sus policías, hay que controlar si la Constitución bonarense no garantiza tal derecho. En tal caso, el decreto invocado sería inaplicable, por contradecir la norma suprema local. Veamos cómo trata la cuestión el voto mayoritario.

Admite, inicialmente, que la Constitución provincial garantiza el derecho de agremiación en su art. 39 inc. 2. Pero inmediatamente añade que “no se ha acercado ninguna razón para pensar” que esa norma “deba ser entendida de una manera diferente a como dicha garantía es entendida por todos los actores relevantes a nivel nacional, ni para pensar que deba ser entendida como consagrando un derecho que la Constitución nacional no consagra” (cons. 20). Los tres ministros no tienen aquí un debate constituyente local al que remitirse para buscar una excepción implícita, como hicieron al analizar el art. 14 *bis*. Ofrecen entonces esta pauta interpretativa: si la Constitución

³⁰ Bouvier (2018, pp. 32-33) plantea una objeción de fondo a la solución mayoritaria: señala que cualquier norma que elimine el derecho a sindicalizarse, ya sea ley o decreto, resultaría inválida, porque no lograría justificar con razones la privación total de un derecho por no ser necesario para la finalidad alegada, a saber, preservar un mínimo del servicio policial. Existirían alternativas menos restrictivas, que podrían garantizar el servicio imprescindible de seguridad (por ejemplo, prohibiendo la huelga) sin impedir la sindicalización.

Nacional no reconoce el derecho de los policías a sindicalizarse, tampoco lo hace la norma bonaerense.

De esta forma contradicen su propio planteo, donde reglamentar el empleo policial es una facultad provincial no delegada a la Nación. Si seguimos esta última posición, cada provincia sí puede reconocer derechos especiales (en tanto no contradiga las exigencias del art. 5 de la CN). Una supuesta prohibición derivada de un debate constituyente nacional de 1957 no impide a una provincia reconocer un derecho (en una materia no delegada) en su constitución local de 1994. Sin embargo, esa es la solución que ofrece la mayoría. Un derecho consagrado localmente se considera inexistente en virtud de la interpretación hecha de un artículo de la Constitución federal a partir de un debate de la convención reformadora nacional. No hay referencias a las sesiones del poder constituyente provincial.

La mayoría agrega como argumento para descartar la aplicación del art. 39 de la constitución bonaerense que entre el Estado y los funcionarios policiales existe una “relación de especial sujeción que justifica algunas restricciones”, lo que a su turno “crea una presunción de validez de las limitaciones impuestas a quienes se desempeñan en la policía”. Ante la ausencia de una prohibición constitucional o legal explícita, los tres ministros continúan citando elementos que la volverían razonable o legítima *si existiera*. Pero ello no logra hacerla aparecer: su única base sigue siendo el decreto reglamentario, cuya compatibilidad con la Constitución bonaerense genera nuevas dudas.

III.3. Elementos a destacar en la línea argumental mayoritaria

Podemos recapitular ahora el razonamiento seguido por el voto mayoritario. Primero afirma que el derecho a una organización sindical libre y democrática consagrado en el art. 14 *bis* no se aplica al personal policial porque en el debate de 1957 un convencional explicó que ese personal no podría hacer huelga. De esa “voluntad del constituyente” en torno al derecho de huelga, la mayoría deriva una prohibición de sindicalizarse. Por

línea separada, analiza las cláusulas pertinentes de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Encuentra que allí sí se garantiza un derecho a sindicalizarse, pero que Argentina podría limitarlo o incluso prohibirlo en el caso de la planta policial, siempre que se haga por ley. Sosteniendo que la reglamentación del empleo público provincial es materia de derecho local, el voto mayoritario revisa las normas bonaerenses aplicables. La ley provincial solo prohíbe conductas incompatibles con la función policial. Su decreto reglamentario prohíbe las actividades gremiales. Dejando de lado explícitamente la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho de la cláusula correspondiente de la CADH, el voto mayoritario entiende que ese decreto es equiparable a una ley formal, por lo que resulta apto para prohibir la sindicalización policial. Por último, el derecho consagrado en la constitución local es descartado invocando la interpretación asignada al art. 14 *bis* de la norma suprema federal.

Este razonamiento presenta elementos que merecen destacarse.

1) Se utiliza el debate constituyente por aproximación para fundar la interpretación restrictiva de un texto constitucional. La negación –en el debate– de un derecho (huelga) a un grupo específico sirve de base para negar a ese mismo colectivo otro derecho distinto (sindicalización), efectivamente consagrado en el texto.

2) La propia delimitación del sujeto excluido (en este caso, el personal policial) se hace a partir del debate constituyente, sin que el texto interpretado mencione a ese grupo

3) Las excepciones se interpretan extensivamente: donde la CADH exige una limitación por ley, el voto mayoritario admite que también se haga por decreto, incluso contra la posición del tribunal regional, a la que descarta sin ofrecer argumentos. Como resultado, se reconoce la posibilidad de restringir por decretos reglamentarios derechos que solo podrían limitarse por ley formal.

4) El transcurso del tiempo sin reconocer un derecho se presenta como argumento para su negación.

5) En lugar de interpretar las normas de jerarquía constitucional de modo sistémico, se analizan por separado un artículo constitucional y las cláusulas concordantes de tratados de igual jerarquía.

En síntesis, el debate constituyente prevalece sobre el texto, tanto para crear excepciones como para delimitar a los grupos excluidos; y se fortalece la capacidad del Poder Ejecutivo para limitar o negar derechos. Todas estas pautas de interpretación son utilizables en futuros fallos, no solo en los que se refieran a la policía o al derecho a la sindicalización.

Vale la pena recordar que la Corte decidió pronunciarse sobre esta cuestión, en lugar de simplemente reiterar su conducta previa en casos similares³¹, esto es, rechazar el recurso sin dar fundamentos, invocando el art. 280 del Código Civil y Comercial de la Nación (1967)³². Es posible deducir que tenía interés en dejar sentados estos criterios específicos: no era necesario hacerlo para dejar en pie la decisión recurrida. También descartó la vía de una solución legislativa a través del Congreso federal, la alternativa propuesta por el dictamen de la Procuración³³: buscó cerrar la cuestión definitivamente en esta sentencia.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (16 de septiembre de 2003), "Asociación Profesional de Policías de la Provincia de Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asoc. sindicales", A. 45. XXXIX. REX; Corte Suprema de Justicia de la Nación (16 de septiembre de 2003), "Asociación Unión Policial de Río Negro", A. 34. XXXIX. REX.

³² Poder Ejecutivo Nacional (20 de septiembre de 1967). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [Ley 17.454 de 1967 y modificatorias].

³³ En la audiencia pública de 2015, el entonces presidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti, dijo a Norberto Ciaravino, representante del Ministerio de Trabajo: "[...] la posición que usted representa, concretamente, no está diciendo que no hay un derecho, sino que debe ser regulado por ley. ¿Es así?". Ante la respuesta afirmativa del letrado, Lorenzetti continuó: "Bueno, ¿y por qué no lo regulan por ley? ¿por qué no hay un proposición y llegamos...". La pregunta fue interrumpida por aplausos; véase el video publicado en CIJ (2015), a partir de 1:07:07. Ese intercambio deja ver una posible solución: la ya mencionada sentencia

Analizar los efectos del fallo excede al presente trabajo. Nos limitamos aquí a indicar que la decisión favoreció al Poder Ejecutivo bonaerense, en manos de una figura central del oficialismo nacional. No solo convalidó la norma provincial vigente, sino que también confirmó la autoridad de esa autoridad unipersonal para resolver en la materia. La sentencia, por otra parte, impidió el surgimiento de un nuevo actor (el sindicato) que podría haber exigido –ahora con base jurídica– participar en la definición de las pautas laborales de la Policía. Por el contrario, el funcionamiento de la Fuerza continuó a través de los carriles preexistentes. Juliano y Vargas (2017) advierten que luego de este fallo –que no analiza las condiciones de trabajo del personal policial– se consolida la prohibición de organización sindical, lo cual acentúa los rasgos más negativos de la institución.

IV. Las disidencias: un derecho constitucional y humano, sujeto a ley formal

Las disidencias coinciden en que el personal policial tiene derecho a sindicalizarse y en que solo una ley formal podría prohibirlo. Difieren, en cambio, en cuanto a quién puede dictar esa ley. Maqueda considera que corresponde al poder legislativo local. Rosatti, por su parte, entiende que las provincias solo podrían reglamentar el ejercicio del derecho de asociación, pero no prohibirlo, ya que su origen es el art. 14 *bis*. En otras palabras, Maqueda reconoce a las provincias un ámbito regulatorio más amplio que el delineado por Rosatti.

También divergen ambos ministros disidentes en cuanto a la necesidad de reglamentación. Maqueda considera que las normas vigentes ya impiden la negociación colectiva y la huelga; Rosatti, en cambio, incluye en su parte resolutive comunicar a

exhortativa que pusiera el tema en manos del Congreso. Con la nueva integración de la Corte se eligió otra salida: considerar que el derecho ya estaba regulado –por un decreto– en sentido prohibitivo.

la Legislatura bonaerense la necesidad de dictar normas reglamentarias provinciales al respecto.

IV.1. La primera disidencia: Maqueda

Este voto minoritario toma como eje la noción de libertad sindical y describe un desarrollo donde los convenios 87 y 98 de la OIT fueron “continuad[os]” por el art. 14 *bis* y éste, a su turno, “se erigió [...] como norma anticipatoria” de otros documentos internacionales –tales como los tratados de derechos humanos– que forman parte del “proceso de establecer marcados ámbitos de libertad sindical” (cons. 5 y 6). Interesa señalar este punto, porque –a diferencia del voto mayoritario– aquí el derecho en juego y su despliegue progresivo sirven de hilo conductor del análisis, sin separar las fuentes (el art. 14 *bis*, los tratados de igual jerarquía) en etapas discretas de interpretación.

El camino de la disidencia aparece despejado. El art. 14 *bis* –destaca Maqueda– no incluye ninguna referencia o excepción acerca de las Fuerzas Armadas o policiales (cons. 5). No es necesario sumergirse en los debates de la Convención: basta señalar que el artículo reconoce el derecho a sindicalizarse de modo general, sin limitaciones. En lo que puede caracterizarse como un “argumento *a contrario*” (Guastini, 1999, pág. 214), Maqueda sostiene que donde la norma no hace distinciones, no se justifica crearlas por vía interpretativa.

Luego añade que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional –CADH, PDESC y PDCP– establecieron como “regla general aplicable” la libertad de asociación con fines sindicales, aunque permitieron imponer “restricciones *legales*” (énfasis en el original) a su ejercicio por parte de personal militar o policial (cons. 6). Destaca que la supresión de ese derecho para tales casos debe hacerse por una ley formal, definida de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “cuya opinión debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”, según afirma Maqueda

citando el cons. 8 de “Carranza Latrubesse”³⁴. Por lo tanto, utiliza la OC 6/86 como pauta para establecer que por “ley formal” debe entenderse –como ya señalamos– una norma emitida por el poder legislativo. Además, recuerda que un informe de 2009 presentado por la Comisión Interamericana establece que los Estados deben “garantizar el derecho de asociación y los derechos sindicales del personal policial”. Maqueda define a este informe como “un criterio jurídico valioso para la implementación, interpretación y ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana”, con nueva mención a “Carranza Latrubesse”.

En este tramo Maqueda se aparta explícitamente de la posición de la mayoría respecto del valor de las posiciones fijadas por el sistema interamericano. Mientras Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz dejan manifiestamente de lado la OC 6/86 sin pronunciarse sobre su “relevancia” para interpretar un artículo de la CADH, Maqueda invoca decisiones de la propia Corte Suprema a fin de tomar esa misma OC como criterio definitivo, sumando incluso un informe de la CIDH. Reivindica así, pocas semanas después de “Ministerio”, el valor de los precedentes interamericanos al momento de establecer el sentido y alcance de la Convención.

Hasta aquí, la disidencia deja en claro que el derecho del personal policial a sindicalizarse se halla tanto en el art. 14 *bis* de la Constitución como en los tratados de igual jerarquía, aclarando que solo podría prohibirse su ejercicio a través de una norma aprobada por un órgano legislativo.

Sostiene a continuación que corresponde a la Legislatura provincial emitir tal norma. En este punto coincide con el voto mayoritario, pero va un poco más allá. La mayoría reconoce la competencia federal para regular la creación y reconocimiento

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación (6 de agosto de 2013). “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional- Ministerio de Relaciones Exteriores Provincia del Chubut”. *Fallos*, 336:1024.

de un sindicato, mientras confía a la órbita provincial la posibilidad de prohibir su actividad. Maqueda, por su parte, define las relaciones de empleo público provincial como dotadas de “naturaleza administrativa”. Basándose en los arts 121 y 122 de la CN, las provincias podrían regular “todos sus aspectos”, especialmente en el caso de la policía, “esencial[] para que los Estados locales puedan cumplir con sus cometidos propios en materia de seguridad interior” (cons. 7).

Este punto de la disidencia resulta discutible: en efecto, se trata de un derecho consagrado en un artículo de la Constitución federal y determinar su alcance corresponde al derecho laboral de fondo, cuya sanción ha sido delegada por las provincias a la Nación. En todo caso, la norma local puede regular todos los aspectos de la relación de empleo público que no estén definidas por la normativa federal. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la estabilidad del personal estatal o la jornada limitada: su consagración en el art. 14 bis impide a las provincias apartarse de ello al reglamentar el empleo público local. Del mismo modo, las provincias pueden fijar su régimen electoral para los comicios locales, pero no están habilitadas a modificar los caracteres del sufragio consagrado en el art. 37 de la CN³⁵.

A partir de su lectura del reparto de competencias, Maqueda revisa la legislación provincial aplicable. Ninguna norma bonaerense –señala– niega expresamente a los policías de esa jurisdicción el derecho a asociarse con fines gremiales. El art. 12 de la ley 13.982 –invocado por la mayoría– no lo hace. Maqueda incluso refiere a la postura del Fiscal de Estado de la provincia

³⁵ En un fallo de 2001, la Corte Suprema invalidó –por infringir los derechos políticos consagrados en la CN y en la CADH– ciertas cláusulas de la constitución correntina que impedían a personas con prisión preventiva firme inscribirse como candidatas a cargos electivos locales. El tribunal señaló también la aplicabilidad de la Convención –en razón de su jerarquía constitucional– al derecho electoral provincial (cons. 14); y añadió que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de “guía” para interpretar la CADH (cons. 8). Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación (27 de septiembre de 2001). “Alianza ‘Frente para la Unidad’ (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos -Romero Feris-”. *Fallos*, 324:3143.

en su presentación: esa ley establece un estatuto particular, con “principios de disciplina y subordinación” diferentes de los demás empleados públicos. La disidencia sostiene que ese marco puede limitar las medidas de acción directa o la huelga, pero no restringe de modo absoluto la libertad de asociación gremial (cons. 8). Por lo tanto, la conclusión fluye fácilmente: “ante la falta de una restricción legal explícita, [el derecho a sindicalizarse] debe considerarse plenamente exigible” (cons. 9). Esto coincide con la posición que expresó durante la audiencia pública. Cuando el representante del Ministerio de Trabajo sostuvo que no había legislación que habilitara la formación del sindicato, Maqueda replicó –entre aplausos de la concurrencia– que sí existían normas en tal sentido: se trataba de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales³⁶.

Luego Maqueda se dedica (cons. 10) a demarcar el alcance de este derecho: intenta demostrar que el sindicato policial no podrá negociar colectivamente ni hacer huelga. Con el trasfondo del motín policial de Córdoba en 2013, menciona la “trascendencia del caso” y recuerda la “conmoción” por “acontecimientos de gran repercusión”.

Señala que no tratará la exclusión –fundada en la reserva formulada por la ley 23.544– del personal policial respecto de los mecanismos de negociación colectiva. SIPOBA no objetó esa conclusión del fallo de la Cámara, por lo que ese punto queda firme. Cabe objetar que esta posición contradice el reconocimiento de las facultades provinciales: si efectivamente toda la regulación del personal policial pertenece al derecho local, la ley 23.544 y sus reservas no resultan aplicables. Sería necesaria una ley provincial al respecto.

Por otra parte, Maqueda indica que la huelga policial está restringida por el régimen jerárquico y disciplinario, “absolutamente incompatible con la participación en medidas de acción directa”. Ese régimen –explica– fija “restricciones legales

³⁶ Véase el video de la audiencia publicado en CIJ (2015), a partir de 1.02.33.

explícitas”, tales como las exigidas por el Protocolo de San Salvador (art. 8) y el PDESC (art. 8) para limitar ese derecho. Aquí podemos observar que la ley 13.982 no prohíbe explícitamente la huelga, por lo que no está cumplido el requisito previsto en los instrumentos internacionales. En todo caso, la disidencia intenta deducir esa proscripción a partir de la existencia de un régimen jerárquico.

En síntesis, Maqueda reconoce –ante la ausencia de una norma provincial prohibitiva– el derecho del personal policial a formar un sindicato, si bien éste no podrá ejercer la negociación colectiva ni el derecho de huelga. El ministro subraya que pese a estas restricciones, la asociación profesional puede “cumplir un rol significativo en la defensa y promoción de los derechos e intereses profesionales, económicos y sociales de ese colectivo de trabajadores”. Por último, Maqueda analiza largamente el ejemplo español, donde la Guardia Civil está impedida legalmente de sindicalizarse y la Policía Nacional sí tiene derecho a constituir sindicatos, además de la facultad amplia –incluso para Guardias Civiles– de asociarse para promover sus derechos e intereses, incluyendo la posibilidad de peticionar (cons. 11)³⁷.

IV.2. La segunda disidencia: Rosatti

Este ministro también reconoce el derecho del personal policial a sindicalizarse, derivándolo del art. 14 *bis* y de artículos correspondientes del PDESC, del PDCP y de la CADH, en un análisis integrado, a diferencia de la pauta seguida por el voto mayoritario. Rosatti difiere con Maqueda en cuanto al alcance de las facultades provinciales y la necesidad de reglamentación en este caso particular.

El modelo sindical previsto en el art. 14 *bis* se describe –en esta disidencia– como “libre, democrático, desburocratizado”,

³⁷ Probablemente este último tramo del voto disidente apunta a responder algunas de las preguntas que Highton formuló en la audiencia pública al abogado del sindicato; la ministra quería saber cómo funcionaría esa organización en la práctica, especialmente respecto del derecho de huelga.

incluyendo la posibilidad de celebrar convenios colectivos, declarar la huelga y el recurrir al arbitraje y la conciliación, todo ello presentado como derechos “de los sindicatos” (cons. 5), aunque en realidad el artículo garantiza tales derechos a “los gremios” (cons. 5).

El derecho del personal policial a asociarse en sindicatos –señala Rosatti– “inicialmente [...] no confronta con valores constitucionales tales como la paz interior, la seguridad de las personas o el orden público”. Por otra parte, la organización jerárquica y vertical –propia de toda burocracia, tal como explica Rosatti citando a Max Weber– no inhibe la sindicalización ni la deliberación democrática (cons. 6).

Sin embargo, destaca que los derechos de los sindicatos sí necesitan reglamentación legislativa, a fin de lograr una “adecuada articulación entre los intereses del sector y los de la sociedad toda” (cons. 7 y 8). Luego identifica los órganos competentes para hacerlo: “el derecho a la sindicalización de la fuerza de seguridad provincial surge directamente de la Constitución Nacional (por lo que no puede ser prohibido por una legislatura local)” (cons. 13). Corresponde a la provincia regular “el diseño, la organización y las modalidades de prestación del servicio de seguridad” en su ámbito (cons. 11); por lo tanto, “los derechos emergentes de la sindicalización sí pueden ser reglamentados y aun prohibidos por ley formal” (cons. 13); en este caso, una ley provincial. Rosatti menciona el derecho de huelga entre aquellos a reglamentar o prohibir, dando ejemplos de países que lo han prohibido para el caso de fuerzas policiales, tales como Perú, Chile o Brasil³⁸.

³⁸ No todos los ejemplos dados por el ministro Rosatti resultan útiles para analizar el caso argentino. Las constituciones de Perú y de Chile –a diferencia de la Argentina– prohíben o permiten prohibir la huelga policial. Respecto a Brasil, esta disidencia menciona una sentencia emitida pocos días antes por el Supremo Tribunal Federal de ese país, que –por mayoría– declara inconstitucional la huelga de policías sin que exista una cláusula específica en ese sentido dentro de la Constitución de 1988 (véase <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340096>).

Rosatti parece distinguir entonces entre la “sindicalización”, que no podría prohibirse por normas locales, y los “derechos emergentes” de ese proceso, que sí podrían incluso “prohibi[rse]” por ley provincial.

Bajo este esquema, el personal policial podría tener “sindicalización” (en virtud del art. 14 *bis* y los tratados concordantes), pero con todos los derechos emergentes prohibidos por una norma local. Aquí el planteo de la disidencia pierde claridad: no se dan las razones por las que un derecho originado en el art. 14 *bis* (sindicalización) resultaría inmune a la prohibición local, mientras que otro derecho contemplado en la misma norma (huelga), sí podría resultar prohibido por el legislativo provincial. La noción de que la huelga “emerge” de la sindicalización no ofrece una respuesta: tal derivación –incluso si la damos por válida³⁹– no tiene importancia desde el punto de vista del reparto de competencias, ni explica por qué uno no puede suprimirse y los otros sí⁴⁰.

No se ha dictado –precisa Rosatti– una ley prohibitiva de la sindicalización policial. A nivel local la ley 13.982 no proscribía las actividades sindicales (en tanto “derechos emergentes” de la sindicalización). El decreto reglamentario sí lo hace, pero –en coincidencia con Maqueda– la disidencia de Rosatti observa (cons. 9 y 12) que el decreto no tiene el carácter de “ley formal” exigido por los tratados de derechos humanos e incluso por los convenios OIT.

Esta segunda disidencia no concluye aquí. A diferencia de Maqueda, Rosatti considera necesario que el órgano legislativo provincial reglamente estos “derechos que emergen de la sindicalización”. El Poder Judicial no puede suplir esa tarea (cons. 14), porque es necesario ponderar los distintos intereses y valores

³⁹ La postura que restringe la titularidad del derecho de huelga a las organizaciones sindicales fue adoptada por la Corte en “Orellano” (2016); el dictamen de la Procuración General favorecía una posición no restrictiva.

⁴⁰ En esta disidencia parece quedar abierta la posibilidad de que una norma del Congreso prohibiera –según lo habilita el art. 16.3 de la CADH– tal derecho a la sindicalización policial.

en juego. Al igual que la otra disidencia, considera que ha quedado firme la exclusión del sindicato respecto a la negociación colectiva. De todas formas, además de revocar la sentencia apelada y reenviar el expediente, Rosatti resuelve hacer saber a la Legislatura bonaerense “la exigencia de reglamentación”, que le corresponde ejercer en virtud de los arts. 121 y 122 de la CN. Así, una parte al menos de la decisión es exhortativa; pero –a diferencia de la propuesta implícita en el dictamen de la Procuración– se dirige a una institución local y su objeto no es el derecho a sindicalizarse, sino otros derechos, formalmente no incluidos en la petición de SIPOBA, No queda claro qué atribuciones tendría el sindicato hasta que el Legislativo local cumpla esa tarea reglamentaria, especialmente respecto al derecho de huelga.

Para recapitular, ambas disidencias ofrecen un razonamiento que:

1) basa su respuesta en el texto del art. 14 *bis* y tratados concordantes, sin invocar excepciones implícitas fundadas en debates constituyentes previos a 1994;

2) tampoco distingue grupos excluidos sin base textual;

3) interpreta de modo estricto las excepciones previstas en los tratados de derechos humanos, especialmente en cuanto al requisito de una ley formal para restringir o suprimir tales derechos;

4) adopta una interpretación sistémica de los artículos constitucionales y de aquellos contenidos en tratados de igual jerarquía, aunque –en el caso de Maqueda– introduce distinciones entre grupos de derechos consagrados en una misma norma, asignándole distinto grado de protección; y

5) sigue las pautas y precedentes generadas por el sistema interamericano de derechos humanos al momento de interpretar la Convención regional.

En síntesis, Maqueda y Rosatti basan la solución en el texto de las normas aplicables y preservan –con alguna diferencia

de grado– las atribuciones del poder legislativo, especialmente provincial; además, reafirman la inserción de Argentina en el sistema interamericano.

V. Una nueva clave de lectura: el fallo “Rearte” (2020)

La decisión en “SIPOBA” puede releerse a la luz de la reciente decisión de la Corte Suprema en “Rearte”⁴¹, emitida el 13 de agosto de 2020. La propia Corte ha conectado ambas decisiones: en la más reciente se menciona la supuesta analogía con la primera.

En el caso, una integrante del Servicio Penitenciario de Córdoba presenta –junto a la Asociación Civil Clínica Jurídica de Interés Público de la misma provincia– un amparo contra el gobierno local. Solicita que se autorice al personal penitenciario a realizar actividades destinadas a constituir un sindicato, las que están prohibidas por el art. 19 inc. 10 de la ley provincial 8231 (1992)⁴².

En primera instancia obtienen un fallo favorable⁴³, que hace lugar parcialmente al amparo. Declara inconstitucional la cláusula objetada: ello habilita las gestiones del personal ante el Ministerio de Trabajo de la Nación para lograr el reconocimiento de su sindicato, siempre sin apartarse de la cadena de mandos ni adoptar medidas de fuerza (que –de acuerdo al fallo– solo una entidad constituida podría decidir). Como pauta general, la sentencia subraya que cualquier restricción al derecho de agremiarse –en tanto materia de derecho laboral, delegada al

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (13 de agosto de 2020). “Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo – recurso de apelación”. CSJ 808/2012 (48-R) /CS1. R. 808. XLVIII. RHE.

⁴² Legislatura de la Provincia de Córdoba (19 de noviembre de 1992). Servicio Penitenciario Provincial. [Ley 8231 de 1992].

⁴³ Juzgado Civil de Primera Instancia y 31ra. Nominación de la ciudad de Córdoba (8 de febrero de 2008). “Rearte Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Amparo”. Expediente 1321645/36. Sentencia dictada por el juez Aldo Novak.

Congreso– debe dictarse por ley nacional (no provincial) e interpretarse restrictivamente. Luego la decisión es revertida en la instancia de Cámara y en el Tribunal Superior de Justicia cordobés. El planteo llega en queja ante la Corte Suprema, donde –en esta ocasión– no se celebra audiencia pública.

La decisión mayoritaria –suscripta por los ministros Highton, Lorenzetti y Maqueda– convalida la sentencia del máximo tribunal local, sosteniendo la constitucionalidad de la norma cordobesa. Rosatti, en disidencia, declara inconstitucional la cláusula prohibitiva de la ley 8231. El presidente de la Corte Suprema, Carlos Rosenkrantz, no vota.

Analizar esta decisión nos permitirá comprender las diferencias con el fallo “SIPOBA” como así también las razones por las que el ministro Maqueda convalida aquí la prohibición de la sindicalización luego de haberla reconocido como derecho en el fallo de 2017.

El voto mayoritario sostiene que el caso resulta análogo a lo decidido en “SIPOBA”. Por tanto, corresponde la misma solución: el derecho a la sindicalización para estos grupos (fuerzas militares y policiales) está condicionado a la inexistencia de una ley que lo prohíba; tal ley –para el caso de instituciones provinciales– debe ser dictada por la legislatura local.

En este caso, la mayoría señala que una ley provincial prohíbe específicamente conducir actividades dirigidas a constituir un sindicato. Al tratarse de una ley –y no de un decreto– el ministro Maqueda se suma a Highton y Lorenzetti, configurando una mayoría incluso en ausencia del presidente del tribunal.

Sin embargo, encontramos un problema en el voto mayoritario: las normas que habilitan limitar o prohibir el derecho de sindicalización se refieren al personal policial y militar, sin incluir al penitenciario. Tampoco lo menciona el art. 9 del convenio 87 de la OIT cuando autoriza a los Estados a regular el alcance del derecho a sindicalización en ciertos supuestos. Resulta difícil justificar una interpretación extensiva de los términos utilizados en una norma que establece una excepción

a un derecho. De todas formas, la mayoría hace una lectura analógica de estas cláusulas a fin de incluir en ellas al grupo en debate, aunque no aparezca mencionado en el convenio ni en los tratados con jerarquía constitucional ni en los convenios de OIT. Se trata –en palabras de Guastini (1999, pp. 220-222)– de una interpretación “correctora extensiva” por vía analógica: se incluye dentro de una norma que habilita restricciones en ciertos casos a un grupo no mencionado en ella, pero que – supuestamente– se parece a los que sí lo están.

Precisamente, el argumento principal de Lorenzetti, Highton y Maqueda es la “similitud” entre la policía bonaerense (cuyos derechos se analizaron en el fallo de 2017) y el servicio penitenciario cordobés. Quienes integran estas fuerzas estatales –subraya la mayoría– llevan uniforme, portan armamento, se ordenan jerárquicamente y se hallan bajo un “estado” y un régimen disciplinario policial o penitenciario, lo que configura un cuadro “prácticamente idéntico” entre ambos grupos (cons. 5).

Los puntos en común no han impedido –como señalan Rearte y la Clínica Jurídica en su recurso– que la OIT haya distinguido entre quienes forman parte de una u otra fuerza en diferentes pronunciamientos referidos a otros países. La mayoría desestima estos elementos, “sin dejar de ponderar el significativo valor que tienen”. Destaca las “múltiples diferencias” entre Argentina y aquellos Estados, las que obligan a “discernir cuidadosamente” si tales dictámenes pueden trasladarse a la situación argentina (cons. 6). Córdoba –subraya la mayoría– asigna al personal penitenciario un cometido “coincidente” con el de la Policía; por ello son “parte integrante, sin duda, de las fuerzas de seguridad estatales” (cons. 7).

Highton, Lorenzetti y Maqueda agregan como “una prueba no desdeñable” de la semejanza entre personal policial y penitenciario que existen “organizaciones de carácter mixto con miras a actuar como sujetos de derecho sindical”. Ofrecen como ejemplo a la Federación Argentina de Sindicatos Policiales y Penitenciarios, que junto al sindicato policial bonaerense

formuló en su momento una queja ante la OIT (cons. 8). Encontramos dificultades en este argumento. En primer lugar, tal Federación no es parte en el expediente, de modo que no puede conocerse adecuadamente su perfil. Por otra parte, la existencia de la agrupación no demuestra la similitud entre ambos colectivos, sino –en principio– que simplemente están afectados por el mismo problema: la prohibición de sindicalizarse. Por último, el nombre de la Federación alude precisamente –en plural– a “sindicatos policiales y penitenciarios”, denominación compatible con la existencia de organizaciones integradas exclusivamente por integrantes de uno u otro de los grupos en cuestión.

Hasta aquí los argumentos que la mayoría enlaza a fin de justificar una nueva interpretación extensiva de las excepciones en la titularidad o ejercicio de un derecho humano.

A partir de este encuadre, el resto del voto mayoritario sigue la pauta fijada en el fallo de 2017. Puede prohibirse el derecho del personal penitenciario a la sindicalización mediante una ley formal provincial, tal como la aprobada por la Legislatura de Córdoba (cons. 9). En este fallo la mayoría decidió no indagar en los debates de 1957 para sostener que el art. 14 *bis* niega –implícitamente– el derecho del personal penitenciario a sindicalizarse. Probablemente, porque en aquellas sesiones no se mencionó a ese personal. Resulta difícil saber si este nuevo fallo mantiene aquella interpretación sobre el art. 14 *bis*. Maqueda disintió sobre ese punto en 2017, y no hace ahora aclaraciones específicas; pero –junto a Lorenzetti y Highton– considera que el caso de Adriana Rearte es “análogo” al del SIPOBA.

La línea argumental explícita en el voto mayoritario se basa en el permiso para suprimir, contenido en la CADH. A diferencia del fallo sobre el SIPOBA, esta mayoría no necesita desechar expresamente la OC 6/86 de la Corte Interamericana, ya que sí existe una “ley formal” dictada por la provincia. La discusión podría llevarse un paso más adelante: Mujica (2014: 384) sostiene –en línea con lo observado por Bouvier (2018)– que

no basta con la existencia de una ley, sino que la Convención exige que tal norma se dicte “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”, abriendo paso a la necesidad de analizar si ello se cumple en este caso.

En su disidencia, el ministro Rosatti insiste –tal como hizo en la sentencia sobre el SIPOBA– en distinguir entre el derecho a la sindicalización y los derechos reconocidos a los sindicatos (concertar convenios colectivos, recurrir a conciliación y arbitraje, declarar la huelga), “cuyo ejercicio admite limitaciones y/o restricciones varias a efectos de preservar el orden y promover el bienestar general” (cons. 6). Luego vuelve a sostener que “el derecho a la sindicalización de la fuerza provincial surge directamente de la Constitución Nacional, **por lo que no puede ser prohibido –sino tan solo pasible de reglamentación habilitante– por parte de la legislatura local**” (énfasis en el original); en tanto, “los derechos emergentes de la sindicalización sí pueden ser reglamentados y aun prohibidos por ley formal” (cons. 12), dictada –en este caso– por la legislatura provincial.

Rosatti declara entonces inconstitucional la ley 8231 de Córdoba porque impide actividades destinadas a constituir un sindicato; en otras palabras, porque prohíbe la sindicalización. Sin embargo, el argumento de Rosatti no logra justificar –tal como hemos señalado antes– por qué la Provincia sí podría prohibir la huelga o la negociación de convenios colectivos, reconocidos en el mismo art. 14 *bis*. Las facultades no delegadas –según los arts. 121 y 122 de la Constitución– no pueden utilizarse para privar a sectores de población local de derechos consagrados en la norma federal.

En síntesis, los argumentos de la disidencia insisten con distinguir dos grupos de derechos (sindicalización y “emergentes”), ambos consagrados en la misma norma. Protege al primero frente a posibles prohibiciones locales, mientras que las habilita en el caso del segundo, sin argumentos suficientes –a nuestro juicio– que justifiquen el trato diferenciado.

VI. Palabras finales

En “SIPOBA” la mayoría de la Corte negó un derecho a un grupo de trabajadores utilizando criterios contradictorios, que combinaron interpretaciones restrictivas (en la titularidad) y extensivas (en las excepciones). Se dio peso al debate sobre el texto, y un derecho se limitó por referencias a otro. Se potenció al Poder Ejecutivo para limitar derechos. Se evitó dar participación al Congreso o a las Legislaturas provinciales. En lugar de una sentencia que reconociera el derecho y lo aplicara, o exhortara al Legislativo a pronunciarse, la mayoría de la Corte eligió cerrar definitivamente el camino al colectivo organizado. La vocación restrictiva se consolidó en “Rearte”, donde se extendió por vía analógica el alcance de una excepción.

Ambos fallos resultan de interés porque exhiben un conjunto de herramientas restrictivas que pueden aplicarse a otros derechos sociales y otros colectivos, siempre bajo el objetivo de limitar la titularidad de un derecho. La letra cede ante el debate, y el debate de un derecho sirve para limitar otro. La excepción engloba a grupos no mencionados y las normas limitantes pueden provenir del Poder Ejecutivo. Estas decisiones inquietan, comprensiblemente, a quienes confían en la tutela judicial de derechos consagrados en normas constitucionales y de derechos humanos –más allá de los uniformes.

El tratamiento jurisprudencial de la controversia sobre la reelección en Santiago del Estero

The jurisprudential treatment of the controversy over reelection in Santiago del Estero

O tratamento jurisprudencial da polêmica sobre a reeleição em Santiago del Estero

Le traitement jurisprudentiel de la controverse sur la réélection à Santiago del Estero

圣地亚哥德尔埃斯特罗 (Santiago del Estero) 关于改选争议的法理学处理

*Miguel Agustín Torres*¹

Universidad Nacional de Tucumán - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 380-415

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e464>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

Resumen: Por sus diferentes implicancias, la reelección de las autoridades ejecutivas provinciales es un tema que ha despertado un marcado interés entre los analistas especializados, generando variados aportes que atraviesan las distintas disciplinas que componen el amplio campo de las ciencias sociales. Focalizándose en la dimensión jurídica de la cuestión, en este trabajo se procura caracterizar el tratamiento jurisprudencial que recibió la controversia suscitada, en el año 2013, en torno a

¹ Abogado [UNT] y Doctor en Derecho [UBA]. Investigador del CONICET [CITCA - CONICET]. Docente de la Universidad Nacional de Catamarca [UNCa]. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3410-1961>).

la reelección gubernamental en la provincia de Santiago del Estero. La indagación sobre el tema permite advertir las diferentes concepciones e interpretaciones referentes a la autonomía provincial, la soberanía popular y las instituciones y principios del orden republicano y representativo, que subyacieron a las decisiones sobre el asunto en el ámbito de la justicia provincial y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Palabras clave: Reelección gubernamental, Santiago del Estero, Controversia, Tratamiento Jurisprudencial

Abstract: Due to its different implications, the re-election of provincial executive authorities is a subject that has aroused significant interest among specialized analysts, generating various contributions that cross the different disciplines that make up the broad field of social sciences. Focusing on the legal dimension of the issue, this article tries to characterize the jurisprudential treatment that received the controversy that arose, in 2013, around the government reelection in the province of Santiago del Estero. The investigation on the subject allows us to notice the different conceptions and interpretations referring to provincial autonomy, popular sovereignty and the institutions and principles of the republican and representative order, which underlay the decisions on the matter in the sphere of provincial justice and the Supreme Court of Justice of the Nation.

Keywords: Government reelection - Santiago del Estero - Controversy - Jurisprudential treatment

Resumo: Pelas suas diferentes implicações, a reeleição de autoridades executivas provinciais é um tema que tem suscitado marcado interesse entre analistas especializados, gerando diversos contributos que perpassam as diferentes disciplinas que constituem o amplo campo das ciências sociais. Enfocando a dimensão jurídica da questão, este trabalho busca caracterizar o tratamento jurisprudencial que recebeu a polêmica que surgiu, em 2013, em torno da reeleição governamental na província de Santiago del Estero. A investigação sobre o tema permite perceber as diferentes concepções e interpretações sobre a autonomia provincial, a soberania popular e as instituições e princípios da ordem republicana e representativa, que fundamentam as decisões sobre a matéria no âmbito da justiça provincial e do Supremo Tribunal de Justiça da Nação.

Palavras-chave: Reeleição governamental, Santiago del Estero, Controvérsia, Tratamento Jurisprudencia

Résumé: En raison de ses différentes implications, la réélection des autorités exécutives provinciales est un sujet qui a suscité un intérêt marqué parmi les analystes spécialisés, générant diverses contributions qui traversent les différentes disciplines qui composent le vaste domaine des sciences sociales. Focalisé sur la dimension juridique de la question, cet ouvrage tente de caractériser le traitement jurisprudentiel qui a fait l'objet de la polémique née, en 2013, autour de la réélection du gouvernement dans la province de Santiago del Estero. L'enquête sur le sujet permet de constater les différentes conceptions et interprétations de l'autonomie provinciale, de la souveraineté populaire, des institutions et principes de l'ordre républicain et représentatif, qui sous-tendent les décisions en la matière dans le domaine de la justice provinciale et de la Cour suprême de justice de la nation.

Mot-clés: Réélection du gouvernement, Santiago del Estero, controverse, traitement juridictionnel

摘要: 由于其不同的含义, 连任省级行政机关这一话题引起了专业分析家的浓厚兴趣, 产生了跨越社会科学广泛领域的不同学科的各种贡献着眼于问题的法律层面这项工作试图描述法学治疗方法的特征该法学治疗方法于2013年围绕圣地亚哥·埃斯特罗省政府的改选而引起了争议通过对该问题的调查我们可以注意到有关省级自治人民主权以及共和制和代议制的制度和原则的不同概念和解释这些概念和解释奠定了省级司法和司法管辖权领域对此问题的决定的基础国家最高法院

关键字: 政府改选, 圣地亚哥·德尔埃斯特罗 (Santiago del Estero), 争议, 法理学治疗

I. Introducción

La indagación sobre la reelección de las máximas autoridades ejecutivas en los ordenamientos provinciales provincial representa un tema significativo que ha motivado variadas aportaciones que, atravesando el vasto ámbito de las ciencias sociales,

abordan distintos aspectos implicados en esta cuestión (Almaraz, 2010; Jolías y Reina, 2011; Cardarello, 2012; Liendo, 2014; Del Cogliano y Varetto, 2016; Altavilla, 2017; Gervasoni y Nazareno, 2017; Valenzuela y Medina, 2020). Enmarcado, precisamente, en la importancia que reviste el tópico, el examen de la controversia generada en torno a la reelección gubernamental de Santiago del Estero² del año 2013, adquiere, a su vez, una relevancia adicional, la cual puede ser apreciada tanto desde una perspectiva jurídica como desde un enfoque político-institucional.

Desde un plano jurídico puede sostenerse que el tema interesa puesto que permite conocer las diferentes interpretaciones, receptadas en la jurisprudencia generada en el ámbito judicial de la provincia de Santiago del Estero y en la decisión judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre el instituto de la reelección y de las cláusulas constitucionales locales que la norman. Del mismo modo, porque posibilita distinguir las diversas concepciones sobre los mecanismos y vías de modificación de la carta política provincial, que subyacen a aquellos argumentos. Pero, principalmente, porque a través de la solución judicial sobre este asunto, el máximo tribunal nacional sentó un precedente para el tratamiento de cuestiones con un sustento empírico similar, y que efectivamente tuvo oportunidad de invocar a posteriori³.

² La provincia posee su cuota de importancia en la historia nacional, especialmente en la etapa colonial en virtud de su aporte al desarrollo del incipiente proyecto urbano del noroeste, y, en menor medida, por su participación en el tramo inicial del trayecto de construcción del Estado argentino. Así, desde una perspectiva histórica, puede afirmarse que Santiago, al decir de Alen Lascano (1996) una auténtica ciudad imperial, representó el epicentro del noroeste colonial. Fundada en el año 1553, se convirtió en el primer núcleo urbano exitoso, ya que durante treinta años fue la única ciudad que no resultó destruida, despoblada o trasladada totalmente (Ilgareta, 2012). No obstante, su trascendencia para la época no se circunscribe exclusivamente a su perdurabilidad, sino que ella radica, en buena medida, en su contribución para la conformación de otros asentamientos urbanos en la región, hasta avanzado el Siglo XVII, al suministrar recursos humanos y materiales a todas las expediciones destinadas a tales propósitos (Ilgareta, 2012). Justamente, por tal razón es conocida, tradicionalmente, como “Madre de Ciudades”.

³ Ciertamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación invocó el criterio vertido en la disputa sobre la reelección en Santiago del estero, al resolver la cuestión problemática planteada con motivo de la reelección en la provincia de Río Negro.

A su vez, desde un plano político-institucional, corresponde resaltar que la temática, también, reviste trascendencia, debido a que la discusión implicada en la cuestión de la reelección se desarrolló en un escenario que, en las últimas décadas, albergó el desenvolvimiento de destacados procesos políticos. Así, las definiciones que, durante esos años, contribuyeron a describir la fisonomía política e institucional de la provincia, reflejaron, en algunos casos, tendencias que, en su momento, encontraron reproducción en diferentes espacios provinciales y, en otros supuestos, constituyeron expresiones peculiares de la dinámica política santiagueña. Justamente, puede afirmarse, al respecto, que su sistema electoral vigente, cuyo diseño e implementación deriva normativamente de la propia carta política provincial y del código electoral local, si bien no observa mayores diferencias técnicas con lo que acontece en otras provincias, se sitúa en el contexto de uno de los procesos políticos que particularizan, actualmente, a la realidad política de la provincia.

De esta manera, la experiencia institucional de Santiago del Estero de los últimos años ofrece un rasgo que, en términos comparativos, la singulariza. Su historia reciente se resume en el desenvolvimiento de dos figuras políticas que, a través del despliegue de sus respectivas estrategias para la concentración de poder en el marco de complejos fácticos disímiles, terminaron representando -y una de ellas aún lo sigue haciendo- dos instancias de hegemonía en la arena local. El devenir político de los últimos decenios alberga el tránsito desde el ocaso y desmoronamiento del “juarismo” hasta el surgimiento y consolidación del “zamorismo”.

La intervención federal a la provincia del año 2004 comportó el desenlace definitivo de la prevalencia de Carlos Juárez (Dandan, 2010; Picco, 2013), cuyo proceder político y su estilo de gobierno estimularon diferentes esfuerzos de caracterización por parte de quienes se interesaron en los variados aspectos de este capítulo de la historia provincial⁴, condensado en la obra

⁴ Dargoltz, Gerez y Cao (2006) califican al ciclo juarista de ‘regimen caudillista’. Saltalamacchia y Silveti (2012), por su parte, acercan al juarismo a los regímenes de tipo ‘clientelar’.

política del caudillo justicialista. A partir del triunfo obtenido en las elecciones convocadas por la provisoria administración federal de la provincia para regularizar el ritmo institucional, comienza a configurarse el señorío político del “zamorismo” (Ortiz de Rozas, 2011). Mientras la preeminencia del juarismo se desarrolló con intermitencias, originadas en circunstancias de diferente naturaleza, a lo largo de una considerable proyección temporal que atravesó la segunda mitad del siglo pasado; el predominio de la elite dirigente encabezada por Gerardo Zamora no registró interferencias desde su acceso al poder, desenvolviéndose ininterrumpidamente desde entonces.

De modo semejante a lo sucedido con otras manifestaciones del accionar estatal, la evolución y el funcionamiento del régimen electoral no resultaron ajenos a estos procesos de edificación y sedimentación del poder político que tuvieron lugar en la provincia en los últimos decenios. Esto se puede apreciar, particularmente, al examinar el recorrido que describió la incorporación del mecanismo de la reelección. Las controversias y debates generados en torno a la determinación de la procedencia de la reelección en los comicios de 2013, lejos de circunscribirse a discrepancias de naturaleza técnica, terminaron reflejando las diferentes pretensiones de los principales actores políticos del ámbito provincial.

Sin prescindir, en el análisis, de la consideración que merece la incidencia ejercida por los factores procedentes del contexto político institucional en sentido estricto, en esta contribución nos focalizamos en la dimensión jurídica de la cuestión. Teniendo en cuenta ello, en este trabajo se procura caracterizar el tratamiento jurisprudencial que recibió la controversia suscitada, en el año 2013, en torno a la reelección gubernamental en la provincia de Santiago del Estero. En tal cometido efectuamos un examen del marco normativo referente al régimen electoral

A su vez, Farinetti y Zurita (2015) catalogan al juarismo como una forma de dominación consolidada en virtud de “la máquina electoral y el Estado, a través de la construcción de una multiplicidad de espacios de poder en la vida cotidiana” (Farinetti y Zurita, 2015, pág. 13).

provincial y de los dispositivos constitucionales locales que insertan la reelección gubernamental en dicho sistema electoral; y, asimismo, realizamos un análisis de las piezas jurisprudenciales de la justicia provincial generadas sobre la cuestión y de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dirimió el conflicto legal planteado.

Su desarrollo se estructura de la siguiente manera. En una sección inicial se describen algunos aspectos centrales del sistema electoral vigente en la provincia de Santiago del Estero. Luego se aborda la discusión normativa trabada sobre la reelección gubernamental en la provincia de Santiago del Estero, en el marco de la contienda electoral local del año 2013, a través de una sección distribuida en dos apartados que contemplan, sucesivamente, i) los antecedentes cercanos del proceso de recepción constitucional de la reelección en el orden provincial, y ii) los argumentos que fundamentan las diferentes interpretaciones recogidas en la producción jurisprudencial específica. Por último, a modo de cierre, se expresan una serie de comentarios finales sobre los tópicos analizados.

II. El Sistema Electoral. Características Generales

Las pautas que ordenan la configuración y el funcionamiento del actual sistema electoral santiagueño surgen de la Constitución Provincial reformada en el año 2005 y del Código Electoral local. Con sujeción a los lineamientos que en la materia establece la mencionada carta política de 2005, la ley 6908, de septiembre de 2008, instauró el denominado Código Electoral Provincial. Este cuerpo normativo específico recibió, a su vez, sucesivas actualizaciones a través de las leyes 6914 y 6921, ambas de octubre de 2008, y de la ley 7102 de diciembre de 2012. Sancionado en el último año de la gestión del gobernador Zamora, este digesto electoral se implementó, por primera vez, en los comicios para renovar autoridades del Ejecutivo y del Legislativo del 30 de noviembre de 2008, instancia en la cual obtuvo la reelección el citado mandatario.

El sistema electoral vigente se caracteriza, entre otras, por las siguientes notas:

- Los lineamientos principales del régimen electoral se encuentran contenidos en la Constitución Provincial del 2005. Aspectos como la aplicación del mecanismo proporcional de cobertura de los cargos correspondientes a los órganos colegiados, la conformación de un distrito electoral único, la prohibición del voto doble y simultáneo y la necesidad de contemplar legalmente el desenvolvimiento del proceso electoral encuentran recepción en la carta magna provincial. De esta manera, el artículo 44 del texto constitucional, luego de reconocer que el régimen electoral revestirá un carácter uniforme en toda la geografía provincial, enuncia las bases a las cuales se ajustará el despliegue del mismo:

1. El sistema electoral que regirá para la elección de los cuerpos colegiados se establecerá sobre la base de la representación proporcional.
2. El territorio provincial y municipal, según corresponda, se constituye en distrito único para todos los actos electorales.
3. Queda expresamente prohibido el sistema electoral de doble voto simultáneo y acumulativo.
4. Todo proceso electoral puede ser fiscalizado por los partidos políticos intervinientes.
5. La autoridad comicial dispone de la fuerza pública a los efectos de asegurar la regularidad del acto.
6. Todos los electores gozan durante el acto comicial de inmunidad de arresto, salvo en el caso de flagrante delito o de orden escrita de autoridad competente. La ley que reglamentará el régimen electoral deberá ser sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Cámara de Diputados (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 2005, art. 44).

- La elección del gobernador y el vicegobernador se concreta a través de la simple pluralidad de sufragio. En este proceso electoral, la totalidad del territorio provincial es considerado un distrito único. La duración del mandato de ambas autoridades del Poder Ejecutivo se fija en cuatro años, pudiendo

ser reelectos por un solo término de idéntica duración. Esta limitación referente a la reelección opera también en el supuesto de sucesión recíproca entre la figura del gobernador y la del vicegobernador. Es decir, que tanto el gobernador o vicegobernador sólo pueden ser reelectos por un solo periodo, aún en el supuesto de que intercambien mutuamente sus cargos en la fórmula electoral. Por ende, tanto el gobernador como el vicegobernador, previamente reelectos, no pueden ser elegidos para cualquiera de los dos cargos sino cuando hubiera transcurrido el intervalo de un período (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 63). A los fines de la elección el territorio provincial en su totalidad es considerada un único distrito (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 63).

- Las situaciones de acefalia se encuentran previstas en la Constitución Provincial. Según la ley fundamental de la provincia, el vicegobernador es el reemplazante y sucesor natural del gobernador. La línea sucesoria institucional se integra por el vicepresidente primero o, en su defecto, por el vicepresidente segundo de la legislatura. Cuando la acefalia no fuese temporaria, alcanzara al gobernador y al vicegobernador y ocurriera cuando faltase más de dos años para concluir el período, la autoridad legislativa a cargo del Poder Ejecutivo (vicepresidente primero o, en su defecto vicepresidente segundo de la legislatura) convocará a la ciudadanía a nuevas elecciones, las cuales deberán llevarse a cabo dentro de los sesenta días de producida la acefalia.

Cuando esta misma situación aconteciera faltando menos de dos años para la terminación del período, la autoridad legislativa que desempeñara transitoriamente el Poder Ejecutivo convocará a la legislatura para que procediera a cubrir, los cargos vacantes de gobernador y vicegobernador, con dos de sus propios miembros elegidos a tal efecto en una única sesión. La designación de los dos legisladores que culminarán el mandato pendiente requiere, en un principio, de la obtención de la mayoría absoluta de votos dentro del cuerpo legislativo, en donde cada parlamentario tendrá un voto nominal. Si esta mayoría no se alcanzara, se

reiterará la votación en la misma sesión. En caso empate, decidirá el presidente de la legislatura votando por segunda vez. Asimismo, se prevé que, en el supuesto de que no se hubiera proclamado al nuevo gobernador el día en que debiera cesar el saliente, el presidente del Superior Tribunal de Justicia ejercerá temporariamente el Poder Ejecutivo.

- Los diputados provinciales y los convencionales constituyentes son elegidos a través del sistema proporcional D'Hont, conformando el escenario provincial un distrito único. Las elecciones de los diputados se efectuarán cada cuatro años, resultando simultáneas con las de gobernador y vicegobernador. Los diputados ejercerán sus funciones durante cuatro años, pudiendo ser reelegidos, de forma consecutiva, por un solo período de la misma extensión. Por lo tanto, habiendo resultado previamente reelectos, podrán ser elegidos nuevamente recién cuando hubiera transcurrido el intervalo de un mandato.

- La implementación del sistema proporcional D'Hont se encuentra consagrada en el artículo 71, el cual determina que los cargos a cubrir se asignarán de conformidad con las siguientes pautas:

- a) El total de los votos obtenidos por cada lista que haya alcanzado como mínimo el dos por ciento (2 %) de los votos válidamente emitidos, será dividido por uno (1), por dos (2), por tres (3) y así sucesivamente hasta llegar al número igual al de los cargos a cubrir;
- b) Los cocientes resultantes, con independencia de la lista de que provengan, serán ordenados de mayor a menor en número igual al de los cargos a cubrir;
- c) Si hubiere dos o más cocientes iguales se los ordenará en relación directa con el total de los votos obtenidos por las respectivas listas y si éstos hubieren logrado igual número de votos el ordenamiento resultará de un sorteo que a tal fin deberá practicar el Tribunal Electoral Provincial;
- d) A cada lista le corresponderá tantos cargos como veces sus cocientes figuren en el ordenamiento indicado en el inciso b) (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 71).

- El sistema proporcional también resulta aplicable a la elección de Concejales Municipales. De conformidad con este sistema se adjudican las bancas correspondientes, tanto las titulares como las suplentes, en el marco de comicios en los cuales los concejales son elegidos en forma directa por el electorado de los circuitos que componen cada municipio, el cual es considerado, a los fines del acto electoral, como un distrito único (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 78, inc. b). Los intendentes, por su parte, son elegidos a simple pluralidad de sufragios de forma directa por los electores de cada municipio (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 78, inc. a). La elección de intendentes y concejales deben efectuarse en forma simultánea (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 78, inc. a) y, en su caso, también, pueden coincidir con los comicios para elegir a las autoridades del Ejecutivo provincial y a los diputados provinciales (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 78, inc. d).

- A su vez los comisionados municipales son elegidos de modo directo, a simple pluralidad de sufragios, por el electorado de sus jurisdicciones correspondientes (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 79, inc. a). Estos comicios deben celebrarse en forma simultánea con las elecciones para gobernador, vicegobernador y diputados provinciales (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 79, inc. d).

- El mandato de los intendentes, concejales, comisionados y secretarios de las comisiones municipales tendrá una duración de cuatro años (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 81). En armonía con lo normado, en este aspecto, para otros cargos electivos de la provincia, aquellos sólo pueden ser reelegidos por un solo período consecutivo (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 81). Habiendo resultado reelectos solo pueden ser elegidos nuevamente luego de haber transcurrido el intervalo de un período (Cód. Elec. de Sgo. del Estero, 2008, art. 81).

Este sistema se complementa con otros aspectos concernientes a la dinámica electoral que resultan necesarios para su funcionamiento y, los cuales se encuentran igualmente

institucionalizados en el ámbito provincial. Así, la conformación y operatividad de los partidos políticos⁵, el acceso gratuito de los mismos a determinados espacios de publicidad en medios televisivos o de radiodifusión⁶, el financiamiento de las campañas electorales dispone de cobertura normativa⁷. Del mismo, Santiago del Estero cuenta con regulación específica sobre “consulta popular”⁸ y constituye, además, uno de los circuitos provinciales que tempranamente legisló en materia de “voto electrónico”⁹.

III. La recepción constitucional de la reelección. Discusiones sobre su implementación

III.a. Antecedentes recientes

En el año 1986, el gobierno de Carlos Juárez promovió la reforma de la Constitución Provincial. La iniciativa santiagueña inauguró la etapa de revisiones de los textos constitucionales que empezarían a describir, por aquellos años, algunas administraciones provinciales (Castiglione, 2010). A través de la reforma se procuró actualizar el sentido de la carta política, incorporando las tendencias modernas del constitucionalismo de aquella época (Castiglione, 2010). Así, encontraron recepción en el nuevo texto los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 19), el derecho de réplica (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 20), diferentes garantías, la acción habeas corpus (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 38), la acción de amparo (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 38), determinadas normas sobre

⁵ Normado por Ley Orgánica de los Partidos Políticos N° 5.562.

⁶ Regulado por Ley 6681 sobre Espacios Gratuitos en los Medios de Radiodifusión y Televisión.

⁷ Normado por Ley 6680 de Financiamiento de Campañas Electorales Provinciales.

⁸ Contemplada por Ley 6659 de Consulta Popular.

⁹ Regulado por Ley 6679 referente al Sistema de “Voto Electrónico”.

régimen social, económico y financiero (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, arts. 63, 64, 65, 65, 66, 67, 68, 69), previsiones sobre los regímenes del agua (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, arts. 59, 60, 61), forestal (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 62), de la salud (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76). Se reguló también en materia de familia (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 77), minoridad (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, arts. 78, 79, 80), juventud (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 81), tercera edad (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 82), discapacitados (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 83).

La normación del sistema electoral se encontraba contemplada en la Sección III (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, arts. 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95). El texto constitucional incorporó la figura del vicegobernador. De este modo, el artículo 121 disponía que, simultáneamente, con la elección de gobernador se debiera elegir un vicegobernador por un periodo igual¹⁰ (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 121). A su vez, el artículo 108 erigía al vicegobernador como presidente nato de la legislatura, correspondiéndole votar en caso de empate (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 108). Se incrementó el número mínimo de legisladores a 45 (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 96). Se creó el Tribunal Fiscal (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, arts. 149, 150, 151) y el Consejo de la Magistratura (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 165 y 166). Se clasificó a los municipios en tres categorías (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 218) y se les reconoció independencia de acción con respecto a todo otro poder (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 216). De conformidad con cada categoría, se fijaba el número de sus concejales (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 220, inc. 2). Con el propósito de asegurarles a

¹⁰ Expresamente el art. 121 prescribía: “El Poder Ejecutivo será desempeñado por un ciudadano con el título de gobernador de la provincia. Simultáneamente con la elección de gobernador se elegirá un vicegobernador, por idéntico período” (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 121).

los municipios cierta independencia con relación a la voluntad del gobernador de turno se les asignaban recursos mínimos (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 220, incs. 10 y 11).

Sin embargo, la inserción de la alternativa de la reelección constituyó el verdadero móvil que impulsó la reforma y que, en definitiva, no habría de concretarse. Indudablemente, la conformación de la convención constituyente, en la cual la oposición dispuso de mayoría, terminó enervando aquel propósito de la conducción juarista (Castiglione, 2010). De esta manera el artículo 123, situado dentro del Capítulo I (De Su Naturaleza y Duración) de la Sección II (Poder Ejecutivo), establecía expresamente que: “el gobernador y vicegobernador ejercerán sus funciones por el término de cuatro años sin que evento alguno pueda motivar su prórroga. No podrán ser reelegidos sino con intervalo de un período, ni sucederse recíprocamente” (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1986, art. 123).

Debieron transcurrir más de diez años para que se incorporara la alternativa de la reelección a la Constitución Provincial. Esto se concretaría, durante la cuarta gobernación de Juárez, mediante la reforma constitucional del año 1997. Precisamente, la revisión de la Constitución de 1986 se encontraba inspirada por el propósito de modificar la mencionada cláusula constitucional que impedía la reelección, contenida en el citado precepto 123. La letra del artículo 139, en la Constitución modificada, disponía que “el gobernador y su vice pueden ser reelectos” (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1997, art. 139). El artículo 141, por su parte, contenía un mecanismo de reemplazo funcional del vicegobernador. Establecía esta norma que, en caso de vacancia o acefalia del vicegobernador, le correspondía al Poder Ejecutivo proponer una terna de diputados, de la cual la legislatura, por simple mayoría de votos, debía elegir al reemplazante hasta la culminación del mandato¹¹. Lo normado por esta última cláusula debía ser correlacionado con la redacción del artículo 137.

¹¹ Constitución de la Provincia de Santiago del Estero del Año 1997, artículo 141.

Este precepto, además de referirse a las máximas autoridades que componían el Poder Ejecutivo, también incluía una cláusula concerniente al rol del vicegobernador en la mecánica gubernativa, especialmente en lo atinente a interacción con el órgano legislativo. Así, el dispositivo prescribía que:

El vicegobernador, en tanto no reemplace al gobernador en el ejercicio del Poder Ejecutivo, tendrá dentro de éste funciones de Consejero y en ese carácter asistirá a los acuerdos de Ministros, reuniones de gabinete e integrará el Consejo Económico social. Podrá concurrir a las sesiones de la Cámara de Diputados, como vocero del Poder Ejecutivo en el tratamiento de los proyectos e iniciativas del mismo, con derecho a voz (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1997, art. 137).

De esta manera, apartándose de un criterio clásico en el reparto de facultades institucionales, la norma dispensaba al vicegobernador de la función de presidir el órgano legislativo que, usualmente, se le atribuye en los textos constitucionales. En este punto puede apreciarse con nitidez las intenciones políticas que albergaba el Ejecutivo de aquel entonces, ya que la inserción constitucional de esta cláusula especial se había efectuado considerando una eventual candidatura, como vicegobernadora, de la esposa del caudillo provincial, lo que, en definitiva, habría de suceder en las elecciones del año 2003 (Castiglione, 2010). Con tal redacción, que implicaba que el vicegobernador no tuviera necesariamente que concurrir a la cámara de diputados para presidir las sesiones legislativas, el líder del justicialismo local procuraba sustraer a su mujer de las críticas y de la exposición que suponía, inevitablemente, el cumplimiento de tal tarea institucional (Castiglione, 2010).

Además, la reforma elevó a cincuenta el número de diputados, debiendo ser elegidos veintidós en distrito único mediante lista única y los veintiocho restantes de las diferentes circunscripciones electorales en las cuales debía desagregarse el territorio provincial (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1997, art. 115). Como otra particularidad del texto constitucional, se

intentaba contener las perjudiciales connotaciones económicas de la gestión de los interventores federales, al establecerse que los actos de los mismos debían revestir, exclusivamente, naturaleza administrativa, no pudiendo comprometer el patrimonio presente o futuro de la provincia¹² (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1997, art. 14). La reelección introducida por esta Ley Fundamental se estrenó en la elección de agosto de 1999, en la cual, Carlos Juárez resultó reelecto como gobernador, esta vez acompañado en la vice gobernación por su esposa¹³.

La intervención federal a la provincia¹⁴, que abarcó el periodo comprendido entre abril de 2004 y marzo de 2005, pretendió modificar el texto constitucional de 1997. Empero, esta iniciativa encontró resistencia en un sector del radicalismo local que terminó cuestionando judicialmente la constitucionalidad de la Ley 6667, sancionada por la intervención, que declaraba la necesidad de la reforma de la carta política y convocaba a la elección de convencionales a tal fin. Ciertamente, el senador radical José Luis Zavalía dedujo, en el año 2004, una acción de amparo contra el Estado Nacional y el Provincial con el propósito de que se declarara la ilegalidad, ilegitimidad e inconstitucionalidad de la mencionada Ley 6667, solicitando

¹² Rezaba el artículo 14º: “En caso de intervención del gobierno federal, los actos que su representante practique deberán ser exclusivamente administrativos. Serán válidos para la Provincia si hubieren sido realizados de acuerdo con lo previsto por esta Constitución y las leyes de la Provincia. Sus funciones deberán limitarse a garantizar la forma republicana de gobierno, repeler invasiones exteriores o sostener o restablecer las autoridades constituidas si hubiesen sido depuestas por la sedición o por invasión exterior. En ningún caso podrá comprometer el patrimonio presente o futuro de la Provincia. Los magistrados, funcionarios y empleados nombrados por la intervención federal cesan automáticamente al asumir las autoridades electas, salvo confirmación o nuevo nombramiento de éstas. Los sueldos, retribuciones, compensaciones, viáticos y demás adicionales del Interventor Federal, Ministros, Secretarios de Estado, Subsecretarios y funcionarios no escalafonados designados por aquél, no serán abonados con fondos provinciales”. (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 1997, art. 14).

¹³ Tanto Carlos Juárez y su esposa Mercedes Aragonés renunciaron a sus respectivos cargos el 10 de diciembre de 2001. Tres días después ambos fueron declarados por la legislatura santiagueña “protectores ilustres de la provincia”. El 19 de diciembre, también de ese año, Juárez asumió como senador nacional.

¹⁴ Declarada por el Congreso de la Nación mediante Ley 25.881 del 1 de abril de 2004.

que, hasta tanto se dictara una sentencia que resolviera el fondo de la cuestión, se decretara una medida cautelar ordenando la suspensión de los comicios para la elección de convencionales, fijados para el 31 de octubre de 2004 (Hauser, 2004; Gómez Díez, 2006). Para fundamentar su pretensión, el senador radical expuso, en su pretensión, entre otros, los siguientes argumentos, referidos a la determinación del alcance de los poderes del interventor federal:

[...] Por más amplias que sean las potestades acordadas al funcionario designado, está inhabilitado para adoptar decisiones que desnaturalicen la esencia del federalismo y la autonomía provincial (...) no podría dictar normas que alterasen el cumplimiento del art. 5º de la Constitución Nacional, ni desconocer el alcance del art. 7º, como tampoco podría modificar los límites provinciales sin la conformidad de los representantes legítimos del pueblo de la provincia, ni crear comisiones especiales, nuevas regiones o asumir compromisos internacionales (...) Tampoco está habilitado para ejercer la función preconstituyente o constituyente, por lo que el gobierno federal no puede, por su intermedio, declarar la necesidad de la reforma constitucional e imponer un nuevo texto porque estaría ejerciendo una potestad que no fue delegada por las provincias (art. 121, Constitución Nacional) (...) El interventor carece de facultades para disponer una reforma en tanto es la provincia la que, de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 122 citado, se da sus propias instituciones y se rige por ellas (...) Nadie puede sostener “racionalmente” que el interventor federal es depositario del Poder Constituyente (...) Reconocer el ejercicio de las facultades que se pretenden es la antesala de la subversión del sistema federal y la partida de defunción de las autonomías provinciales (CSJN, 2004, 327:3852).

Habiendo arribado la cuestión a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el máximo tribunal se declaró competente entendiendo que la causa correspondía a su

jurisdicción originaria en los términos del artículo 117 de la Constitución Nacional. El pronunciamiento sobre la competencia contiene una serie de considerandos de relevancia. Entre otros aspectos, la Corte razonó que:

[...] Es dable recordar que aceptar la radicación de estas actuaciones en esta instancia constitucional es la única forma de garantizarle al Estado provincial un juez imparcial, dado que su calidad y preexistencia a la Nación misma impide someterlo a los jueces federales (...) (CSJN, 2004, 327:3852).

La Corte terminó concediendo la cautelar solicitada por el senador Zavalía y, por lo tanto, ordenó suspender el llamado a elección de convencionales hasta tanto se dictara una sentencia definitiva, interpretando que:

De proseguirse el proceso de reforma constitucional ya iniciado con el ejercicio de las facultades preconstituyentes que el actor niega al interventor federal y dictarse una sentencia favorable a esa pretensión, o bien la decisión podría ser ineficaz frente a los actos ya cumplidos o bien éstos podrían quedar viciados de nulidad, con el consiguiente trastorno institucional que ello acarrearía y la inútil realización de importantes erogaciones; en cambio, si la sentencia fuese desfavorable, la temporaria suspensión de aquel proceso no implicaría ninguna consecuencia negativa (CSJN, 2004, 327:3852) .

En este fallo, en el cual la Corte reconoció que la cuestión se situaba en la órbita de su competencia originaria, también se remitió, de modo expreso, al debate parlamentario que acompañó la sanción de la ley 25881 que declaraba la intervención a la provincia. Así, la sentencia incorporó un fragmento en el cual se discutía sobre la conveniencia de conferirle al interventor federal, a través de la norma, la potestad de reformar la Constitución Provincial. Al respecto, resulta útil, por su utilidad técnica y también por su pertenencia al oficialismo nacional de aquel momento, reproducir los argumentos de la senadora

Fernández de Kirchner, contenidos en el apartado 25 de los considerandos:

Como presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales la primera cosa que se me ocurre decir es que no podríamos sancionar este proyecto de ley violando nosotros mismos la Constitución. ¿Cómo vamos a imponer la reforma de una Constitución provincial desde una ley nacional? Es imposible hacer eso, por cuanto en tal caso estaríamos sancionando una norma claramente violatoria de la organización federal del país. La reforma de constituciones provinciales debe hacerse a través de mecanismos que prevén las propias constituciones. Así que es imposible abordar esto, por lo menos en el marco de legalidad constitucional desde el Congreso de la Nación (...) “Desde el pacto fundacional de 1853 y luego de décadas de lucha, las provincias argentinas lograron que la Nación no pudiera introducirse en la organización de las provincias. Lo que deben garantizar es la administración de justicia y la educación como únicas demandas por parte de la nación para que se les garanticen sus autonomías. O sea, que nosotros le impongamos una reforma constitucional desde la Nación es profundamente violatorio de la Constitución Nacional y de los pactos fundantes de la Constitución de 1853 (CSJN, 2004, 327:3852).

En definitiva, el plazo de la intervención habría de culminar antes de que se dictara una sentencia definitiva, razón por lo cual la Corte declaró abstracta la cuestión. En tal sentido la Corte manifestó que:

Este proceso carece de objeto actual en la medida en que, al haber concluido la intervención federal que promovió la reforma constitucional impugnada, ha desaparecido el presupuesto fáctico que dio lugar al agravio constitucional que sustentó la pretensión declarativa (...) a esta Corte le está vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto litigioso actual (CSJN, 2006, 329:1898).

III.b. La reelección en la reforma constitucional del 2005. La discusión sobre los alcances de la cláusula transitoria sexta

La “Constitución Juarista” recién habría de reformarse en el año 2005, durante el gobierno de Gerardo Zamora. Ya bajo la vigencia de esta carta política, la implementación de la reelección se convirtió, otra vez, en un componente de controversia social y de tensión política e institucional con motivo de la elección para gobernador del año 2013. La polémica se suscitó debido a la intención del gobernador Zamora de competir en dicha contienda electoral, abriendo, con ello, la posibilidad de un tercer período gubernamental consecutivo (Behrend, 2013). El protagonista central de la realidad política santiagueña de los últimos años transitaba, por entonces, su segundo mandato al cual había accedido a través de la reelección en los comicios de 2009. La discusión política encontraba su sustento jurídico en las divergentes interpretaciones que deparaba la colisión entre dos normas de la Constitución de 2005. Los dispositivos en crisis conciernen, ambos, a la reelección de la autoridad ejecutiva. Sin embargo, mientras uno de ellos, el artículo 152, regula con carácter general lo atinente a la reelección del gobernador y vicegobernador, el otro, la cláusula transitoria sexta, por su parte, en directa vinculación con el precepto del 152, contempla, exclusivamente, la situación del ciclo gubernamental en curso al momento de sancionarse la constitución, en atención a una eventual implementación de la reelección. De este modo, el artículo 152 de la Ley Fundamental de la Provincia establece la duración de los mandatos del gobernador y del vicegobernador y limita, además, la reelección a una sola etapa gubernamental. Dispone, de este modo, que:

El gobernador y vicegobernador (...) Podrán ser reelectos o sucederse recíprocamente, por un nuevo período únicamente. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con intervalo de un período (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 2005, art. 152).

A su vez, la cláusula transitoria sexta caracteriza al mandato que se encontraba en vigencia en aquel momento como un primer periodo, ante la posibilidad de una continuidad en el Poder Ejecutivo de la administración gobernante, a través del mecanismo de la reelección. Establece, de esta manera, que “el mandato del gobernador de la provincia, en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período (Referida al artículo 152)” (Const. Pcial. de Sgo. del Estero, 2005, cláus. trans. sexta).

La posición del oficialismo santiagueño de aquellos años se enfrentó con marcadas resistencias dentro de la arena política local, lo cual derivó en la canalización institucional de la discusión. Diferentes sectores que integraban el marco opositor cuestionaron judicialmente la postura del Ejecutivo Provincial. Desde un punto de vista técnico jurídico, la diferencia se centró en la determinación de la solvencia constitucional de la cláusula transitoria sexta y, por lo tanto, de la viabilidad de la candidatura consecutiva del gobernador Zamora. En el ámbito jurisdiccional de Santiago la cuestión fue dirimida de forma favorable al Ejecutivo Provincial.

De esta forma, en un pronunciamiento de primera instancia, la cláusula transitoria sexta fue declarada inconstitucional. Esta decisión resultó confirmada por el Superior Tribunal de Justicia, órgano de mayor jerarquía en la estructura judicial de la provincia. Al resolver el asunto, el cuerpo colegiado local, fundó su criterio, entre otros aspectos, en los principios de “irretroactividad” y de “igualdad”. Pero, además, teniendo en cuenta que se debatía la constitucionalidad de normas contenidas en una carta política provincial, es decir de reglas procedentes del ejercicio de un poder constituyente, el esfuerzo hermenéutico del Tribunal se enfocó en la exposición de aquellos supuestos y razones que, a su criterio, posibilitaban el cuestionamiento de la salud constitucional de preceptos incluidos en textos constitucionales. Así, entre otros aspectos, el Tribunal les asignó a las cláusulas transitorias un rol instrumental, al caracterizarlas

como disposiciones destinadas a facilitar la implementación de los cambios que una reforma constitucional supone. Del mismo modo, consideró que la potestad constituyente desplegada en las jurisdicciones provinciales, con sujeción a un procedimiento normado por parte de autoridades embestidas con facultades suficientes, resultaba susceptible de un examen de constitucionalidad. De esta manera, el Tribunal sostuvo que:

Las cláusulas transitorias son “normas” cuyo sentido y finalidad es la de regular o hacer posible la transición de los cambios o las modificaciones operados con motivo de una reforma constitucional (...). El poder constituyente de segundo grado no tiene “poderes ilimitados”. Ergo, debe ajustarse a la Constitución y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales; Ello implica, que dichas “normas”, son pasibles de un control constitucional de razonabilidad y proporcionalidad sobre el contenido de las mismas: los medios arbitrados y sus fines, así como su respeto por los derechos fundamentales (STJ de la Pcia. de Sgo. del Estero, 2013, N° 24865).

El “principio de irretroactividad” de las leyes, por su parte, fue vinculado, en la interpretación del Tribunal, con el argumento de la transición entre marcos normativos sucesivos. En efecto, según tal inteligencia, la primera elección del gobernador, en el año 2005, resultaba comprendida dentro del régimen jurídico emergente de la constitución precedente. En cambio, la reelección del año 2009 debía ser entendida como el primer periodo gubernamental al amparo del contexto normativo derivado de la Constitución reformada. De conformidad con tal razonamiento, aquel primer mandato iniciado en el año 2005 se situaba fuera del alcance de la cláusula transitoria sexta, ya que someterlo al imperio de la actual carta política hubiera implicado una vulneración al principio de irretroactividad de la ley. De este modo, el tribunal expresó que:

Esta solución se compadece no sólo con el principio de interpretación favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, sino también resulta compatible y armónica

con el principio de irretroactividad de las normas, que prohíbe proyectar al pasado los efectos que una norma conlleva, lo que sucedería en la especie, de considerar válida la norma transitoria cuestionada, toda vez que la primera elección del actual gobernador ocurrida en el año 2005, fue, indudablemente, un hecho cumplido bajo la vieja Constitución, y que además, resultaba temporalmente incompleto como para considerarlo “primer período”; la segunda, en el año 2009 lo fue al amparo de la nueva, actualmente vigente, por tanto, será este último, el primer mandato a los fines de la aplicación del art. 152° de la Constitución de la Provincia (STJ de la Pcia. de Sgo. del Estero, 2013, Nº 24865).

A su vez, el Tribunal interpretó que el contenido de la Cláusula transitoria sexta resentía el “principio de igualdad” al imponerle una restricción, exclusivamente, al gobernador. Para ello, la autoridad judicial efectuó un análisis comparativo del tratamiento conferido por la carta política a otros funcionarios en supuestos semejantes. En el parecer del órgano judicial, la limitación preceptuada en la cláusula transitoria sexta recaía, únicamente, sobre el gobernador, colocándolo en un escenario de desigualdad en comparación con el trato dispensado, por el propio texto constitucional, a otros cuadros electivos. Así, en la sentencia, la colisión entre el contenido de la cláusula bajo análisis y el “principio de igualdad” es abordada, entre otros, en los siguientes términos:

Se advierte que pese a que tanto la consagración de la posibilidad de reelección como la limitación prevista en el art. 152° de la Constitución de la Provincia alcanzan tanto al gobernador como al vicegobernador de la provincia, sin embargo, y a pesar de encontrarse en la misma situación jurídica, la norma evaluada, sólo se dirige al gobernador en ejercicio, vulnerando de esta manera, el principio de igualdad consagrado por el art. 16° de la Constitución Nacional¹⁵ (STJ de la Pcia. de Sgo. del Estero, 2013, Nº 24865).

¹⁵ Este razonamiento es profundizado por el Superior Tribunal al destacar que “la violación al principio de igualdad también se encuentra patentizada en el contenido de la cláusula

Por lo tanto, la posición del Tribunal frente a la cláusula transitoria en crisis configuraba, a criterio del mismo “la solución que más se ajusta al principio de igualdad, dado que todo sistema constitucional posee condiciones para hacer efectivo su funcionamiento y, tales condiciones, resultan incuestionables, siempre que las limitaciones que imponga no sean arbitrarias o discriminatorias” (STJ de la Pcia. de Sgo. del Estero, 2013, N° 24865).

Considerando la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la provincia, el interventor del radicalismo en Santiago del Estero sometió la cuestión a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tal oportunidad la autoridad del radicalismo local promovió acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a los efectos de que el máximo órgano judicial del país esclareciera si el gobernador podía competir en la contienda electoral para acceder a un tercer período consecutivo de gobierno (Moltini, 2015). Además, el interventor del partido radical solicitó, por vía cautelar, la suspensión de los comicios para elegir gobernador y vicegobernador (Moltini, 2015). La Corte reconoció que el asunto se inscribía en su jurisdicción originaria y concedió la cautelar peticionada. Al respecto, entendió que:

Cabe también admitir la medida cautelar innovativa requerida, pues si bien este Tribunal ha considerado a ese tipo de solicitudes como una decisión excepcional,

transitoria “octava”, en la cual –para regular el límite a la posibilidad de ser reelegidos a los miembros integrantes del Tribunal de Cuentas de la Provincia– se dispone que se considerará primer mandato el período 2009-2013 (...) Otra desigualdad de trato, se evidencia en la primera parte de la transitoria “cuarta”, en donde se establece un criterio totalmente opuesto que el establecido en la sexta para el mandato del gobernador en ejercicio, con respecto a los diputados que resultaran electos para el período 2007-2009; al igual que para las funciones del vicegobernador (transitoria “quinta”) (...) Es decir, el constituyente cuando regula la situación de funcionarios que se encuentran en una misma situación jurídica (en cuanto al cómputo de los mandatos a los fines de la reelección), lo hace –expresamente– de manera diferente ...” (STJ de la Pcia. de Sgo. del Estero, 2013, N° 24865).

por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa que altera el estado de cosas existente (conf. Fallos: 316:1833 y 319:1069), las ha admitido cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los intereses en juego. Es de la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (CSJN, 2013a, 336:1756).

Adelantando su posición sobre el fondo del tema principal de autos, la Corte precisó el alcance que debía asignárseles al cuestionado artículo 152 de la carta política santiagueña. De esta forma, razonó:

Cuando el artículo 152 prevé que si el gobernador y el vicegobernador han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con intervalo de un período, corresponde únicamente concluir que el pueblo de la provincia -a través de sus constituyentes- estableció el límite de una sola reelección consecutiva para los cargos mencionados. El constituyente provincial consideró además el caso específico del actual gobernador -que promediaba en ese entonces su primer mandato- y completó la regla del artículo 152 con la disposición transitoria sexta, según la cual el mandato del Gobernador de la Provincia, en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período (Referida al artículo 152). De ambas normas se deriva sin dificultad interpretativa alguna que la Constitución adoptada por el pueblo de Santiago del Estero en 2005 establece la regla de una sola reelección consecutiva, y aclara específicamente que

el período 2005-09, en el que el actual gobernador desempeñó ese mismo cargo, debe ser contabilizado como el primer período (CSJN, 2013a, 336:1756).

Debido a que la resolución de la cautelar peticionada anticipaba con claridad el criterio de la Corte en el asunto, el gobierno de Santiago del Estero decidió desistir de su participación en las elecciones. El oficialismo santiagueño propuso, entonces, como candidata a gobernadora, a la esposa del primer mandatario provincial. A pesar de que la modificación suscitada en el cuadro de los acontecimientos tornaba, por ende, abstracto el pronunciamiento judicial pendiente, la Corte decidió, no obstante, pronunciarse sobre el planteo por la relevancia que la cuestión presentaba para la vitalidad de las instituciones republicanas involucradas¹⁶. De esta manera, la Corte expresó:

El constituyente provincial del año 2005 fue soberano para establecer como primer período a los efectos del artículo 152 al comprendido entre los años 2005 y 2009 y pudo, evidentemente, elegir una solución distinta, pero no lo hizo. En consecuencia, no es constitucionalmente válido que el doctor Zamora se presente como candidato a gobernador para el período 2013-2017 [...] Las cláusulas transitorias tienen por finalidad dar solución a las situaciones concretas que plantea la transición entre el viejo y el nuevo régimen constitucional, para evitar dispares interpretaciones. En el caso de la reelección del gobernador santiagueño, los constituyentes, ante la necesidad de establecer una regla clara y precisa sobre

¹⁶ En tal sentido la Corte interpreto: “Que la circunstancia de que aquella renuncia haya modificado objetivamente la configuración fáctica que existía en el momento en que se dedujo la acción y que, en consecuencia, haya quedado materialmente satisfecha la pretensión esgrimida por la actora, no torna inoficioso el tratamiento del planteo, ni resta virtualidad al pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, ya que se presenta una situación de gravedad institucional que excede el mero interés de los litigantes y afecta de manera directa al de la comunidad (Fallos: 325:3243), desde que se comprometieron instituciones básicas de la Nación (Fallos: 307:973), razón por la cual esta Corte dictó la medida cautelar en tiempo oportuno a fin de preservar el correcto funcionamiento de las instituciones de acuerdo a las leyes que las rigen” (CSJN, 2013b, 336:1756).

cómo debía ser considerado el mandato representativo que a la fecha de la reforma se encontraba ejerciendo el doctor Zamora, optaron por considerarlo como primer período. En estos supuestos se trata de las opciones que han elegido los constituyentes ante la necesidad de establecer con precisión las reglas aplicables a cada situación [...] la forma republicana de gobierno -susceptible, de por sí, de una amplia gama de alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.- no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos, y que las normas que limitan la reelección de quienes desempeñan autoridades ejecutivas no vulneran principio alguno de la Constitución Nacional (CSJN, 2013b, 336:1756).

Los fundamentos, expresados por la Corte a través de sus considerandos, surcan una serie de tópicos relevantes directamente vinculados con la cuestión, entre los cuales pueden destacarse los siguientes:

a) Intromisiones en el ámbito de la autonomía provincial

La Corte resaltó que su decisión de resolver el fondo del asunto no implicaba una interferencia en el funcionamiento institucional del Estado provincial y un avasallamiento de la carta política local, y, por lo tanto, tampoco suponía una vulneración de lo dispuesto por el artículo 5 de la Constitución Nacional. Así, señaló:

Baste indicar que este Tribunal no se ha entrometido [...] sino que ha cumplido con su deber constitucional de asegurar el pleno respeto de la Constitución provincial, a fin de imponer el cumplimiento del compromiso asumido por la demandada en el Artículo 5° de la Constitución Nacional, que garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones si se rigen por el sistema representativo republicano (CSJN, 2013b, 336:1756).

En el parecer del máximo tribunal nacional, su determinación se encontraba justificada por la situación de gravedad

institucional que atravesaba la provincia, lo cual despejaba la posibilidad de asociar la decisión judicial con una intervención en la atribución del Estado provincial resultante del artículo 5. En efecto, puesto que “por propia necesidad generada por el mismo Estado provincial” (CSJN, 2013b, 336:1756), los compromisos derivados entre otras normas, del artículo 5 “se pusieron seriamente en riesgo, y sellaron la intervención de la Corte para hacer efectivo su cumplimiento” (CSJN, 2013b, 336:1756). De este modo, en esta línea, el alto tribunal argumentó que:

No debe verse en ello una intromisión indebida de esta Corte, desde que el Tribunal no está ejerciendo una facultad revisora del estatuto provincial, sino que, por el contrario, con su intervención persigue el efectivo cumplimiento de las cláusulas constitucionales que fueron vulneradas (CSJN, 2013b, 336:1756).

Con el propósito de fundamentar el sentido de su accionar en la cuestión en litis, la Corte explicó el sentido que adquiriría su intervención a partir de una interpretación del funcionamiento ensamblado de los artículos 1, 5, 116, 122 y 131 de la Constitución Nacional. En la posición de la Corte, la convergencia de aquellos artículos además de consagrar la autonomía política de las provincias, concede e impone a la Corte, al demarcar su ámbito competencial, la elevada misión de asegurar el imperio pleno de la Constitución y la vigencia del sistema federal, aunque ello importe, excepcionalmente, cuestionar el despliegue de aquella autonomía cuando el resguardo del orden institucional y la estabilidad del esquema representativo y republicano, instaurados por la propia Carta Política, así lo requieran. El escenario fáctico, suscitado en Santiago del Estero, con su correspondiente tensión legal e institucional, y que nutría la cuestión que debía dirimirse, configuraba, a criterio del máximo tribunal, una situación institucionalmente riesgosa que contrariaba el formato republicano, representativo y federal y que, por lo tanto, colisionaba con las definiciones rectoras de la Constitución Nacional. De esta manera, la Corte sostuvo que:

[...] De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 122 de la Constitución Nacional las provincias eligen a sus gobernadores sin intervención del Gobierno Federal, con la obvia salvedad de que en este precepto la palabra “Gobierno” incluye a la Corte Suprema. Dicha cláusula se halla dirigida, indudablemente, a prevenir toda injerencia del poder central sobre un asunto de tanta trascendencia política como es, en cuanto aquí interesa, el concerniente a la elección de las máximas autoridades de la Administración provincial. Sin embargo, tal prohibición no debe ser entendida con un alcance absoluto; frente a ella y con igual rango se erige la cláusula que otorga competencia a esta Corte para conocer de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (Artículo 116) [...] Que la Constitución Nacional que garantiza a las provincias el establecimiento y el ejercicio de sus instituciones, y la elección de sus autoridades, sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (Artículos 1º y 5º), impone su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (Artículo 31) y encomienda a esta Corte el asegurarla como último custodio de la Ley Suprema (Artículo 116). Mas esa intervención está rigurosamente limitada a los casos en que frente a un evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido que corresponde atribuir nada más ni nada menos que a la Carta Magna, que en el ejercicio pleno de su soberanía se dio el pueblo de Santiago, queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar. Solo ante situaciones de excepción como la enunciada, la actuación de ese tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento asegurando el acatamiento a aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional (CSJN, 2013b, 336:1756).

b) La soberanía popular

La Corte caracterizó a la limitación contenida en la cláusula transitoria como una expresión de la soberanía del pueblo de la provincia de Santiago del Estero. Por la tanto la interpretación forzada, sustentada por el oficialismo santiagueño, comportaba, según la inteligencia del alto tribunal, desconocer esta manifestación concreta de ejercicio soberano y soslayar su profundo significado, en términos legales e institucionales. Así, la Corte entendió que:

[...] En el sistema representativo de gobierno consagrado por el Artículo 1° de la Constitución Nacional, el pueblo es la fuente originaria de la soberanía (Fallos: 168: 130), y en ese carácter ha decidido ejercerla a través de sus representantes en la oportunidad del dictado de la Ley local N° 6.736 que declaró la necesidad de reforma parcial de la Constitución provincial, y en la convocatoria a la Convención que en el año 2005 consagró las cláusulas previstas en el Artículo 152 y en la disposición transitoria sexta que aquí serán objeto de examen (Artículos 22 y 30 Ley Fundamental) [...] Que es preciso señalar que la soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político, pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación (CSJN, 2013b, 336:1756).

c) La interpretación de la cláusula transitoria

A través del análisis del alcance de la cláusula transitoria discutida la Corte introdujo algunas pautas de interpretación específicas. Así, se inclinó por defender la literalidad textual de la norma y por respetar el espíritu del constituyente, repudiando cualquier intento del juzgador de modificar, confrontar o desconocer aquella voluntad del legislador plasmada en el

dispositivo transitorio. De esta manera, la Corte, remitiéndose a un criterio ya invocado con anterioridad, afirmó que:

Cabe recordar la inveterada jurisprudencia del Tribunal en el sentido de que, en materia interpretativa, ‘la primera regla consiste en respetar la voluntad del legislador y, en tal sentido, cabe estar a las palabras que ha utilizado. Si la ley emplea determinados términos la regla de interpretación más segura es la que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquél en el ejercicio de facultades propias’ [Fallos: 318:1012, considerando 3º y sus citas] (CSJN, 2013b, 336:1756).

Asimismo, la Corte, luego de desatacar el significado incuestionable de la letra de la norma transitoria¹⁷, y remitiéndose a un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, descartó cualquier tipo de interpretación del contenido de dicha cláusula bajo estudio, que pudiera conducir a su calificación como disposición restrictiva con respecto al disfrute y ejercicio de los derechos políticos, de conformidad con lo prescripto por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸. En tal sentido, la Corte puntualizó que:

¹⁷ En tal dirección el alto tribunal nacional señaló que “el significado de la cláusula transitoria transcrita, interpretada literalmente y en el sentido más obvio del entendimiento común (Fallos: 258:75, entre otros), es de una precisión y claridad incontrastables. En ella se alude sin duda al doctor Gerardo Zamora, porque era él el gobernador en ejercicio al momento de sancionarse la reforma constitucional que la introdujo, quien había asumido el cargo el 23 de marzo de 2005 por un período de cuatro años en los términos de la Constitución provincial de 1997. Luego el doctor Zamora fue reelecto gobernador para el período 2009/2013, el que comenzó el 10 de diciembre de 2009” (CSJN, 2013b, 336:1756).

¹⁸ El citado precepto de la convención multilateral del ámbito continental que: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad

[...] La previsión contenida en la cláusula transitoria examinada tampoco resulta violatoria de las disposiciones del Artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pues el establecimiento y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida ya que esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005). En razón de ello, se admite la validez de su reglamentación en la medida en que ésta observe los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática [Corte Interamericana, fallo cit.] (CSJN, 2013b, 336:1756).

d) La gravedad institucional y su impacto en el esquema republicano y representativo

A partir de la ponderación de las eventuales repercusiones institucionales que podía generar, en caso de ser admitida, la interpretación oficialista de la cláusula transitoria, la Corte enfocó la cuestión problemática considerando la salud misma del sistema representativo y republicano. Ciertamente, desde tal perspectiva, la Corte subrayó la relevancia institucional que la situación presentaba, la cual superaba los concretos intereses de los protagonistas electorales. Así, en el pronunciamiento se enfatiza en:

[...] La gravedad institucional que reviste el caso excede el mero interés individual del gobernador provincial y atañe al de la comunidad, desde que están en juego instituciones básicas de la Nación, que la provincia se encuentra obligada a resguardar [...] Frente a la

de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal" (Convención Americana sobre derechos Humanos, artículo 23).

incompatibilidad que se presentaba en el caso entre los intereses individuales del doctor Zamora y los de la provincia, entendidos como la consagración real de los compromisos asumidos en el certero condicionamiento impuesto por el Artículo 5º de la Ley Fundamental, los que deben tener efectividad y realización ciertas, debieron primar estos últimos (CSJN, 2013b, 336:1756).

Con una actitud crítica hacia la decisión adoptada por la justicia provincial, la Corte le atribuye su cuota de responsabilidad a la posición esgrimida, en el asunto discutido, por las autoridades judiciales, en la conformación del panorama de gravedad institucional. En esta línea, el alto tribunal puntualizó:

[...] Cabe recordar que es la provincia la que se encuentra obligada a honrar el sistema representativo y republicano de gobierno, y al acatamiento de aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional (Artículos 1º y 5º; Fallos: 310:804) [...] El exceso en sus facultades en que ha incurrido la jurisdicción provincial al declarar la inconstitucionalidad de la referida disposición transitoria resulta evidente, ya que mediante el pronunciamiento emitido se pretende suplir la voluntad del constituyente expresada claramente en esa cláusula. Es imposible concebir un Poder Constituido que pueda, por designio e inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el Poder Constituyente [Fallos: 242: 112] (CSJN, 2013b, 336:1756).

IV. A Modo de Cierre

Cómo pudo apreciarse el sistema electoral de la provincia de Santiago del Estero guarda marcadas semejanzas, desde una perspectiva técnica, con los regímenes electorales de otras provincias. Teniendo en cuenta la incursión realizada en los aparatados precedentes, se pueden expresar una serie de consideraciones:

- El marco normativo del sistema electoral vigente surge de la Constitución provincial en su versión del año 2005 y de la ley 6908 del año 2008, con sus posteriores modificaciones, que instaura el código electoral de la provincia. Los aspectos principales del sistema que se encuentran normados en la ley citada y sus ulteriores enmiendas reconocen una previa consagración en la letra constitucional. Así, entre otros tópicos, lo atinente a la duración de los mandatos de los cargos electivos de mayor relevancia, tanto de la órbita del poder ejecutivo como del órgano legislativo; la renovación de los mismos; el plazo para la convocatoria a elecciones; el mecanismo de elección; y las pautas que ordenan la reelección, se hallan insertos en la referida carta política.

- Tanto la reforma de la constitución provincial como la citada ley fueron promovidas por la conducción gobernante por entonces. En consecuencia, puede decirse que la configuración del sistema electoral vigente respondió al impulso oficialista de aquella instancia. La intervención federal, indudablemente, había procurado, en su momento, actualizar el sistema electoral, y modificar, así, el régimen en la materia, que se remontaba al ciclo juarista. De tal propósito dan cuenta la tentativa de la provisoria administración federal de modificar la carta política de la provincia y el ejercicio de la potestad normativa en cuestiones referentes a la actividad electoral, como lo son el financiamiento de los partidos políticos, la consulta popular, el acceso de las agrupaciones políticas a los medios de comunicación, y el voto electrónico.

- El sistema electoral procuró ordenar las distintas manifestaciones del espectro electoral mediante una serie de criterios rectores. Así, se unificó en cuatro años la duración de los mandatos de los cargos electivos, tanto en la esfera de la autoridad ejecutiva como del órgano judicial, a través de los diferentes niveles de desagregación de la administración estatal, es decir provincial y municipal. En consonancia con ello, también se estableció la simultaneidad de las elecciones con el propósito

de asegurar una concordancia en el proceso de renovación de los cargos electivos de los poderes ejecutivo y legislativo. Del mismo modo, a los efectos electorales, el territorio provincial, en su totalidad, es considerado, a partir de entonces, un distrito único.

- Al admitir la medida cautelar dirigida a suspender los comicios gubernamentales, incluyendo la cuestión en el perímetro de su jurisdicción originaria, la Corte Suprema identificó la existencia de un grave riesgo institucional ante el supuesto de una eventual prosecución del estado de cosas, el cual podía tornarse insalvable o, en su caso, de compleja reparación, al momento del pronunciamiento definitivo. Por ende, el cuadro de situación que configuraba un escenario de grave riesgo institucional se encontraba definido, a criterio de la Corte, en primer lugar, por la posibilidad de una reelección gubernamental sustentada en una interpretación severamente cuestionable de una cláusula transitoria de la de la carta política dotada de un sentido específico; y, en segundo lugar, por la conformidad judicial con respecto a la probabilidad de modificar la validez y/o los efectos jurídicos de los dispositivos constitucionales a través de un fallo de un juez de jerarquía inferior, lo cual implicaba admitir la factibilidad de declarar la inconstitucionalidad de los propios contenidos de la Constitución por un órgano diferente a aquel que, en su momento, intervino en la sanción o reforma del texto constitucional, y mediante un procedimiento no previsto en la propia Constitución.

- La controversia generada en torno a la viabilidad de la reelección en los comicios del año 2013 trasladó las tensiones de la palestra política hacia el ámbito institucional. El conflicto reveló el propósito del oficialismo provincial de imponer, en pos de la satisfacción de intereses políticos, una interpretación forzada de la cláusula transitoria, la cual establecía un valladar a toda pretensión del gobierno de turno de acceder a un tercer período consecutivo. Tal posición suponía, en definitiva, supeditar la regularidad y estabilidad que debe caracterizar a

un sistema electoral a los vaivenes propios de los contingentes ritmos políticos. No obstante, es destacable el proceder de algunos actores que, por entonces, integraban el marco opositor al decidir “institucionalizar” la discrepancia y acudir a los mecanismos judiciales para dirimir las diferencias originadas en esta cuestión. Tal cual pudo analizarse, el criterio de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, al resolver este asunto, contenía, implícitamente, la ponderación sobre la necesidad de garantizar la observancia de la letra constitucional y asegurar la consistencia del régimen electoral.

La “institucionalización” de la resistencia por parte de determinados actores del abanico opositor frente a la posición del oficialismo gobernante, no es algo que deba soslayarse, habida cuenta de que, durante las últimas décadas, la cultura política de un amplio sector de la sociedad santiagueña se conformó en un escenario caracterizado por marcados liderazgos personalistas.

CLUB SOC. EL FORTIN
VIVÍ DE AVENTURA DE AÑO!
SUDAMERICA 3281 Bº EL MIRADOR CAFETERA

DOMINGO 6 DE NOVIEMBRE A PARTIR DE 12 HS.

MATERIAL
DE CÁTEDRA

LOS DOWNERS DEL URBANISMO
LOS DOWNERS DEL URBANISMO
BAILE EN EL SEPTIEMBRE
Teatro Gran Rex
BEANZA
ECONOMICO
Y MUCHOS MAS...

Viento

Pertenecer al silencio
(luego del viento)
y al sonido del viento;
ser ese desplazamiento
arrojado al viento
y a la luz.

Luego del día, me digo,
vendrán los astros.

Luego del día, me digo,
regresarán el violeta
y los aromas.

Pertenecer a un espacio
que coincida con un cuerpo.

Sorprender por una vez al tiempo
en su fuga.

Autor: *Juan Martín González Moras*

Arte de la portada: Ro Barragán

¿Qué fue la enmienda de 1972?

What was the 1972 amendment?

Qual foi a emenda de 1972?

Quel était l'amendement de 1972?

1972年的修正案是什么？

*Diego Gabriel Presa*¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 419-434

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e465>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

Resumen: El presente trabajo explica que fue la enmienda constitucional de 1972, instaurada por un régimen cívico militar, que modificaría el texto constitucional de 1853 con sus reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, en una sociedad que no encontraba su rumbo político, como consecuencia de las diferentes intervenciones cívico militares, el análisis de la misma intenta mostrar sus características. Concluye el autor afirmando que la enmienda de 1972, fue una mala experiencia, pensada desde un “laboratorio” donde se suponía que saldría la mejor versión de una constitución, el tiempo demostraría que estaba alejada del sustento y la legitimidad que solo el pueblo votando puede otorgar.

Palabras clave: enmienda constitucional, 1972, reforma, Constitución Nacional

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, Relator de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3315-9301>).

Abstract: This work explains that it was the constitutional amendment of 1972, established by a civil military regime, which would modify the constitutional text of 1853 with its reforms of 1860, 1866, 1898 and 1957, in a society that could not find its political direction, as a consequence of the different civic-military interventions, its analysis attempts to show their characteristics. The author concludes stating that the 1972 amendment was a bad experience, thought from a “laboratory” where the best version of a constitution was supposed to come out, time would show that it was far from the sustenance and legitimacy that only the people voting can grant.

Keywords: constitutional amendment, 1972, reform, National Constitution

Resumo: Este trabalho explica que foi a emenda constitucional de 1972, instituída por um regime civil militar, que modificaria o texto constitucional de 1853 com suas reformas de 1860, 1866, 1898 e 1957, numa sociedade que não conseguia encontrar seu rumo político, em decorrência das diferentes intervenções cívico-militares, a sua análise procura mostrar as suas características. O autor conclui afirmando que a emenda de 1972 foi uma péssima experiência, pensada a partir de um “laboratório” onde deveria sair a melhor versão de uma constituição, o tempo mostraria que estava longe do sustento e da legitimidade que só o votante pode conceder.

Palavras-chave: emenda constitucional, 1972, reforma, Constituição Nacional

Résumé: Cet ouvrage explique que c’est l’amendement constitutionnel de 1972, mis en place par un régime civilo-militaire, qui modifiera le texte constitutionnel de 1853 avec ses réformes de 1860, 1866, 1898 et 1957, dans une société qui ne pouvait trouver sa direction politique, en conséquence des différentes interventions civico-militaires, son analyse tente de montrer leurs caractéristiques. L’auteur conclut en déclarant que l’amendement de 1972 a été une mauvaise expérience, pensée d’un «laboratoire» où la meilleure version d’une constitution était censée sortir, le temps montrerait que c’était loin de la subsistance et de la légitimité que seuls les votants peuvent subvention.

Mot-clés: amendement constitutionnel, 1972, réforme, Constitution nationale

摘要: 这项工作解释说这是由民用军事政权制定的1972年宪法修正案它将在一个无法找到其政治方向的社会中修改1853年的宪法文本并进行1860, 1866, 1898和1957年的改革对于不同的军民干预措施其分析试图显示其特征作者的结论是说1972年的修正案是一个糟糕的经历是从一个“实验室”想到的宪法的最佳版本本应出炉时间证明只有投票的人才能维持和合法性授予

关键字: 宪法修正案, 1972年, 改革, 国家宪法

I. Presentación

El presente explica que fue la enmienda constitucional de 1972, instaurada por un régimen cívico militar, que modificaría el texto constitucional de 1853 con sus reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, en una sociedad que no encontraba su rumbo político, como consecuencia de las diferentes intervenciones cívico militares, el análisis de la misma intenta mostrar sus características.

II. La enmienda de 1972

La Republica Argentina tendría por ley 19608² una enmienda en su texto constitucional. Era el año 1972, la Junta Militar de la lánguida Revolución Argentina, daba sus pasos finales, el gobierno cívico militar era encabezado por Alejandro Agustín Lanusse³, el general que detentaba el poder real y formal desde hacía un tiempo.

Su gobierno cívico militar, había decidido modificar el texto constitucional, la experiencia de 1949, donde la constitución había sido anulada por un bando militar, cuestionada por el quórum para la sanción de la ley de necesidad de reforma 13233⁴,

² Publicada en el Boletín Oficial el 11 de mayo de 1972.

³ 1918-1996, militar y dictador argentino, presidente de facto entre 1971 a 1973.

⁴ Publicada en el Boletín Oficial el 8 de septiembre de 1948, primer gobierno de Juan Domingo Perón 1946 a 1952.

al interpretarse que el mismo era de los presentes y no de los miembros totales de la Cámara, quórum que ya se había utilizado con el mecanismo de los miembros presentes en las reforma de 1860 y 1866, es decir cuyas leyes de declaración de necesidad de reforma, habían sido declaradas por los dos tercios aplicados sobre los miembros presentes de la Cámara, este hecho inaudito motivo la anulación de la constitución de 1949.

La reforma de 1957, impulsada por otro gobierno cívico militar⁵, trajo otra mala experiencia, al convocarse por el decreto 3838/1957⁶ del Poder Ejecutivo Nacional de facto y no haber Congreso, que discutiera y sancionara la ley que declarara la necesidad de reforma, por lo cual no se había tenido en cuenta los dos tercios de absolutamente de nada. Los legalistas que cuestionaban la reforma de 1949, habían borrado toda legalidad, con la anulación de esa constitución por bando militar y la convocatoria por decreto. La convención constituyente de 1957, terminó sin consenso y con la introducción del artículo 14 bis y un agregado al artículo 67 inciso 11, diluyéndose en debates estériles.

En ese año de 1972, el gobierno cívico militar, pretendía legalizar el peronismo y permitir su participación en elecciones, introduciendo modificaciones en la Constitución que podrían llevarlo a una derrota electoral por vez primera, se habían propuesto una enmienda que llevaría a un nuevo tiempo, los fundamentos del decreto ley que declara la necesidad, también al margen del artículo 30° de la Constitución Nacional, por no existir el Congreso Nacional, expresaba en sus considerandos "...Que el Gobierno Nacional, en diversas oportunidades, ha reafirmado que para la consolidación de los fines revolucionarios, habían de llevarse a cabo ciertas reformas a la Constitución Nacional...", era destinada supuestamente a cumplir los "fines revolucionarios" de un gobierno al margen de la ley y la Constitución.

⁵ Gobierno cívico militar de 1955 a 1958.

⁶ Confeccionado con fecha 12 de abril de 1957.

El decreto ley declaraba como necesidad de reforma los artículos 1°, 5°, 42°, 45°, 46°, 48°, 55°, 56°, 67° inc. 7°, 68°, 69°, 72°, 77°, 81°, 87° y 96°.

Los artículos habían sido analizados por la Comisión Asesora del Plan Político, que había designado el Ministro del Interior, Arturo Mor Roig⁷, la cual estaba integrada por los Doctores Germán J. Bidart Campos⁸, Carlos María Bidegain⁹, Natalio R. Botana¹⁰, Carlos S. Fayt¹¹, Mario Justo López¹², Julio C. Oyhanarte¹³, Pablo A. Ramella¹⁴, Adolfo Rouzat¹⁵, Alberto A. Spota¹⁶, entre otros.

Esa Comisión remitió al Poder Ejecutivo un informe sobre las reformas constitucionales propuestas, con dictámenes independientes, por mayoría y minoría, las cuales determinaron la ley 19608 citada.

Así el Poder Ejecutivo y la Junta Militar que lo acompañaban, dictaron el denominado “Estatuto Fundamental” que disponía modificaciones al texto constitucional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957 las cuales se tomaron de las propuestas por la Comisión Asesora aunque no en su totalidad, en

⁷ 1914-1974, político argentino, diputado nacional por la Unión Cívica Radical y Ministro del Interior del gobierno cívico militar, sería asesinado por Montoneros.

⁸ 1927-2004, abogado, profesor y jurista argentino.

⁹ 1916-2016, abogado y jurista argentino.

¹⁰ 1937, abogado y jurista argentino.

¹¹ 1918-2016, abogado, escritor, docente, y juez argentino, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina entre 1983 a 2015, de origen socialista.

¹² 1915-1989, abogado argentino y Procurador General de la Nación entre 1980 a 1983 en el gobierno cívico militar de 1976 a 1983.

¹³ 1920-1997, abogado argentino, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNLP, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre 1958 a 1962, y 1989 a 1991, de origen radical.

¹⁴ 1906-1993, abogado constitucionalista, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre 1975 a 1976, de origen peronista.

¹⁵ 1906-1995, abogado argentino, de origen radical.

¹⁶ 1920-1991, abogado y docente universitario, identificado con el radicalismo.

sus considerandos decían que la “...Junta de Comandantes en Jefe, en ejercicio del poder revolucionario en nombre y representación de las Fuerzas Armadas, se ha propuesto restituir la soberanía al pueblo y asegurar una democracia representativa, auténtica y estable...”, recordemos que la inestabilidad se da por la participación militar en la política hecho que no tendría que haber ocurrido nunca.

Dejaban en claro que “...las disposiciones temporarias que se establecen no afectan los derechos, declaraciones y garantías que consagra la primera parte de la Constitución Nacional...” derechos y garantías, que se encontraban en constante vulneración por el mismo gobierno cívico militar.

Entre los considerandos manifestaban “...Que sobre estas normas será el pueblo quien, en ejercicio de su soberanía, decida acerca de su incorporación definitiva a la Constitución Nacional...”. En el artículo 1° de dicho Estatuto se modificaban los artículos 42°, 45°, 46°, 48°, 55°, 56°, 67° inciso 7°, 77°, 81°, 86° incisos 11° y 12°, 87° y 96°, dándoles su nueva redacción, la cual analizaremos.

El artículo 42° del estatuto establecía “...Los diputados duran en su representación cuatro años y son reelegibles indefinidamente. Se elegirán en la oportunidad prevista en el Artículo 81...”

El artículo 42° del texto Constitucional expresaba “...Los diputados durarán en su representación por cuatro años, y son reelegibles; pero la Sala se renovará por mitad cada bienio; a cuyo efecto los nombrados para la primera Legislatura, luego que se reúnan, sortearán los que deban salir en el primer período...”.

La reforma mantenía los diputados con mandato de cuatro años, pero eliminaba la renovación de las Cámaras cada bienio, el artículo 81 preveía la realización de elecciones al menos seis meses antes de terminar los mandatos. Al restringirse las renovaciones cada bienio se pensaba que se le daba estabilidad política al gobierno que fuera electo, lo que no se pensó es si ese gobierno podría gobernar en su caso con una Cámara en

minoría, debido que no tendría posibilidad de alterar democráticamente la composición de la Cámara con las elecciones de medio término.

En lo que respecta al artículo 45° se introdujo el siguiente texto “...Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes...” Aquí se quitaba de los acusados por la Cámara de Diputados, a los Tribunales Inferiores de la Nación.

Los Tribunales inferiores, pasarían a ser juzgado en juicio público mediante acusación ante un jurado, que estaría integrado por igual número de miembros del Poder Judicial, del Poder Legislativo y abogados; todos ellos elegidos antes del 19 de enero de cada año, dejando a una ley del futuro Congreso su organización y el procedimiento aplicable, esto quedaba plasmado en el artículo 96°.

En el artículo 46°, se modificaba la composición del Senado Nacional, el cual se integraría con tres senadores, elevando su número a 69 –recordemos que Tierra del Fuego no era Provincia aún-, dado que la Constitución establecía dos senadores por Provincia, ahora serian tres, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la minoría, siendo electos también en la oportunidad establecida en el artículo 81° de la enmienda. En la reforma de 1994 se establecería nuevamente esta composición del Senado.

En al artículo 48° del Estatuto se modificaba el mandato pasando a ser de cuatro años con posibilidad de reelección, sin renovaciones por bienio, en la Constitución, el mandato había sido determinado en nueve años renovable la Cámara Alta por tercios cada tres años. El gobierno cívico militar intentaba evitar las elecciones de medio término, limitando la democracia en si misma.

El Capítulo III de la Constitución, en lo que respecta a “Disposición Comunes a Ambas Cámaras”, se modificaría en el artículo 55° “...Ambas Cámaras se reunirán por propia convocatoria en sesiones ordinarias todos los años desde el 19 de abril hasta el 30 de noviembre. Pueden disponer su prórroga por un plazo no mayor de treinta días corridos. También pueden ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación o a solicitud de la cuarta parte de los miembros de cada Cámara. En esta última alternativa el presidente de cualesquiera de ellas deberá citarlos, correspondiendo a los cuerpos decidir si su realización está justificada...”, modificaba el periodo de sesiones desde el 19 de abril al 30 de noviembre de cada año, ampliando el mismo, en la Constitución estaba fijado entre el 1° de mayo al 30 de septiembre de cada año.

Se establecía la posibilidad de convocatoria extraordinaria por el Poder Ejecutivo o a solicitud de una cuarta parte de sus miembros, decidiendo el cuerpo si su convocatoria era justificada, tengamos presente que la convocatoria a la Cámara por sus miembros se hacía con menos del quórum exigido para funcionar.

Se modificó el artículo 56° estableciendo que “...Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. El quórum para sesionar se formará con la cuarta parte de sus miembros, pero para la sanción de las leyes y el ejercicio de las atribuciones a que se refiere esta Constitución el quórum será de la mayoría absoluta, salvo en los casos en que se exige una mayoría especial. Un número menor de la cuarta parte podrá compeler a los ausentes a que concurran a las sesiones en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá...”.

Podemos distinguir en el artículo que se modifica el quórum para darle sentido al artículo 55°, antes se exigía la mayoría absoluta (mitad más uno) y ahora se pasaba a un cuarto de sus miembros, esto al efecto de convocatoria, para la sanción de leyes se mantenía mitad más uno.

En cuanto a las atribuciones del Congreso, reguladas en el Capítulo IV de la Constitución, en su artículo 67° inciso 7° se autorizaba a “...Fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación y aprobar o desechar la cuenta de inversión. A iniciativa del Poder Ejecutivo el presupuesto podrá comprender ejercicios de más de un año de duración, pero en ningún caso excederá el período del mandato del presidente de la Nación en ejercicio...”.

Aquí se quitaba la atribución del Congreso de realizar el presupuesto, quedando la iniciativa a cargo del Poder Ejecutivo, pudiendo establecer presupuestos superiores al año de duración, sin poder exceder el periodo presidencial.

La Sección II, correspondiente al Poder Ejecutivo, en su Capítulo Primero, que regulaba en cuanto a su naturaleza y duración, se modificaba el artículo 77°, que establecía el mandato del Presidente y Vicepresidente, quedando redactado de la siguiente manera “...El presidente y vicepresidente duran en sus cargos cuatro años y pueden ser reelegidos una sola vez...”, se reducía el periodo presidencial de seis años a cuatro años y se autorizaba la reelección por una vez, el motivo de esta reducción se basaba en que seis años de mandato eran casi de imposible cumplimiento, pero no se hablaba que la mayoría de los presidentes no había cumplido su mandato por las interrupciones cívico militares.

El nuevo artículo 81° anulaba el Colegio Electoral, evitando la complejidad de acuerdos que este Colegio significaba para quien no obtenía la mayoría de los electores, debemos tener presente que desde 1955 la democracia se encontraba restringida, no solo en los mandatos presidenciales sino en su participación, siendo negada la misma al sector peronista quien no podía votar por sus candidatos al no poder inscribirlos como tales.

El nuevo texto quedaba de la siguiente manera “...El presidente y vicepresidente serán elegidos simultánea y directamente por el pueblo de la Nación, cuyo territorio, a ese efecto formará un distrito único. La elección deberá efectuarse entre

seis y dos meses antes que concluya el período del presidente en ejercicio. Se proclamarán electos los candidatos que obtuvieren la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos. La ley determinará el procedimiento a seguir si ninguno alcanzare esa mayoría, observándose el principio de elección directa...”.

Se establecía la elección directa por sufragio, se requería mayoría absoluta y se dejaba librado a la ley el sistema de ballottage o doble vuelta, cuya exigencia era sobrepasar el 50% de los votos válidos emitidos, la norma que regulo el sistema fue la ley 19862¹⁷.

En lo que respecta al Capítulo III, atribuciones del Poder Ejecutivo, de la Constitución, se modifican el artículo 86° inciso 11°, el cual quedaba redactado de la siguiente forma “...concurre anualmente a la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras conjuntamente, dando cuenta en esa ocasión al Congreso del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes...”, se quitaba las palabras “hace anualmente” y se reemplazaban por “concurre anualmente”, además se modifica el sitio, la Constitución hablaba del “Senado” y la enmienda dice en el “Congreso.

El inciso 12° del artículo 86° quedaba redactado de la siguiente manera “...Convoca al Congreso a sesiones extraordinarias cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera...” recordemos que son las atribuciones del Poder Ejecutivo, la redacción original hablaba de prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convocaba a sesiones extraordinarias, se reemplazan ambos conceptos por la acción de convocar.

Los ministros del Poder Ejecutivo en su artículo 87° se ajustaban al siguiente texto “...El despacho de los negocios de la Nación estará a cargo de ministros secretarios que refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. La ley fijará el número

¹⁷ Publicada en el Boletín Oficial el 5 de octubre de 1972.

de ministros y deslindará los ramos del respectivo despacho...”, quitaba el nombre de los ramos de los ministros, dejándolo a cargo de una ley de ministerios, hecho que ya había sido plasmado en la Constitución de 1949 y que con la incorrecta anulación de 1956 y la ratificación de ella de la convención de 1957, se había vuelto al texto donde estaban los nombres de los ministros que acompañaban al presidente.

En el artículo 2º, del llamado Estatuto Fundamental, se hacían agregados a distintos artículos, entre ellos 68, 69, 71, 96, y 105 de la Constitución Nacional, incorporando distintos párrafos a los mismo.

Comenzaban por el Capítulo V, de la formación y sanción de las leyes, que tenía la Constitución, en su artículo 68 por el cual las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, donde se hacía una excepción a la ley de presupuesto que era exclusiva de la Cámara de Diputados según el artículo 44º, ahora se agregaba, artículo 68º “...La iniciativa de las leyes de presupuesto y ministerios corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo. El Congreso podrá disminuir pero no aumentar las autorizaciones de gastos incluidos en el proyecto de presupuesto, y no podrá sancionar proyectos de leyes que ordenen gastos sin crear los recursos necesarios para su atención...”, quitándole esa atribución como he visto, pero además podía el Congreso disminuir las partidas presupuestadas pero no aumentarlas, limitando a cualquier gasto nuevo a tener los recursos para su respaldo.

Las reformas continuaban con el artículo 69º de la Constitución originaria, el cual establecía, el tratamiento de los proyectos de ley, indicando su pase una vez aprobado a la Cámara revisora y de ser aprobado por esta al Poder Ejecutivo, para su examen, quien lo promulgaría en su caso de corresponder.

El nuevo artículo 69, determinaba “...En cualquier período de sesiones el Poder Ejecutivo puede enviar al Congreso proyectos con pedido de urgente tratamiento, que deberán ser considerados dentro de los treinta días corridos de la recepción

por la Cámara de origen y en igual plazo por la revisora. Estos plazos serán de sesenta días para el proyecto de ley de presupuesto. Cuando éste fuere desechado, para considerar el nuevo proyecto cada Cámara tendrá treinta días. La solicitud de tratamiento de urgencia de un proyecto puede ser hecho aun después de la remisión y en cualquier etapa de su trámite. Se tendrá por aprobado aquel que dentro de los plazos establecidos no sea expresamente desechado. Cada Cámara, con excepción del proyecto de ley de presupuesto, puede dejar sin efecto el procedimiento de urgencia si así lo resuelve una mayoría de dos tercios de sus miembros presentes, en cuyo caso se aplica, a partir de ese momento, el ordinario.

Las Cámaras pueden delegar en sus comisiones internas la discusión y aprobación de determinados proyectos, conforme se establezca por ley. Esos proyectos, si obtienen el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la comisión, pasan a la otra Cámara donde se observará el mismo procedimiento para la sanción y, en su caso, al Poder Ejecutivo para la promulgación, salvo que un cuarto de los miembros de alguna de las Cámaras requiera la votación del proyecto por el cuerpo...”.

Autorizaba al Poder Ejecutivo a enviar proyectos de urgente tratamiento, a ser considerados en un plazo de treinta días corridos desde que fuera receptado por la Cámara que se consideraría originaria y de otros treinta días corridos por la Cámara Revisora. Se ampliaba a sesenta días para el caso del presupuesto nacional.

La solicitud de urgente tratamiento, podría hacerse al momento del envío o durante la discusión del proyecto, pero la Cámara con el voto de dos tercios de sus miembros presentes podría dejar sin efecto el título de urgente tratamiento. No se determina ninguna consecuencia o sanción por el no tratamiento del proyecto en los plazos requeridos en el texto de la enmienda.

La enmienda legisla, en un exceso reglamentarista, sobre las comisiones de trabajo del Congreso, estableciendo el voto

de mayoría absoluta de sus miembros dentro de las comisiones para su aprobación, esta aclaración corresponde porque los miembros de una comisión pueden ser quince diputados pero las Comisiones funcionan con quórum, es decir que pueden no asistir todos y ser aprobados proyectos con la mayoría absoluta surgida del quórum. Entendemos que las comisiones de trabajo del Congreso, deben ser reguladas en el Reglamento Interno de cada Cámara y no como en este caso en el texto de una enmienda en la Constitución.

Esta segunda parte del artículo 69°, autoriza a que solamente la Comisión apruebe el proyecto y lo remita a la Cámara revisora, lo cual podría generar que una ley la discutan y aprueben unas treinta personas, sumando las comisiones de ambas Cámaras y no en el recinto como corresponde, autoriza sí que un cuarto de los miembros requiera la votación en el recinto, es un procedimiento poco democrático y donde la discusión y debate muchas veces no sería público, lo correcto, lo democrático, el consenso, el debate, los acuerdos duraderos en el tiempo justamente surgen en ese debate que se da en el recinto.

Los plazos también se reducían en el artículo 71°, "...Cada Cámara tiene un plazo de quince días corridos para considerar las modificaciones propuestas por la otra, transcurrido el cual se tendrán por aprobados si no se pronunciare expresamente...", peligrosamente deja ante el silencio la repuesta positiva, cuando la doctrina es unánime que el silencio se entiende como una repuesta negativa, y más en una cuestión tan sensible como es una ley.

El Poder Judicial, establecido en la Sección III, Capítulo Primero, con el título "De su naturaleza y duración", sufría una modificación en el artículo 96, el cual regulaba a los Jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales inferiores de la Nación, estableciendo que conservarían sus empleos mientras dure su buena conducta y recibiendo una compensación por su trabajo la cual no podría ser disminuida mientras este en funciones, es decir la intangibilidad de las remuneraciones.

El nuevo artículo 96, impone una nueva redacción “...Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación, por las causas de responsabilidad previstas en el Artículo 45 y con los efectos del Artículo 52, serán juzgados en juicio público por acusación ante un jurado, que será integrado por igual número de miembros del Poder Judicial, del Poder Legislativo y abogados; todos ellos elegidos antes del 19 de enero de cada año. La ley determinará su organización y el procedimiento aplicable...”, es un nuevo sistema de juzgamiento de jueces inferiores a cargo de un jurado integrado por igual miembros del Poder Judicial y Legislativo, sumando a los abogados, elegidos antes del 19 de enero de cada años, la fecha es anterior a la culminación de la feria judicial de verano, dejando librado a una ley su organización y procedimiento.

Surge así este proceso, que podríamos llamar de jury de enjuiciamiento, sacándole la competencia al Congreso, expresamente el Poder Ejecutivo no está representado en este jurado, es así como se asimila a un Jury de Enjuiciamiento y no al actual Concejo de la Magistratura que posee un representante del Poder Ejecutivo.

El artículo 105°, modifica el Título II, Gobierno de Provincias, donde se establecía que las Provincias se dan sus propias instituciones, elegían a sus gobernadores y demás funcionarios sin intervención del gobierno federal.

La enmienda establece un nuevo artículo 105°, “...La duración de los mandatos de los miembros de los poderes Legislativo y Ejecutivo será igual a la de los cargos nacionales correlativos y su elección simultánea con la de éstos...”, determina la igualdad de periodos en todos los ámbitos, así como su elección, evitando, como si fuera algo malo, las elecciones de medio término.

El artículo 3° del Estatuto Fundamental, dejaba fuera de aplicación varios artículos de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, entre ellos la última parte del inciso 18° del Artículo 67° que decía “hacer el escrutinio y rectificación de ella”, así como tampoco se aplicarían los

artículos 82° –escrutinio de elección de presidente por la Asamblea Legislativa-, 83°, 84° y 85° de la Constitución Nacional, sobre el procedimiento del escrutinio y votación de la fórmulas presidenciales del Colegio Electoral, como consecuencia que la elección se convierte en directa.

Tengamos presente que el Colegio Electoral pensado por los constituyentes de 1853, había establecido la igualdad de las Provincias entre sí, debido que el candidato a presidente debería conseguir un número de electores suficientes –mitad más uno- para lograr su consagración como presidente, el sistema de elección indirecta, evitaba que la o las provincias de mayor cantidad de habitantes definieran una elección presidencial, siendo así en igual peso político la Provincia de Jujuy que la de Buenos Aires, pero existiendo una diferencia inigualable si se equiparaba en cantidad de habitantes entre ambas.

Por último, el Estatuto Fundamental, en su artículo 4°, establecía la vigencia de la enmienda, rigiendo hasta el 24 de mayo de 1977. Si una Convención Constituyente no decidiera acerca de la incorporación definitiva al texto constitucional, o su derogación total o parcial, antes del 25 de agosto de 1976, su vigencia quedará prorrogada hasta el 24 de mayo de 1981, fecha definitiva en que debía ser aceptada por una Convención Constituyente, en dicha fecha la República Argentina se encontraba bajo otro gobierno cívico militar, por lo cual la enmienda perdería vigencia y se restablecería la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, una vez retornada la democracia el 10 de diciembre de 1983.

III. Conclusiones

¿Cuál es la importancia de esta enmienda?, justamente que fue aplicada, en la elecciones para autoridades del 11 de marzo de 1973, que fueron convocadas por ley 19895¹⁸, en la que

¹⁸ Publicada en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 1972.

resultara electo Héctor Cámpora¹⁹ como nuevo presidente y se aplicara en la elección del 23 de septiembre de 1973 en la que fue elegido por tercera vez Juan Domingo Perón²⁰, ambos fueron electos por periodos de cuatro años según la enmienda, es decir que sus mandatos culminaban en 1977.

En 1977, se debía producir una nueva elección presidencial por periodo de cuatro años, abarcando el lapso de 1977 a 1981, hecho no ocurrido por el golpe cívico militar del 24 de marzo de 1976, el gobierno de María Estela Martínez de Perón²¹, había anunciado el adelanto de las elecciones para octubre de 1976, el golpe cívico militar evito las mismas, lo cual demostró una vez más que no era el periodo constitucional en su duración el problema en sí, sino los intereses de distintos sectores, siendo el castrense que funcionaba como el “Partido Militar”, otro factor de poder que participaba de manera ilegal en las decisión políticas, asimismo esa participación militar, no dejaban funcionar la democracia, solo el consenso, las políticas de estado en diversos temas, los acuerdos entre fuerzas democráticas, posibilitan el funcionamiento de las democracias.

La enmienda de 1972, fue una mala experiencia, pensada desde un “laboratorio” donde se suponía que saldría la mejor versión de una constitución, el tiempo demostraría que estaba alejada del sustento y la legitimidad que solo el pueblo votando puede otorgar.

La reforma constitucional de 1994, con sus aciertos y errores, seguramente hoy a la distancia con muchas modificaciones que se podrían llevar adelante, ha mantenido su vigencia gracias a los acuerdos de carácter democrático que la llevaron adelante.

¹⁹ 1909-1980, odontólogo y político argentino, presidente de la Nación Argentina entre mayo y julio de 1973.

²⁰ 1895-1974, político, militar y escritor argentino, presidente de la Nación Argentina entre 1946 a 1952; 1952 a 1955 y 1973 a 1974.

²¹ 1931, presidenta de la Nación entre 1974 a 1976.

The background is a dense collage of black, cut-out letters and symbols on a yellow background. The letters are of various sizes and orientations, some overlapping. In the center, there is a white rectangular box containing the title. The overall aesthetic is graphic and abstract.

PROYECTOS DE EXTENSIÓN

Páramo

Vastedad y páramo.

La lengua se

hace piel.

La voz, carne.

Aliento

sostenido en el olvido.

Gesto cruel de

conservar ninguna

espera.

Ningún lugar donde

moverse estando quieto.

Autor: *Juan Martín González Moras*

Arte de la portada: *Ro Barragán*

Amparo por lxs pibxs de la plaza: la sentencia, 12 años después¹

*Legal action for protection for the kids
of the plaza: the sentence, 12 years later*

*Martin Menestrina², Martina Flaherty³, Manuel
Rodríguez⁴, Antonela Coroli⁵ y Lucía Belaunzarán⁶*
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 437-449
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e466>
Recibido: 01/09/2020
Aprobado: 15/11/2020

“Si no abris la cabeza, no te crece el corazón”⁷

I. Los hechos

En el 2008 vivían alrededor de 200 niñxs en situación de calle en la ciudad de La Plata. El desinterés por parte del Estado, que se constataba en la falta de infraestructura, recursos, la

¹ Los autores son miembros del Programa de Extensión “Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP).

² Abogado (UNLP), Especialista en Derecho Procesal Profundizado (Universidad Notarial Argentina) (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2554-259X>).

³ Abogada, (UNLP).

⁴ Psicólogo (UNLP).

⁵ Abogada (UNLP).

⁶ Licenciada en trabajo social (UNLP).

⁷ Consigna enunciada por niñxs y jóvenes de la Asamblea el Hambre es un Crimen 2017 y 2018.

cancelación de programas que tenían como objeto trabajar con este grupo de niñxs, hizo que lxs mismxs se encuentren sin ninguna protección institucional.

Frente a esta compleja problemática era indispensable, tal como lo indica la ley 12.398, la realización de un abordaje integral en el que intervinieran profesionales idónexs, junto con adultxs de la confianza de lxs niñxs para lograr restablecer lazos de comunicación y afecto que permitieran la realización de abordajes adecuados a los problemas concretos que presentaban cada unx de estxs chicxs. Sin embargo, pese a los distintos tipos de reclamos –formales e informales- a los Estados municipal y provincial solo se encontró silencio o respuestas insuficientes por parte de los organismos encargados de proteger los derechos de lxs niñxs.

En este marco de desamparo se formó la organización Autoconvocadxs por los Derechos de lxs Pibxs en situación de Calle, integrada por organizaciones sociales y de derechos humanos, instituciones académicas y personas interesadas en la problemática de la niñez, algunas de las cuales ya venían trabajando con los niñxs. De las diferentes estrategias efectuadas para visibilizar la crudeza del reclamo, se destacó una intervención conocida como “olla popular” que se llevó a cabo en algunos días de la semana, durante las tardes y noches en la Plaza San Martín, justamente donde se ubicaba una glorieta, donde esos niñxs solían dormir.

Luego de cuatro días en que se venía llevando a cabo la olla popular, el 25 de julio de 2008, un grupo de personas vestidas de civil, algunxs de ellxs identificándose verbalmente como policías, armadxs con palos, cadenas y armas de fuego golpearon y lesionaron a los 15 niñxs que se encontraban en la glorieta de la Plaza San Martín de La Plata.

Ese terrible hecho de represión, demostró la paradoja de que el Estado criminalizaba a estxs niñxs por hechos que tenían su origen en la omisión de haber implementado acciones integrales e inclusivas de derechos humanos. En tal contexto, un

grupo de madres, organizaciones sociales e instituciones académicas promovieron una acción de amparo -con el patrocinio de algunxs miembrxs del Programa “Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas”- contra la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata solicitando la efectiva puesta en marcha de la ley 13.298 que había creado el Sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niñx (SPPDN).

II. El proceso judicial

El 14 de octubre de 2008 se dio inicio a la acción de amparo caratulada como “ASOCIACIÓN MIGUEL BRU Y OTROS C/ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y OTROS S/AMPARO” que tramitó en el Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial La Plata, en ese entonces, a cargo del Dr. Luis Arias. El proceso judicial fue sumamente complejo, insumió de más de 20 “cuerpos” de expedientes de 200 “fojas” (páginas cada uno) y se tardó 4 años en arribar a una decisión.

Fue así como el 22 de mayo de 2012 el juez dictó una extensa sentencia condenando a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata. En la misma, el juez tuvo por probado que “Como consecuencia de la pruebas reseñadas, emerge como una constante la escasa cantidad de recursos, la precariedad de las intervenciones, la falta de protocolos de actuación y la construcción diaria de estrategias basadas en las convicciones propias que los operadores tienen respecto de la implementación de la Ley 13.298. Sin desmerecer la encomiable tarea de algunos operadores de calle dependientes de la Dirección de Niñez y Adolescencia de la Municipalidad de La Plata -pues la Provincia, más allá de algún abordaje aislado, no ha demostrado ningún trabajo en territorio- queda claro que las intervenciones relatadas –por buenas que sean sus intenciones- no están sustentadas en políticas públicas serias que permitan un trabajo coherente y sostenido en el tiempo...En síntesis, la presente causa refleja una tendencia a la construcción de políticas y programas centrada en la esfera retórica, que se

renueva con el cambio de cada gestión, y que luego no tienen un impacto directo ni son capaces de transformar la vida de los niños que habitan la calle en la Ciudad de La Plata. Todo lo dicho evidencia una imposibilidad absoluta de elaborar políticas con criterios de integralidad, universalidad, e interdependencia entre los diversos organismos, por lo que juzgo sobradamente acreditado que en el ámbito de la Ciudad de La Plata no existen políticas eficaces de protección y promoción de derechos para la niñez y la adolescencia⁸.”

Con esos fundamentos, hizo lugar a la acción de amparo y se condenó a la Provincia de Buenos Aires y al Municipio de La Plata a que, en el plazo de seis meses, realicen las acciones necesarias para la efectiva implementación de la ley 13.298 del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño.

Cabe mencionar que en la sentencia se trazó un plan para que las demandadas comenzaran a hacer efectiva la ley 13.298. Así, se señaló como parte de la condena la obligación de:

1. Crear uno o más Paradores con suficiente infraestructura y personal idóneo para cubrir las necesidades básicas de los niños, niñas y adolescentes que requieran esta asistencia, disponible durante las veinticuatro (24) horas del día.

2. Crear un Servicio Hospitalario Especializado para la atención de la salud de niños con problemas de adicciones u otras afecciones a la salud, que garantice la atención adecuada durante las veinticuatro (24) horas del día.

3. Disponer la cantidad de automotores necesaria para efectuar todos los traslados que requieran los niños en situación de vulnerabilidad que se encuentren en la ciudad de La Plata.

4. Implementar un servicio de atención telefónica destinado a la recepción de denuncias vinculadas con la vulneración de

⁸ ASOCIACION CIVIL MIGUEL BRU Y OTROSC/ MINISTERIO DE DESARROLLO SOC PCIA BS AS Y OTRO/A S/ AMPARO Sentencia de 1º instancia 22 de mayo de 2012

derechos de los niños, niñas y adolescentes, durante las veinticuatro (24) horas del día

5. Garantizar la disposición de operadores de calle en cantidad suficiente.

6. Difundir ampliamente en los medios de comunicación masiva de mayor circulación en la ciudad de La Plata, los principios, derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes consagrados en el ordenamiento jurídico, a cuyos efectos, las Administraciones condenadas deberán afectar un porcentaje no inferior al veinticinco por ciento (25%) de todas las partidas presupuestarias destinadas a publicidad y/o propaganda oficial para el cumplimiento de la sentencia. –

Esta sentencia fue recurrida tanto por la Provincia de Buenos Aires como por la Municipalidad de La Plata.

Es necesario mencionar que, mientras que la última providencia dictada en el Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 fue el martes 2 de agosto de 2012, el “despacho” de autos para sentencia dictado por la Cámara Contenciosa Administrativa de La Plata fue el viernes 3 de agosto de ese año y, tan solo cuatro días después, el martes 7 de agosto, se dictó la sentencia, es decir en un solo día hábil. Esto es sumamente llamativo, ya que para ese entonces la causa contaba con 3.800 hojas que debían ser leídas por lxs tres juecxs integrantxs del tribunal, previo al dictado de la sentencia⁹.

Ese día Gustavo Daniel Spacarotel, Gustavo Juan De Santis y Claudia A.M. Milanta, todos ellos jueces de la Cámara en lo Contenciosa Administrativa revocaron los principales puntos de la sentencia de primera instancia.

Los jueces Spacarotel y Milanta, para dejar sin efecto de la creación del servicio hospitalario entendieron que el mismo “desborda innecesariamente los contornos medulares de la pretensión requerida por el actor. En efecto, la condena judicial

⁹ Datos extraídos del la Mesa de Entradas Virtual.

carece de horizonte determinado que se corresponda con los perfiles necesarios para conformar un acto jurisdiccional con fuerza de verdad legal, involucrando un organismo administrativo (Ministerio de Salud) que no ha sido enjuiciado en autos”.

Respecto de la afectación que se hacía sobre el presupuesto destinado a publicidad -para que el 25% sea destinado a difundir en los medios de comunicación los derechos de lxs niñxs-, los magistrados fundamentaron que *“Una decisión judicial al respecto, no sólo desborda el principio republicano de gobierno, sino más aún, genera una fantasía y expectativa de imposible realización sustitutiva, toda vez que no resulta posible hacer efectiva una medida de tal naturaleza frente a la condición de posibilidad de inejecución administrativa, que obligase al Juez a discernir el manejo de fondos públicos discrecionalmente”*

Por su parte, el juez De Santis entendió que había que recovar toda la sentencia bajo el entendimiento de que *“Aprecio en el pronunciamiento recurrido, como en la misma articulación inicial, un propósito de sustitución de la función administrativa por la judicial que, por carente que pueda valorarse la primera desde el criterio político de sufragio del interés público, escapa a las posibilidades de la jurisdicción. Esta última siempre limitada a la inspección de legalidad de la conducta estatal de gestión, más nunca a su reemplazo... En orden a esas reglas constitutivas advierto en la sentencia pronunciada como en el intento de demanda un juicio de censura que avanza sobre la gestión que es inherente a la función administrativa a quien se le endilga ausencias en el ejercicio de su actividad constitucional, desde un ángulo de apreciación que deja ver criterios de eficacia y de disposición de recursos materiales y humanos del estado en la consecución de la finalidad institucional de satisfacción del interés colectivo... Para más, el resultado jurisdiccional se aprecia como un conjunto de declaraciones sin la fuerza propia de ejecución de las sentencias judiciales, circunstancia ésta que deja ver en él las carencias de fuente*

*que he descripto. Y, cuando lo hace accede al manejo directo de recursos presupuestarios*¹⁰.

Frente a esta sentencia, tanto la parte actora como los demandados, interpusieron recursos extraordinarios.

La parte actora -con el patrocinio letrado del Programa de Extensión Universitaria “Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas” interpuso un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley exponiendo los siguientes agravios:

1. La transgresión por parte de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de las normas aplicables al caso, concretamente, las prescripciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; la ley 26.061; las leyes provinciales 13.634 y 13.298 y su decreto reglamentario 300/05. Ello en tanto la sentencia atacada, al hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal de Estado y revocar la sentencia de grado en relación a las prestaciones contenidas en los apartados 3.2. (crear un Servicio Hospitalario Especializado para la atención de la salud con niños con problemas de adicciones) y 3.6. (disponer la afectación porcentual de los recursos económicos para difundir las medidas protectorias otorgadas judicialmente), ha desconocido todo ese plexo normativo destinado a la protección de la niñez.
2. El Absurdo material en la aprehensión intelectual e interpretativa del contenido general de la pretensión de autos por parte de la Cámara en lo Contencioso Administrativo ya que, al revocar la prestación contenida en el apartado 3.2. del decisorio dictado por el magistrado de primera instancia, afirmando dogmáticamente -sin apoyo en las constancias de la causa- que tal fallo desbordó “innecesariamente los contornos medulares de la pretensión”; demostraba el absurdo en la errónea apreciación de la prueba;

¹⁰ ASOCIACION CIVIL MIGUEL BRU Y OTROSC/ MINISTERIO DE DESARROLLO SOC PCIA BS AS Y OTRO/A S/ AMPARO Sentencia de la Cámara de Apelaciones Contenciosa Administrativa 7 de agosto de 2012.

3. La violación y/o aplicación errónea de la ley 13.298 y su decreto reglamentario 300/05, en tanto el pronunciamiento impugnado -al revocar el punto 3.2. del fallo- que dicha prestación involucró a un organismo administrativo (Ministerio de Salud) que no había sido enjuiciado en autos. Asimismo, la existencia de absurdo interpretativo puesto que tal revocación judicial implicó descartar arbitrariamente la posibilidad de controlar judicialmente la normativa aplicable al caso en relación con la promoción de los derechos de la niñez;

4. La infracción al principio de congruencia, en tanto la Cámara habría vulnerado y/o aplicado erróneamente las mismas normas que invoca en el fallo que confirma, fragmentando el abordaje de la intervención del Estado, al confirmar algunos puntos y revocar otros, desconociendo así el sentido jurídico de integralidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos en juego a la par que desconoce la urgencia de las medidas invocadas, colocando nuevamente en situación de riesgo a los niños involucrados.

Sin embargo, pese a la interposición de tales recursos extraordinarios, desde finales del 2012, la causa esperó ser resuelta por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA). Durante estos 8 años, se hicieron diversas presentaciones y se realizaron variados actos procesales que es necesario mencionar.

1. En el año 2014 el Sr. Adolfo Pérez Esquivel, premio Nobel de la Paz, presentó, junto con una serie de organizaciones de Derechos Humanos, un *Amicus Curiae* poniendo de manifiesto el incremento del presupuesto provincial destinado a la seguridad en detrimento del presupuesto destinado a la niñez, así como también el agravamiento de las condiciones de detención de jóvenes que se encontraban privados de su libertad.

2. El 30 de julio de 2016, se realizó una audiencia ante la SCBA donde la parte actora expuso acerca del estado de

situación de lxs niñxs en situación de calle, la falta de políticas públicas y la insuficiente y deficiente aplicación de la política existente. Ante esta situación, la parte demandada no pudo hacer réplica alguna.

3. El 3 de mayo de 2019, la SCBA puso en conocimiento del Poder Ejecutivo la falta de implementación de la ley 13.298, a raíz de la preocupación manifestada por lxs Jueces de Familia del Departamento Judicial La Plata. Ante esta manifestación de la Suprema Corte y el empeoramiento de la situación de la niñez en la Provincia de Buenos Aires, y siendo que la parte actora presentó un pronto despacho, exigiendo el dictado de la sentencia.

III. Finalmente: la sentencia

El 26 de febrero de 2020, la Suprema Corte Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictó la esperada sentencia. En primer término se rechazaron los recursos interpuestos por la Municipalidad de La Plata por “insuficiencia impugnatoria”.

En segundo término se abordó el tratamiento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley planteado por lxs actorxs, haciendo lugar al mismo en forma parcial.

Para ello, el tribunal hizo un análisis diferenciado respecto de las cuestiones a tratar: por un lado, lo relativo al servicio hospitalario y, por el otro, a la difusión en los medios de comunicación.

Respecto a la primera cuestión, enunció que la Cámara de Apelaciones Contenciosa Administrativa de La Plata, en su sentencia, había desconocido la existencia del plexo normativo de derechos humanos que le corresponden a lxs niñxs. Por otro lado, la Cámara había manifestado que no se había demandado al Ministerio de Salud y que esto implicaba una violación al principio procesal de congruencia. A esta cuestión, la Suprema Corte remarca la errónea interpretación de este principio y la forma fragmentada de ver al Estado, desconociendo el sentido

jurídico de integralidad del mismo. En esta línea, se dijo que la aplicación rigurosa del principio de congruencia violenta derechos consagrados constitucionalmente, que eran parte del objeto del amparo.

A su vez, el tribunal enunció que se había desconocido el derecho a la salud integral de lxs niñxs, no solo reconocida en tratados internacionales de derechos humanos, sino en la propia Constitución de la Provincia de Buenos Aires. En este sentido, la magistrada que encabezó el voto recordó el principio del interés superior del niño como principio rector en toda toma de decisiones que afecte la vida de niñxs y jóvenxs.

Respecto a la segunda cuestión, la SCBA señaló diferentes cuestiones.

En primer lugar, enunció que es absurdo que el tribunal utilice el plexo normativo de protección de derechos del niño como argumento para confirmar la mayoría de las prestaciones ordenadas por el Juez de primera instancia, y que luego rechace dos medidas que resultan parte de la misma solución integral. Esto deja en evidencia el desconocimiento por parte de la Cámara Contenciosa Administrativa de La Plata sobre el propio objeto del amparo.

En segundo lugar, el argumento utilizado por la Cámara para rechazar la pretensión de naturaleza presupuestaria fue decir que quien tiene el poder de ordenar en esta materia es exclusivamente el poder legislativo. Ante esta cuestión, el tribunal dice que el Estado no enunció un argumento en torno a demostrar que ha realizado esfuerzos para poder cumplir con sus obligaciones, requisito enunciado por el Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU. Agregó que además, en función del principio del interés superior del niño, las políticas públicas en materia de niñez tienen prioridad.

En tercer lugar, la SCBA difirió el porcentaje del presupuesto a destinar a la publicidad a que sea definido en el proceso de ejecución de sentencia.

Por último, el Supremo Tribunal enunció que se está en presencia de un litigio de interés público y que ante el mismo hay que dejar de lado la clásica sentencia condenatoria del proceso tradicional, para abrir la posibilidad de buscar soluciones consensuadas por todas las partes involucradas. Para ello debe existir un diálogo donde se escuchen a todxs lxs participantxs y, principalmente, que se puedan crear soluciones que sean de real aplicación.

De esta manera, la SCBA confirmó la sentencia de primera instancia, ordenando la creación y puesta en funcionamiento de un servicio hospitalario especializado para niñxs con problemas de adicciones y amplia difusión de los principios, derechos y garantías de lxs niñxs y adolescentxs consagrados por el ordenamiento jurídico, con asignación específica y prioritaria de recursos.

En este sentido, la sentencia dio una serie de reglas que deberán cumplirse en el proceso de ejecución de la sentencia:

1. La Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata deberán elaborar un plan detallado que deberá ser presentado ante el Juez de primera instancia en un plazo no mayor a 6 meses.
2. Los plazos y la modalidad de la condena serán objeto del proceso de ejecución de la sentencia.
3. Se le otorga al Juez de primera instancia la facultad para crear una comisión de seguimiento, control y monitoreo del proceso que deberá estar integrado por todas las partes y los organismos de derechos humanos que participaron del proceso.

IV. ¿Y ahora?

La sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dictada el 26 de febrero de 2020 significa tanto el final de un ciclo como el comienzo de otro.

Por un lado, se obtuvo un reconocimiento por parte del órgano judicial de mayor jerarquía de la Provincia de Buenos Aires respecto de la falta de implementación del sistema de promoción y protección de los derechos del niñx, así como también la condena al Estado Provincial y Municipal para que pongan en marcha este sistema y se le garanticen los todos derechos a todxs lxs niñxs.

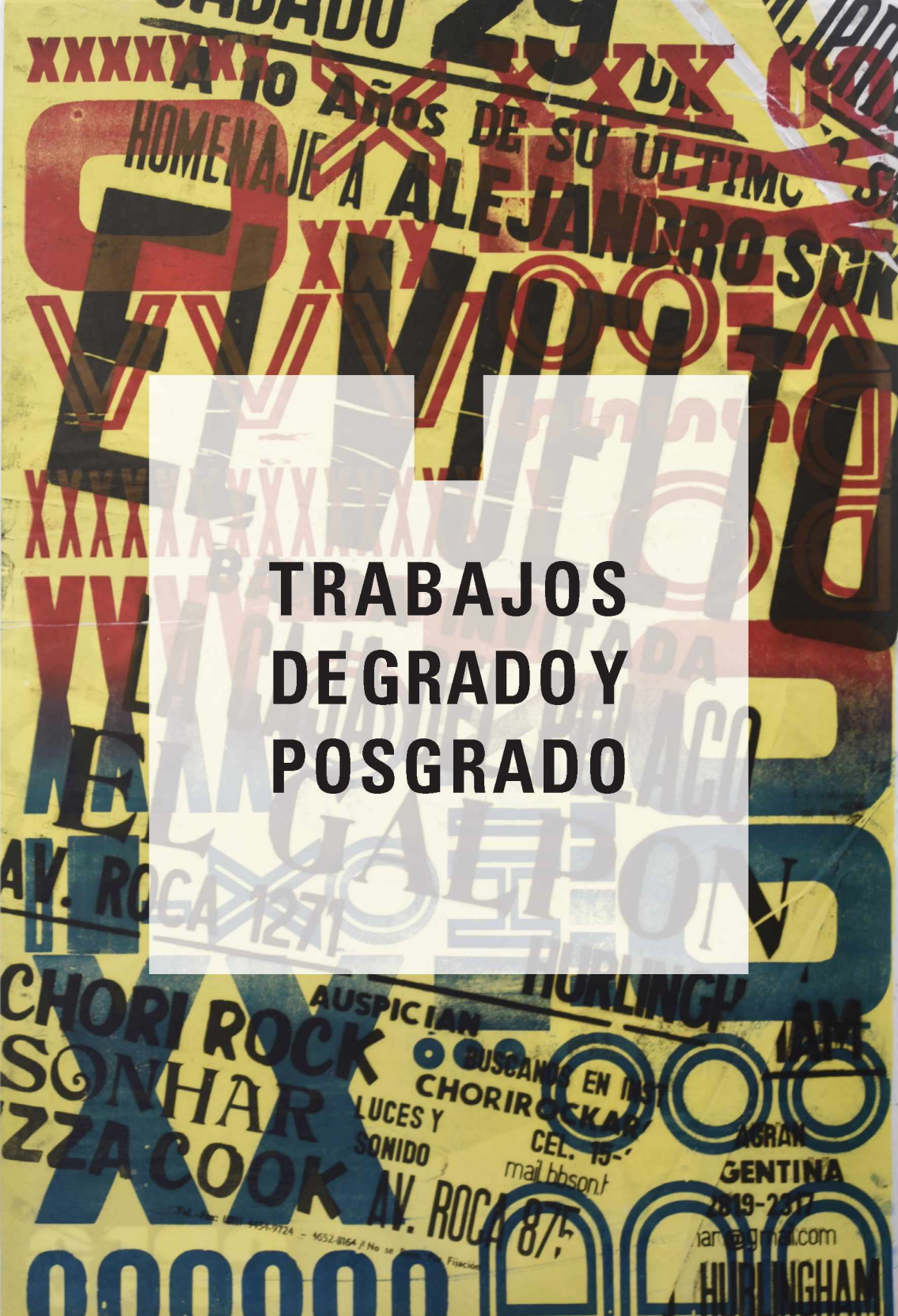
Por otro lado, nos encontramos ante un enorme desafío: comienza el proceso de ejecución de una sentencia que ordena la plena implementación del sistema de promoción y protección, donde se tendrá que debatir acerca de cuáles van a ser las políticas públicas que se van a llevar a cabo, así como también cuándo, de qué forma y con qué presupuesto. Si bien en la sentencia la SCBA enunció algunos de los principios sobre los que se debía construir el proceso de ejecución de la sentencia, no existe ninguna norma en el Código Procesal que indique qué forma debe tener este proceso. Tampoco existen tantos precedentes, al menos en nuestro país, de litigios de interés público que hayan llegado a este estadio procesal.

A su vez, creemos de vital importancia la participación de niñxs, sus familias y lxs trabajadorxs de niñez en el proceso de ejecución de sentencia, para que sus voces sean escuchadas y sus opiniones sean tomadas en cuenta, ya que ellxs son lxs usuarixs del sistema de promoción y protección.

Desde 2008, cuando inició la cuasa, hemos podido observar innumerables situaciones de vulneración de derechos de niñxs y adolescentes que no han hallado respuestas integrales por parte de las instituciones del Sistema de Promoción y Protección de Derechos, y ello encuentra sus orígenes en características propias de las formas que ha construido el estado para asistir a la niñez. Se trata de respuestas fragmentadas, ausencia de recursos y insuficiencia de la política pública existente, precarización laboral de lxs trabajadorxs de niñez, dificultades en la coordinación de acciones corresponsables con otras instituciones, falta de información pública sobre el estado real de la

niñez en la provincia y en la ciudad de La Plata, existencia de instituciones inaccesibles y centralizadas en los centros urbanos que no se condicen con las necesidades de cada barrio, retaceo de información a lxs niñxs y sus familias sobre medidas que se llevan a cabo, entre otras cosas. Por ello es que entendemos que la ejecución integral de la sentencia de este amparo resulta imprescindible, la niñez ya no puede esperar, es ahora.

Por último, no podemos dejar de mencionar a todas las personas que pusieron el cuerpo y que lucharon para alcanzar esta sentencia. En primero lugar a lxs niñxs, a lxs pibxs de la plaza, a sus familias, a las innumerables organizaciones sociales que trabajan día a día con lxs pibxs, a las facultades de Trabajo Social y de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP, a la Comisión Provincial por la Memoria y a todxs lxs compañerxs.



**TRABAJOS
DE GRADO Y
POSGRADO**

**CHORIROCK
SONHAR
ZZA COOK**

AUSPICIAN

**BUSCANDO EN INST
CHORIROCKAR**

**LUCES Y
SONIDO**

**CEL. 15-
mail:bbsont**

**AGRAM
GENTINA**

1019-2377

ian.ia@gmail.com

AV. ROCA 875

HURLINGHAM

Nodos

Que hay nodos aún.

Que volver a sostener
la necesidad
la carencia del decir:
es decir.

Que no hay otra forma de
alumbramiento
que aquella que da el color
a los ojos que
desvelan

y aún sienten la penumbra y el abrigo
de la penumbra.

Que hay más después que antes.
Que no hay otra insolación sino ésta.

Autor: *Juan Martín González Moras*

Arte de la portada: *Ro Barragán*

Inequidades de género en la regulación del cuidado infantil en la ley de contrato de trabajo

Gender inequalities in childcare regulation in the Employment Contract Act

Verónica Nuguer¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 453-486

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e467>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/11/2020

Resumen: Las inequidades de género en el mundo del trabajo tienen como una de sus causas una injusta organización social del cuidado, que a la vez se relaciona directamente con desigualdades sociales y económicas. Las tareas de cuidado, como parte del trabajo reproductivo, han sido asignadas históricamente, social, y culturalmente a las mujeres. Esto debe ser modificado por un modelo de corresponsabilidad social, que involucre a todos los actores sociales. Este trabajo toma como eje al cuidado durante la primera infancia, especialmente en los lugares de trabajo, desde la normativa internacional y nacional, fallos judiciales, doctrina y datos e informes estadísticos sobre el mercado laboral. Se aborda la legislación laboral al respecto, explicando a qué sujetos comprende, cuál

¹ Abogada laboralista y asesora sindical. Especialista en Derecho Social (UNLP); egresada del Programa de Actualización en Género y Derecho (Facultad de Derecho, UBA) y del Programa de Actualización en Comunicación, Géneros y sexualidades (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Este artículo aborda algunos aspectos del Trabajo Final Integrador de la Especialización en Derecho Social (del Trabajo y de la Previsión) realizado por la autora (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1147-7675>).

es su regulación en la Ley de Contrato de Trabajo y si ésta implica un modelo basado en igualdad de oportunidades. Finalmente, se analiza su inconstitucionalidad, tanto por omisión de reglamentación como por violación al principio de igualdad.

Palabras clave: inequidad de género – cuidado infantil – Ley de Contrato de Trabajo - inconstitucionalidad

Abstract: One of the causes of gender inequalities related to labor is an unjust social organization of care, which in turn is directly related to social and economic inequalities. Care tasks, as part of reproductive work, have been historically, socially, and culturally assigned to women. This must be modified by a model of social co-responsibility, which involves all social actors. This work focuses on early childhood care, especially in the workplace, from international and national regulations, court rulings, doctrine, and data and statistical reports on the labor market. The labor legislation in this regard is addressed, explaining which subjects it comprises, what is its regulation in the Employment Contract Act and if it implies a model based on equal opportunities. Finally, its unconstitutionality is analyzed, both by omission of regulation and by violation of the principle of equality.

Keywords: gender inequality – childcare – Employment Contract Act - unconstitutionality

I. Introducción

Si bien en los últimos años ha aumentado a nivel mundial la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, éstas no lo hacen en las mismas condiciones que los varones, sino en un contexto de más dificultoso acceso, y de menores desarrollo y permanencia en el empleo.

Las mujeres sufren un mayor desempleo; en Argentina en 2019 era del 10,8% frente al 8,9% de los varones², y una mayor precarización en sus condiciones laborales³.

² Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) (2020) “Mercado de trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH) Primer trimestre de 2020” Trabajo e ingresos Vol. 4,

Han aumentado las familias con jefatura de hogar femenina, en un contexto de “feminización de la pobreza”⁴. Y son las mujeres con hijos/as quienes se encuentran en mayor desventaja.

Las desigualdades entre géneros en el mercado de trabajo⁵, también denominadas “brechas” son resultado, entre otros fenómenos, de la segregación horizontal, la segregación vertical, la brecha salarial y las bajas participación y representación sindical⁶.

Habitualmente se paga menos a las mujeres que a los varones por el mismo trabajo o uno distinto, pero de igual valor, lo que se denomina “brecha salarial” y cuanto más “femenina” es la ocupación, menor es el salario. Otro aspecto que influye es el tiempo de trabajo remunerado; las mujeres, por las responsabilidades familiares que ejercen, especialmente en sectores de bajos recursos donde el trabajo está más flexibilizado y menos protegido, trabajan menos horas, lo que repercute en su

nº 3, Buenos Aires, disponible en https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_1trim20AF03C1677F.pdf. Datos para el tercer trimestre de 2019

³ El porcentaje de mujeres con empleo no registrado entre la población de 16 años y más es del 34,9% frente al 31,5% de los varones, según elaboración de DGlyEL SSPEyEL publicada en el Documento “Las Mujeres en el Mundo del Trabajo” Septiembre 2017, Dirección de Equidad de Género e Igualdad de Oportunidades en el Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina

⁴ Según el Informe “Pobreza y Desigualdad por Ingresos en la Argentina Urbana 2010-2016” elaborado por el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina (UCA), el 23,1% de hogares de nuestro país tienen ingresos bajo la línea de pobreza y con jefatura de hogar a cargo de una mujer, mientras que en el caso de jefatura a cargo de un varón, ascienden al 21,6%, diferencia que se acrecienta en situación de indigencia

⁵ Si bien en este trabajo nos referimos en general a varones y mujeres, destacamos que otras identidades de género y el apartamiento de la heteronormatividad son también motivos de las discriminaciones mencionadas

⁶ Coordinación de Equidad de Género e Igualdad de Oportunidades en el Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina (2014) “Indicadores más relevantes de la inserción de mujeres y los varones en el mercado de trabajo”, disponible en http://www.trabajo.gov.ar/downloads/cegiot/140703_brochure.pdf

ingreso. En Argentina la brecha salarial entre varones y mujeres era de 23,5% en 2016⁷.

Las diversas inequidades de género del mundo laboral se relacionan directamente con las desigualdades sociales y económicas. Otro de los factores que incide es la tradicional división de roles en el marco de una cultura androcéntrica, patriarcal y capitalista, que asigna el trabajo productivo a los varones y el reproductivo a las mujeres, que no es remunerado generalmente. La división sexual del trabajo se vincula asimismo con estereotipos de género que se reproducen socialmente y que contribuyen a sostener estas inequidades.

Estas desigualdades tienen como una de sus causas una injusta organización social del cuidado, que incide directamente en la vida de las personas. Las tareas de cuidado, parte del trabajo reproductivo, han sido asignadas histórica, social, y culturalmente a las mujeres.

Las Encuestas de Uso del Tiempo⁸ corroboran esta situación: ellas dedican en promedio 3 horas diarias más a estas actividades que los varones. El desempleo en mujeres jóvenes de hasta 29 años es del 22,6%, mientras que en el caso de los varones es del 17,9%, representando el sector de mayor desocupación de toda la población⁹. Sin embargo, una parte importante de ellas realiza tareas de cuidado no remuneradas esenciales para el sostenimiento y la reproducción de la sociedad (De León, 2017, pág. 17)¹⁰.

⁷ Datos promedio de asalariados y asalariadas del sector privado registrados para el 4º trimestre de 2016 según elaboración de SSPEyEL publicada en el Documento “Las Mujeres en el Mundo del Trabajo – Septiembre 2017”, Dirección de Equidad de Género e Igualdad de Oportunidades en el Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina

⁸ En 2014 el Indec publicó los resultados de la primera “Encuesta sobre trabajo no remunerado y uso del tiempo”, luego en 2016 la Dirección General de Estadísticas y Censos del Ministerio de Hacienda de la Ciudad de Buenos Aires presentó los resultados del informe “Uso del tiempo Ciudad de Buenos Aires 2016”

⁹ Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) (2020) “Mercado de trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH) Primer trimestre de 2020” Trabajo e ingresos Vol. 4, n° 3, Buenos Aires, disponible en https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_1trim20AF03C1677F.pdf. Datos para el tercer trimestre de 2019

La sociedad se aprovecha de los “cuidados”, que constituyen una actividad de reproducción social no asalariada necesaria para el sistema. Estas actividades, según Fraser (2015):

sirven para producir nuevas generaciones de trabajadores y reponer las existentes, así como para mantener los vínculos sociales y las mentalidades compartidas. La reproducción social es una condición de fondo indispensable para la posibilidad de la producción económica en una sociedad capitalista. (...) las sociedades capitalistas han separado el trabajo de reproducción social del trabajo de reproducción económica. Asociando el primero con las mujeres (...) oscureciendo su importancia y su valor. (pág.114 y 115)¹¹.

Explican Rodríguez Enríquez y Marzonetto (2015) que la manera en que se organiza socialmente el cuidado “tiene implicancias determinantes para los niveles de desigualdad social, siendo afectada y afectando la estratificación social y la situación de (in)equidad de género” (pág. 103)¹². Nuestra organización social del cuidado, según estas mismas autoras,

es injusta y se convierte en sí misma en un vector de reproducción de la desigualdad socio-económica y de género (...) se sugiere la necesidad de promover políticas públicas que redistribuyan las responsabilidades de cuidado, consiguiendo de esa manera dismantelar los obstáculos que su injusta distribución produce a la participación económica (especialmente de las mujeres) y con ello alcanzar mayor justicia distributiva (pág. 104)¹³.

¹⁰ De León, Gimena (2017) *Jóvenes que cuidan: impactos en su inclusión social*, CIPPEC, Buenos Aires

¹¹ Fraser, Nancy (2015) “Las contradicciones del capital y los cuidados” en *New Left Review* 100 Segunda Época septiembre - octubre 2016, Traficantes de sueños, Madrid

¹² Rodríguez Enríquez, Corina y Marzonetto, Gabriela (2015) “Organización social del cuidado y desigualdad: el déficit de políticas públicas de cuidado en Argentina” en *Revista Perspectivas de Políticas Públicas* Año 4 N° 8 (Enero – Junio 2015), Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús, Remedios de Escalada

¹³ Íbid

Alcanzar la justicia social exige tanto redistribución como reconocimiento, ya que como bien señala Fraser (2009):

el género sirve de principio organizador básico de la estructura económica de la sociedad capitalista. Por una parte, estructura la división fundamental entre trabajo retribuido “productivo” y trabajo no retribuido, “reproductivo” y doméstico, asignando a las mujeres la responsabilidad primaria de este último. Por otra parte, el género estructura también la división, dentro del trabajo pagado, entre las ocupaciones (...) El resultado es una estructura económica que genera formas de injusticia distributiva específicas de género, incluyendo la explotación basada en el género, la marginación económica y la privación. (...) Sin embargo, el género no es sólo una división semejante a la de las clases sociales, sino una diferenciación de estatus también (pág. 92)¹⁴.

II. El cuidado infantil y el trabajo de las mujeres

Siguiendo a Rodríguez Enríquez y Pautassi (2014) el cuidado abarca

las actividades indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la existencia y reproducción de las personas, brindándoles los elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir en sociedad (...) La organización social del cuidado (OSC) se refiere a la manera en que interrelacionadamente las familias, el Estado, el mercado y las organizaciones comunitarias, producen y distribuyen cuidado (pág. 11)¹⁵.

¹⁴ Fraser, Nancy (2009) “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación” en *Revista de Trabajo*, Volumen: 2009-6, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires

¹⁵ Rodríguez Enríquez, Corina y Pautassi, Laura (2014) *La organización social del cuidado de niñas y niños. Elementos para la construcción de una agenda de cuidados en Argentina*, ELA - CIEPP – ADC, Buenos Aires

Enfrentamos una “crisis de los cuidados”, debido a varios factores, entre ellos, el envejecimiento demográfico, aumento de la esperanza de vida de personas con enfermedades crónicas y discapacidades, cambios en la estructura y dinámica familiar que limitan la disponibilidad de cuidadores, por la creciente incorporación de mujeres en el mercado laboral y jefatura femenina del hogar.

Sin embargo, señala Lupica (2014)

los hombres no se han incorporado a tales tareas en el grado que la nueva realidad social lo amerita, Ellos colaboran pero no asumen la misma responsabilidad que las mujeres (...) Adicionalmente, tampoco se ha producido aumento significativo en la provisión de servicios públicos de cuidados ni se ha logrado reorganizar la institucionalidad que norma la vida social (pág. 14)¹⁶.

El cuidado infantil implica, según De León (2017),

aquellas actividades y servicios de cuidado destinados a la atención de las necesidades y particularidades de los niños y niñas (...) es fundamental ya que la infancia es el periodo de las trayectorias vitales, cuando los individuos desarrollan sus capacidades psíquicas, mentales, emocionales y de aprendizaje que los influirán por el resto de sus vidas (pág. 16)¹⁷.

Puede desarrollarse de diversas maneras; en el ámbito doméstico mediante trabajo no remunerado, generalmente llevado a cabo por madres u otras mujeres del grupo familiar; o mediante servicios remunerados, en su mayoría empleadas de casas particulares. Fuera del ámbito doméstico, se presta en establecimientos privados, en lugares de trabajo, en espacios estatales o comunitarios, donde también es generalmente

¹⁶ Lupica, Carina (2014) *Recibir y brindar cuidados en condiciones de equidad: desafíos de la protección social y las políticas de empleo en Argentina*, Oficina de País de la Oit para Argentina, Buenos Aires

¹⁷ De León, Gimena, *op. cit.*

realizado por mujeres. Resulta esencial la duración de la jornada del establecimiento, ya que en supuestos de jornada simple, como son mayoritariamente, no resultan eficaces como mecanismos de solución de la tensión entre vida familiar y laboral.

No existen datos oficiales en Argentina sobre oferta educativa de nivel inicial ni sobre su concurrencia; estimándose que para niñas/os de 3 años alcanza apenas el 40%, mientras para la franja de 0 a 2 años es del 4% (Rodríguez Enríquez y Marzonetto, 2015, pág. 117)¹⁸. Entre quienes concurren y tienen hasta dos años, más del 60% asiste a establecimientos privados (Lupica, 2014, pág. 28)¹⁹.

El aumento en la participación de las mujeres en el empleo en los últimos años se produjo con más énfasis entre las madres y agrega De León (2017) que

la imposibilidad de abandonar las tareas del hogar y de cuidado, sumado a la inexistencia de políticas conciliatorias efectivas las lleva a insertarse en trabajos más precarios e informales (para poder conciliar ambas tareas al trabajar menos horas o con esquemas más flexibles) que no gozan de protección social y resultan en menores salarios (...) mientras las madres en condiciones socioeconómicas favorables tienden a participar en el mercado laboral de manera creciente y constante, las madres pobres e indigentes ingresan masivamente en épocas de crisis y se retiran en momentos de bonanza (pág. 22)²⁰.

El cuidado infantil en Argentina presenta altos niveles de familiarización, privatización y feminización, que debemos revertir.

Desarrollar políticas públicas referidas al cuidado infantil, entre ellas la legislación laboral, resulta fundamental ya que

¹⁸ Rodríguez Enríquez, Corina y Marzonetto, Gabriela, *op. cit.*

¹⁹ Lupica, Carina, *op. cit.*

²⁰ De León, Gimena, *op. cit.*

promueven la igualdad de géneros, los derechos y desarrollo de la niñez y disminuyen la pobreza.

Reconocer el cuidado como un derecho genera obligaciones y según Rodríguez Enríquez y Pautassi (2014) “es el Estado el principal obligado a garantizar el ejercicio del derecho al cuidado libre de discriminación y bajo estándares de cantidad y calidad necesarios y suficientes, pero a la vez, debe obligar a otros sujetos a prestarlo” (pág. 173)²¹.

Estas políticas, que tradicionalmente tienen un sesgo maternalista, deben en cambio promover la “corresponsabilidad social”. Señala Lupica (2014) al respecto:

La corresponsabilidad distribuye responsabilidades de cuidado, tanto de las familias al Estado (corresponsabilidad estatal) como de las mujeres a los hombres (corresponsabilidad paterna) (...) Al asignar más responsabilidades de cuidado al Estado y a los padres, estas políticas tienen la capacidad de reducir las inequidades de género en la carga asistencial. (pág. 111)²².

El cuidado infantil en el lugar de trabajo también beneficia a los empleadores. A pesar de que éstos argumentan usualmente que estas medidas, de acuerdo a ELA y UNICEF (2018)

generan mayores costos laborales y que resultan en una menor productividad (...) es a la inversa: ampliar las licencias y generar las condiciones e infraestructura para el cuidado de las hijas e hijos del personal mejora el crecimiento económico, la productividad y el rendimiento de las empresas, ya que disminuyen las tensiones en la conciliación de la vida familiar y laboral, permiten una mejor planificación, y fomentan un mayor compromiso de las trabajadoras y los trabajadores con su empleo.(pág. 66)²³.

²¹ Rodríguez Enríquez, Corina y Pautassi, Laura, *op. cit.*

²² Lupica, Carina, *op. cit.*

²³ ELA y UNICEF (2018) *El Derecho al cuidado en las políticas de las empresas*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Buenos Aires

III. Normativa sobre igualdad de oportunidades y cuidado infantil

El derecho a la igualdad se encuentra garantizado en diversos instrumentos internacionales²⁴. Muchos de ellos mencionan al “sexo” como uno de los motivos vedados para un trato arbitrario. Puntualmente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), define en su art. 1 la discriminación contra la mujer, mientras que el Convenio 111 de la OIT, sobre Discriminación, Empleo y Ocupación, especifica la discriminación en ese ámbito.

Expresa Pautassi (2007), que “El “derecho al cuidado (...) integra el conjunto de los derechos universales de derechos humanos consagrados en los diversos instrumentos internacionales, a pesar de no estar explícitamente nominado como tal” (pág. 29)²⁵.

Entre la normativa internacional referida al cuidado ratificada por Argentina, se encuentran la CEDAW; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo de San Salvador; la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; el Consenso de Quito; el Consenso de Brasilia; y los Convenios de la OIT 100 (Igualdad de remuneración), 156 (Trabajadores con responsabilidades familiares) y 189 (Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos). Destacamos los artículos 11 de la CEDAW, 3 y 5 del Convenio 156 de la OIT y 18 de la CIDN.

De las disposiciones citadas surgen, entre otras, la obligación del Estado en la instalación y prestación de servicios para el cuidado infantil y la corresponsabilidad social en las tareas

²⁴ Entre ellos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2.1.), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2)

²⁵ Pautassi, Laura (2007) *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. Serie Mujer y Desarrollo Nº 87* CEPAL, Santiago de Chile

de cuidado, es decir entre miembros de la familia, y también entre éstas, Estado y sociedad.

Asimismo, se reconocen los derechos a no discriminación de las mujeres en el empleo y a la igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras.

Estas normas internacionales, que tienen jerarquía constitucional o en su caso supralegal, conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución, reconocen la responsabilidad del Estado en la implementación de acciones para el cuidado de la niñez para promover la igualdad de género.

Dentro del texto de la Constitución Nacional Argentina, el derecho a la igualdad se encuentra garantizado en el artículo 16.

Entre las atribuciones del Congreso, el art. 75 inc. 19 prevé la sanción de leyes que aseguren la igualdad de oportunidades sin discriminación alguna, teniendo en cuenta el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social.

El artículo 14 bis asegura la protección del trabajo, condiciones dignas y equitativas de labor; igual remuneración por igual tarea, y la obligación del Estado de otorgar los beneficios de la seguridad social y la protección integral de la familia.

Asimismo, el artículo 75 inc. 23 establece que la legislación debe promover la igualdad de oportunidades y trato, mencionando expresamente a mujeres y la niñez como destinatarios de estas políticas.

Entre la normativa nacional, la Ley 23592 dispone en su art. 1 la nulidad de los actos discriminatorios y el deber de reparación.

El art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo Argentina prohíbe cualquier discriminación entre quienes trabajan, mencionando sexo como uno de sus motivos.

Destacamos la Ley 26485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que tipifica como una de las modalidades de violencia a la laboral.

Por su parte, el Código Civil y Comercial dispone como principio el “cuidado compartido del hijo” (arts. 651 y 658) y el valor económico de las tareas de “cuidado personal del hijo” (art. 660).

En cuanto al cuidado infantil, se han sancionado leyes que lo regulan en forma directa. Entre ellas, la Ley 26021 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; la Ley 26233 de Centros de Desarrollo Infantil y la Ley 26206 de Educación Nacional.

Estas disposiciones se encuentran en consonancia con la normativa internacional y constitucional mencionada.

Asimismo, el tema ha sido abordado desde la legislación laboral, lo que analizaremos a continuación.

IV. El cuidado infantil en la legislación laboral argentina

En una primera etapa, la legislación laboral sólo consideraba a la mujer en su condición de madre, siendo la figura de la persona asalariada la del varón, bajo el supuesto de pleno empleo masculino, en la cual, refieren Pautassi, Faur y Gherardi (2004) “las mujeres quedaron en una posición desventajosa, logrando la inclusión de determinadas normas protectoras, pero sin que se promoviera el principio de igualdad” (pág. 34)²⁶.

En el Siglo XX las políticas públicas reforzaron la “familia-rización y feminización” del cuidado, y se encontraron, para Cutuli y Aspiazu (2012) “centradas en la figura de la madre biológica y que alentaban la exclusión de las mujeres del mercado de trabajo, en particular en el período de crianza de los hijos”²⁷.

²⁶ Pautassi, Laura; Faur, Eleonor y Gherardi, Natalia (2004) *Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Límites y omisiones para una mayor equidad, Serie Mujer y Desarrollo N° 56*, CEPAL, Santiago de Chile

²⁷ Cutuli, Romina y Aspiazu, Eliana (2012) “Conciliación entre trabajo y cuidado infantil. Discriminaciones y exclusiones en el caso argentino”, Grupo de Estudios del Trabajo, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales Universidad Nacional de Mar del Plata – CONICET, Mar del Plata, disponible en <http://nulan.mdp.edu.ar/1981/1/1981.pdf>

Así, el ideal maternalista y la “maternalización de las mujeres” se constituyeron mediante políticas públicas en el paradigma de instituciones, prácticas y representaciones sociales durante largo tiempo (Faur, 2014, pág. 16)²⁸.

A la par, se fueron incrementando la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y los movimientos de mujeres que reivindicaron sus derechos.

La normativa internacional fue evolucionando, y en este sentido, debemos resaltar como punto de inflexión la aprobación de la CEDAW ya que a partir de ese momento comenzó a incorporarse el principio de equidad de género en el mundo del trabajo (Pautassi, Faur y Gherardi, 2004, pág. 34)²⁹.

En la reforma constitucional de 1994, se incorporaron al artículo 75 los incisos 19, 22 y 23, que hemos mencionado.

Sin embargo, en los años siguientes, pese a la existencia y ratificación de mecanismos y disposiciones para garantizar la equidad de género formal, la flexibilización laboral, el aumento del trabajo no registrado y la precarización, generaron mayores desventajas a las trabajadoras.

La Ley 20744 de Contrato de Trabajo, sancionada en 1974, dispone en la parte final del artículo 179 (originalmente art. 195): “En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”³⁰.

Esta disposición derogó la Ley 11317 de 1924, que regulaba el “Trabajo de las mujeres y los niños”, cuyo artículo 15 consignaba: “En los establecimientos que ocupen el número mínimo

²⁸ Faur, Eleonor (2014) *El cuidado infantil en el siglo XXI: Mujeres malabaristas en una sociedad desigual*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires

²⁹ Pautassi, Laura; Faur, Eleonor y Gherardi, Natalia, *op. cit.*

³⁰ Se encuentra dentro del Título VII “Trabajo de mujeres”, Capítulo II “De la protección de la maternidad

de mujeres que determine la reglamentación, deberán habilitarse salas maternas adecuadas para los niños menores de 2 años, donde éstos quedarán en custodia durante el tiempo de ocupación de las madres.”³¹. Su reglamentación, de 1925, establecía que la obligación regía “en todo establecimiento donde se ocupen 50 (cincuenta) mujeres o más, mayores de 18 años”³².

Previamente, antes de la Ley 11317, rigió la Ley 5291 sancionada en 1907, la primera norma referida al “Trabajo de mujeres y niños”³³. En su artículo 9, inciso 8º, disponía que “En los establecimientos donde trabajen mujeres, se permitirá que las madres puedan amamantar a sus hijos durante quince minutos cada dos horas, sin computar este tiempo en el destinado al descanso”. Es decir que sin limitación alguna respecto del número, se determinaba la obligación del empleador de contar con ese espacio.

Volviendo a la Ley de Contrato de Trabajo, el mencionado art. 179 se titula “Descansos diarios por lactancia”, refiriéndose a ello la primera parte de la norma. Sin embargo, su parte final, alusiva a espacios de cuidado infantil, si bien guarda relación, excede a situaciones que serían estrictamente de lactancia.

Históricamente la existencia de este recinto para el cuidado se vinculaba con el regreso de la trabajadora a prestar tareas finalizada la licencia por maternidad y la continuidad de la lactancia materna. Sin embargo, actualmente existen otras situaciones, necesidades y posibilidades que lo tornan independiente de ella. Consideramos que deberían separarse ambas disposiciones, que pueden referirse a distintos sujetos. Asimismo, la primera parte de la norma podría ampliarse a más sujetos y referirse a alimentación en general y no solamente a lactancia y a amamantamiento.

³¹ Ley 11317 (1924) disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11317-194070/texto>

³² Decreto 2699, artículo 3 (1925) disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-2699-1925-194075/texto>

³³ Ley 5291, disponible en http://www.trabajo.gob.ar/downloads/biblioteca/bdnt/1908_4.pdf

Por otra parte, no acordamos con la denominación de dichas salas como “maternales”, ya que resulta discriminatoria al asociar desde el lenguaje el cuidado a una tarea propia de madres, cuando a fin de comprender diversas situaciones familiares, podrían ser llamadas “salas cuna”.

Existe además un debate sobre el uso de la palabra “guardería”, que parece remitir a la guarda de objetos, cuando la legislación de la materia se refiere a desarrollo y educación infantil. Sin perjuicio de la definición de la Real Academia Española³⁴, resulta más acertada denominarlas salas cuna o centros, espacios, salas o lugares de cuidado infantil.

A diferencia de la ley anterior, el actual artículo 179 no dispone edad máxima de niños y niñas, sujetándola a la reglamentación. Tampoco fija horario o límite temporal en el cual debe funcionar el lugar de cuidado, mientras que la ley 11317 expresaba que era “durante el tiempo de ocupación de las madres”. Asimismo, no establece que sea una prerrogativa que sólo pueden utilizar las trabajadoras, por lo que los trabajadores también se encuentran comprendidos en este derecho.

Resulta claro y coincidente entre ambas normas que el lugar de cuidado infantil debe funcionar dentro del establecimiento de trabajo, por lo que cualquier modificación de ello que se pretenda mediante la reglamentación no sería constitucionalmente válida. En ese sentido, del texto legal tampoco surge que se trate de una obligación que puede ser compensada en dinero.

Sin embargo, este artículo no prevé qué ocurre si el número de trabajadoras no alcanzara el mínimo que fije la reglamentación.

Por otra parte, debe considerarse que el artículo habla de trabajadoras que presten servicios en el establecimiento, lo que implica tener en consideración el concepto de “establecimiento”

³⁴ Define a guardería infantil como “Lugar donde se cuida y atiende a los niños de corta edad”, Real Academia Española (2020) *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en <https://dle.rae.es/guarder%C3%ADa>

(art. 6 de la LCT) así como lo dispuesto en los arts. 23, 29 y 30 de la ley 20744.

El artículo 179 de la ley 20744, transcurridos más de cuarenta años de su sanción, no ha sido reglamentado. Esto implicó que tanto la doctrina³⁵ como la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo entendieran que no podía exigirse su cumplimiento por falta del dictado de reglamentación³⁶, y en consecuencia no se hiciera efectiva la obligación.

Algunos Convenios Colectivos de Trabajo³⁷ establecen el pago de una suma no remunerativa como beneficio social que compensa por un determinado monto máximo el costo del servicio de cuidado infantil hasta cierta edad.

También hay empresas que abonan sumas no remunerativas por este concepto, y unas pocas han creado espacios de cuidado infantil en sus establecimientos.

Existen numerosos planteos judiciales sobre el carácter que debe asignársele al pago por parte del empleador de “gastos de guardería” y el artículo 103 bis inciso F de la LCT, que dispone que éste puede brindar ciertas prestaciones cuya naturaleza es de seguridad social, y se consideran no remunerativas.

Destacamos que el reintegro de gastos que prevé el art. 103 bis inciso F se aplica a otro supuesto y que no es un reemplazo del 179, sino para los casos en que las empresas no lleguen al número de trabajadoras determinado en la reglamentación. En dicha situación, las personas trabajadoras podrían pactar con su empleadora el reintegro de “gastos de guardería” como beneficio social. Una interpretación distinta implicaría transformar la

³⁵ Fernández Humble, Juan (1979) “La obligación de habilitar salas maternas o guarderías” en *Derecho del Trabajo* 1979-671, La Ley, Buenos Aires

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II (2007) La Ley 2007-F, 511 “Magaños Carolina Fernanda c/Galeno Argentina S.A. s/dif. de salarios”, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II (1982) T. y S.S. 1982-237 “Veliz c/Cayetano Gerly S.R.L.”, Cámara Nacional de apelaciones del Trabajo, Sala IV (2007) DT 2008-422 “Herrera, Alcira Mabel c/S.P.M”

³⁷ Entre ellos el CCT 103/75, el CCT 122/75 y el CCT 301/75

obligación del art. 179 en una mera facultad para el empleador, cuando expresamente ésta dice “deberá”, modificando el sentido de la norma en perjuicio de quienes trabajan.

Otro de los problemas, que será analizado posteriormente, es que tanto la norma vigente actualmente, como la anterior, sujetan la creación del lugar de cuidado al número de mujeres que se desempeñen en el establecimiento.

Exclusiones de la Ley de Contrato de Trabajo

La LCT no se aplica a todas las personas que trabajan en relación de dependencia. Se encuentran excluidas de ella las personas mencionadas en su art. 2 y quienes no tengan empleo registrado, sean autónomos/as, figuren como “monotributistas”, y trabajadores y trabajadoras de la economía popular.

La normativa referida al personal de casas particulares (en su casi totalidad mujeres, ya que éstas representan el 98,7%³⁸, y a la vez la actividad que más las concentra, desempeñándose en la misma el 19,6% de las trabajadoras³⁹), no contiene disposiciones sobre cuidado infantil.

El empleo público y quienes trabajan en el campo⁴⁰ cuentan con regulaciones propias sobre la materia.

Las políticas de cuidado infantil de la legislación laboral se encuentran limitadas al empleo formal, pero ni siquiera abarcan a la totalidad de personas trabajadoras registradas. Ello

³⁸ Según elaboración de SSPEyEL publicada en el Documento “Las Mujeres en el Mundo del Trabajo – Septiembre 2017”, Dirección de Equidad de Género e Igualdad de Oportunidades en el Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina, disponible en http://trabajo.gov.ar/downloads/cegiot/Informe_CTIO_DocumentoDeTrabajo.pdf

³⁹ Dirección de Relaciones Económicas con las Provincias –DINREP, Subsecretaría de Relaciones con Provincias, Secretaría de Hacienda, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (2015) “Características de la fuerza de trabajo femenina. Las diferencias respecto del hombre”, disponible en <http://www2.mecon.gov.ar/hacienda/dinrep/Informes/archivos/Caracteristicasdelafuerzadetrabajofemenina.pdf>

⁴⁰ El art. 64 de la Ley 26727 se establece la creación de “espacios de cuidado y contención” dejando sujeto a la reglamentación sus requisitos, la que aún no ha sido dictada

genera una mayor desprotección a quienes por no tener empleo registrado ya se encuentran en una situación de vulnerabilidad, en su mayoría mujeres. Solamente el 50% de las trabajadoras se desempeña en el sector formal (Faur, 2005, p. 136)⁴¹, y de ellas estarían incluidas dentro del art. 179 de la LCT quienes se encuentren comprendidas en dicha ley y además se desempeñen en empresas del tamaño que fije la reglamentación.

Debe considerarse que el 20% de los puestos de trabajo del sector privado corresponde a establecimientos de menos de 10 dependientes, y otro 20% a establecimientos de entre 10 y 50. A su vez, en establecimientos más pequeños los sueldos son más bajos en promedio⁴². De lo expuesto resulta que si se fijara un piso de cincuenta “trabajadoras” implicaría una gran restricción respecto del número de sujetos beneficiarios.

V. Análisis de la constitucionalidad del artículo 179 LCT de Argentina

Un cuestionamiento inicial a esta disposición es que la regulación del cuidado infantil se encuentre en la Ley de Contrato de Trabajo, con las exclusiones de derecho y de hecho que se producen respecto de la misma, ya señaladas. Partimos de una norma que no lo regula para todas las personas que trabajan y lo requieran. Ello contraviene la característica de “universalidad” que implica reconocer al cuidado como un derecho, garantizado en los instrumentos internacionales citados. Sólo así puede promoverse la igualdad de oportunidades.

Sin perjuicio de lo expuesto, desarrollaremos dos cuestiones constitucionales con respecto a la última parte del art. 179

⁴¹ Faur, Eleonor (2005) “Género y conciliación Familia - Trabajo: Legislación laboral y subjetividades masculinas en América Latina” en Mora, Luis y otros (coords.) *Cohesión Social, Políticas Conciliatorias y Presupuesto Público*, UNFPA y GTZ, México

⁴² Informe del INDEC sobre Puestos de trabajo y remuneraciones de los asalariados registrados del sector privado para el Cuarto trimestre de 2016 disponible en https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/erl_04_17.pdf

de la LCT. Por un lado, la omisión del Poder Ejecutivo Nacional en dictar la reglamentación sobre el número mínimo de trabajadoras, edad máxima de niños y niñas y demás condiciones, que ha implicado que desde su sanción hace más de cuarenta años, ésta no fuera aplicada. El otro problema es que la obligación del empleador quede sujeta al número mínimo de “trabajadoras” que preste servicios en el establecimiento.

Inconstitucionalidad por omisión de reglamentación

A principios de 2017, la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, dictó el fallo “Etcheverry”⁴³, condenando al Poder Ejecutivo Nacional a que en el plazo de noventa días reglamente la última parte del art. 179 de la LCT.

El caso se encuentra a resolución de la Corte Suprema de Justicia, que a raíz de una queja del Poder Ejecutivo, solicitó ese mismo año la remisión de los autos principales.

La parte actora del juicio solicitó que se declare la inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo en reglamentar este artículo.

En su defensa, el Ministerio de Trabajo cuestionó la vía del amparo y sostuvo que esa omisión se encuentra subsanada por la legislación vigente o los convenios colectivos que lo regulan. Pretende así que la obligación se tenga por cumplida mediante los beneficios sociales que establece el art. 103 bis de la LCT⁴⁴.

Por el contrario, destacamos que los beneficios enumerados en el art. 103 bis de la LCT son una mera facultad del empleador y no una obligación legal. Lo contrario implicaría privar de fuerza normativa al art. 179. Y asimismo, no puede equipararse contar con un centro de cuidado infantil en el lugar de trabajo

⁴³ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I (2017) SAJJ: FA17100001 “Etcheverry, Juan Bautista y Otros c/ Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986”

⁴⁴ Entre los “beneficios sociales”, menciona en el inciso f) “Los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones”

con un reintegro de gastos por un servicio prestado en otro establecimiento.

La sentencia de primera instancia, en consonancia con el dictamen fiscal, rechazó la acción argumentando que la parte actora no probó el perjuicio alegado.

El fiscal de Cámara, contrariamente a lo sostenido por el fiscal y el juez de primera instancia, consideró que la vía del amparo es procedente, por cuanto el tiempo transcurrido sin dictarse la reglamentación “agrava la lesión constitucional”. Señaló asimismo que esta omisión es manifiestamente ilegítima desde su promulgación en 1974, y que ha importado “en la práctica, anular la operatividad del derecho legalmente consagrado, a pesar de que ese derecho protege un interés internacionalmente reconocido”⁴⁵, citando el art. 18 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el art. 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Asimismo sostuvo que resulta lesivo de los derechos garantizados en las normas internacionales y de la Constitución que hemos citado anteriormente (art. 75 inc. 23 y art. 14 bis, entre otras).

El dictamen y fallo de Cámara resultan destacables en cuanto declaran la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Asimismo interpretan que la articulación entre los artículos 179 y 103 bis inc f. de la LCT, debe ser de complementariedad, como ya hemos explicado, resaltándose la vigencia de la obligación de que el espacio de cuidado infantil sea “en” el lugar de trabajo. Por otra parte, si bien la norma no formula distinciones, expresamente deja asentado que puede ser utilizado tanto por trabajadoras como por trabajadores.

Con posterioridad, en septiembre de 2018, el Procurador ante la Corte Suprema emitió dictamen para este caso⁴⁶,

⁴⁵ Dictamen Fiscal del Fiscal General en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal (2016) “Etcheverry, Juan Bautista y Otros c/ Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986” disponible en <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/072/736/000072736.pdf>

⁴⁶ Procuración General de la Nación (2018) CAF 49220/2015/1/RH1 “Etcheverry, Juan Bautista y Otros c/ Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986”

opinando que corresponde confirmar la sentencia de Cámara cuestionada.

Con argumentos similares a los del fiscal de Cámara, sostiene la constitucionalidad de la condena al Poder Ejecutivo Nacional a dictar la reglamentación de la parte final del art. 179 de la LCT, por cuanto la misma no resulta violatoria del “principio republicano de división de poderes” y “se encuentra dentro de las facultades jurisdiccionales.”. En el mismo sentido que el dictamen anterior, sostiene que tanto el art. 103 bis inc. f) como los convenios colectivos que contemplan servicios de cuidado no suplen la obligación la omisión del Poder Ejecutivo Nacional en reglamentar la norma.

El Poder Ejecutivo se encuentra obligado a realizar la actividad de reglamentación conforme el artículo 99 inc. 2 de la Constitución y su incumplimiento constituye una inconstitucionalidad. En este caso, ha transcurrido un plazo más que razonable para que esta obligación pudiera ser ejercida.

Si bien este dictamen también se basa en la normativa internacional citada anteriormente, realiza una serie de consideraciones de suma relevancia en materia de corresponsabilidad del cuidado, tanto entre los miembros de la familia como respecto de la organización social del cuidado, concepto que ya hemos explicado y abordaremos nuevamente en el próximo apartado.

Así, expresa que la finalidad del art. 179 de la LCT es “facilitar a los trabajadores la asistencia en las tareas de cuidado a fin de alcanzar una adecuada conciliación de los deberes laborales con las responsabilidades familiares.”.

El dictamen también hace referencia al “derecho a la protección de la vida familiar” y a la obligación del Estado de “generar condiciones paritarias entre los cónyuges en las tareas de cuidado y en las responsabilidades familiares, y evitar que esas tareas y responsabilidades constituyan un factor discriminatorio en perjuicio de las mujeres en diferentes ámbitos, en especial, en la esfera laboral”, lo que será analizado más adelante. Y concluye expresando que la reglamentación que debe dictar el

Poder Ejecutivo debe cumplir con el marco constitucional y convencional citado, dando algunas pautas sobre ello.

Sobre este mismo punto, el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) formuló una observación a Argentina en el año 2000 referida al Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (C 156 OIT)

Destacamos que este Comité es un órgano de la OIT cuya función es evaluar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Miembros, entre ellas, de los convenios ratificados.

En su observación, el CEACR destacó la falta de aplicación del art. 179 por no haberse dictado su reglamentación, solicitando al Estado que informe si prevé reglamentarlo y que detalle “las condiciones reales de los servicios e instalaciones comunitarias de asistencia a la infancia y de asistencia familiar”⁴⁷.

Esperamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirme finalmente la condena al Poder Ejecutivo Nacional y éste dicte la correspondiente reglamentación. Luego deberá analizarse si la misma cumple o no los estándares constitucionales, convencionales y legales sobre la materia que hemos mencionado a lo largo de este trabajo. Sin perjuicio de la trascendencia de la sentencia de Cámara del caso, debemos señalar que allí no se aborda otro de los cuestionamientos que presenta el art. 179 de la LCT, que es de condicionar el derecho al espacio de cuidado al número mínimo de “trabajadoras” del establecimiento. Si bien ello no fue planteado por la parte actora y por tanto no era materia de debate, destacamos que el dictamen de Segunda Instancia en su página 9, en el párrafo que anteriormente hemos transcripto, incurre en un error al consignar que debe reglamentarse el número mínimos de “trabajadores”, cuando la ley dice “trabajadoras”.

⁴⁷ Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2000, Publicación: 89ª reunión CIT (2001), artículo 5, disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2190769

Por su parte, el dictamen del Procurador ante la Corte Suprema sí se refiere a ello, como veremos a continuación.

Inconstitucionalidad por violación al principio de igualdad

El concepto constitucional de “igualdad de oportunidades” implica una visión estructural de la desigualdad vinculado a las denominadas por la Corte de Estados Unidos “categorías sospechosas”. El principio de igualdad, explica Saba⁴⁸, debe entenderse como “no-sometimiento o no exclusión” de ciertos grupos que históricamente se han encontrado en esa situación como consecuencia de prácticas sistemáticas de exclusión social, económica y política, debiéndose instaurar acciones afirmativas en su favor a fin de dismantelar estas situaciones (Saba, 2008, pág. 7 y siguientes).

Conforme los supuestos de inequidad analizados, la condición de género, es decir el conjunto de trabajadoras en el mundo del trabajo puede ser entendida como una “categoría sospechosa”.

La desigualdad, siguiendo a Clérico y Aldao (2011), además de dominación y sometimiento “combina problemas de redistribución y reconocimiento” (pág. 143)⁴⁹, retomando así los conceptos de Fraser mencionados. Proponen estos autores “ampliar la mirada para comprender que la desigualdad no sólo deviene de una distribución injusta de los bienes económicos y sociales sino también del reconocimiento”, las desigualdades son bidimensionales: “la injusticia socioeconómica, arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes” y “la injusticia cultural o simbólica,

⁴⁸ Saba, Roberto P. (2008) “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?” en Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires

⁴⁹ Clérico, Laura y Aldao, Martín (2011) “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Lecciones y Ensayos*, nro. 89, Eudeba, Buenos Aires

arraigada en los patrones sociales dominantes en una sociedad” (pág 146 y 147)⁵⁰.

Las trabajadoras se ven afectadas por ambas desigualdades, y para remediarlas, según Clérico y Aldado (2011) “se requiere que las exigencias de reconocimiento cultural se integren con las pretensiones de redistribución socioeconómica”(pág. 158)⁵¹. Para ello, resulta fundamental reconocer el valor económico del trabajo no remunerado y deconstruir los estereotipos de género para asignarle el valor social que corresponde.

El cumplimiento de la obligación de los empleadores de contar con espacios de cuidado infantil en sus establecimientos permitiría a las mujeres incrementar su acceso al empleo, permanecer en el mismo, y por tanto mejorar su condición económica, a la vez que podría propender a la corresponsabilidad en estas tareas con los varones.

Considerar el género como una “categoría sospechosa” tiene como consecuencia que en caso de existir conductas y/o actos del Estado, incluida la legislación, o de particulares; que menoscaben los derechos de este conjunto, deben ser sometidas al escrutinio estricto del control de constitucionalidad y convencionalidad, a fin de corroborar si soportan un test de constitucionalidad. Este “escrutinio estricto” debe utilizar pautas interpretativas que impliquen la “no perpetuación de la inferioridad” y presunciones en su favor.

A pesar de las inequidades de género mencionadas, estas cuestiones han sido objeto de escasos precedentes jurisprudenciales, que lenta y paulatinamente comienzan a dictarse.

En el fallo “Freddo”⁵² la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil estableció que existe una presunción de discriminación que se produce

⁵⁰ Íbid,

⁵¹ Íbid,

⁵² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H (2002) SAIJ: FA02020188 “Fundación Mujeres en Igualdad y Otro c/ Freddo S.A. s/ Amparo”

cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja. Debe asegurarse a las mujeres no ser discriminadas en el acceso a los puestos de trabajo por su condición, así como el acceso a los puestos de mayor jerarquía, hechos que suelen ocurrir en la práctica. A la vez, también debe garantizarse que no sean despedidas por tal razón, que las condiciones de trabajo sean semejantes y, por último, que perciban la misma remuneración que un hombre que realiza una tarea similar⁵³.

Asimismo, los jueces sostuvieron que “cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua u otras similares se presume inconstitucional”.

Posteriormente, ha sido señalado en el Dictamen Fiscal ante la Corte Suprema en el caso “Sisnero”⁵⁴, que el derecho a la igualdad

implica que el Estado no puede tener en su ordenamiento regulaciones discriminatorias, pero, además, que debe asumir una actitud activa para combatir las prácticas discriminatorias (...) El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad. Desde este punto de vista, el género constituye una categoría sospechosa (...) las relaciones de poder entre hombres y mujeres han sido históricamente desiguales.

⁵³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H (2002) SAJ: FA02020188 “Fundación Mujeres en Igualdad y Otro c/ Freddo S.A. s/ Amparo”

⁵⁴ Procuración General de la Nación (2013) S.C. 8.932, L. XLVI “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ Amparo” y Dictamen Fiscal de fecha 24/6/2013

Destacamos que en este dictamen se hace referencia expresa al género como “categoría sospechosa” y la desigualdad histórica, que debe ser revertida.

En el mismo sentido, el dictamen de la Procuración en “Ríos Zorrilla”⁵⁵, expresó que

El Estado está obligado a promover la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación “el Convenio 111 de la OIT establece la obligación de ‘formular y llevar a cabo una política nacional que promueva [...] la igualdad [...] de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto’ (art. 2), y de ‘derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política’ (art. 3).

Aquí se explicita claramente la obligación del Estado de modificar toda aquella normativa que sea contraria a la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación.

En base a lo expuesto, sostenemos que el art. 179 de la LCT es inconstitucional en cuanto condiciona al “número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación” la obligación del empleador de establecer un espacio de cuidado infantil en el establecimiento de trabajo.

Asimismo, esta disposición reproduce inequidades de género, las profundiza y no promueve un modelo de igualdad de oportunidades. La norma establece una distinción arbitraria e irrazonable entre varones y mujeres que carece de toda justificación, debiendo referirse a personas trabajadoras. En este sentido es inconstitucional por ser contraria al derecho a la igualdad, garantizado por las diversas regulaciones citadas, entre las que destacamos el art. 1 de la CEDAW⁵⁶.

⁵⁵ Procuración General de la Nación (2014) S.e. R. 452, L. XLVII “Ríos Zorrilla, Clara Elena c/ González, Graciela Aida y otro s/Tribunal de Trabajo Doméstico”

⁵⁶ Define como discriminación contra la mujer a “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento,

Más aún si, como explicamos, consideramos que el género es una “categoría sospechosa”. Ello se verifica en las numerosas y graves situaciones de inequidad reseñadas. No solo no existe justificativo alguno para la restricción establecida en la norma, sino que ésta genera un efecto contrario en cuanto a que refuerza la discriminación hacia las trabajadoras.

En este sentido, constituye una barrera de acceso al mercado de trabajo para las mujeres, ya que las empresas pueden no contratar más trabajadoras que las que la reglamentación establezca como piso a fin de no tener que crear el espacio de cuidado, prefiriendo contratar varones ya que su número no influye a este fin. Ello resulta claramente violatorio del Convenio 111 de la OIT y de lo dispuesto en el art. 75 inc. 23 de la Constitución. En este inciso se establece que la legislación debe promover la igualdad de oportunidades y trato, mencionando específicamente a las mujeres como destinatarias de dicha política.

Partiendo de la situación en la cual el desempleo femenino es mayor que el masculino, esta disposición profundiza e incrementa el desempleo de las mujeres.

Asimismo, al desestimular la contratación de mujeres, amplía la segregación horizontal, ya que en actividades donde no hay representación femenina o ésta es menor, generalmente las de mayores salarios, se continuará optando por emplear varones, lo que contribuye a ahondar la brecha salarial. Son ejemplos de esta situación los casos “Freddo” y “Sisnero” mencionados.

El Dictamen Fiscal ante la Corte Suprema de dicho caso reconoce que la existencia de

un mercado laboral sesgado por un estereotipo de género, proyecta consecuencias disvaliosas (...) el derecho a la igualdad exige que el mercado laboral cuestionado sea modificado en la dirección de la igualdad e

goce o ejercicio por la mujer, (...) sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera”

impone a los actores responsables por la conformación de este mercado -entre ellos, los responsables por las contrataciones- el deber correlativo de modificarlo.⁵⁷.

Con posterioridad, en el Dictamen Fiscal de primera instancia en los autos “Borda, Erica”⁵⁸, del año 2017, se reitera que la discriminación laboral a las mujeres encuadra en la Ley 26485, y que éstas integran una “categoría sospechosa”, en los términos que ya hemos expuesto. Se trata de un caso similar a “Sisnero”, por cuanto también aquí se plantea el derecho de la actora a ser contratada como conductora de colectivos. En el dictamen en cuestión, se señala asimismo que la lucha contra las desigualdades requiere “la adopción de medidas proactivas capaces de eliminar barreras estructurales que impiden la igualdad entre hombres y mujeres en el mundo laboral, porque el trabajo digno es sólo aquel que respeta los derechos de la persona humana”. Debemos también tener en cuenta que uno de los efectos de la segregación horizontal es que gran parte de las trabajadoras se encuentran excluidas de la LCT.

Otro de los efectos de la regulación actual es la estimulación a que el empleo de mujeres sea sin registración o mediante maniobras de tercerización fraudulenta, a fin de evadir su cumplimiento, aumentando la precarización, lo que también contribuye a incrementar la brecha salarial.

Ya dentro del contrato de trabajo, la inexistencia del espacio de cuidado infantil puede generar que sean las mujeres quienes deban dejar sus empleos para realizar estas tareas, lo que hemos explicado al referirnos a la división sexual del trabajo, que tiene una base cultural, y porque como consecuencia de lo expuesto perciben menores salarios que los varones.

⁵⁷ Procuración General de la Nación (2013) S.C. 8.932, L. XLVI “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ Amparo” y Dictamen Fiscal de fecha 24/6/2013

⁵⁸ Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nº 50, “Borda, Erica, c/ Estado Nacional, Ministerio de Trabajo, Empleo Seguridad Social de la Nación y Otros s/ Acción de Amparo”, Expte. Nº 25.952/2014, Dictamen Fiscal de fecha 06/06/2017

La norma tampoco considera que genera una restricción arbitraria atento que existe mayor informalidad en el empleo femenino, que tiene como una de sus principales causas la concentración de trabajadoras en el trabajo en casas particulares, por lo que su ampliación al número total de personas trabajadoras generaría una mayor cobertura.

Todo ello implica una violación del derecho constitucional a la igualdad de oportunidades, profundiza las inequidades de género y refuerza los estereotipos que suponen a la mujer como única o principal responsable del cuidado infantil.

La regulación resulta también contraria al principio de corresponsabilidad parental, garantizado en el art. 11 de la CEDAW y en el Convenio 156 de la OIT.

Esto implica una restricción arbitraria al derecho de los trabajadores a cuidar, y del derecho de niños y niñas a ser cuidados por quienes ejerzan el rol parental, previsto en el art. 18 de la CIDN.

La corresponsabilidad es expresamente abordada en el Dictamen Fiscal ante la Corte Suprema del caso “Puig”⁵⁹, en el cual se señala que debe incentivarse la participación de los varones en tareas de cuidado, ya que “la discriminación contra los hombres que tratan de asumir una mayor parte de las responsabilidades familiares y de los quehaceres domésticos reafirma más los estereotipos y perjudica a las mujeres”. Asimismo, hace referencia a que existe un mandato constitucional de generar “condiciones paritarias entre los cónyuges en las tareas de cuidado y en las responsabilidades familiares, para asegurar la igualdad real de oportunidades y evitar que esas tareas y responsabilidades constituyan un factor discriminatorio en perjuicio de las mujeres en diferentes ámbitos, en especial en la esfera laboral”.

⁵⁹ Procuración General de la Nación (2017) CNT 57589/2012/1/RH1 “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz SA s/ Despido”

En cuanto a la interpretación de las leyes laborales, señaló que

el referido marco constitucional, vinculado con el derecho a formar una familia y con el deber estatal de promover la distribución equitativa de las responsabilidades familiares, es el que impone interpretar las normas laborales aludidas en el sentido más amplio posible, de modo de asegurar a todos los trabajadores la protección especial de la vida familiar otorgada por la ley laboral, sin distinción de género. Esta protección amplia es además la vía adecuada para asegurar la igualdad real de oportunidades y de trato en el empleo de las mujeres –artículo 75, inciso 23 Constitución Nacional-, históricamente segregadas en las relaciones laborales a causa de la asunción de responsabilidades familiares y tareas de cuidado⁶⁰.

Por otra parte, el art. 179 es discriminatorio respecto de niños y niñas que dependen para acceder al espacio de cuidado en el lugar de trabajo de que su padre o madre trabaje en un establecimiento con el número mínimo de trabajadoras que se establezca, lo que viola su derecho a la igualdad de oportunidades.

Debemos señalar al respecto que el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT Referidas al Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (C 156 OIT), para el caso de la norma chilena sobre esta materia que fija como número mínimo de trabajadoras el de veinte, ha expresado que “estas disposiciones podrían causar el efecto no deseado, de que las empresas otorgaran el empleo a hombres y no a mujeres a fin de ahorrar los costos de las guarderías en el caso de llegar a 20 mujeres empleadas.”⁶¹.

⁶⁰ Procuración General de la Nación (2017) CNT 57589/2012/1/RH1 “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz SA s/ Despido”

⁶¹ Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2000, Publicación: 89ª reunión CIT (2001) www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0:NO:13100_P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2190788,102588,Chile,2000

Nuestro país también ha sido objeto de numerosas observaciones sobre estas cuestiones por parte de organismos internacionales que controlan el cumplimiento de los tratados.

Entre ellas, en 2011 el Comité DESC de Naciones Unidas, que monitorea el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señaló que “alienta al Estado parte a considerar las opciones legales, la creación de capacidad y los servicios que permitan a mujeres y hombres conciliar sus obligaciones profesionales con sus obligaciones familiares”⁶².

Luego, en 2016 el Comité de Derechos Humanos expresó que “El Estado parte debe redoblar sus esfuerzos para eliminar los estereotipos de género sobre el papel y las responsabilidades de los hombres y de las mujeres en la familia y en la sociedad”⁶³. También en 2016 el Comité de CEDAW recomendó al Estado promover “el reparto equitativo de las tareas domésticas y familiares entre hombres y mujeres, prestando servicios de guardería suficientes y adecuados” y adoptar “medidas legislativas y no legislativas para facilitar la conciliación de las responsabilidades laborales y de cuidados de personas”⁶⁴.

En base a todo lo expuesto, concluimos entonces en la inconstitucionalidad del art. 179 en cuanto la obligación de establecer los espacios de cuidado infantil en el establecimiento

⁶² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2011) “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Argentina”. <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashxenc=4sl06QSmIBEDzFEovLCuW0fp9m5PoYHYLH3qkguQgxyvfzMwXx3FNnT0tMrqX5VDqszNG8Q3d1cW7EzjSFRKtY%2%2b46Lt0A0eCWNvdcVgy1PxWJ01yt0Nvo8lf3GxqM6W> Acceso en 26/08/2018

⁶³ Comité de Derechos Humanos (2016) “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina” <http://acnudh.org/comite-de-derechos-humanos-ccpr-argentina-2013/>

⁶⁴ “Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2016) “Observaciones finales al séptimo informe periódico de Argentina” disponible en <http://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/10/2018/03/informe-CEDAW.pdf>

de trabajo se encuentra condicionada al número de “trabajadoras”. Ello con independencia de la eventual reglamentación que se dicte, ya que el decreto no podría modificar este aspecto del artículo y por tanto estos conflictos no podrían ser resueltos en esa instancia, subsistiendo su inconstitucionalidad.

Coincidimos plenamente con la opinión del Procurador General en “Etcheverry” referida a la lesividad a derechos fundamentales de la norma en su redacción actual y con los argumentos brindados al respecto. Sin perjuicio de ello, advertimos que la definición de esta cuestión por vía de la reglamentación podría dar lugar a planteos impugnatorios de la misma.

Aún en el supuesto en que la reglamentación estableciera el número de trabajadoras en el mínimo posible, es decir dos, el empleador podría contratar menos mujeres que esa cantidad para no encontrarse comprendido dentro de la obligación, sin importar el número de trabajadores bajo su dependencia, lo que refuerza las inequidades señaladas.

VI. Conclusiones

A lo largo del trabajo hemos analizado la relación entre el trabajo de las mujeres y el cuidado, con particular énfasis en el de la primera infancia, dejando expuesta la injusta organización social del cuidado. La sobrecarga de las mujeres en estas tareas incide negativamente en su inserción en el mercado de trabajo, y es una de las causas de las “brechas de género” desarrolladas. Esta situación es una expresión del sistema androcéntrico, patriarcal y capitalista en que vivimos, generando pobreza y desigualdad de género, que a su vez se relacionan y retroalimentan.

La regulación del cuidado infantil debe garantizar a todas las personas que trabajan los derechos a cuidar y a poder desarrollar sus carreras laborales en condiciones de igualdad, y a la vez garantizar el derecho de niños y niñas a ser cuidados por quien/es sean sus responsable/s. Ello requiere generar distintos

mecanismos para lograr un abordaje integral. Asimismo, supone resolver la situación de quienes trabajan informalmente y considerar la de monotributistas y autónomos.

El Estado debe asumir un rol fundamental en este tema como regulador, garante y prestador, a fin de modificar la injusta organización social del cuidado actual. Garantizar que el cuidado infantil sea universal promueve la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres y también para niños y niñas. Ello ha sido contemplado por la normativa internacional, sin embargo, nuestra legislación laboral no ha receptado la “corresponsabilidad” estructuralmente ni en todos sus institutos.

Nuestra regulación laboral sobre esta materia no se adecua a la normativa internacional citada, ni a la Constitución Nacional, por lo que hemos concluido que la misma resulta inconstitucional. Por el contrario, reproduce inequidades de género, refuerza la feminización del cuidado y no promueve un modelo de igualdad de oportunidades. Asimismo, la norma genera interacciones entre las desigualdades de género y socioeconómicas.

Como fuera explicado, sólo una parte de quienes trabajan y tienen empleo formal se encuentran dentro de la protección de la Ley de Contrato de Trabajo. Queda fuera de ella una gran parte de la población, que es la que se encuentra en mayores condiciones de vulnerabilidad, principalmente mujeres. Y dentro de este grupo de mujeres excluidas, un gran número se dedica precisamente a trabajos y tareas de cuidado, ya sea como trabajadoras de casas particulares no registradas o realizando trabajo doméstico no remunerado.

En este sentido, resulta fundamental resignificar y valorar el trabajo reproductivo o doméstico, y también su redistribución.

Con respecto al artículo 179 de la Ley 20744, debemos señalar que más allá de la importancia de que la Corte Suprema confirme el fallo “Etcheverry” y el Poder Ejecutivo dicte la reglamentación para que finalmente se aplique la norma, continúa vigente que la obligación legal del empleador de disponer en su establecimiento un centro de cuidado infantil se relaciona

con el número de trabajadoras que emplee, y no del total de personas que trabajen, lo que implica seguir reproduciendo el modelo que supone a la mujer como principal cuidadora, y no el de corresponsabilidad.

Conforme ha sido analizado, del texto de la norma surge que no se trata de una prerrogativa de la cual solo pueden hacer uso las trabajadoras, por lo que no existe obstáculo alguno para que los trabajadores también sean beneficiarios de este servicio; y que el lugar de cuidado infantil debe funcionar en el establecimiento de trabajo.

El texto actual de la norma resulta contrario a la normativa internacional reseñada y asimismo genera responsabilidad internacional del Estado argentino, ya que ésta expresamente ordena eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio. Así lo establecen, entre otros, los artículos 2 inc. f) y 11 de la CEDAW.

Resulta necesaria y urgente la reforma de este artículo y que su reemplazo resulte operativo por sí mismo. La nueva legislación debe tener en cuenta la perspectiva de género y garantizar la equidad, considerando los principios de corresponsabilidad y de igualdad en la distribución de las tareas de cuidado. Asimismo, debe contener mecanismos y sanciones que garanticen su cumplimiento.

Por otra parte, resaltamos que la discriminación laboral es una de las formas de violencia contra las mujeres prevista expresamente en la ley 26485, que debemos prevenir y erradicar.

Garantizar más cuidados generará más igualdad.

Principios Procesales del Derecho en el Proceso de Franz Kafka. ¿Qué tan lejos estamos del proceso del autor austriaco?

Procedural Principles of Law in the Franz Kafka Process. How far are we from the Austrian author's process?

Matías Germán Rodríguez Romero¹
Universidad Nacional de San Juan - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 487-494
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e468>
Recibido: 01/09/2020
Aprobado: 15/11/2020

Resumen: En el año 1925 se conoció una obra del autor Franz Kafka, inacabada, que fue publicada de manera póstuma por su colega y amigo Max Brod: El Proceso. Un análisis distópico sobre la realidad de los procesos, desde la perspectiva de un sujeto afectado directamente por uno de ellos. Tomando esta obra de ficción, como catalizador, en este artículo analizo la realidad procesal tanto para abogados y legos, bajo el interrogante de ¿qué tan lejos estamos de esa realidad?

Palabras clave: Proceso, Libro, Principios, Análisis, Distopía

Abstract: In the year 1925 an unfinished novel from the auto Franz Kafka, was published posthumous by Max Brod, colleague and friend of the author: The Trial. A dystopian analysis of the prosecution and trial of one man, from his perspective. Taking this work of fiction, in this article

¹ Alumno avanzado de la Carrera de Abogacía en la Universidad Nacional de San Juan; Autor Publicado de Ficción y No Ficción. rodriguezmatiasgerman@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7263-0760>).

I analyze the procedural status, as lawyers and as lay individual, asking
¿how far are we from this reality?

Keywords: Process, Book, Principles, Analysis, Dystopia

I. Introducción

A menudo, al presentar los casos al común denominador de las personas, a aquellas personas legas que no estudiaron por más de cinco años el derecho, sienten que el proceso judicial es el laberinto de Teseo. Corrijo, a veces para los mismos profesionales lo es. Por eso mismo es que esta historia de ficción exagerada, es una que cualquier persona que planea dedicar su vida al estudio de las leyes debe leer y contraponer a las realidades que vivimos, que a veces parecen más ficción que realidad.

Entonces es cuando entra esta obra incompleta en contingencia. Esta obra de ficción, para muchos lectura obligatoria de cualquier persona que planea dedicarse a la profesión del derecho, es una ventana a un proceso eterno, infranqueable, eterno y condenatorio. Un proceso sin fin, y sin lógica; al que no puede encontrarse respuesta siquiera al “porque” del mismo. Un proceso que acaba cuando la vida del procesado lo hace, qué ha aprendido a vivir con su estatus de procesado. Y, una ventana a la sensación que muchos experimentan, cuando su vida pasa a estar ligada, a veces por actos propios o a veces por accidente, a un proceso legal.

Pero antes de comentar las consecuencias de ello... ¿qué es un proceso?

II. El Proceso y el Derecho Procesal

Dependiendo a quien preguntes el, la respuesta a “¿qué es el Derecho?” es distinta. Y habló del Derecho, con “D” mayúscula, con entidad. La respuesta de que es un conjunto de normas

es una respuesta clásica y simple, y por ello, incompleta; y la definición de esto es materia de múltiples investigaciones y artículos, por lo que aquí no la traeremos a colación.

Lo que si traeremos es otro universal, no por ello menos beligerante, que es el siguiente. El derecho se divide en: derecho de fondo y derecho de forma. Derecho de fondo es el “que” del derecho, y en lo que la mayoría de la gente piensa cuando nos referimos al derecho. Este *“está constituido por las normas jurídicas que se refieren a los contenidos de las relaciones jurídicas”* (“Derecho de Fondo y Derecho de Forma - ORT Argentina - Campus Virtual ORT”, 2020).

El derecho de forma es el “cómo” del derecho, y es donde se encuentra comprendido el Derecho Procesal. El derecho de forma *“es el que regula los procedimientos a cumplirse ante los órganos judiciales quienes aplicarán las normas jurídicas para la resolver los distintos casos puestos a su consideración”* (“Derecho de Fondo y Derecho de Forma - ORT Argentina - Campus Virtual ORT”, 2020); mientras que el Derecho Procesal es la *“rama del derecho relativa a las normas que regulan la función jurisdiccional del Estado, que incluyen la organización y funciones de los órganos jurisdiccionales, sus competencias, los procedimientos a través de los cuales se desarrollan las diferentes clases de procesos, y el ejercicio de los derechos procesales de los ciudadanos”*.

El Derecho Procesal rige los proceso, y “el Proceso” como entidad tiene una significación particular, definida como el *“conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye con una decisión jurídicamente fundamentada”* (RAE, 2020). El proceso se debe regir por una serie de principios (entendido como los *“axiomas que plasma una determinada valoración de justicia constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación”*), y dependiendo de la rama del Derecho de fondo a la que hagamos referencia, los principios variarán.

En la rama civil, por ejemplo, son principios (para Lino Enrique Palacios): la escritura o la oralidad (refieren a la forma de expresión), el formalismo (la legalidad de las formas), la contradicción (bilateralidad y controversia), la publicidad, la preclusión (el orden de los procesos), la celeridad, la economía procesal, la inmediación (contacto directo entre las partes), la autoridad, la moralidad, la solidaridad, entre otros.

En la rama penal, por otro lado, son principios (citando a Eduardo Jauchen y el artículo 18 de la Constitución Nacional): el juicio previo (*nulla poena sine iudicio*), el estado de inocencia, la garantía del juez natural, el no juzgamiento por comisiones especiales, el derecho de defensa, la independencia e imparcialidad, el plazo razonable, el *non bis in idem* (prohibición de doble persecución penal), el derecho a recurrir, entre otros.

Nos dedicaremos a algunos principios en particular en este trabajo, que son los más relacionados con la obra literaria, más posiblemente haga referencias a otros a lo largo del escrito. Los principios no pueden verse como estamentos aislados, ya que todos atraviesan al Derecho, y todos deben ser de aplicación; más es notorio que en la ficción en el alemán nos quiso contar, eran dos los que se encontraban más claramente.

III. Celeridad y Economía Procesal

La celeridad es lo que más parece reclamar la sociedad en general cuando hablamos de procesos legales. El principio de celeridad se halla destinado a impedir la prolongación de los plazos y a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos. Es uno de los principios rectores del Derecho Procesal.

Esto lo vemos en relación al principio de Economía Procesal, como la búsqueda de que todos los procesos se solventen en el mismo acto, principalmente a través del proceso de la Audiencia. La audiencia, como proceso dentro del proceso y como muestra perfecta de la contradicción, se muestra como el ejemplo perfecto de cómo lograr ambas, pero encuentra una

limitación natural a causa de la falta de espacios especializados para lo mismo, por la cantidad de procesos en simultáneo o por la falta de cumplimiento de los requisitos básicos para poder ejecutarlo. Las audiencias entonces se dilatan, y los mecanismos de economía procesal dinamitan la celeridad.

La celeridad y la economía procesal se transforma entonces en un mero deseo, un grito desesperado de todos los que forman parte de un proceso. Un ideal casi inalcanzable, pero deseado por todos, que encuentra manifestación en dos principios modernos del derecho: el principio de la tutela judicial efectiva y el plazo razonable.

IV. Tutela Judicial Efectiva y Plazo Razonable

Este principio/derecho no estuvo en la enumeración anterior de los principios generales del Derecho Civil, pues es un concepto moderno. Sin embargo, varios ordenamientos jurídicos lo han empezado a incluir como un principio, principalmente los referidos al Derecho de Familia. Es definido como el *“derecho fundamental de contenido complejo que confiere a toda persona el poder jurídico de promover, en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la actividad de los órganos jurisdiccionales que desemboque en una resolución fundada en derecho tras un procedimiento justo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas por las partes, y a que la resolución se cumpla.”* (RAE, 2020)

“El derecho a la tutela judicial efectiva comprende en un triple e inescindible enfoque: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo. b) De obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión. c) Que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo.” (Iride Isabel, 2004)

Sin embargo, esto no se cumple siempre en la realidad. Y la República Argentina, incluso han llegado a ser sancionada una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

por el incumplimiento de este derecho, al no dar respuesta en un plazo razonable en el caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Respecto a ello, la CIDH estipula que: *“no se desprenden razones concretas que justifiquen por qué un proceso civil que no debía durar más de dos años (...), terminó durando más de doce años. Como se mencionó anteriormente, la actividad de la parte interesada no es la causante directa de dicha dilación, por lo que no ha sido desvirtuada la falta de diligencia que las autoridades judiciales que estuvieron a cargo del proceso judicial tuvieron en relación con los términos o plazos establecidos por el proceso civil”*. (Furlan y Familiares Vs. Argentina, 2012) Y si bien, puede argumentarse que semejante extensión es un hecho aislado, no es la primera vez en la que un proceso se extiende por un periodo fuera de lo razonable.

El plazo razonable se vé acá incumplido claramente. El plazo razonable, si bien originariamente era un principio del Derecho Procesal Penal, también puede ser aplicado en el Derecho Civil, pues es la contracara del principio de celeridad. La noción originaria de que *“toda persona determinada o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”* (Jauchen, 2015), evoluciona, dando lugar a un principio que busca que toda persona sometida a un proceso sea juzgada dentro de un plazo razonable.

Para determinar la razonabilidad del plazo la corte cita en el mismo fallo cuatro elementos *“a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”*. La Corte consideró, acertadamente, que ninguno de esos elementos se encontraban dentro de esa situación. Y lo mismo se puede decir de la mayoría de procesos que llegan a la ser judicializados.

Pero ¿qué sucede? ¿Por qué es que el Poder Judicial es tan lento? ¿Será acaso una mezcla de temeridad litigante o mala

praxis de ciertos actores negativos, que retrasa el cumplimiento? ¿Será acaso una irresponsabilidad de las personas a cargo? ¿Será acaso una combinación de todas las anteriores? ¿Será acaso que estamos en una cultura de judicialización de la más mínima controversia? Probablemente la respuesta multicausal sea la correcta, pero sea lo que sea no tiene una solución sencilla. Lo que sí podemos ver son las consecuencias: un total descreimiento sobre el Poder Judicial. Algunos, incluso, descreen de la existencia de una posible Justicia.

A menudo encontramos personas que evitan el proceso judicial por considerarlo engorroso, burocrático, injusto o incluso corrupto. Todas estas acusaciones no solo parten de las personas de a pie, sino también de medios de comunicación, sectores de poder, influencers, políticos, y miembros del mismo Poder Judicial. Cada una de las partes de un proceso lo ve, y se adapta; pues rebelarse contra un sistema tiene un costo muy alto, y aquellos que intentan vivir de la profesión no pueden darse ese lujo. Conceptos como el del “pronto despacho” tienen un costo altísimo a nivel social, y casi es una condena para el abogado que lo presentó a que su juicio será perdido. Y del otro lado tampoco se la pasa mejor.

Empleados de mesa de entradas que deben lidiar con la poca paciencia de muchos de los que pasan por allí, terminan cultivando un carácter irascible. Jueces y miembros del Ministerio Público reciben cientos o miles de casos, muchos más que los que cualquier persona debería y hacen lo que pueden con ello. Y todos intentan sobrevivir.

El sistema aplasta, restringe. Los procesados parecen todos, incluso los que conocen cómo funciona el sistema, limitados a un mecanicismo que no funciona, no da respuesta y nunca deja conforme a nadie... pues no importa lo que hagan, nadie los va a felicitar por su trabajo. Y siempre alguien va a criticar hasta el color de la lapicera con la que se firmó el papel. Todos terminan siendo Josef K.

V. Fuera de la Distopía

Volviendo al disparador original de este artículo, “El Proceso” termina con la muerte de nuestro protagonista. Y si bien, la mayor parte del mundo ha dejado de lado este infame castigo, lo que depende de nosotros muchas veces es poco menos.

La vida de las personas quizás no dependa del martillazo de un juez hoy en día. También puede que no vivamos en el mundo distópico en el que a alguien lo procesan y no le explican por qué o cómo es el proceso o cuál es su condena. Pero eso no significa que para ciertas personas, cualquier tipo de proceso se sienta así.

Un proceso cambia la vida de todos allí dentro, incluso del profesional del Derecho. Cambia el del actor y el del demandado, si es un proceso civil; el del fiscal, víctima e imputado, si es un proceso penal. Puede hasta cambiar la vida de un juez, pues nadie es igual tras pasar por tribunales. Y si eso le puede pasar a una persona que conoce plenamente la ley, que le puede pasar a una persona lega.

Es importante recordar una frase que una gran docente de mi carrera me dijo una vez. Y otro a ella, y así hasta el infinito. No llevamos solo “Casos” en nuestros maletines, en nuestras asesorías, o en nuestras meras consultas. No llevamos solo casos los estudiantes a clase para debatirse de manera aislada. Llevamos problemas de la gente, de personas que no pudieron o no quisieron dedicarse a esto que nos dedicamos, y cuya salud mental, salud física, derechos o incluso su libertad han dejado en nuestras manos.

Debemos ser responsables de ello, y no debemos nunca perder de vista esta realidad.



INVESTIGACIONES



JOSE INDIARTI 2984
ENTRADAS

Análisis de los Decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires durante el año 2019

Analysis of the decrees issued by the Executive Power of the Province of Buenos Aires during 2019

*Esteban F. Taglianetti¹, Mariano Raffo²,
María Victoria Simioni³, Erika Deantoni Mosca⁴,
Fernando Novelli⁵, Guillermina Fernández⁶,
Jacqueline Grace⁷, Mía Lasalvia⁸, Noelia Bertoni⁹,
Victoria Credaro¹⁰, Facundo Aravena¹¹*
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

¹ Abogado, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. E-mail: estebantaglianetti@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5809-9881>).

² Contador Público, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Económicas. E-mail: mariano_raffo@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7305-2184>).

³ Abogada, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. E-mail: victoriasimioni@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0172-9963>).

⁴ Abogada, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. E-mail: erikadeant@yahoo.com.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6503-8219>).

⁵ Abogado, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. E-mail: fernovelli@yahoo.com.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5437-5372>).

⁶ Abogada, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. E-mail: guillefb23@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6332-864X>).

⁷ Lic. en Administración, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Económicas. E-mail: jacquigrace.89@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2574-030X>).

⁸ Abogada, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. E-mail: mialasalvia@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0690-142X>).

⁹ Abogada, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. E-mail: noeliabertoni@outlook.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2303-505X>).

¹⁰ Abogada, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. E-mail: victoriacredaro@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7662-1493>).

¹¹ Lic. en Administración, Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Económicas. E-mail: facundoaravena@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6470-9025>).

*Daniel Herrera*¹², *Darío González*¹³
Universidad Católica de La Plata - Argentina

*Guillermo Comadira*¹⁴
Universidad Austral - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 498-603
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e469>
Recibido: 25/10/2020
Aprobado: 15/11/2020

Resumen: El presente trabajo es el resultado de un proceso de investigación que tuvo como objeto de estudio el análisis de los decretos dictados por la Gobernadora saliente de la provincia de Buenos Aires durante el 2019. El propósito principal de esta propuesta es aportar una descripción sobre una significativa porción de la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo durante el año demarcado, cuya importancia reside, en primer lugar, en el volumen de decretos analizados -un total de mil ochocientos sesenta y tres (1863); en segundo lugar, en la actualidad e importancia de la información que presentan -dado que 2019 es el último año de su gestión-; y, por último, en la diversidad de datos que estos documentos ilustran. En ese sentido, en el curso de la investigación se procedió a la búsqueda y recopilación de la totalidad de los decretos emitidos durante el período comprendido entre el 1º de enero y el 10 de diciembre del año referenciado. A continuación, a partir de la compilación normativa efectuada y del estudio de los procesos administrativos involucrados, se llevaron a cabo las tareas de lectura y análisis de la totalidad de los decretos,

¹² Abogado, Facultad de Derecho - Universidad Católica de La Plata. E-mail: daniel27herre-ra@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2974-8499>).

¹³ 5º año cursado, Licenciatura en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Sociales - Universidad Católica de La Plata E-mail: gonzalezdvm@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1570-3211>).

¹⁴ Abogado. E-mail: gcomadira@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2172-4027>).

de creación de una base de datos específica y la sistematización de los resultados. La última tarea realizada ha sido la difusión de la investigación mediante la elaboración del presente artículo, que ofrece un análisis de tipo estadístico que dimensiona la actividad desarrollada y que, además, permite visualizar información variada relativa a los plazos que insume cada proceso, a las áreas intervinientes y a los resultados obtenidos.

Palabras clave: Decretos, Poder Ejecutivo, Provincia de Buenos Aires, Administración Pública.

Abstract: The present work is the result of a research process whose object of study was the analysis of the decrees issued by the outgoing Governor of the province of Buenos Aires during 2019. The main purpose of this proposal is to provide a description of a significant portion of the activity carried out by the Executive Power during the demarcated year, the importance of which resides, first, in the volume of decrees analyzed - a total of one thousand eight hundred and sixty-three (1863); secondly, the current and importance of the information they present –since 2019 is the last year of their administration–; and, finally, in the diversity of data that these documents illustrate. In that sense, during the course of the investigation, all the decrees issued during the period between January 1 and December 10 of the referenced year were searched and compiled. Then, based on the regulatory compilation carried out and the study of the administrative processes involved, the tasks of reading and analysis of all the decrees, the creation of a specific database and the systematization of the results were carried out. . The last task carried out has been the dissemination of the research through the preparation of this article, which offers a statistical analysis that measures the activity carried out and which, in addition, allows the visualization of various information related to the deadlines that each process takes, the intervening areas and the results obtained

Keywords: Decrees, Executive Power, Province of Buenos Aires, Public Administration.

I. Introducción: Notas a la investigación sobre los decretos bonaerenses 2019

El presente trabajo es el resultado de un proceso de investigación que tuvo como objeto de estudio el análisis de los

decretos dictados por la Gobernadora saliente de la provincia de Buenos Aires durante el 2019. Es decir, se examinaron los actos administrativos dictados por María Eugenia Vidal en el período comprendido entre el 1° de enero y el 10 de diciembre del año referenciado, fecha a partir de la cual asumió la titularidad del Poder Ejecutivo provincial Axel Kicillof.¹⁵

A su vez, cabe destacar que esta investigación se incorpora dentro de un plan más ambicioso de estudiar e indagar respecto de los decretos emanados del Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires durante el período constitucional 2015-2019; siendo ésta entrega la segunda.¹⁶

El propósito principal de esta propuesta es aportar una descripción sobre una significativa porción de la actividad desarrollada por la ex-Gobernadora durante el año demarcado, cuya importancia reside, en primer lugar, en el volumen de decretos analizados –un total de mil ochocientos sesenta y tres (**1863**); en segundo lugar, en la actualidad de la información que presentan –dado que 2019 es el último año de su gestión–; y, por último, en la diversidad de datos que estos documentos ilustran.

Asimismo, teniendo presente que ya hemos publicado la investigación respecto del período 2018, se practicará un comparativo para destacar diferencias, similitudes, líneas de acción, tendencias, entre otras. Esto enriquecerá, no solo el presente trabajo sino que dotará de una nueva significación al oportunamente publicado.

En este sentido, cabe señalar que nuestro trabajo, iniciado con la publicación referida a los decretos dictados durante 2018,

¹⁵ Axel Kicillof asumió la titularidad del Poder Ejecutivo de la Provincia el 11 de diciembre de 2019.

¹⁶ Ver nuestra primera publicación: Taglianetti, Esteban F. (Director); Raffo, Mariano; Ibarra, Daniela; Deantoni Mosca, Erika; Aravena, Facundo; Simioni, María Victoria; Fernández, Guillermina; Novelli, Fernando; Grace, Jacqueline y Herrera, Daniel. Derecho Crítico (CIDERCRT), C. de I. (2019). Análisis de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires durante el año 2018. *Derechos En Acción*, 13(13), 349. <https://doi.org/10.24215/25251678e349>

ofrece un análisis de tipo estadístico –que hasta entonces no había sido realizado– que dimensiona la actividad desarrollada y que, además, permite visualizar información variada relativa a los plazos que insume cada proceso, a las áreas intervinientes y a los resultados obtenidos.

Por otra parte, nuestra labor continúa dando cuenta, en el plano práctico, del trabajo cotidiano de los órganos administrativos, ofreciendo datos e información relevantes que pueden constituirse en insumos para la evaluación de los procesos analizados, así como también para el diseño de futuras modificaciones en el marco normativo.

En lo que respecta a las tareas realizadas en el curso de la investigación, debemos mencionar, en primer lugar, la búsqueda y recopilación de la totalidad de los decretos emitidos durante el año 2019, que se encuentra disponible en los distintos sitios web oficiales de la Provincia (reservorio documental).¹⁷

A continuación, a partir de la compilación normativa efectuada y del estudio de los procesos administrativos involucrados, se llevaron a cabo las tareas de lectura y análisis de la totalidad de los decretos, de creación de una base de datos específica y de sistematización de los resultados.

En lo que respecta al examen de los actos administrativos, cabe anticipar que se estudiaron y observaron los distintos procedimientos administrativos desarrollados para su emisión; que, como se sabe, son herramientas que se aplican en las organizaciones para el cumplimiento de sus objetivos y la satisfacción de sus necesidades.

Corresponde advertir que la descripción detallada de los mencionados mecanismos administrativos se realizó en la publicación relativa a los decretos dictados durante 2018. Sin perjuicio de ello, aquellos supuestos que no fueron objeto de desarrollo en la entrega anterior o cuyo procedimiento sufrió

¹⁷ Para la búsqueda de las normas provinciales se utilizaron las siguientes páginas web oficiales: <https://normas.gba.gob.ar> y <https://www.boletinoficial.gba.gob.ar>

un cambio significativo como consecuencia de la entrada en vigencia de alguna norma, serán expuestos en particular.

A partir de esta labor, además, se extrajeron datos relevantes para el análisis de la eficacia y eficiencia de los procesos, debido a ello, en nuestro estudio, destacamos los siguientes aspectos: el plazo que insumieron las actuaciones (tomando, como inicio, la fecha en que fueron caratulados los expedientes, conforme el sistema provincial,¹⁸ y, como punto de cierre, la fecha de emisión de los decretos);¹⁹ los órganos promotores y los/as funcionarios/as firmantes (obteniendo, así, información relativa a cuáles fueron las áreas de gobierno que más proyectos de decreto elevaron y qué ministerios refrendaron más actos, a los fines de determinar la participación relativa de las áreas de gobierno en la tramitación de los decretos), la intervención de los organismos de asesoramiento y control –de corresponder–, y las áreas sustantivas según el objeto perseguido.

Finalmente, la última tarea realizada ha sido la difusión de la investigación mediante la elaboración del presente artículo, en el cual –como se dijo– se analizaron los decretos emitidos durante el período comprendido entre el 1° de enero y el 10 de diciembre de 2019 por el Poder Ejecutivo provincial, ofreciendo una serie de gráficos y cuadros descriptivos que facilitan el acceso a la información recabada; y, además, un análisis comparativo respecto del 2018.

II. Segunda parte: Análisis de los decretos dictados durante el 2019

II.1. Palabras introductorias

i. Si consideramos que en el 2018 la producción de decretos de la Gobernadora saliente alcanzó los mil novecientos sesenta

¹⁸ Consulta de Expedientes: <https://sistemas.gba.gov.ar/consulta/expedientes/index.php>

¹⁹ No se computó, a los fines del presente, el plazo transcurrido desde el dictado del acto administrativo y su publicación en el Boletín Oficial o de notificación al interesado.

y nueve (**1969**), y que en el 2019 dicho número disminuyó a mil ochocientos sesenta y tres (**1863**), el primer dato global que podemos dar es que, en el último año de gestión, el número de decretos descendió en un cinco punto treinta y ocho por ciento (**5,38%**).²⁰

En consecuencia, teniendo en cuenta las cifras indicadas, y que en el período en análisis del año 2019 hubo doscientos treinta (**230**)²¹ días laborables, el promedio diario fue de ocho (**8**) decretos.

ii. A continuación mostramos la distribución de los decretos dictados por materia, indicando cantidades y proporción sobre el total. También señalaremos la cantidad de decretos emitidos por mes.

²⁰ Para completar la información diremos que, en el 2015, el ex Gobernador Daniel Scioli dictó un total de dos mil seiscientos veintitrés (2.623) decretos y que María Eugenia Vidal suscribió un total de noventa y ocho (98). Dando un total de dos mil setecientos veintiuno (2721). El elevado número entendemos responde a las siguientes razones: 1) menor delegación de funciones en los/as ministros/as; 2) ser el último año de gobierno de Scioli; 3) Ser los primeros veintinueve días de Gobierno de Vidal lo que implicó la modificación de las estructuras administrativas y la designación de los/as nuevos/as funcionarios/as.

En el 2016, se dictaron dos mil ciento setenta y siete (2177) decretos, el mayor número de decretos dictados por Vidal durante su gestión. Ello podría deberse, como se dijo *ut supra*, al dictado del Decreto N° 272/17E, ampliando las materias delegadas en los titulares de los distintos organismos de la órbita del Poder Ejecutivo.

²¹ A los fines de determinar la cantidad de días laborables hasta el 10 de diciembre de 2019, fin de la gestión de María Eugenia Vidal, se ponderaron las siguientes cuestiones, a saber:

1) Ley N° 27.399 (Norma de establecimiento de feriados nacionales y días no laborables en todo el territorio nacional), establece lo siguiente: a. Feriados nacionales inamovibles: ocho (8) días feriados nacionales que no cayeron en días sábados o domingos; b. Feriados nacionales trasladables: uno (1) fue trasladado y uno (1) no lo fue que cayó el día lunes 17/6, y c. Días no laborables: uno (1) jueves Santo;

2) Días no laborables con fines turísticos, contemplados en el artículo 7° de la Ley N° 27.399 (denominados "Feriados puentes"): tres (3);

3) Día del trabajador del Estado - Ley provincial N° 14.600 (27/6/19): uno (1);

4) Se computó el 19 de noviembre de 2019, aniversario de la fundación de la Ciudad de La Plata.

En consecuencia, con el objetivo de determinar los días laborables de la Secretaría referenciada, debemos afirmar que éstos ascienden al número de doscientos treinta (230) días.

MATERIA	# Decretos 2018	# Decretos 2019	Variación
Personal	1373	1484	↑ 8,08%
Poder Judicial	190	122	↓ -35,79%
Procuracion	127	76	↓ -40,16%
Política Salarial	25	37	↑ 48,00%
No Parametrizados	41	35	↓ -14,63%
Convenios	62	28	↓ -54,84%
Reglamentario	21	17	↓ -19,05%
Contrataciones	11	16	↑ 45,45%
Recurso Interpuesto	5	8	↑ 60,00%
Estructuras	24	8	↓ -66,67%
Convalida Ordenanza	22	6	↓ -72,73%
Rectificadorio	7	5	↓ -28,57%
Regimen Disciplinario	4	5	↑ 25,00%
Delegaciones	4	4	— 0,00%
Parques Industriales	3	4	↑ 33,33%
Preconstitutorio	16	3	↓ -81,25%
Subsidios	13	2	↓ -84,62%
Legítimo Abono	2	1	↓ -50,00%
Tarifa	2	1	↓ -50,00%
Despacho	2	1	↓ -50,00%
Emergencia Agropecuaria	5	0	↓ -100,00%
Bienes	4	0	↓ -100,00%
Veto Parcial	2	0	↓ -100,00%
Comando de Policías	1	0	↓ -100,00%
Honorarios Profesionales	1	0	↓ -100,00%
Veto	1	0	↓ -100,00%
Viaje al Exterior	1	0	↓ -100,00%
Total	1969	1863	↓ -5,38%

Ilustración 1. Total de decretos por materia. Fuente: elaboración propia

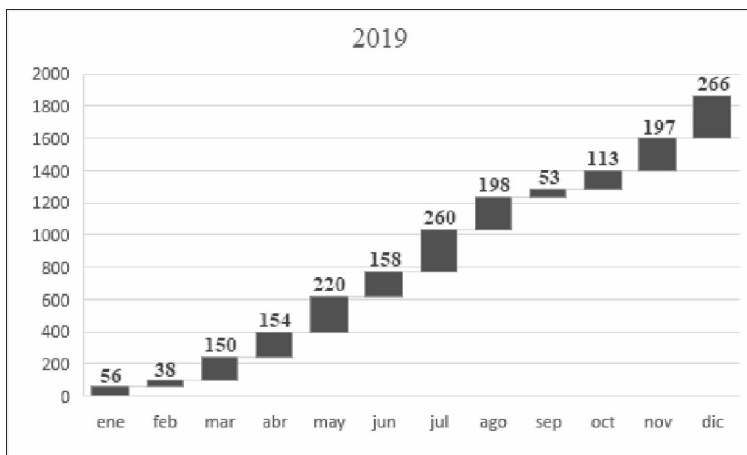


Ilustración 2. Total de decretos por mes. Fuente: elaboración propia

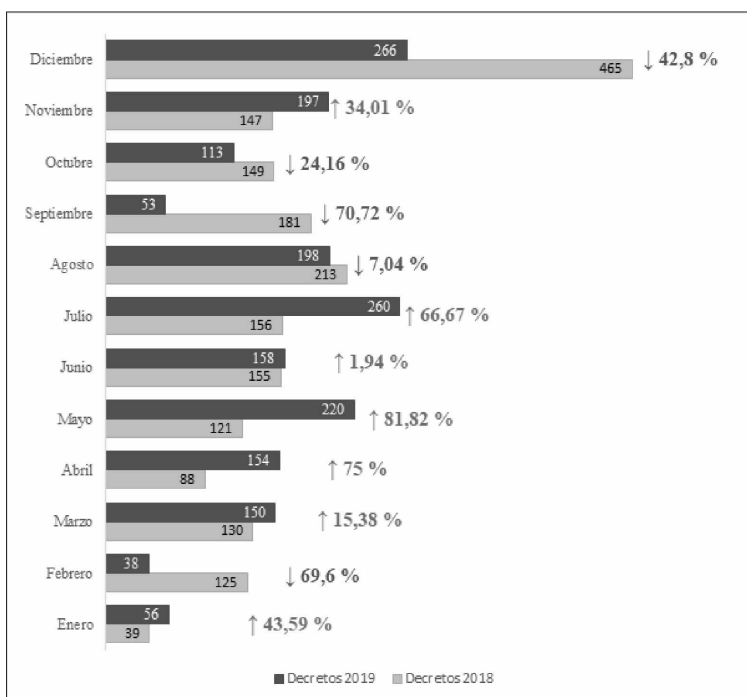


Ilustración 3. Total de decretos por mes - Comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia

iii. Respecto al promedio de días de tramitación de las actuaciones hasta llegar a la máxima autoridad (Gobernadora), debemos indicar que éstos varían según el soporte en el que se gestionan. En efecto, del análisis efectuado podemos aseverar que los expedientes electrónicos lucen más eficaces y eficientes que los de soporte papel. Verdad que puede parecer obvia, pero que ahora contamos con la información para avalarla.

En un análisis lineal, en cuanto a los días de demora, la diferencia entre ambos asciende a seiscientos cuarenta y seis (646) días.

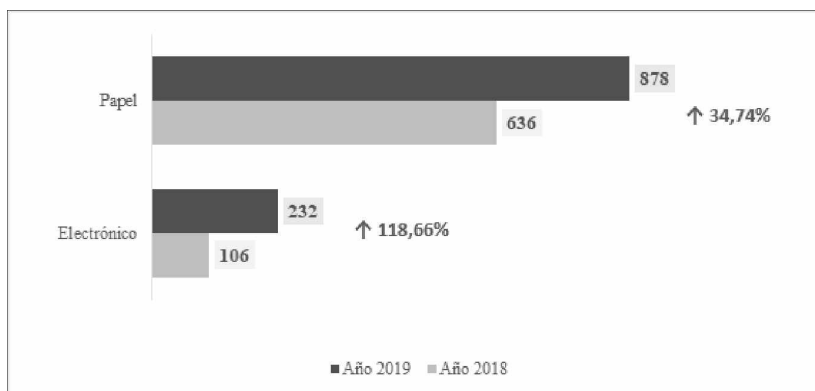


Ilustración 4. Demora promedio de tramitación, comparado con el año anterior.
Fuente: elaboración propia

No obstante, es pertinente aclarar que el paralelismo así planteado castiga al expediente papel, toda vez que existen actuaciones que registran trámites anteriores, a cuyos datos no se pudo acceder, en donde el inicio fue de meses y hasta años previos al primer expediente electrónico. Ahora bien, analizando la diferencia en días, pero reduciendo la muestra a aquellos expedientes papel iniciados a partir del 12 de julio 2017 -fecha del expediente electrónico más antiguo-, la brecha se reduce a ciento noventa y cuatro (194) días, diferencia igualmente significativa.

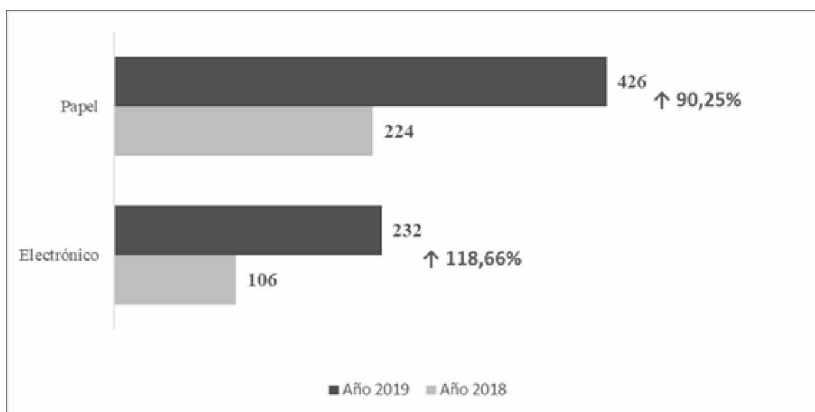


Ilustración 5. Demora promedio de tramitación, período restringido, comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia

iv. Finalmente, cerraremos estas palabras introductorias advirtiéndole que, en aquellos casos en que se señalan las áreas intervinientes en los distintos procedimientos administrativos, éstas son consignadas conforme la denominación vigente al momento del dictado del decreto analizado.

II.2. Análisis en particular de los decretos según su temática

II.2.1. Decretos referidos al personal de la Administración Pública

i) En el anterior trabajo de investigación se realizó el estudio de los decretos dictados durante 2018 referidos al personal de la Administración Pública.²² En aquella oportunidad habíamos contabilizado mil trescientos veinticuatro (**1.324**) decretos referidos a personal y señalamos que representaban el sesenta y siete con veinticuatro por ciento (**67,24%**) respecto del total

²² Expresión que pretende incluir diversas realidades, a saber: personal de planta permanente (con y sin estabilidad), personal de planta temporaria (personal de gabinete, secretarios privados, contratado y transitorio), locaciones de servicios en los términos de la ley de emergencia y locación de obra.

de mil novecientos sesenta y nueve (**1.969**) decretos suscriptos en 2018.

En esta ocasión, como primera observación, advertimos que la tendencia de mayor volumen de actos administrativos dictados en materia de personal se mantiene en 2019: mil cuatrocientos ochenta y cuatro (**1.484**) decretos, sobre un total de mil ochocientos sesenta y tres (**1.863**). Esto es, el setenta y nueve con sesenta y cinco por ciento (**79, 65%**) de los actos.

Tampoco resulta llamativo -dada la experiencia anterior- que, por ejemplo, tomando como subgrupo las designaciones en las plantas permanente y temporaria, que se escoge intencionalmente dado que son mil setenta y cuatro (**1.074**) decretos, los plazos promedio de gestión de las actuaciones hayan insumido seiscientos treinta y un (**631**) días. En 2018, el promedio de este subgrupo fue de quinientos setenta (**570**) días. En ambos casos, queda evidenciada que las labores referidas a la materia resultan ser de aquellas que más tiempo y personal insumen para su concreción. Sin embargo, se aprecia un cambio en la cultura organizacional de la Administración que, con relativa velocidad, va virando del expediente papel al electrónico, con una notable reducción de tiempos.

En el siguiente gráfico apuntamos los promedios en días corridos de acuerdo al tipo de trámite y con referencia a la gestión electrónica²³ y a la tradicional en papel²⁴.

²³ El Sistema de Gestión Documental Electrónica Buenos Aires es la plataforma informática que permite la gestión digital de todos los trámites de la Administración Central y Organismos Descentralizados de la provincia de Buenos Aires. La administración general de GDEBA y su ejecución están a cargo de la Dirección Provincial de Mejora Administrativa, perteneciente a la Subsecretaría de Gobierno Digital de Jefatura de Gabinete de Ministros. Consta de diferentes módulos de formación, de acuerdo a las instancias de intervención: Escritorio Único, Comunicaciones Oficiales, Generador Electrónico de Documentos Oficiales y Expediente Electrónico. Su implementación fue aprobada por Decreto Nº 1018/16, reglamentario de la Ley Nº 14.828.

²⁴ En rigor, la mayoría de estos expedientes son mixtos, ya que luego de iniciar en soporte papel, en su derrotero, se le incorporan impresiones de documentos generados en el sistema GDEBA).

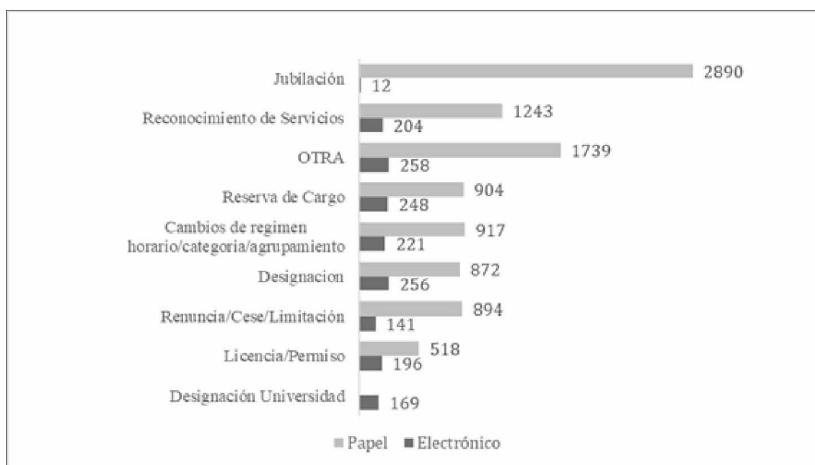


Ilustración 6. Demora promedio por tipo de gestión y por tipo de tramitación.
Fuente: elaboración propia

A continuación, vinculamos los actos a las jurisdicciones y a los distintos organismos provinciales promotores de su dictado. Como se desprende del cuadro, también guardan cierta relación de paridad los años que se comparan:

Órgano Promotor	2018	2019	Variación
Ministerio de Salud	885	919	↑ 4%
Ministerio de Gobierno	13	81	↑ 523%
IOMA	56	52	↓ -7%
Sin promotor *	3	50	↑ 1567%
Jefatura de Gabinete de Ministros	20	33	↑ 65%
OPDS	44	33	↓ -25%
otro	24	29	↑ 21%
Lotería y Casinos	24	27	↑ 13%
Patronato de liberados	20	23	↑ 15%
Instituto de Prevision Social	15	22	↑ 47%
Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación	14	20	↑ 43%
Tribunal de Cuentas	7	20	↑ 186%
Secretaría Legal y Técnica	7	17	↑ 143%
CIC	15	16	↑ 7%
Ministerio de Producción	16	15	↓ -6%
Ministerio de Economía	8	14	↑ 75%
Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos	37	13	↓ -65%

Ministerio de Trabajo	11	10	↓	-9%
Asesoría General de Gobierno	10	11	↑	10%
Instituto de la Vivienda	9	10	↑	11%
Contaduría General de la Provincia	4	9	↑	125%
OPISU	2	9	↑	350%
Autoridad del Agua	23	8	↓	-65%
Ministerio de Desarrollo Social	7	8	↑	14%
Fiscalía de Estado	12	7	↓	-42%
Tesorería General	6	5	↓	-17%
Ministerio de Justicia	4	5	↑	25%
Secretaría General	1	5	↑	400%
Ministerio de Seguridad	6	3	↓	-50%
Secretaría Derechos Humanos	5	3	↓	-40%
Ministerio de Gestión Cultural	5	2	↓	-60%
Secretaría de Medios	3	2	↓	-33%
Dirección Provincial de Vialidad	4	1	↓	-75%
ARBA	2	1	↓	-50%
Ministerio de Agroindustria	1	1	↓	0%
Ministerio de Asuntos Públicos	1	0	↓	-100%
Total general	1324	1484	↑	12%

Ilustración 7. Cantidad de Decretos de personal, apertura por Órgano Promotor, comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia (*)²⁵

En los dos gráficos siguientes -dos formas expositivas distintas, pero con la misma información- hacemos un desagregado por ítems, con una escala decreciente según la cantidad de decretos para cada uno de ellos, a la vez que se compara con la cantidad de actos del año anterior y el porcentaje de variación:

²⁵ La categoría "Sin promotor" hace referencia a los decretos dictados sin manifestar en el visto (la parte enunciativa del acto) el número de expediente, cuya composición -sea mediante siglas si es electrónico o código numérico si tiene formato papel- indica el organismo generador.

La composición es la siguiente: cuarenta y siete (47) son renunciaciones de funcionarios/as varios/as, uno (1) es renuncia a sendos cargos de representantes del Poder Ejecutivo ante el Consejo de la Magistratura (Decreto N° 1815/19), y dos (2) son designaciones: Secretario Legal y Técnico (Decreto N° 130/19 y Ministro de Economía (Decreto N° 1174/19).

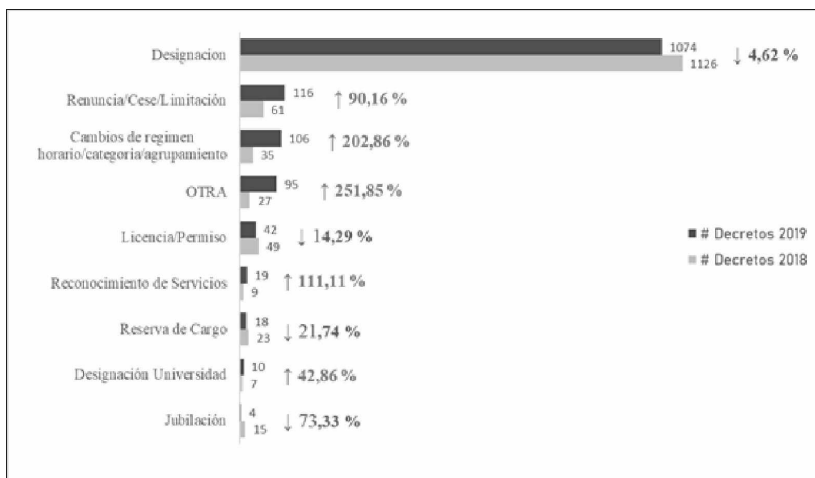


Ilustración 8. Cantidad de Decretos de personal, apertura por tipo de gestión, comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia

Ítems	Decretos 2018	Decretos 2019	Variación
Designación	1126	1074	↓ -4,62%
Renuncia/Cese/Limitación	61	116	↑ 90,16%
Cambios de régimen horario/categoría/agrupamiento	35	106	↑ 202,86%
OTRA	27	95	↑ 251,85%
Licencia/Permiso	49	42	↓ -14,29%
Reconocimiento de Servicios	9	19	↑ 111,11%
Reserva de Cargo	23	18	↓ -21,74%
Designación Universidad	7	10	↑ 42,86%
Jubilación	15	4	↓ -73,33%
Total	1352	1484	↑ 9,76%

Ilustración 9. Cantidad de Decretos de personal, apertura por tipo de gestión, comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia

A partir de estos datos más globales, y siguiendo el método empleado en la investigación anterior, pasamos a exponer los relevados según cada ítem, siempre cotejando el resultado obtenido con lo sucedido en 2018:

a. Designaciones:

Se verificaron mil setenta y cuatro (**1.074**) decretos de designación de personal, contra mil ciento veintiséis (**1.126**) en 2018.

Ahora, pasamos a descomponer estos números según el tipo de planta (temporaria y permanente), con un residual que obedece a regímenes especiales fuera de los mecanismos previstos en la Ley Nº 10.430:

Tipo de Gestión	Decretos 2018	Decretos 2019	Variación
PLANTA TEMPORARIA	622	622	0%
Personal Transitorio	563	593	5%
Personal de Gabinete	59	29	-51%
PLANTA PERMANENTE	501	429	-14%
Funcionario	169	126	-25%
Personal con Estabilidad	332	303	-9%
OTRO	3	23	667%
Designaciones, renunciaciones, comisiones, consejos, etc.	3	23	667%
Total general	1126	1074	-5%

Ilustración 10. Cantidad de Decretos de Designación de personal, apertura por régimen, comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia

Vemos que en 2019 se siguió la tendencia de 2018, al dictarse una cantidad similar de decretos de designaciones en el Poder Ejecutivo (o en representación del mismo, en el caso de ciertos organismos o consejos interjurisdiccionales).

En cuanto a la cantidad de personas involucradas en las designaciones, fueron tres mil ciento veinte (**3.120**²⁶): mil doscientos veintidós (**1.222**) agentes de género masculino (**39,16%**) y mil ochocientos noventa y ocho (**1.898**) de género femenino (**60,83%**). De las cuales, catorce (**14**) fueron incorporadas en el marco de la Ley Nº 10.592 (régimen jurídico básico e integral para las personas con discapacidad), a través de siete (**7**) decretos. Por último, se contabilizan -dentro del

²⁶ Cabe aclarar que el cotejo es entre la cantidad de personas involucradas en los decretos dictados entre ambos años, y no se refiere a la variación de los planteles básicos (entendidos como la dotación de personal medida en términos cuantitativos y cualitativos para la consecución de las misiones y para el ejercicio de las funciones inherentes a la Administración pública, artículo 139, Ley Nº 10.430).

total de señalado- ciento setenta y cuatro (**174**) funcionarios/as y cuarenta y un (**41**) personas designadas como personal de gabinete-. Entre los años comparados se vuelve a repetir la mayor designación de personas de género femenino entre los planteles de categorías iniciales, pero la situación se revierte en los niveles de funcionarios/as.

En el trabajo publicado por este equipo en diciembre de 2019, habíamos propuesto como balance que las tendencias con base en la evidencia y los datos disponibles, demostraban la naturaleza generalizada del trato desigual respecto del género femenino.

En 2018 se designaron tres mil trescientas veintisiete (**3.327**) personas, doce (**12**) fueron incorporadas bajo el régimen de la Ley N° 10.592, a través de cinco (**5**) Decretos. Los restantes datos correspondientes a aquel año, a fin de no extendernos con su transcripción, se citan en el siguiente gráfico:

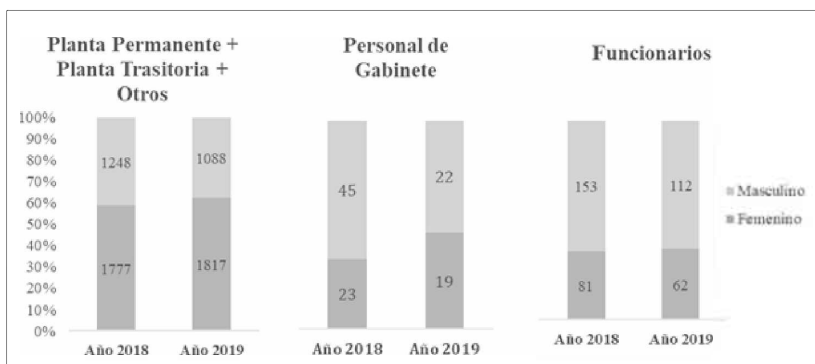


Ilustración 11. Cantidad de personas designadas, apertura por género, comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia

Respecto al rango etario de los/as funcionarios/as y del personal de gabinete designados/as, agregamos el siguiente recuento comparativo 2018-2019:

Década	Funcionarios			Personal de Gabinete		
	2018	2019	Variación	2018	2019	Variación
'40	3	4	↑ 33%	1	1	↑ 0%
'50	33	21	↓ -36%	6	3	↓ -50%
'60	62	37	↓ -40%	7	8	↑ 14%
'70	72	47	↓ -35%	15	13	↓ -13%
'80	58	28	↓ -52%	30	10	↓ -67%
'90	6	4	↓ -33%	9	2	↓ -78%
Total	234	141	↓ -40%	68	37	↓ -46%

Ilustración 12. Cantidad de Funcionarios y Personal de Gabinete designados, apertura por rango etario, comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia

Seguidamente, por relevancia -medida por la cantidad de decretos- procedemos a describir las designaciones en la órbita del Ministerio de Salud.

Se dictaron ochocientos setenta y tres (**873**) decretos (es el **81,28%** de los decretos de designaciones), nombrando a mil novecientas cuarenta y nueve (**1.949**) personas, siendo seiscientas cincuenta (**650**) de género masculino (**33,35%**) y mil doscientos noventa y nueve (**1.299**) de género femenino (**66,65%**). De los cuales:

- cincuenta (**50**) son funcionarios/as: veintiséis (**26**) de género masculino (**52%**) y veinticuatro (**24**) de género femenino (**48%**).
- seiscientos once (**611**) de Planta Permanente: doscientos doce (**212**) de género masculino (**34,70%**) y trescientos noventa y nueve (**399**) de género femenino (**65,3%**).
- mil doscientos ochenta y ocho (**1.288**) de Planta Temporaria: cuatrocientos doce (**412**) de género masculino (**31,99%**) y ochocientos setenta y seis (**876**) de género femenino (**68,01%**).

Con relación a 2018, existe la siguiente variación:

Tipo de Gestión	Femenino			Masculino		
	2018	2019	Variación	2018	2019	Variación
Personal Transitorio	393	876	↑ 123%	178	412	↑ 131%
Personal con Estabilidad	580	399	↓ -31%	364	212	↓ -42%
Funcionario	21	24	↑ 14%	16	26	↑ 63%
Total general	994	1299	↑ 31%	558	650	↑ 16%

Ilustración 13. Cantidad de personal designado en el Ministerio de Salud, apertura por régimen y género, comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia

b. Designaciones en universidades provinciales:

A través de diez (10) decretos se procedió a la designación de docentes²⁷ en las Universidades Provinciales de Ezeiza y del Sudoeste, contra siete (7) decretos en 2018.

c. Ceses por renuncia o limitación:

En el 2019 se dictaron ciento dieciséis (116) decretos de cese de agentes (61 el año anterior),²⁸ según el siguiente detalle comparativo:

Tipo de Gestión	Mujeres			Hombres		
	2018	2019	Variación	2018	2019	Variación
PLANTA TEMPORARIA	7	30	△ 329%	6	56	△ 833%
Personal Transitorio	1	1	▢ 0%	-	-	-
Personal de Gabinete	6	29	△ 383%	6	56	△ 833%
PLANTA PERMANENTE	16	56	△ 250%	47	143	△ 204%
Personal con Estabilidad	1	15	△ 1400%	4	19	△ 375%
Funcionario	15	41	△ 173%	43	124	△ 188%
OTRO	1	1	▢ 0%	2	11	△ 450%
Designaciones, renuncias, comisiones, consejos, etc	1	1	▢ 0%	2	11	△ 450%
Total general	24	87	△ 263%	55	210	△ 282%

Ilustración 14. Cantidad de personal cesante, apertura por régimen y género, comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia

²⁷ Por Decreto N° 1800/19 se designaron 25 agentes como personal no docente en la Universidad Provincial de Ezeiza (7 de género masculino y 18 de género femenino). Por Decreto N° 1449/19 se designó 1 agente de género femenino como personal no docente en la Universidad Provincial de Ezeiza.

²⁸ Una posible explicación al incremento de decretos referidos al cese de agentes, la podemos encontrar en la aceptación de las renuncias de los/as funcionarios/as del gobierno saliente, dado el cambio de gestión operado el 10 de diciembre del año analizado.

d. Ceses por jubilación:

Se dictaron cuatro (4) decretos para disponer el cese a los efectos de acogerse a los beneficios jubilatorios de cinco (5) agentes, cuatro (4) personas de género masculino y una (1) de género femenino; poco menos que los quince (15) decretos de 2018.

e. Cambios de régimen/agrupamiento/categoría:

A través de ciento seis (106) decretos se dispusieron cambios de régimen, de agrupamiento y categoría, contemplando en algunos casos un número no definido de agentes. Se evidencia una mayor cantidad de casos resueltos respecto del período 2018, que tuvo treinta y cinco (35) decretos.

f. Reservas de cargo:

Se formularon reservas de cargo de revista a través de dieciocho (18) decretos, ejerciendo este derecho diez (10) personas de género masculino y ocho (8) de género femenino. En 2018 hubo veintitrés (23) decretos.

g. Licencias/permisos:

Durante el período analizado se dictaron cuarenta y dos (42) decretos que otorgaron licencias y permisos (21 decretos en 2018), de los cuales veintidós (22) fueron concedidos con goce de haberes y veinte (20) sin goce de haberes. Resultaron beneficiarias cuarenta y dos (42) personas: trece (13) de género masculino y veintinueve (29) de género femenino. Cuatro (4) fueron licencias políticas, concedidas de conformidad con el artículo 58 de la Ley N° 10.430 (T.O. por Decreto N° 1869/96) y su modificatoria Ley N° 13.967.

h. Reconocimientos de servicios:

Se dictaron diecinueve (19) decretos con motivo de distintas solicitudes de reconocimientos (de servicios, recategorización y pago de diferencias salariales), rechazándose diez (10) de las peticiones.

i. Otros:

Aquí, residualmente, incluimos los noventa y cinco (95) decretos que no cuadran en ninguna de las clasificaciones anteriores. En general, se refieren a ordenamientos internos del personal de la Administración (establecen fechas de inicio de actividades, traslados, reincorporaciones, tienen por incorporados/as agentes en el régimen de la Ley N° 10.592 cuando no se hicieron oportunamente, otorgan pases a prestar servicios en comisión, convalidan actos dictados por funcionarios/as sin competencia, otorgan subsidios por fallecimiento, etc.).

II.2.2. Decretos relativos al régimen disciplinario de la Administración Pública

Previo referir los decretos dictados sobre la temática en el año 2019, recordaremos que el régimen disciplinario en la Administración Pública provincial está regulado en la Ley N° 10.430 y su reglamentación, a partir del artículo 80. Asimismo, distintos regímenes especiales prevén el instituto, tales como el Estatuto Docente (Ley N° 10.579), el régimen del Personal de las Policías de la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 13.201), del Servicio Penitenciario (Decreto Ley N° 9578/80). Otros reenvían al régimen general de la Ley N° 10.430, por ejemplo, la Carrera Profesional Hospitalaria (Ley N° 10.471) y Actividades Artísticas (Ley N° 12.268).

Restan situaciones poco frecuentes, como es la referida al personal que se desempeña en los Casinos. Al respecto, por Ley N° 11.536, la provincia de Buenos Aires reasume la administración y explotación de los Casinos autorizados en su jurisdicción, acordándose que el Instituto Provincial de Lotería y Casinos en su calidad de empleador, tendrá los derechos y obligaciones emergentes del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública -Ley N° 22.140²⁹- y toda la normativa que reglaba

²⁹ Nota Infoleg: La presente Ley fue derogada por el art. 4° de la Ley N° 25.164 B.O. 08/10/1999. No obstante, sigue rigiendo la relación laboral del personal hasta que se firme

las modalidades laborales del personal comprensivo del régimen disciplinario y sumarial aprobado por el Decreto Nacional Nº 1798/80, actual Decreto Nacional Nº 467/99, modificado por Decreto Nº 1012/2012.

En este marco, el Decreto Nº 4406/96 dispone que serán de aplicación las normas de procedimiento emanadas del Reglamento de Investigaciones Nacional aprobado por el referido Decreto Nº 1798/80, en toda actuación sumarial que involucre al personal de Casinos. Por otra parte, faculta al Directorio del Instituto Provincial de Lotería y Casinos a ordenar la instrucción de dichos sumarios, los que serán sustanciados en el Departamento Legales del área Casinos. Recibidas las actuaciones o, en su caso, producida la audiencia oral y pública, el Instituto dictará resolución. En caso de sanciones expulsivas, la medida será aplicada “*ad-referendum*” del Poder Ejecutivo.

Por último, para completar el escenario de actuación, cabe señalar que por Decreto Nº 272/17E³⁰ en su versión original vigente en 2019, el Poder Ejecutivo delega en los/as Ministros y Ministras, Secretarios y Secretarías, titulares de los Organismos de la Constitución y Asesor/a General de Gobierno la facultad de disponer: a) la conversión de la sanción expulsiva de exoneración en cesantía, b) rehabilitaciones, c) prorrogar los plazos para la conclusión de sumarios administrativos, ampliar suspensiones preventivas y disponibilidades relativas y d) suspender la aplicación de sanciones expulsivas cuando medie recurso contra ellas (artículo 3º incisos 5, 6, 7 y 8, respectivamente).

Con este breve repaso, pasamos al análisis de los actos administrativos dictados en la materia durante 2019.

Como primer señalamiento, observamos que se dictaron cinco (5) decretos, bajo los Nº 220/19, Nº 1702/19, Nº 1703/19, Nº 1704/19 y Nº 1801/19.

el convenio colectivo de trabajo, o se dicte un nuevo ordenamiento legal que reemplace al anterior (<http://www.infoleg.gob.ar/>).

³⁰ Actualmente rige con las modificaciones introducidas por los Decretos Nº 99/2020, Nº 543/2020 y Nº 610/2020.

Por el primero de los decretos se prorrogó por el término de sesenta (**60**) días la suspensión preventiva dispuesta por el Presidente del Instituto de Lotería y Casinos, contra una agente a quien se instruyó un sumario para deslindar responsabilidades por estar presuntamente incurso en una falta.

El expediente tuvo una gestión, desde su caratulación y hasta el dictado del acto, de cuarenta y tres (**43**) días.

En los restantes cuatro (**4**) decretos se ratificó la sanción de cesantía dispuesta por resolución del Instituto Provincial de Lotería y Casinos, por haber transgredido cada uno/a de los/as sumariados/as distintos artículos de la Ley N° 25.164.

En estos casos, en líneas generales, el Poder Ejecutivo adoptó la decisión de ratificar las sanciones ponderando los puntos que se detallan a continuación:

a) La resolución del Presidente del Instituto que inicia el sumario administrativo tendiente a deslindar responsabilidad disciplinaria.

b) La resolución de la misma Autoridad que declara la existencia de responsabilidad administrativa disciplinaria del agente y aplica, en consecuencia, la sanción expulsiva.

c) La intervención de la Dirección Provincial de Relaciones Laborales, actual Dirección Provincial de Personal³¹ dependiente de la Subsecretaría de Empleo Público y Gestión de Bienes³² del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros.

³¹ El Decreto N° 31/2020, que aprueba la estructura orgánico-funcional del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros en el marco de la Ley de Ministerios N° 15.164, dispone que la Dirección Provincial de Personal, entre otras acciones, entiende en lo relativo al funcionamiento y pronunciamiento de la Junta de Disciplina, entiende e interviene, en materia de su competencia, en lo relativo a los procedimientos originados por hechos, acciones, u omisiones que pueden derivar en instrucciones sumariales, y fiscaliza la instrucción de los sumarios administrativos e informaciones sumarias originadas por faltas cometidas por agentes de la Administración Pública Provincial. El área responsable de instruir los sumarios es la Dirección de Sumarios Administrativos.

³² Esta Subsecretaría se constituye en el Organismo Central de Personal en los términos del artículo 122 de la Ley N° 10.430, que propone los medios e instrumentos para el ejercicio de las facultades del titular del Poder Ejecutivo en materia de administración de personal.

d) El dictamen de Asesoría General de Gobierno³³, que verifica que se hayan adoptado todos los recaudos y diligencias pertinentes que hacen al debido proceso legal, garantizado el derecho de defensa del/ de la sumariado/a, y que el obrar de la instrucción se haya ajustado a las pautas establecidas en la legislación vigente, y emite opinión respecto de la medida disciplinaria a aplicar.

En el Decreto Nº 1703/19, además, consta la intervención de Contaduría General de la Provincia requiriendo que, “[u]na vez concluidas las actuaciones pertinentes deberán retornar las mismas a los efectos de su análisis en los términos del artículo 104 inciso p) y concordantes de la Ley 13.767 en forma previa a la declaración y determinación del perjuicio fiscal”.

Respecto de los mencionados actos de ratificación, podemos apreciar los datos que detallan a continuación:

- Tiempo insumido en la tramitación de los procedimientos, desde el inicio del expediente hasta la firma del acto:

³³ El artículo 95 de la Ley Nº 10.430 dispone que: “Cuando la falta imputada pueda dar lugar a la aplicación de sanción expulsiva, deberá darse intervención a la ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO para que, dentro del plazo de DIEZ (10) días emita dictamen al respecto. Solamente se requerirá la intervención de la FISCALÍA DE ESTADO cuando de modo directo existan intereses fiscales afectados, la que deberá expedirse dentro del mismo plazo. Ambos organismos podrán recabar medidas ampliatorias.”

De igual modo, el inciso 5 del artículo 34 de la Ley Nº 15.164 refiere que AGG emitirá opinión jurídica en los sumarios administrativos, cuando corresponda medida expulsiva.

En sintonía con ambas prescripciones legales se encuentra la segunda parte del artículo 2º del Decreto Nº 4406/96 que “recuerda” la intervención previa del organismo asesor.

Respecto de la Fiscalía de Estado, también tiene una doble manda legal para que tome intervención en este tipo de actuaciones. A lo dispuesto por el citado artículo 95 de la Ley Nº 10.430, se suma lo establecido por el artículo 38 inciso h) de su Ley Orgánica –Decreto Ley Nº 7543/69 Texto Ordenado por Decreto Nº 969/87 y modificatorias-, que reza que “El Poder Ejecutivo y los institutos autárquicos sólo podrán decidir los expedientes en que pudieren resultar afectados los intereses patrimoniales de la Provincia con el previo informe de la Contaduría General, dictamen del Asesor General de Gobierno y vista del Fiscal de Estado. Esta disposición comprende: ...Todo sumario administrativo cuando de modo directo existan intereses fiscales afectados. Se exceptúan los sumarios sustanciados contra personal de Policía y Servicio Penitenciario de la Provincia.”

- Menor plazo: **911** días
- Mayor plazo: **3407** días
- Tiempo promedio de las cuatro actuaciones: **1780** días
- Género de las personas involucradas: masculino.

II.2.3. Decretos relativos a los magistrados Poder Judicial

En la primera edición de este trabajo, hicimos alusión al proceso que se debe transitar para la designación de los/as jueces/zas en la Provincia. Al respecto, es posible identificar los siguientes estadios dentro del procedimiento referenciado: 1) la selección de los y las postulantes, a practicarse en concursos públicos, que concluye con la terna vinculante decidida por el Consejo de la Magistratura comunicada al Poder Ejecutivo; 2) la propuesta referida a una de las personas postuladas incluida en la terna, formalizada por el Poder Ejecutivo mediante el envío del pliego al Senado; 3) el pronunciamiento del Senado sobre dicha proposición, que, en caso positivo, previo dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos, constituye el acuerdo, a votarse en sesión pública; 4) el decreto de nombramiento emanado del Poder Ejecutivo; posteriormente, la toma de posesión del cargo, precedida del juramento del/ de la designado/a ante el órgano judicial competente (conf. arts. 82, 175, 179 y concs., Const. prov.; 25, 28, 29 y concs., Ley N° 11.868, con sus reformas; 27 inc. 5 y concs., Ley N° 15.164; y doctrina fallos B. 62.241, “Zarlenga” y A. 70.444 “Decastelli”).

Como se observa, el procedimiento de designación de funcionarios y funcionarias referido, se integra en un conjunto de decisiones emanadas de diferentes órganos públicos, en el marco de un complejo mecanismo constitucional, que concluye con la designación, toma de juramento y posesión del cargo.

Por último, es importante destacar que mediante el Decreto N° 269/19, la ex Gobernadora designó en el Poder Judicial, Suprema Corte de Justicia, como Juez al Dr. Sergio G. Torres. De esta manera, la primera mandataria cubrió la vacante generada

por la renuncia del Dr. Hitters aceptada mediante Decreto Nº 1117 del 14 de septiembre de 2016, es decir, cubrió el cargo dos (2) años, cinco (5) meses y quince (15) días corridos, después.

Diremos brevemente que, conforme estipula la Constitución Provincial (artículo 175 y concordantes) y el Decreto Nº 735/04, el procedimiento para la designación de los magistrados y magistradas de la Suprema Corte, entre otros/as funcionarios/as consignados en el artículo 1º del mencionado acto administrativo, deben respetarse los siguientes pasos: en primer lugar, el Poder Ejecutivo local postula al candidato o candidata para ocupar el cargo en los medios de comunicación, promoviendo la publicidad y escrutinio público. Es decir, producida la vacancia en alguno de los cargos referidos se publicará en el Boletín Oficial, en tres (3) diarios de amplia circulación nacional, y en tres (3) diarios de circulación en el territorio de la Provincia, durante tres (3) días, con difusión simultánea en la página oficial de la red de informática del Ministerio de Justicia, el nombre y los antecedentes curriculares de la o las personas que se encuentren en consideración para la cobertura de las respectivas vacantes.

Posteriormente, la o las personas deberán presentar una declaración jurada con la nómina de todos los bienes propios, los de su cónyuge y/o los del conviviente, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal y los de sus hijos menores; como así también la nómina de las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado en los últimos cinco (5) años, los estudios jurídicos a los que pertenezcan o hayan pertenecido, la nómina de clientes o contratistas durante igual lapso, en el marco de lo permitido por las normas de ética profesional vigentes y, en general, cualquier información que permita evaluar objetivamente la existencia o no de incompatibilidad o conflicto de intereses con la función para la que son propuestas.

Conforme surge del decreto en análisis, los/as ciudadanos/as en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de

derechos humanos, podrán en el plazo de quince (15) días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial, presentar al Ministerio de Justicia, por escrito debidamente fundado y documentado, las observaciones y/o impugnaciones que estimen pertinentes a las nominaciones efectuadas, y que pudieran obstar o deberían ser tenidas en consideración al momento de la selección de los/as nominados/as. Sin perjuicio de ello, se deja aclarado que no serán consideradas aquellas que resulten irrelevantes para la finalidad de la norma o que se funden en cualquier tipo de discriminación. Asimismo, durante el referido plazo podrá requerirse opinión fundada a organizaciones de relevancia en el ámbito profesional, judicial, académico, social, político y de derechos humanos a los fines de su ponderación.

Finalmente, la norma dispone que, en un plazo que no deberá superar los quince (15) días a contar desde el vencimiento del establecido para la presentación de las observaciones y/o impugnaciones, haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada, el Poder Ejecutivo, debe disponer sobre la elevación o no de la propuesta respectiva. En caso de decisión positiva, se deberá enviar, con lo actuado, el nombramiento respectivo al Honorable Senado, a los fines del acuerdo.³⁴

Designaciones de magistrados en el Poder Judicial

i. Durante el 2019 se registraron un total de sesenta y nueve (69) designaciones en el ámbito del Poder Judicial provincial, lo que implica una reducción del cuarenta y dos por ciento (42%) respecto del ciento diecinueve (119) designaciones del año anterior. Dentro de ellas, observamos que sólo veintidós (22) recayeron en candidatas de género femenino, lo que importa un treinta y uno con ochenta y ocho por ciento (31,88%) del

³⁴ Sobre el particular, consideramos que sería deseable que el Poder Ejecutivo provincial dictara un acto administrativo estableciendo mecanismos de participación ciudadana en la selección de las candidaturas por el Poder Ejecutivo, dentro de la terna elevada por el Consejo de la Magistratura a jueces/zas de tribunales inferiores del Poder Judicial e integrantes del Ministerio Público. Ello contribuiría a mejorar la transparencia del sistema.

total, resultando una caída significativa respecto del cuarenta y cinco con treinta y ocho por ciento (**45,38%**) que representaron en 2018. Las restantes cuarenta y siete (**47**) designaciones, que corresponden a un sesenta y ocho con doce por ciento (**68,12%**)³⁵ del total, recayeron en candidatos del género masculino. Como vemos, no sólo no se revirtió la diferencia relevada en la primera entrega del presente trabajo respecto del género en las designaciones efectuadas por la entonces Gobernadora en el ámbito de la Justicia, sino que, por el contrario, la disparidad se acentuó profundamente. Mientras que en 2018 la diferencia representaba el nueve con veinticuatro por ciento (**9,24%**) –equivalente a once (**11**) designaciones– en beneficio de los miembros del grupo masculino por sobre el femenino, en 2019 la brecha se elevó al treinta y seis con veintitrés por ciento (**36,23%**) –equivalente a veinticinco (**25**) designaciones–.

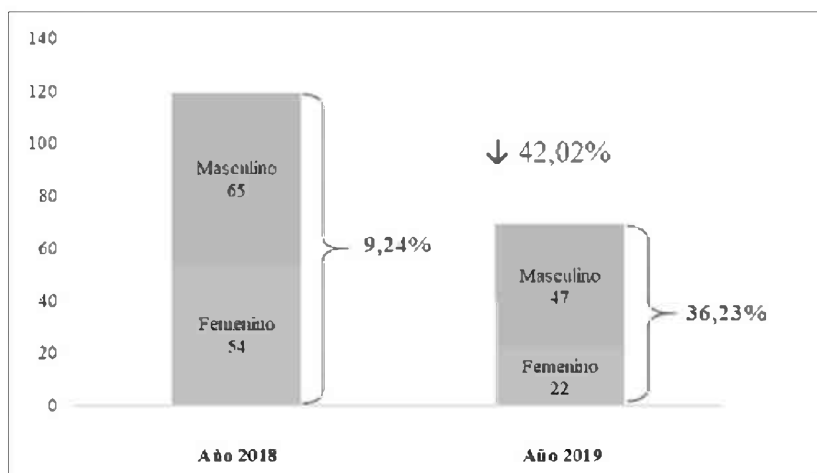


Ilustración 15. Total de designaciones en el Poder Judicial, apertura por género - Comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia

³⁵ Es importante destacar que puede ocurrir que las ternas elevadas desde el Consejo de la Magistratura estuvieran compuestas en su totalidad por hombres o mujeres. Dicha información no surge del acto de designación del candidato finalmente seleccionado por el Poder Ejecutivo.

En relación a los cargos y fueros de las designaciones, la distribución respecto de las magistradas fue la siguiente: una (1) Jueza de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, una (1) Jueza en lo Correccional, una (1) Jueza de Ejecución Penal, tres (3) Juezas de Garantías del Joven, tres (3) Juezas de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, siete (7) Juezas de Primera Instancia de Familia, dos (2) Juezas de Trabajo y cuatro (4) Juezas de Tribunal Penal. Cabe aclarar que, del total de magistradas designadas durante 2019, sólo una (1) – cuatro con cincuenta y cinco por ciento (4,55%) – lo fue con rango de camarista, mientras que al noventa y cinco con cuarenta y cinco por ciento (95,45%) restantes –correspondiente a veintiuna (21) juezas– se les asignaron cargos en primera instancia.

Respecto de las designaciones de los magistrados del Poder Judicial, la distribución de cargos y fueros, por su parte, fue la siguiente: un (1) Juez del Superior Tribunal; tres (3) Jueces de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, dos (2) Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, tres (3) Jueces Correccionales, cuatro (4) Jueces de Ejecución Penal, un (1) Juez de Garantías del Joven, cinco (5) Jueces de Garantías Penal, once (11) Jueces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, dos (2) Jueces de Primera Instancia de Familia, dos (2) Jueces de Responsabilidad Penal Juvenil, un (1) Juez del Cuerpo de Magistrados Suplentes, seis (6) Jueces de Trabajo y seis (6) Jueces de Tribunal Penal. Como podemos observar, se designaron seis (6) camaristas de género masculino, representando el doce con setenta y siete por ciento (12,77%) del total de designaciones del género. Las restantes cuarenta y uno (41) designaciones –correspondientes al ochenta y siete con veintitrés por ciento (87,23 %)– fueron para que ejerzan como magistrados de primera instancia.

Cabe destacar que en los únicos casos en que se registraron mayor designación de mujeres que de hombres durante el período en estudio, fueron para los cargos de Juez/a de Garantías del Joven (3 mujeres y 1 hombre) y de Juez/a de Primera Instancia de Familia (7 mujeres y 2 hombres).

ii. Respecto del ámbito territorial, las designaciones efectuadas durante 2019 se distribuyeron en los distintos Departamentos Judiciales conforme se indica a continuación: Avellaneda - Lanús, tres (3); Azul, cuatro (4); Bahía Blanca, cuatro (4); Dolores, tres (3); San Martín, una (1); Junín, cuatro (4); La Matanza, cinco (5); La Plata, cuatro (4); Lomas de Zamora, ocho (8); Mar del Plata, tres (3); Mercedes, dos (2); Morón, cinco (5); Necochea una (1); Pergamino, dos (2); Quilmes, seis (6) San Isidro, cinco (5); San Nicolás, seis (6); Trenque Lauquen, una (1); Zárate - Campana, una (1).³⁶

Como puede observarse, los departamentos que más designaciones tuvieron fueron los de Lomas de Zamora -ocho (8)-, seguidos por Quilmes y San Nicolás -seis (6). A diferencia del año anterior, en que había contado con la mayor cantidad -diecisiete (17)-, el Departamento Judicial de La Plata, sede de la Suprema Corte, el cual tuvo durante el período objeto de estudio del presente, sólo cuatro (4) designaciones.

iii. La investigación procuró, también, determinar el rango etario de los designados y las designadas. En ese sentido, los datos recabados fueron los siguientes: en relación a los cuarenta y siete (47) hombres designados, podemos señalar que nueve (9) nacieron en la década del '60; treinta y dos (32), en la década del '70; y seis (6), en la década del '80. Por su parte, en referencia al género femenino, de las veintidós (22) designaciones, los datos fueron: dos (2) nacieron la década del '50; cinco (5), en la década del '60; trece (13), en la década del '70; y dos (2), durante la del '80.

iv. Finalmente, debemos indicar que durante el 2019 se dictaron sólo tres (3) decretos que trataron pases de magistrados/as a diferentes salas o juzgados. Estos son los Decretos N° 708/19, N° 1266/19 y N° 1535/19.

³⁶ Recordemos que los Departamentos Judiciales son: La Plata, Lomas de Zamora, Avellaneda-Lanús, Quilmes, Moreno-General Rodríguez, Morón, General San Martín, La Matanza, San Isidro, Zárate Campana, San Nicolás, Pergamino, Junín, Trenque Lauquen, Mercedes, Azul, Mar del Plata, Dolores, Bahía Blanca y Necochea.

Ceses en el Poder Judicial

i. Respecto de las renunciaciones aceptadas en el ámbito del Poder Judicial durante el año 2019, debemos destacar que, de un total de cincuenta (50), treinta y cinco (35) fueron presentadas por magistrados de género masculino y quince (15) por magistradas mujeres. Si bien se advierte una disminución en la cantidad de renunciaciones aceptadas respecto del año anterior, la diferencia no resulta ser significativa, como en el caso de las designaciones -en 2018 se aceptaron un total de sesenta y nueve (69)-.

Los cargos que quedaron vacantes, como consecuencia de las renunciaciones aceptadas, fueron los siguientes. Respecto del género masculino: un (1) Juez de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, cuatro (4) Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, dos (2) Jueces Correccional, dos (2) Jueces de Garantías del Joven, tres (3) Jueces de Garantías Penal, tres (3) Jueces de Paz, un (1) Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, un (1) Juez de Primera Instancia de Familia, ocho (8) Jueces de Trabajo y diez (10) Jueces de Tribunal Penal.

En cuanto al género femenino, la distribución de cargos fue la siguiente: una (1) Jueza de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, una (1) Jueza Correccional, una (1) Jueza de Garantías del Joven, dos (2) Juezas de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, ocho (8) Juezas del Tribunal de Trabajo y dos (2) Juezas de Tribunal Penal.

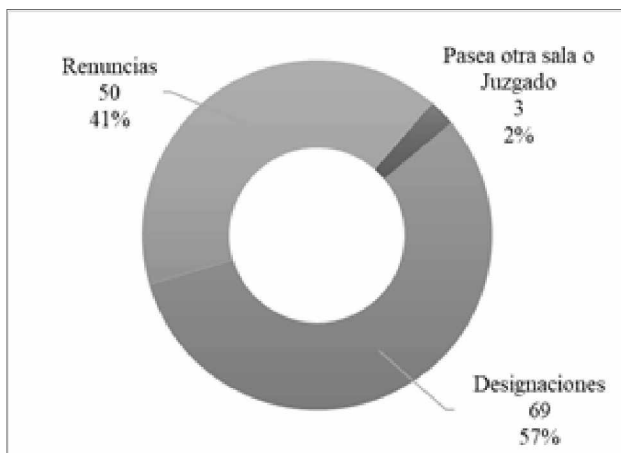


Ilustración 16. Total de decretos del Poder Judicial, apertura por objeto.
Fuente: elaboración propia

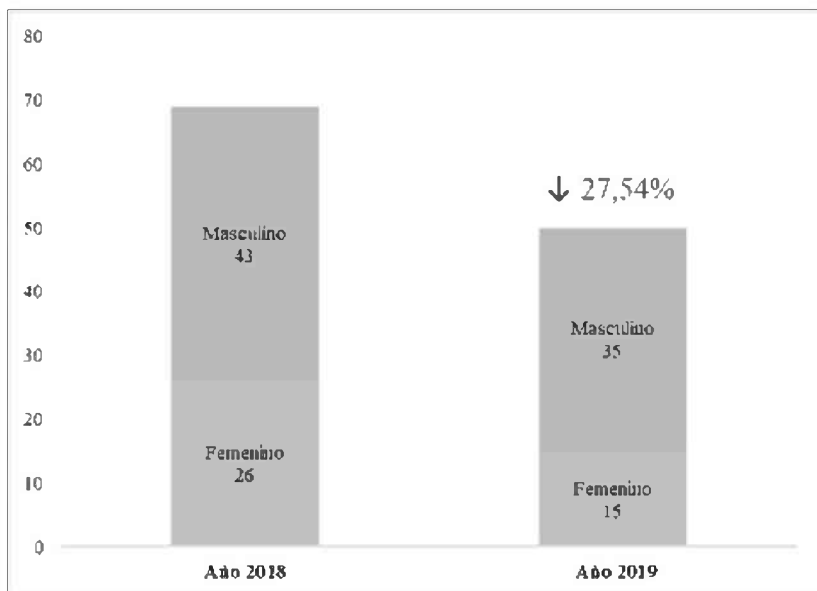


Ilustración 17. Total de renuncias del Poder Judicial, apertura por género - Comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia.

II.2.4. Decretos sobre magistrados del Ministerio Público

Como vimos en la primera publicación de este trabajo, el proceso de designación de magistrados del Ministerio Público es el mismo que el realizado para los nombramientos en el Poder Judicial. En consecuencia, las advertencias oportunamente efectuadas las reproducimos en esta instancia, a excepción del acto de jura que se encuentra regulado por el artículo 19° de la Ley N° 14.442, según el cual el Procurador General presta juramento ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, junto con el Subprocurador General, el Defensor General y el Subdefensor General.³⁷

Designaciones en el Ministerio Público

i. Durante el 2019, se registraron una cantidad total de cuarenta y ocho (48) designaciones de magistrados/as en el ámbito del Ministerio Público provincial, lo que representa un cuarenta con setenta y cuatro por ciento (40,74%) menos respecto de las ochenta y una (81) efectuadas durante 2018, observándose una situación similar al Poder Judicial. Dentro de ellas, debemos destacar que veintiuno (21) recayeron en personas de género femenino –representando el cuarenta y tres con setenta y cinco por ciento (43,75%) del total– y las restantes veintisiete (27) –correspondientes al cincuenta y seis con veinticinco por ciento (56,25%)– de género masculino. Al igual que en el Poder Judicial, existe una diferencia a favor de las personas del género masculino, que representa un doce con cinco por ciento (12,5%). Si bien el porcentaje es menor que en el caso de los jueces y juezas, llama la atención que el Ministerio Público evidencia una inversión respecto del año anterior, ya que durante 2018

³⁷ Por su parte, El Fiscal y el Defensor del Tribunal de Casación, los Fiscales de Cámara y los Defensores Departamentales, deberán prestar juramento ante el Procurador General o Defensor General, respectivamente. Los Adjuntos del Fiscal y del Defensor del Tribunal de Casación lo harán ante sus respectivos titulares. Los restantes miembros del Ministerio Público deberán prestar juramento ante el Fiscal de Cámara y Defensor Departamental.

hubo un ocho con sesenta y cuatro por ciento (8,64%) más de designaciones del género femenino que masculino.

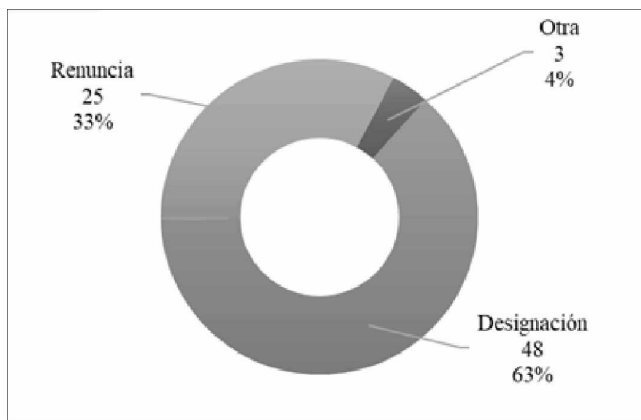


Ilustración 18. Total de Decretos del Ministerio Público, apertura por objeto. Fuente: elaboración propia.

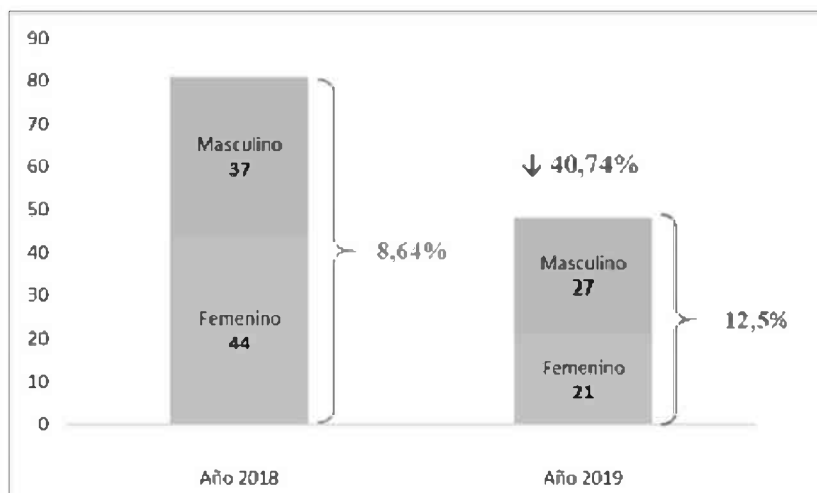


Ilustración 19. Total de designaciones del Ministerio Público, apertura por género - comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia.

Las designaciones de las candidatas a magistradas recayeron en los siguientes cargos: una (1), en el Cuerpo de Magistrados Suplentes del Ministerio Público; cinco (5) Agentes Fiscales; seis (6) Asesoras de Incapaces; tres (3) Defensoras Departamentales; y seis (6) Defensoras Oficiales.

En cuanto a los magistrados, la distribución de los cargos se produjo de la siguiente manera: tres (3), para el Cuerpo de Magistrados Suplentes del Ministerio Público; once (11) Agentes Fiscales; un (1) Asesor de Incapaces; un (1) Defensor Departamental; diez (10) Defensores Oficiales; y un (1) Fiscal General.

ii. En relación al ámbito territorial, las designaciones de magistradas en el Ministerio Público recayeron en los siguientes Departamentos Judiciales: cinco (5), en Avellaneda – Lanús; una (1) en Azul; una (1) en Dolores; una (1) en Junín; una (1) en La Plata; una (1) en Mercedes; dos (2) en Moreno – General Rodríguez; una (1) en Morón; una (1) en Quilmes; tres (3) en San Isidro; una (1) San Nicolás; una (1) Zárate – Campana; una (1) General San Martín y una (1) en Departamentos varios, que es el caso de magistrados/as suplentes.

Por su parte, las designaciones de los magistrados se distribuyeron en los siguientes Departamentos Judiciales: dos (2) en Azul; uno (1) en Dolores; tres (3) en General San Martín; uno (1) en Junín; dos (2) en La Matanza; dos (2) en La Plata; tres (3) en Lomas de Zamora; tres (3) en Moreno – General Rodríguez; tres (3) Necochea; tres (3) en San Isidro; uno (1) Zárate - Campana; y tres (3) en Departamentos varios, que es el caso de magistrados suplentes.

iii. Finalmente, en cuanto al rango etario de las designaciones en el ámbito del Ministerio Público, el análisis estadístico realizado nos arrojó los siguientes datos: en relación al género masculino, seis (6) nacieron en la década del '60; trece (13), en la del '70; y, finalmente, ocho (8), en la década del '80. Por su parte, en referencia al género femenino, podemos indicar que cuatro (4) nacieron en la década del '60; diez (10), durante los '70; y siete (7) en la década siguiente.

Ceses en el Ministerio Público

i. Respecto de las renunciaciones en el ámbito del Ministerio Público, durante el año 2019 se aceptaron un total de veinticinco (25), lo que representa un cuarenta y cinco con sesenta y cinco por ciento (45.65%) menos que en 2018 -durante este período se aceptaron cuarenta y seis (46)-. Del referido total, diez (10) fueron presentadas por personas del género femenino, mientras las restantes quince (15) pertenecen al género masculino.

Los cargos que quedaron vacantes como consecuencia de las renunciaciones aceptadas durante el año en cuestión fueron los siguientes. Respecto del género masculino, ocho (8) fueron Agentes Fiscales y siete (7) Defensores Oficiales. En cuanto al género femenino, la distribución de cargos fue la siguiente: cuatro (4) Agentes Fiscales, dos (2) Asesoras de Incapaces y cuatro (4) Defensoras Oficiales.

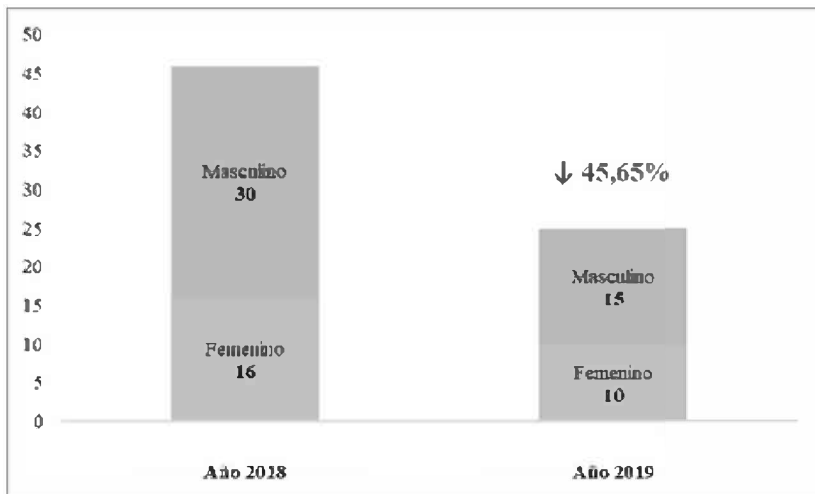


Ilustración 20. Total de renunciaciones en el Ministerio Público, apertura por género - comparado con el año anterior. Fuente: elaboración propia.

ii. De un total de veinticinco (25) renunciaciones presentadas en el ámbito del Ministerio Público provincial, veinticuatro (24)

fueron con el propósito de acogerse a los beneficios jubilatorios. Encontramos una única excepción, que es el Decreto N° 76/19, mediante el cual se aceptó, a partir del 14 de febrero de 2019, la renuncia presentada por A. M. A. al cargo de Agente Fiscal del Departamento Judicial San Martín. Conforme surge de la parte considerativa del acto administrativo, la magistrada en su renuncia esgrimió motivos personales para dejar el cargo.

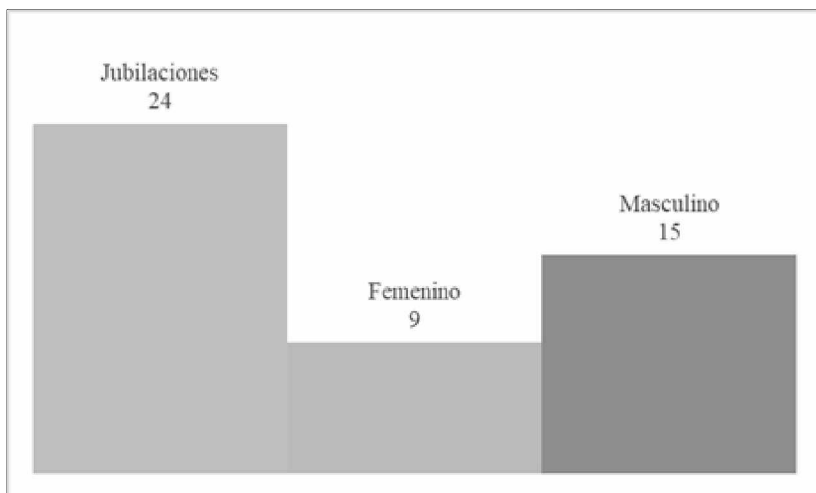


Ilustración 21. Cantidad de renuncias por motivos jubilatorios en el Ministerio Público, apertura por género. Fuente: elaboración propia.

Por otro lado, es importante destacar que mediante los Decretos N° 709/19 y 710/19, se dejaron sin efecto las designaciones efectuadas en favor de los doctores E.S. B. en el cargo de Agente Fiscal del Departamento Judicial La Matanza, sede cabecera o descentralizada (Decreto N° 313/17), y de M. F. I. en el cargo de Agente Fiscal del Departamento Judicial San Nicolás, sede Arrecifes (Decreto N° 370/17). En ambos casos, los actos administrativos en estudio refieren que los mencionados no prestaron el correspondiente juramento de ley al cargo para el que fueron oportunamente designados.

Finalmente, debemos señalar que mediante Decreto Nº 1180/19, la ex Gobernadora rechazó la renuncia presentada por el Agente Fiscal de la Unidad Funcional de Instrucción Nº 11 del Departamento Judicial Azul, sede Olavarría. Conforme surge de la parte considerativa del acto analizado, la decisión se fundamenta en que la aceptación de la renuncia tendría “una incidencia gravitante” en distintas investigaciones en curso seguidas contra el magistrado. Cabe destacar que, contra dicho acto, el mencionado Agente Fiscal interpuso recurso de revocatoria, en los términos del artículo 89 del Decreto-Ley Nº 7647/70, al cual hizo lugar el Decreto Nº 925/2020.

II.2.5. Decretos sobre política salarial

En este apartado nos referiremos a los decretos dictados durante el período en análisis referidos a la política salarial de los/as empleados/as del Estado provincial. Procederemos a enumerar los decretos dictados en el año 2019, estableciendo una comparación cuantitativa con el periodo anterior, para luego tomar el Decreto Nº 1254/19, a modo ejemplificativo -la elección del mismo no es azarosa, puesto que a nuestro entender fue el más significativo- y analizarlo, haciendo especial mención al procedimiento establecido por Ley Nº 13.453, en cuyo marco se desarrollaron los acuerdos paritarios que dieron fundamento al dictado del acto referido, así como la mayoría de los decretos relativos a la temática.

En efecto, se señala que durante el año 2019 se dictaron un total de treinta y siete (37) decretos de políticas salariales, de los cuales quince (15) se dieron en el marco de acuerdos paritarios regulados por la Ley Nº 13.453, incluyendo cláusulas de adecuación salarial, y cuatro (4) en el marco de las negociaciones colectivas reguladas por la Ley Nº 13.552 para el personal docente de la provincia de Buenos Aires. Los restantes decretos refieren a: i) implementación de incrementos salariales para personal que no se encuentra regido por la Ley Nº 13.453 (trabajadores y trabajadoras de las fuerzas de seguridad, personal jerarquizado

superior, agentes, funcionarios y magistrados del Poder Judicial), ii) otorgamiento de bonificaciones específicas sectoriales o modificaciones sobre las mismas y iii) regulación del régimen de asignaciones familiares para todos los/as empleados/as de la Administración Pública Provincial.

Del análisis comparativo con el año 2018, se evidencia un considerable aumento de los actos suscriptos en torno a esta temática, ya que en aquella oportunidad se registraron sólo veinticinco (25) decretos, lo que se traduce en un incremento del cuarenta y ocho por ciento (48%) con relación a la producción de actos del año antecedente.

Sentado ello, analizaremos el Decreto N° 1254/19, mediante el cual se formalizaron los aumentos pactados en la política salarial de los años 2018 y 2019 para el personal dependiente de la Administración Pública provincial, enmarcado en el régimen de la Ley N° 10.430. El decreto citado normativiza el resultado de la negociación acaecida entre distintos representantes de la Administración Pública y de las organizaciones gremiales, materializada a través de diversas audiencias, que culminaron con la suscripción de dos (2) actas paritarias.

En ese sentido, la Ley N° 13.453 establece un procedimiento especial para las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública provincial y sus empleados/as, previendo la conformación de comisiones negociadoras integradas por ambas partes -con un máximo de diez (10) representantes por cada una- con el objeto de adoptar decisiones de manera coordinada con el Ministerio de Trabajo, en lo referido a las cuestiones laborales que integren la relación de empleo (tanto de contenido salarial como de temas vinculados a la prestación de servicios y condiciones de trabajo). Como resultado de las negociaciones llevadas a cabo por las comisiones negociadoras, se suscriben las actas pertinentes, en donde se refleja lo acordado, debiendo ser aprobadas, posteriormente, mediante el dictado del decreto correspondiente dentro del plazo de treinta (30) días desde su suscripción.

Como particularidad del Decreto N° 1254/19, puede enunciarse la incorporación de una cláusula de adecuación salarial, con operatividad desde el mes de julio de 2019, para el supuesto en que la inflación acumulada en el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de julio del 2019, resultara superior al dieciséis por ciento (16%) de aumento salarial acumulado, tomando como referencia lo informado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) respecto del Índice de Precios al Consumidor (IPC) Nacional.

Asimismo, la mentada norma dispuso el pago -con carácter extraordinario- de un Complemento por Calidad y Continuidad del Servicio, no remunerativo y no bonificable, destinado a las y los agentes involucradas/os en la política salarial, fijándose a tal efecto un importe de pesos seis mil setecientos cincuenta (\$ 6.750) anuales para tal concepto, tanto para el año 2018 como para el siguiente.³⁸

Finalmente, es dable destacar que la pauta salarial formalizada por el Decreto N° 1254/19, fue replicada con posterioridad en la mayoría de los regímenes estatutarios que coexisten en el ámbito del empleo público provincial.

II.2.6. Decretos relativos a estructuras organizativas

i. Inicialmente, debemos destacar que durante el año 2019 se dictaron ocho (8) decretos relativos a estructuras organizativas de organismos públicos. La cifra indica una considerable disminución respecto de los veinticuatro (24) que se habían

³⁸ El Decreto N° 832/2020 estableció la continuidad del pago del complemento en concepto de "Calidad y Continuidad del Servicio" de carácter extraordinario, no remunerativo, no bonificable, de pesos seis mil setecientos cincuenta (\$6.750) anuales por el año 2020, por persona, a razón de pesos mil seiscientos ochenta y siete con cincuenta centavos (\$1.687,50) por trimestre, conforme las previsiones contenidas en el Acta N° 29/2018 de la Comisión Paritaria General regida por Ley N° 10.430 del 27 de noviembre de 2018 y de acuerdo a lo estipulado en su Anexo Único, hasta tanto la Comisión Paritaria General regida por Ley N° 10.430, como asimismo las Comisiones Sectoriales correspondientes al año 2020, resuelvan sobre la continuidad del complemento en cuestión.

dictado el año anterior. Ello se debe, principalmente, a que el 1° de enero de 2018 entró en vigencia la Ley de Ministerios N° 14.989, sancionada el 14 de diciembre de 2017, promulgada el 28 de diciembre de ese año y publicada al día siguiente. Esta situación generó lo que en la primera publicación de la presente investigación señalamos como un “juego en dominó” en lo que respecta a la estructura administrativa de la provincia de Buenos Aires.

ii. A pesar de no encontrarse vigente al momento del dictado de los actos administrativos en análisis, una norma ordenadora para la formulación, tramitación y aprobación de las estructuras organizativas, como los Decretos N° 18/91 y N° 1322/05, comentados en la primera entrega de la presente, o el Decreto N° 770/2020, que al momento de realizarse esta descripción se encuentra vigente, se advierten ciertas notas comunes, las cuales referiremos a continuación.

Así, en primer lugar, se advierte que en todos los trámites tomaron intervención a) la Subsecretaría de Capital Humano de Jefatura de Gabinete de Ministros, por sí o a través de sus dependencias -Dirección Provincial de Planificación y Gestión Estratégica del Capital Humano o la Dirección Provincial de Relaciones Laborales-; b) la Subsecretaría de Hacienda, dependiente del Ministerio de Economía, por sí o a través de la Dirección Provincial de Presupuesto Público; y c) Asesoría General de Gobierno. La única excepción la constituye el Decreto N° 16/19, en cuyo trámite, además de los organismos referidos, tomó intervención Fiscalía de Estado.

El segundo aspecto que pondremos de manifiesto, es que en todos los casos refrendaron el acto administrativo el titular de la jurisdicción cuya estructura organizativa se aprueba o modifica y los Ministros Secretarios en los Departamentos de Economía y Jefatura de Gabinete de Ministros. Nuevamente aparece como excepción el Decreto N° 16/19, el cual fue refrendado por el Ministro de Trabajo y de Jefatura de Gabinete de Ministros, pero no así el de Economía. Ello puede deberse a que la gestión tuvo

por objeto suprimir la nómina de las Coordinaciones de Delegaciones Regionales de Trabajo y Empleo aprobada por Decreto Nº 172/18; al tiempo que se facultó al Señor Ministro de Trabajo a determinar las áreas geográficas a cargo de las referidas coordinaciones. Como se advierte, el decreto en cuestión no implicó un aumento o disminución en la cantidad de unidades organizativas de la cartera ministerial y, por lo tanto, no generó un impacto presupuestario. Sin embargo, ello es contradictorio con la intervención en las actuaciones administrativas de la Dirección Provincial de Presupuesto Público, de la cual da cuenta la parte considerativa del decreto bajo análisis.

Finalmente, debemos señalar que de los ocho (8) decretos dictados sobre estructuras orgánico-funcionales de la Administración Pública provincial, siete (7) refieren a organismos cuya estructura organizativa ya se encontraba aprobada por decreto. Como excepción encontramos el Decreto Nº 1345/19, aprobatorio de la estructura orgánico-funcional del Ministerio de Gestión Cultural, cuyas particularidades señalaremos oportunamente.

Órgano Promotor (Superior)	# Decretos
Gobierno	2
Infraestructura y Servicios Públicos	1
Dirección Provincial de Vialidad	1
Jefatura de Gabinete de Ministros	1
Trabajo	1
Asuntos Públicos	1
Gestión Cultural	1
Total	8

Ilustración 22. Cantidad de decretos refrendados por órgano promotor.

Fuente: elaboración propia.

iii. Previo a pasar revista de cada uno de los actos administrativos en particular, debemos resaltar que de los ocho (8) decretos, las actuaciones de siete (7) de ellos tramitaron por expediente electrónico y sólo uno (1) en expediente papel.

Este último tuvo una demora de setecientos dieciocho (718) días, mientras que el promedio del plazo de tramitación de los expedientes electrónicos es de ciento ochenta y dos (182) días.

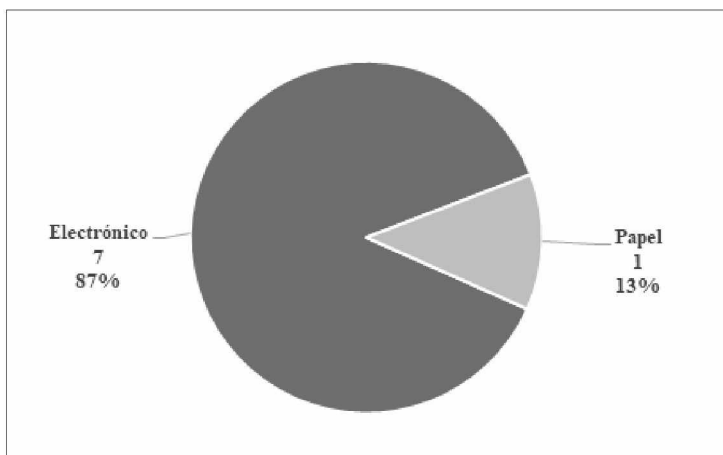


Ilustración 23. Total de decretos de Estructuras por tipo de expediente.

Fuente: elaboración propia.

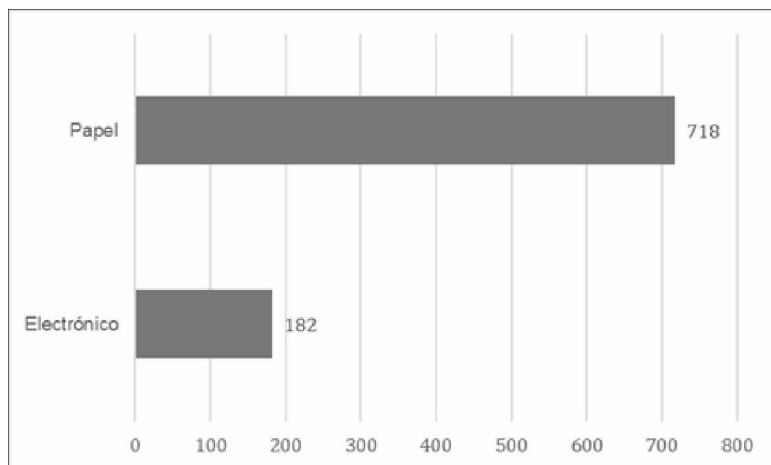


Ilustración 24. Demora promedio de la tramitación de Estructuras por tipo de expediente.

Fuente: elaboración propia.

iv. Sentado ello, haremos un breve resumen de los ocho (8) decretos sobre estructuras orgánico-funcionales dictados durante el período de tiempo en análisis:

a) Decreto Nº 16/19: como dijéramos *ut supra*, suprimió la nómina de las Coordinaciones de Delegaciones Regionales de Trabajo y Empleo aprobada por Decreto Nº 172/18 y facultó al Señor Ministro de Trabajo a determinar las áreas geográficas a cargo de dichas coordinaciones.

b) Decreto Nº 132/19: aprobó, a partir del 1º de enero de 2019, la modificación de la estructura orgánico-funcional de la Subsecretaría de Transporte del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, aprobada por Decreto Nº 35/18. El acto en cuestión determinó una (1) Subsecretaría, tres (3) Direcciones Provinciales y ocho (8) Direcciones; lo que implicó un aumento de una (1) Dirección Provincial y tres (3) Direcciones.

c) Decreto Nº 704/19: aprobó la modificación, a partir del 1º de abril de 2019, de la estructura orgánico-funcional del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros, aprobada por el Decreto Nº 34/18. La gestión tuvo por finalidad crear la Dirección Provincial de Asistencia Integral Telefónica, en el ámbito de la Subsecretaría de Atención Ciudadana, lo que implicó un aumento, en el ámbito de la referida cartera ministerial de una (1) Dirección Provincial, dos (2) Direcciones y dos (2) Departamentos.

d) Decreto Nº 904/19: aprobó, en el ámbito de la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires, la Unidad Coordinadora de Programas (UCP), determinando para su estructura organizativa un (1) cargo de Responsable Ejecutivo de la Unidad Coordinadora de Programas con rango y remuneración equivalente a Gerente de la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires, equiparado al cargo de Ingeniero Jefe de la Ley Nº 10.328 - Estatuto para el personal de la Planta Permanente de la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires-. Conforme surge de la parte considerativa del decreto analizado, la creación de la unidad responde a la necesidad de contar,

en el ámbito de la referida Dirección de una unidad organizativa con facultades suficientes para coordinar, administrar, planificar, evaluar, supervisar, contratar y controlar la ejecución e implementación de los programas y proyectos viales con financiamiento externo. Ello como consecuencia de la entrada en vigencia del Contrato de Préstamo N° ARG-36/2017, para la realización del “Proyecto de Conectividad del Conurbano en la Provincia de Buenos Aires”, suscripto entre la provincia de Buenos Aires y el Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata (FONPLATA) aprobado por el Ministerio de Economía de la provincia de Buenos Aires, a través de la Resolución N° 83 de fecha 13 de marzo de 2018; de la aprobación por parte del Banco de Desarrollo de América Latina -CAF- de préstamo a favor de la provincia de Buenos Aires para el financiamiento del Programa de Conectividad Vial e Infraestructura Productiva para la Provincia de Buenos Aires; y de la aprobación, por medio del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1196/18, de los Modelos de Contrato de Garantía y Contragarantía, con la finalidad de afianzar las obligaciones financieras que se asumirán como consecuencia del Contrato de Préstamo destinado a la ejecución del “Programa de Ampliación de Capacidad y Seguridad en Corredores Viales de la Provincia de Buenos Aires” propuesto para ser suscripto entre la citada Provincia y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID); todos ellos, según refiere el decreto, tienen como organismo ejecutor a la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires.

e) Decreto N° 1247/19: aprobó la estructura orgánico-funcional del Ministerio de Asuntos Públicos, a partir del 1° de enero de 2019. El decreto en análisis no implicó un cambio cuantitativo en la estructura organizativa del organismo respecto de su predecesor, el Decreto N° 37/18. Así, la jurisdicción mantuvo sus dos (2) Subsecretarías, cinco (5) Direcciones Provinciales y trece (13) Direcciones.

f) Decreto N° 1345/19: en la entrega anterior de la presente investigación señalamos que, como consecuencia de la entrada

en vigencia de la Ley de Ministerios N° 14.989, los organismos en ella previstos proyectaron y aprobaron sus respectivas estructuras organizativas, advirtiendo que “La única excepción la constituye, actualmente, el Ministerio de Gestión Cultural que, al momento de elaborarse el presente trabajo, aún continúa rigiéndose por la estructura aprobada en 2016 (Decretos N° 47/16 y N° 503/16). Esta situación resulta curiosa ya que las mencionadas normas establecen la estructura organizativa de la Secretaría de Cultura, que fue reemplazada por el Ministerio de Gestión Cultural mediante Ley N° 14.832.” El Decreto N° 1345/19 vino a salvar esa omisión, aprobando la estructura orgánico-funcional del Ministerio de Gestión Cultural, a partir del 1° de enero de 2019 y determinando tanto cargos de la Ley N° 10.430, como de las Leyes N° 12.268 y N° 13.056, relativas a la carrera artística.

g) Decreto N° 1533/19: aprobó una modificación parcial de la estructura organizativa del Ministerio de Gobierno en relación a la Dirección Provincial de Ordenamiento Urbano y Territorial dependiente de la Subsecretaría de Gobierno y Asuntos Políticos del Ministerio de Gobierno que había sido transferida desde el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos mediante Decreto N° 1668/18. El decreto comentado determinó para la estructura orgánico-funcional de la referida Dirección Provincial tres (3) Direcciones y ocho (8) Departamentos.

h) Decreto N° 1693/19: aprobó la desagregación de la estructura orgánico-funcional del Ministerio de Gobierno aprobada por Decreto N° 169/18 y complementada por el decreto previamente referido. La presente constituye la única desagregación integral efectuada durante el año 2019 y determinó cuarenta y cinco (45) Subdirecciones y noventa y un (91) Departamentos.

II.2.7. Decretos de delegación de competencias

i. En primer lugar, señalaremos que, durante el año 2019 se dictaron cuatro (4) decretos mediante los cuales la entonces Gobernadora delegó facultades en los Ministros de Economía

(Decretos N° 1/19 y N° 210/19), de Infraestructura y Servicios Públicos (Decreto N° 44/19) y de Gobierno (Decreto N° 183/19). Se advierte un aumento respecto del año anterior, en el cual se dictaron dos (2) decretos sobre la temática.

ii. Sentado ello, haremos mención al trámite llevado a cabo para el dictado de los decretos de delegaciones. En ese entendimiento, debemos señalar que el órgano delegado será quien inicie las actuaciones, quedando a su cargo la proyección del acto administrativo y debiendo obtener los informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de la iniciativa. Por último, previo al dictado de la medida, deberá darse intervención a la Asesoría General de Gobierno y, de corresponder según la temática, al Fiscal de Estado.

Asimismo, se requerirá un informe a la Contaduría General de la Provincia, cuando se deban interpretar las disposiciones legales y reglamentarias en materia de su competencia y asesorar en dicho aspecto a los organismos de la Administración provincial (art. 90 inc. b) Ley N° 13.767).

iii. A continuación, pasaremos a analizar cada uno de los actos, a saber:

a) Decreto N° 1/19: delega, en el entonces Ministro de Economía, las facultades conferidas por los artículos 15, 16, 17, 22, 23, 24, 113, 115 y 118 de la Ley N° 15.078 - de Presupuesto General Ejercicio 2019- , el artículo 2° de la Ley N° 10.189 (T.O. según Decreto N° 4502/98) y el artículo 4° de la Ley N° 13.863. Sin perjuicio de ello hace la salvedad de que el órgano deberá actuar – en ejercicio de las facultades delegadas- con la previa intervención de la Dirección Provincial de Presupuesto Público del citado Ministerio y de la Contaduría General de la Provincia.

La finalidad de la delegación, entre otras, es autorizar al Ministro de Economía a ampliar, reestructurar, modificar, adecuar, créditos presupuestarios, previo cumplimiento de los requisitos, y con las limitaciones propias de la ley.

El fundamento que se esgrime para el dictado de la norma es la propia autorización establecida en la ley, para delegar en

el Ministro Secretario en el Departamento de Economía tales facultades.

La medida es dictada en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley de Presupuesto citada ut supra y, asimismo, por el art 144 -proemio- de la Constitución provincial.

b) Decreto Nº 44/19: delega, en los términos del artículo 20 de la Ley Nº 15.078, en el Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos, las facultades asignadas por el artículo 16 de la mencionada ley, para efectuar reestructuraciones, modificaciones y transferencias de créditos presupuestarios asignados a erogaciones de capital y gastos de funcionamiento, tanto del Ministerio a su cargo, como de la Autoridad del Agua, el Instituto de la Vivienda, la Dirección de Vialidad y el Comité de Cuenca del Río Reconquista (COMIREC).

Los límites que impone al ejercicio de las facultades delegadas son la prohibición de modificar: i) las fuentes de financiamiento y ii) la afectación de los recursos asignados en la ley.

Asimismo, establece que deberá contar con la intervención favorable de Dirección Provincial de Presupuesto Público y la Contaduría General de la Provincia, debiendo comunicarles todos los actos dictados en el ejercicio del referido decreto a dichos organismos en un plazo máximo de dos (2) y diez (10) días respectivamente.

El argumento en el que anida la delegación es, al igual que en el Decreto Nº 1/19, la autorización conferida por la Ley de Presupuesto para el ejercicio 2019. En ese sentido, justifica la intervención previa de la Dirección Provincial de Presupuesto Público en la propia Ley Nº 13.767, que la designa órgano rector del Subsistema Presupuestario del Sector Público Provincial.

Cabe destacar que la medida es dictada en ejercicio de la misma normativa que en el decreto analizado anteriormente.

c) Decreto Nº 183/19: por medio de este decreto se delega en el Ministerio de Gobierno la aprobación establecida en el artículo 83 del Decreto-Ley Nº 8912/77 (T.O. 1987).

Para una mejor comprensión, conviene hacer una breve mención al decreto-ley citado, el cual rige el ordenamiento del territorio de la provincia de Buenos Aires en lo relativo al uso, ocupación, subdivisión y equipamiento del suelo, estableciendo pautas que deberán ser observadas por los municipios en su carácter de responsables primarios de tal ordenamiento.

En ese entendimiento, el artículo 83, establece un procedimiento que debe ser seguido por el Municipio: las ordenanzas correspondientes a las distintas etapas de los planes de ordenamiento, son sancionados una vez que dichas etapas son aprobadas por el Poder Ejecutivo, quien toma intervención previo dictamen de los organismos provinciales competentes a fin de verificar que se cumplan ciertos requisitos como: i) objetivos y estrategias definidos por el Gobierno Provincial, ii) compatibilidad con los objetivos y estrategias previstos para los Municipios linderos, iii) concordancia con la normativa provincial y disposiciones reglamentarias, etc.

En otras palabras, el decreto-ley, a través del artículo en cuestión, pone un límite al poder municipal, estableciendo un procedimiento complejo para poner en vigencia las ordenanzas que se dicten dentro de este marco normativo. De este modo, los actos emanados del municipio quedan subordinados a la aprobación de la autoridad máxima del Poder Ejecutivo provincial. Esta última competencia, se encuentra delegada, mediante el decreto en análisis, al Ministerio de Gobierno.

Como fundamento de la medida, la ex Gobernadora de la Provincia, menciona el artículo 3° del Decreto-Ley N° 7647/70 y enumera las distintas fuentes de las que emanan las competencias de los órganos de la Administración Pública: i) la Constitución de la Provincia; ii) las leyes orgánicas administrativas; y iii) los reglamentos que dicte el Poder Ejecutivo, destacando que aquellas son irrenunciables y ejercidas por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes.

En ese sentido, entendió, que correspondía la delegación expresa de dicha facultad, toda vez que la misma ya había sido asignada a la Dirección Provincial de Ordenamiento Urbano y Territorial por medio del Decreto N° 35/18.

Por último, cabe mencionar que la medida fue dictada en ejercicio del artículo 11 de la Ley N° 14.989³⁹.

d) Decreto N° 210/19: en este último decreto en análisis, se delegan en el entonces Ministerio de Economía las operaciones de crédito público a realizar en el ejercicio 2019, en el marco de las autorizaciones otorgadas por los artículos 1° y 4° de la Ley N° 15.077, 64 de la Ley N° 13.767 y 34 de la Ley N° 13.403, incorporado a la Ley N° 10.189.

En síntesis, lo que aquí se delega es la facultad -propia de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo- de emitir títulos de deuda pública a realizar en los mercados de capitales y/o toda otra operación de crédito público en el ejercicio 2019, incluyendo la determinación de los términos y condiciones financieras convenientes en cada oportunidad de acuerdo con la operación de crédito público que se trate, la aprobación de la operatoria y los documentos relacionados, y de aquellos procedimientos de selección y contrataciones que resultaren necesarias a efectos de la implementación de dichas operaciones.

Esta medida fue dictada por la ex Gobernadora en ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 144 -proemio- de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, las

³⁹ ARTÍCULO 11º: Facultar al Gobernador a delegar en los Ministros Secretarios, en los Secretarios de Estado, Oficiales Mayores o funcionarios u organismos que en cada caso determine, las facultades relacionadas con las materias que le competen, de acuerdo con lo que se determine expresa y taxativamente por decreto. Solo podrán delegarse las atribuciones que se reciban por delegación, cuando ello esté autorizado en la norma delegante.

La delegación deberá precisar expresamente las funciones y materias sobre las que verse, el Ministro, Secretario de Estado u Oficiales Mayores o funcionarios que en cada caso se determine al que se delegan las facultades y en su caso, el término de vigencia.

Asimismo, los Ministros Secretarios y los Secretarios podrán delegar la resolución de asuntos relativos al régimen económico y administrativo de sus respectivas carteras, en los funcionarios que determinen y conforme con la organización de cada área.

Leyes N° 15.077 N° 13.767, N° 14.989 y N° 10.189 y el Decreto N° 3260/08;

II.2.8. Decretos tendientes a encomendar la atención del despacho de los asuntos del Poder Ejecutivo

En el 2019, al igual que en el año anterior, hubo un (1) solo decreto referido a la temática a analizar. Así, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 124 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la entonces Gobernadora encomendó, por el lapso comprendido entre los días 5 y 9 de junio, la atención del despacho de los asuntos de la competencia del Poder Ejecutivo al ex Vicegobernador, mediante el Decreto N° 667/19, justificando su ausencia en una inhabilidad temporaria.

II.2.9. Decretos referidos a convenios

En el año 2019 se dictaron veintiocho (28) decretos referidos a convenios, incluyendo aprobaciones, adendas, prórrogas y ampliaciones, lo que representa una reducción del cincuenta y cuatro con ochenta y cuatro por ciento (54,84%) con respecto del año 2018, que ascendieron a sesenta y dos (62).

El impulso del expediente se distribuyó por jurisdicción, por organismos descentralizados y por secretarías del Poder Ejecutivo del siguiente modo: cuatro (4) por el Ministerio de Salud; cinco (5) Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos; cuatro (4) por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación; dos (2) por la Secretaría de Derechos Humanos; dos (2) por el Instituto Provincial de Lotería y Casinos; uno (1) por el Ministerio de Desarrollo Social; uno (1) por la Secretaría Legal y Técnica; uno (1) por el Ministerio de Justicia; uno (1) por la Autoridad del Agua; uno (1) por la Dirección General de Cultura y Educación; y uno (1) por el Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros.

Cabe destacar que se han registrado cinco (5) decretos cuyo exordio no informa si los mismos tramitaron por expediente

administrativo. Se trata de los Decretos Nº 581/19, Nº 1400/19, Nº 1530/19, Nº 1531/19 y Nº 1696/19. Los cuatro (4) primeros fueron dictados en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 144 -proemio- de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; todos ellos referenciando en la parte considerativa las competencias del Ministerio de Economía asignadas por el artículo 19 de la Ley de Ministerios Nº 14.989. Por los citados decretos se aprobaron los Convenios Nº 998 y Nº 1007, suscriptos el 3 de mayo de 2019 y el 30 octubre de 2019, respectivamente, entre la provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional; Nº 1008, suscripto el 24 de octubre de 2019, entre la provincia de Buenos Aires y la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES); y Nº 1009, suscripto el 24 de octubre de 2019, entre la provincia de Buenos Aires y la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES). En todos los casos, se autorizó al Ministerio de Economía a la realización de los actos tendientes a la correcta implementación de los convenios aprobados y el cumplimiento de los compromisos que de éstos surjan a cargo de la Provincia.

El quinto acto sin cita de expediente corresponde al Decreto Nº 1696/19, dictado en ejercicio de lo dispuesto por los artículos 1º de la Ley Nº 15.077, 19 de la Ley Nº 14.989 y las atribuciones conferidas por el artículo 144 -proemio- de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Por él se aprobó el Convenio Nº 1010, suscripto el día 5 de diciembre de 2019 entre la provincia de Buenos Aires y el Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial, a los fines de posibilitar su entrada en vigencia conforme lo requerido en el referido instrumento. Al igual que los cuatro decretos referidos previamente, se delegó en el Ministerio de Economía la realización de los actos tendientes a la correcta implementación del Convenio aprobado por el artículo primero y el cumplimiento de los compromisos que de éste surjan a cargo de la Provincia.

Órgano Promotor (Superior)	# Decretos
Ministerio de Salud	4
Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos	5
Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación	4
Secretaría de Derechos Humanos	2
Instituto Provincial de Lotería y Casinos	2
Ministerio de Desarrollo Social	1
Secretaría Legal y Técnica	1
Ministerio de Justicia	1
Autoridad del Agua	1
Dirección General de Cultura y Educación	1
Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros	1
Sin organismo promotor	5
Total	28

Ilustración 25. Cantidad de decretos de Convenios por órgano promotor.

Fuente: elaboración propia.

Continuando con la descripción, podemos hacer una primera clasificación de acuerdo a si los convenios en análisis tienen o no contenido económico. Los números que arroja dicha distinción son los siguientes:

- i. Sin contenido económico: seis (6) convenios.
- ii. Con contenido económico: veintidós (22) convenios.

i. En la primera categoría, agrupamos los convenios que, con distintas fórmulas, se refieren a acuerdos de transferencia, cooperación, colaboración, implementación, adhesión, desarrollo, participación, investigación, fortalecimiento, capacitación, promoción, investigación, etc.

Dentro de ella encontramos los decretos que enunciamos a continuación:

a) Decreto N° 18/19, por el cual se aprobó el Convenio Marco de Cooperación suscripto entre la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la

Oficina de Fortalecimiento Institucional del Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires y el Municipio de Ezeiza, con el objeto de colaborar recíprocamente y de participar conjuntamente en iniciativas, proyectos, programas y/o acciones para el análisis de temas inherentes a la implementación de políticas de transparencia y prevención de la corrupción.

b) Decreto Nº 1289/19, el cual aprobó el Acuerdo de Transferencia de jurisdicción del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica a la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Acuerdo de Implementación de la referida transferencia y el Acuerdo para el ejercicio conjunto de la Jurisdicción sobre el Servicio Público Metropolitano de Distribución de Energía Eléctrica, todo ello en el marco de la Ley Nº 15.078 de la Legislatura de la provincia de Buenos Aires. La referida norma autorizó al Poder Ejecutivo a suscribir los instrumentos, dictar las normas y crear los organismos que resulten necesarios a fin de hacer efectiva la transferencia en cuestión por parte de la Nación, de la jurisdicción y competencia sobre el servicio de distribución de energía eléctrica a cargo de EDENOR y EDESUR.

Por otro lado, el referido decreto dejó sin efecto su similar Nº 992 de fecha 26 de julio del 2019, que tuvo exactamente el mismo objeto. La diferencia es que este último, en su artículo 8º, disponía “Dar cuenta a la Honorable Legislatura de la provincia de Buenos Aires para su correspondiente ratificación legislativa”, lo cual no fue previsto en el comentado Decreto Nº 1289/19.

c) Decreto Nº 1368/19, mediante el que se aprobó el Convenio celebrado entre la Dirección General de Cultura y Educación de la provincia de Buenos Aires y la Corporación Andina de Fomento (CAF), cuyo objeto fue establecer entre las partes una relación de colaboración, cooperación, coordinación y asistencia, en temáticas de interés común.

d) Decretos Nº 1374/19 y Nº 1375/19, por los cuales se aprobaron los acuerdos internacionales de cooperación -ejecutivos-denominados Memorandos de entendimiento en el marco de la

“Iniciativa Spotlight para la reducción del femicidio y eliminación de la violencia contra las mujeres y niñas en Argentina”, como parte de una estrategia encaminada a concretar la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, en consonancia con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Ambos decretos fueron impulsados por la entonces Secretaría de Derechos Humanos y dictados en el marco de las facultades otorgadas por el artículo 144 -proemio- de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

El Decreto N° 1374/19 fue suscripto con “ONU Mujeres”, órgano subsidiario de las Naciones Unidas que tiene como mandato alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, reconociendo la importancia de colaborar y cooperar con socios para alcanzar su mandato y sus objetivos estratégicos. Por su parte, el Decreto N° 1375/19 se celebró con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), representado por PNUD Argentina, en búsqueda de reforzar sus actividades en el ámbito del desarrollo para prevenir, abordar y reducir las desigualdades, así como todo tipo de discriminación y violencia por razones de género, edad, orientación sexual, origen étnico, nacionalidad y discapacidad.

Los referidos Memorandos buscaron en el marco citado, alcanzar los objetivos comunes de las partes, definiendo actividades a llevar a cabo que redundaría en beneficio de los suscribientes, estableciendo la posibilidad de intercambiar documentación e información, con sujeción a las restricciones y arreglos que cualquiera de las partes pudiera requerir con el objeto de salvaguardar el carácter confidencial de los mismos y de realizar acuerdos posteriores que permitan implementar la ejecución de las actividades para alcanzar el fin propuesto. Asimismo, establecieron una duración inicial de dos (2) años a partir de la fecha de suscripción.

ii. En el segundo grupo –convenios con contenido económico-, hacemos referencia, a su vez, a dos (2) situaciones distintas; por un lado, los que tienen afectación presupuestaria

directa (prevista en la parte dispositiva del decreto) y, por el otro, los que generan un compromiso económico sin impacto inmediato en el presupuesto del organismo.

Así, encontramos tres (3) decretos relativos a convenios con afectación presupuestaria, dictados en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 144 -proemio- de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y de conformidad a los Niveles de Decisión y Cuadro de Competencia para los Procedimientos de Selección de Contratación de Bienes y Servicios, previsto en el Anexo II del Decreto Reglamentario de la Ley Nº 13.981. Con tal criterio encontramos uno (1) impulsado por el Ministerio de Salud -Decreto Nº 364/19-, uno (1) por el Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros -Decreto Nº 443/19- y, el último, por el Instituto Provincial de Lotería y Casinos -Decreto Nº 452/19-.

Al respecto, cabe aclarar que el Decreto Nº 364/19 fue enmarcado en los artículos 18, apartado 2, inciso h) de la Ley Nº 13.981 y 11, apartado 3, punto I inciso e) del Anexo I de su Decreto Reglamentario -proveedor no inscripto en el Registro de Proveedores y Licitadores del Estado-.

El Decreto Nº 443/19, por su parte, corresponde a la ampliación y prórroga, en el marco de lo regulado por el artículo 7 inciso f) de la Ley Nº 13.981 y su Decreto Reglamentario Nº 1300/16, de la contratación directa enmarcada en los supuestos de urgencia y de inexistencia de sustituto conveniente, conforme lo prevé la mencionada Ley Nº 13.981 en su artículo 18 inciso 2 apartados c) y d, que fuera aprobada por Decreto Nº 166/17E y formalizada por convenio suscripto con fecha 16 de mayo de 2017, entre el Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y la ex empresa Ertach S.A. - Prima S.A. (UTE), actualmente Ertach S.A. - Cablevisión S.A. (UTE), mediante el cual se contrató el servicio de Transmisión de Datos necesarios para la Red Única Provincial de Comunicación de Datos (RUPCD).

El Decreto Nº 452/19, a su turno, se enmarcó como contratación directa por excepción en los términos del artículo 18 inciso 2 apartado a) de la Ley Nº 13.981 y su reglamentación,

a través de la cual se contrató la impresión gráfica de cartones de bingo a realizar por la Dirección Provincial de Impresiones y Digitalización del Estado.

Por su parte, el Decreto N° 400/19, aprobó el Proyecto Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ARG/16/006 denominado “Apoyo al Plan estratégico para garantizar una vida sana y promover el bienestar de toda la población de la Provincia de Buenos Aires, en todas las etapas de su ciclo de vida (2016-2019)”, y por su artículo 2° indicó las partidas por las cuales se hizo frente a las erogaciones.

Finalmente, dentro de esta categoría encontramos el Decreto N° 1435/19, que aprobó la Revisión “D” del Proyecto ARG/15/002 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, denominado “Apoyo a la Implementación del Programa de Saneamiento Ambiental de la Cuenca del Río Reconquista” aprobado por el Decreto N° 591/15. La referida Revisión tuvo como objetivo ampliar el presupuesto total en la suma de dólares cuatrocientos cincuenta y cinco mil quinientos setenta (USD 455.570) para poder llevar a cabo el Plan de Trabajo 2019.

Por último, relevamos los convenios con contenido económico sin afectación presupuestaria directa, a saber:

a) El Decreto N° 46/19, convalidó la Resolución N° 42/17E del entonces Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, por la cual se aprobó el Documento Proyecto Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ARG 16024 denominado “Apoyo a las Políticas de Ciencia Tecnología e Innovación de la Provincia de Buenos Aires”. El referido proyecto buscó fortalecer al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación y dotarlo de capacidades suficientes para ejecutar políticas en su materia que contribuyan a situar a la Provincia en una senda de desarrollo económico, social y cultural sostenible y equilibrado territorialmente

b) El Decreto N° 102/19, aprobó el Convenio entre la Secretaría de Gestión del Transporte del Ministerio de Transporte

de la Nación y la Subsecretaría de Transporte del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la provincia de Buenos Aires a los fines de constituir a la provincia de Buenos Aires como beneficiaria del Fondo de Compensación al transporte público de pasajeros por automotor urbano del interior del país, creado por el artículo 125 de la Ley Nacional Nº 27.467.

c) El Decreto Nº 116/19, aprobó la Addenda al Convenio Marco de Participación en el Programa de Desarrollo de Seguros Públicos Provinciales de Salud aprobado por Decreto Nº 339/14, celebrada entre el Ministerio de Salud de la Nación y la provincia de Buenos Aires, que tuvo por objeto incorporar a hombres de 20 a 64 años como población objetivo del programa SUMAR.

d) El Decreto Nº 133/2019, aprobó la Addenda al Convenio Marco de Participación en el Programa de Desarrollo de Seguros Públicos Provinciales de Salud – Programa SUMAR aprobado por Decreto Nº 339/14, celebrada entre el Ministerio de Salud de la Nación y la Provincia de Buenos Aires con fecha 18 de abril de 2017, prorrogando la vigencia del Convenio Marco hasta el 31 de diciembre de 2018 o hasta la finalización de los recursos CP BIRF Nº 8062 y/o Nº 8516-AR.

e) El Decreto Nº 184/19, aprobó el Convenio de Cooperación suscripto entre el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación y la Fundación Latinoamericana Verde (LATAMVE), mediante el cual establecieron el alcance de la intervención del Ministerio, como aliado de difusión, de los “Premios Latinoamérica Verde”.

f) El Decreto Nº 365/19, aprobó el Acuerdo Marco suscripto entre la Autoridad del Agua (ADA) y la Comisión Nacional de Actividades Espaciales (CONAE), mediante el cual las partes acordaron cooperar institucionalmente en el marco del Plan Espacial Nacional y del Proyecto Institucional “Implementación de Imágenes Satelitales de Alta Resolución para la Gestión de los Recursos Hídricos de la Provincia de Buenos Aires en Cumplimiento y Ejecución de las Misiones Encomendadas a la

Autoridad del Agua por la Ley N° 12.257 y las Leyes que la modifiquen, sustituyan o reemplacen”, impulsando el desarrollo, en el país, de la capacidad para transformar la información espacial en productos de alto valor agregado transferible a distintos sectores de la sociedad.

g) El Decreto N° 399/19, aprobó la Adenda I al Convenio de Colaboración Técnica y Cooperación Institucional celebrado entre el Estado Nacional y la provincia de Buenos Aires aprobado por el Decreto N° 1813/18, cuyo objeto se centraba en establecer un procedimiento eficaz de liquidación y pago de compensaciones tarifarias, con destino a las empresas prestatarias de transporte público de pasajeros por automotor de tipos urbano, provincial y municipal del Área Metropolitana de Buenos Aires, conforme el artículo 2° de la Ley N° 25.031.

h) El Decreto N° 498/19 aprobó un acuerdo específico entre la Comisión de Investigaciones Científicas, el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas y la Universidad Nacional de La Plata, con la finalidad de conformar el Observatorio Medioambiental de La Plata, cuyo objetivo principal es la integración de la información básica, el análisis permanente vinculado al medio ambiente y el aporte de los resultados para la prevención y solución por parte de las autoridades responsables.

i) El Decreto N° 585/19, aprobó el Convenio Marco suscripto entre el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la provincia de Buenos Aires y la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA), con el propósito de intercambiar experiencias de gestión, innovación y modernización tecnológica en el sector público, establecer relaciones formales de cooperación, en lo que se refiere a la realización de estudios y trabajos en áreas de interés conjunto, colaboración en el intercambio de información técnica y trabajo conjunto, en materia de formación de recursos humanos.

j) El Decreto N° 1241/19, aprobó el Convenio celebrado entre el Instituto Provincial de Lotería y Casinos de la provincia de Buenos Aires y la Caja Popular de Ahorros de la Provincia de

Tucumán, referente a la comercialización en la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires de la variante de juego denominada “Tele-Kino”, estableciendo porcentajes de distribución de la utilidad que surja de la recaudación bruta para el Fondo Provincial de Trasplante de Órganos y el Fondo Provincial de Juegos.

k) El Decreto N° 1315/19, aprobó el Convenio Marco de Adhesión al Programa de Desarrollo de Áreas Metropolitanas del Interior II (DAMI II) suscripto entre el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con financiamiento mediante Contrato de Préstamo BID N° 3780/OC-AR entre la República Argentina y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), asignándose a la Provincia y a la Ciudad en forma conjunta la cantidad de dólares estadounidenses veinte millones (U\$S 20.000.000).

l) El Decreto N° 1434/19, aprobó un Convenio de Cooperación suscripto entre la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación y el Gobierno de la provincia de Buenos Aires, a través del Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Salud y la Dirección General de Cultura y Educación, que tuvo por finalidad entablar acciones de cooperación y trabajo conjunto que permitan el alcance de los resultados esperados del “Plan Nacional de Prevención y Reducción del Embarazo No Intencional en la Adolescencia”.

II.2.10. Decretos de resolución de recursos administrativos

i. Durante 2019, se dictaron ocho (8) decretos que dieron tratamiento a recursos administrativos en el marco del Decreto-Ley N° 7647/70 contra resoluciones finales, referidos cinco (5) de ellos a recursos de revocatoria, dos (2) a recursos jerárquicos y un (1) recurso de apelación.⁴⁰ Dentro de ellos, el último men-

⁴⁰ El sistema recursivo provincial encuentra cabida en el Decreto-Ley N° 7647/70 en los artículos 86 (decisiones recurribles), 87 (cuestiones irrecurribles como dictámenes, vistas,

cionado reviste interés especial, atento que fue interpuesto por el Fiscal de Estado.

Cabe destacar que, al igual que en 2018, todos los recursos resueltos por la Gobernadora saliente durante 2019, fueron desfavorables al/ a la recurrente.

Asimismo, se advierte que, si bien hubo un incremento en la cantidad de recursos resueltos, en 2018 fueron cinco (5) decretos y en 2019 hubo ocho (8) actos dictados referidos al tema, lo cierto es que continúa siendo un número reducido.

Diversas causas podrían explicar la referida situación: por un lado, la cantidad de actos administrativos cuya decisión final corresponde a los/as ministros/as (competencia propia); y por otro lado, la delegación en los/as señores/as ministros/as, secretarios/as del Poder Ejecutivo, titulares de los Organismos de la Constitución y Asesor General de Gobierno, de la resolución del recurso jerárquico previsto en el artículo 100 del Decreto-Ley N° 7647/70 (art. 1° inc. 18, Decreto N° 272/17E).

Finalmente, nos parece importante destacar que sólo tres (3) de los decretos indican en su parte considerativa la fecha de interposición de los recursos, dato necesario para conocer si la Administración se expidió dentro los plazos legales.

Cabe recordar que el régimen establece que el órgano debe resolver dentro de los cinco (5) días el recurso de revocatoria

entre otros), 88 (toda impugnación debe ser canalizada por la Administración con independencia de la denominación dada por el recurrente), 89 al 91 (recurso de revocatoria y jerárquico en subsidio), 92 y 93 (recurso jerárquico), 94 (apelación -denominación dada al recurso contra la decisión de un ente autárquica que no deje expedita la vía contenciosa administrativa-); 95 (recursos contra actos generales) y 96 (recursos contra actos de oficio).

Por su parte, el artículo 97 determina las exclusiones; el 98 los efectos de la interposición del recurso, y los artículos 99 a 101 el trámite y decisión. Finalmente, el artículo 102 dispone que los recursos reglados en el capítulo en cuestión, rigen para los agentes administrativos, por la relación de empleo público, supletoriamente de los establecidos en la legislación específica.

Su importancia radica en la relación de lo actuado con el artículo 166, último párrafo, de la Constitución Provincial y el Código Contencioso Administrativo (Ley N° 12.008 y modificatorias), en relación al "agotamiento de la vía".

(art. 77 inc. f, Decreto-Ley Nº 7647/70), diez (10) días respecto del jerárquico (arts. 92 y 77 inc. g, Decreto-Ley Nº 7647/70) y treinta (30) días en el caso de la apelación (art. 77 inc. g *in fine*, Decreto-Ley Nº 7647/70).

En los tres (3) supuestos señalados se excedió ampliamente el plazo previsto legalmente. Así, tratándose en todos los casos de recurso de revocatoria, entre la interposición de las piezas recursivas que dieron origen a los Decretos Nº 1711/19⁴¹ y Nº 1712/19⁴² y su dictado, transcurrieron trescientos treinta y cinco (335) y trescientos treinta y un (331) días, respectivamente, y en el caso del Decreto Nº 608/19⁴³, el plazo fue de mil cuatrocientos noventa y dos días (1492).

ii. A continuación, pasaremos revista a los distintos decretos que resolvieron recursos:

a) El recurso de apelación resuelto mediante Decreto Nº 106/19, fue interpuesto por el Fiscal de Estado contra un acto considerado ilegítimo, mediante el cual se resolvió acordar el beneficio de jubilación ordinaria a L.A.M., a partir del 2 de junio de 2015, por encontrarse reunidos los requisitos establecidos en el Decreto-Ley Nº 9650/80 (T.O. 1994).

Contra dicho acto administrativo, se alzó el Fiscal cuestionando la prueba ofrecida por el interesado en el expediente de reconocimiento de servicios tramitado ante la ANSES. Sostuvo que los años de aportes certificados no resultaban ser fehacientes y que importaban una mera compra de servicios para obtener una prestación previsional.

El decreto no hizo lugar a lo impugnado, sosteniendo que en función del régimen de reciprocidad jubilatorio establecido por Decreto Nº 9316/46 y ratificado por Ley Nº 9.820, el

⁴¹ El recurso se interpuso el 4 de enero de 2019 y el decreto se dictó el 5 de diciembre del mismo año.

⁴² El recurso se interpuso el 8 de enero de 2019 y el decreto se dictó el 5 de diciembre del mismo año.

⁴³ El recurso se interpuso el 30 de abril de 2015 y el decreto se dictó el 31 de mayo de 2019.

reconocimiento por parte de la ANSES de las tareas autónomas cuya consideración se cuestionó, con la posterior calificación requerida por la normativa de aplicación para su cómputo, no es revisable en la instancia provincial.

En función de lo expuesto, la ex Gobernadora decidió rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal de Estado contra la Resolución del Instituto de Previsión Social N° 868.360 del 21 de junio de 2017, por los motivos expuestos en la parte considerativa.

Por último, en lo que aquí importa, el decreto presenta la particularidad de que la resolución es cuestionada por el Fiscal de Estado. Este singular modo de actuación, como refiere Tribiño,⁴⁴ tiene su antecedente más remoto en la Ley N° 733 de 1871. En la actualidad, sólo se encuentra establecida legalmente en las tramitaciones previsionales -Instituto de Previsión Social y Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía-; limitada, a aquellos supuestos en que la decisión administrativa no revista el carácter de definitiva -no cause “estado”-, lo que impide su cuestionamiento en el fuero contencioso administrativo local.

No obstante, atento que el Fiscal de Estado tiene a su cargo el control de los actos administrativos alcanzados por el artículo 38 de la Ley orgánica del órgano constitucional, le es posible al Fiscal cuestionar la legitimidad de éstos en otros casos, en especial cuando las decisiones cuestionadas provengan de órganos inferiores al Poder Ejecutivo.

b) Por su parte, a través del Decreto N° 501/19, la entonces jefa de la Administración Pública provincial decidió rechazar el recurso jerárquico planteado por el Presidente de la Cooperativa de Agua Potable y Otros Servicios Públicos de Melchor Romero Limitada contra la Resolución del Ministro de Producción N° 104/17, por no haber aportado, a su entender, nuevos

⁴⁴ Tribiño, Carlos R., *El Fiscal de Estado. La representación judicial del Estado y el control de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, Buenos Aires, p. 109.

elementos de juicio o hechos que permitieran enervar el acto atacado, quedando, de esta forma, agotada la vía administrativa.⁴⁵

Contra la referida resolución, el Presidente de la Cooperativa interpuso recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio. Por Resolución Ministerial Nº 175/18, se resolvió rechazar el recurso de revocatoria planteado y elevar el jerárquico en subsidio a la entonces Gobernadora a los fines de someterlo a su consideración. Habiéndose notificado dicha resolución, el recurrente hizo uso de su derecho de ampliar los fundamentos de la queja, en los términos del artículo 91 del Decreto-Ley Nº 7647/70.

Al respecto, la ex mandataria sostuvo que *“no obstante encontrarse fundado, el recurrente no aporta nuevos elementos*

⁴⁵ Cabe destacar que mediante el acto atacado, se declaró irregular e ineficaz a los efectos administrativos, la convocatoria y posterior realización de la asamblea ordinaria fijada para el 30 de abril de 2016 por el Consejo de Administración de la Cooperativa en cuestión, al tiempo que se declararon irregulares e ineficaces todas las incorporaciones de aspirantes defectuosamente admitidos desde el 1º de diciembre de 2015 por el Consejo de Administración, así como todos los asientos y registraciones efectuadas en el libro Registro de Asociados Nº 2 de la Cooperativa. Además, se intimó a la entidad para que proceda a efectuar el trámite de rúbrica del Libro Registro de Asociados Nº 3, y para que proceda a efectuar los asientos correspondientes a fin de subsanar irregularidades, debiendo exhibirlo con posterioridad, ante la Dirección de Fiscalización y Contralor; se le requirió a dicho organismo se expida acerca del cumplimiento de la Resolución INAC Nº 250/82 y la Resolución INAES Nº 5586/12, y del saneamiento de las demás irregularidades corroboradas en las actuaciones, observando el debido proceso y el principio de contradicción entre las partes; se instruyó a la Dirección de Registro, Archivo y Asuntos Legales, a efectos de que proceda a intervenir el Libro Registro de Asociados Nº 2, inutilizándolo en todas sus fojas. En igual sentido, se intimó a la Cooperativa para que, acredite la convocatoria a Asamblea General Ordinaria, bajo apercibimiento de proceder según lo dispuesto por los artículos 100 y 101 del Decreto-Ley Nº 20.337/73, y a incluir en el orden del día un punto referente a la íntegra lectura de la Resolución Nº 104/17. Además, se hizo saber al Consejo de Administración de la Cooperativa referida, que en la asamblea ordinaria a convocar sólo podrían participar los asociados debidamente incorporados hasta el 30 de noviembre de 2015, y se instruyó a la Dirección de Fiscalización y Contralor, a fin de que destaque veedores para la fiscalización del acto al que se refiere el artículo 9º de la mentada Resolución, quienes debían elaborar el informe correspondiente. Finalmente, se intimó a la entidad de marras, para que acredite la convocatoria a asamblea a efectos de considerar la reforma del estatuto social en lo concerniente al valor de la cuota social y se dio intervención a la Dirección Provincial de Educación, Promoción y Desarrollo para que, proyecte jornadas obligatorias de educación y capacitación, destinadas a la masa de asociados de la Cooperativa.

de juicio que ameriten cambiar el criterio expuesto en el acto impugnado” y, sin más, resolvió rechazar el recurso comentado.

c) El Decreto N° 608/19 resolvió sobre la presentación de un agente de Fiscalía de Estado mediante la cual solicitó el pago de la bonificación establecida en el artículo 4° del Decreto N° 3319/09⁴⁶, a partir de su entrada en vigencia y hasta la notificación del Decreto N° 1361/13, más la actualización monetaria e intereses hasta la fecha del efectivo pago.⁴⁷

En primer lugar, la Administración, invocando el principio de formalismo moderado, analizó la presentación como recurso de revocatoria contra el Decreto N° 3319/09 (artículo 88 del Decreto-Ley N° 7647/70). Sobre el particular, señala el acto en estudio que aquel devino extemporáneo, toda vez que el interesado se notificó del Decreto N° 3319/09 el 1° de julio de 2009 y dedujo la impugnación el 30 de abril de 2015.

A continuación, indicó que tampoco podía prosperar la petición como denuncia de ilegitimidad, ya que, a criterio de la autoridad, no obraban en el expediente constancias de que el agente se hubiese desempeñado con anterioridad en la condición invocada.

En base a lo expuesto, la ex Gobernadora rechazó por extemporáneo el recurso de revocatoria deducido contra el

⁴⁶ Cabe tener presente que tanto el Decreto N° 3319/09, como todos aquellos que en forma nominada otorgaban bonificaciones al personal que desempeñe funciones de chofer, se encuentran derogados en virtud del artículo 10 del Decreto N° 588/19, que unifica el tratamiento laboral de este rubro.

⁴⁷ Cabe destacar que el Decreto N° 3319/09 estableció, para los/as agentes que se desempeñaban como choferes en la Fiscalía de Estado, bajo el régimen de Planta Permanente y de Planta Temporaria de la Ley N° 10.430 y modificatorias, enumerados en su Anexo A una bonificación remunerativa no bonificable, calculada conforme su artículo 3°. Asimismo, para aquellos choferes con dedicación plena a la labor listados en el Anexo B, se adicionaba otra bonificación remunerativa no bonificable, conforme la escala prevista en el artículo 4°.

El recurrente se encontraba contemplado en el Anexo A del referido decreto, mas no en el Anexo B, en el cual fue incluido recién cuatro años después, mediante Decreto N° 1361/13.

Conforme surge de la parte considerativa del acto administrativo comentado, el agente fundó su reclamo en la circunstancia de encontrarse en igual situación laboral que los/as agentes incluidos/as oportunamente en el Anexo B del citado Decreto N° 3319/09.

Decreto Nº 3319/09 y lo desestimó como denuncia de ilegitimidad en los términos del artículo 74 del Decreto-Ley Nº 7647/70.

d) Mediante Decreto Nº 717/19, la entonces Gobernadora rechazó los recursos de revocatoria interpuestos por dos agentes del Departamento Desarrollo y Mantenimiento dependiente de la Dirección de Computación y Organización del Instituto de Previsión Social, contra el Decreto Nº 1670/13. Al respecto, corresponde señalar que por este acto se aprobó el plantel básico nominado e innominado de la referida dirección, de conformidad con la Disposición Nº 2812/09 de la entonces Dirección Provincial de Personal y se otorgó a los/as agentes comprendidos/as, una bonificación equivalente a la diferencia salarial existente entre la categoría de revista, agrupamiento y especialidad de cada uno y las categorías que en cada caso se establecen en él, conforme al acta paritaria Nº 6/12, por la cual se acordó la jerarquización de los roles informáticos asignados.

Para fundamentar dicha decisión, puso de manifiesto que toda modificación en la situación de revista de los/as agentes de la administración pública provincial, debe respetar las pautas establecidas en el régimen estatutario de pertenencia, que en el caso era la Ley Nº 10.430 (texto ordenado por Decreto Nº 1869/96) y su Decreto Reglamentario Nº 4161/96. Agregó que los artículos 155 y siguientes de la ley citada establecen el régimen de ascensos, promociones y cambios de agrupamiento, y estas circunstancias están supeditadas no sólo a la existencia de vacantes en el plantel básico respectivo, sino también al cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo a cubrir y a la calificación, antecedentes, méritos y capacitación del/ de la agente, razón por la cual todo cambio en la situación de revista debe adecuarse y ser consecuencia de la aplicación del régimen legal vigente. Asimismo, sostuvo que “el derecho a progresar en la carrera administrativa no justifica evadir los procedimientos establecidos al efecto en la Ley Nº 10.430, ni la obtención de categorías determinadas sobre la base exclusiva de la capacitación y con total prescindencia de las vacantes existentes, de

los concursos y selección que se realicen al efecto y las tareas efectivamente asignadas y cumplidas por los agentes.”

Finalmente, aseguró que los recurrentes no aportaron pruebas que, a su criterio, ameritaran la revisión de las certificaciones oportunamente expedidas por quien se desempeñaba como autoridad, razón por la cual no advirtió vulneración alguna de los derechos de los reclamantes, por lo que los recursos resultaron, a su entender, improcedentes.

e) Por su parte, el Decreto N° 1286/19, resolvió el recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio interpuesto por Federico Ebarlin, agente del Hospital Interzonal Especializado Neuropsiquiátrico de Agudos y Crónicos “Dr. Alejandro Korn” de Melchor Romero, contra el Decreto N° 38/17, por el cual se aceptó su renuncia al cargo de Director Asociado del referido establecimiento, a partir del 1° de mayo de 2016, y se lo reintegró a su cargo de revista como contador público asistente, con un régimen de treinta y seis (36) horas semanales de labor. El recurrente se agravió del régimen horario referido, postulando que le correspondía reintegrarse a un régimen de cuarenta y ocho (48) horas semanales de labor y, en sustento de esa pretensión, invocó el artículo 17 del Decreto N° 3589/91 y el Decreto N° 40/05, por el cual se reservó su cargo de revista con el régimen horario reclamado.

El Poder Ejecutivo rechazó el recurso, por considerar que, si bien el artículo 17 del Decreto N° 3589/91, reglamentario de la Ley N° 10.471, dispone que el agente que cesara en cualquiera de las funciones indicadas por el artículo 8° y hubiese desarrollado las mismas con extensión horaria y bloqueo de título, retomará el cargo de la planta en que reviste, manteniendo dichos beneficios, ello es así siempre y cuando las funciones del profesional o el establecimiento en que presta servicios no estén afectados al régimen de insalubridad, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Nacional N° 11.544 -y en los decretos Nros. 2198/01 y 2868/02, que receptaron la temática en la Provincia-, como ocurrió, según señala el acto en cuestión, en el caso de

autos. Asimismo, el rechazo del recurso se fundó en que, sin bien al momento de su designación como director asociado, por Decreto N° 40/05, el recurrente reservó un cargo de la planta permanente de la Ley N° 10.430, con un régimen de cuarenta y ocho (48) horas semanales de labor, con posterioridad, por Resolución 11112 N° 1075/11 fue reubicado en un cargo de la planta permanente de la Ley N° 10.471, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 14.061, y se transformó el régimen horario de su cargo de revista en uno de treinta y seis (36) horas semanales de labor.

f) Los Decretos N° 1711/19 y N° 1712/19 resolvieron los recursos de revocatoria interpuestos por la firma Apparel Argentina S.A. y Ana Mercedes Bozzarelli, titular de la firma “Asepsia Lavandería Industrial”, respectivamente, contra el Decreto N° 1753/18.

Mediante el acto atacado se aprobó la Licitación Pública N° 102-0071-LPU18 para la contratación del servicio de lavadero externo con/sin provisión de ropa con destino a diversos hospitales provinciales y unidades de pronta atención dependientes del Ministerio de Salud de la Provincia; resultando adjudicatarias las firmas Sistema Burbujas S.R.L., Lavadero Berazategui de Juan Palermo y Néstor Silvio Palermo, Lavadero Banfield S.A., Tex Care Argentina S.A., Lavadero El Lucero S.R.L y Lavadero Anca S.A. Asimismo, se rechazaron las impugnaciones efectuadas por las firmas Bozzarelli Ana Mercedes y Apparel Argentina S.A. al Dictamen de Preadjudicación de ofertas. Notificado el Decreto N° 1753/18 a los oferentes el día 27 de diciembre de 2018, las empresas interpusieron contra él, en forma temporánea, sendos recursos de revocatoria.

A través de su presentación de fecha 4 de enero de 2019, la firma Apparel Argentina S.A. solicitó la nulidad del acto administrativo, por entender que conculcaba normas de orden constitucional. Al mismo tiempo, la recurrente adujo haber sido víctima de una falsa denuncia por parte de la Federación de Cámaras de Lavanderías, Limpierías y Afines de la República

Argentina (FEDELARA), a través de la cual, según alegó, se realizaron acuerdos de precios, afectando de esta forma la Ley de Defensa de la Competencia.

Conforme surge de la parte considerativa del acto impugnado, el recurso interpuesto adolece de los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 89 del Decreto-Ley N° 7647/70, en tanto no fue interpuesto ante autoridad competente. Sin perjuicio de ello, en virtud del principio de informalismo fue declarado procedente.

A pesar de ello, el Decreto N° 1711/19 rechazó el recurso de revocatoria, señalando que *“los argumentos vertidos no difieren de los que fueran manifestados oportunamente en la impugnación al Dictamen de Preadjudicación de ofertas y por lo tanto no se encuentran elementos que permitan modificar el criterio tenido en cuenta para proceder a la impugnación del acto administrativo aquí recurrido, y careciendo este último de vicio alguno en sus elementos esenciales que pudieran determinar su revocación parcial o total, corresponde desestimar el recurso de revocatoria interpuesto”*.

Por su parte, la firma “Asepsia Lavandería Industrial”, a través de su titular, Ana Mercedes Bozzarelli, presentó su pieza recursiva el 8 de enero de 2019, mediante la cual se agravó de la afectación al debido proceso por no respetarse, a su entender en forma injustificada, el plazo de cinco (5) días previsto en el artículo 20, apartado 2° del Anexo I del Decreto N° 1300/16, vigente al momento de dictarse acto atacado, dado que la apertura de ofertas acaeció el día 28 de junio de 2018 y la Comisión Asesora de Preadjudicación produjo su dictamen con fecha 23 de julio de 2018. Asimismo, denunció incumplimiento de los deberes de funcionario público.⁴⁸

⁴⁸ Cabe destacar que la Comisión Asesora de Preadjudicación, en el referido dictamen recomendó rechazar la oferta de la recurrente por encontrarse bajo una suspensión en el Registro Provincial de Lavaderos Industriales de Ropa y Transporte de Ropa dispuesta por el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) mediante Disposición N° 124/18 de fecha 17 de julio de 2018. Al presentar su queja, en aquella oportunidad, la

Sobre la impugnación, la entonces titular del Poder Ejecutivo consideró que los argumentos vertidos no diferían de los que fueran manifestados oportunamente en la impugnación al Dictamen de Preadjudicación de ofertas y por lo tanto no se encontraban, a su entender, elementos que permitieran modificar el criterio tenido en cuenta para proceder a la impugnación del acto administrativo recurrido, y careciendo, según su criterio, este último de vicio alguno en sus elementos esenciales que pudieran determinar su revocación parcial o total; mediante, Decreto N° 1712/19, rechazó el recurso de revocatoria interpuesto.

g) El Decreto N° 1734/19 resolvió el recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio interpuesto por la Cámara de Operadores de Establecimientos Externos del Puerto de San Nicolás (COEEPSA) contra la Resolución N° 208/19 del Ministerio de Producción, mediante la cual se aprobaron las propuestas de designación de directores del Consorcio de Gestión del Puerto de San Nicolás, creado por Decreto N° 96/19.

El acto en análisis señala en su parte considerativa que COEEPSA se presentó interponiendo recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio contra la resolución mencionada, solicitando, asimismo, la suspensión de efectos del acto, manifestando diversos agravios, a saber: i) la falta de evaluación técnica y jurídica en las designaciones; ii) la ausencia de dictamen legal previo a la suscripción de la resolución; iii) la carencia de razonabilidad y legalidad de la misma; iv) la falta de representatividad de las entidades cuyos directores fueron designados; v) indicando que la Resolución atacada lesiona ilegítimamente los intereses de COEEPSA y el interés público comprometido, en tanto posee vicios en su causa, motivación y finalidad.

firma manifestó que la suspensión dispuesta por el OPDS tenía carácter provisorio y solicitó por ello se revea la desestimación recomendada en el dictamen; al tiempo que requirió que se excluyera a las firmas Tex Care SA y Lavadero Anca S.A., aduciendo infracciones a la normativa vigente aplicable al proceso licitatorio. Previo al dictado del Decreto N° 1753/18 cuestionado, la Comisión se expidió sobre el reclamo, aconsejando su rechazo.

Rechazado el recurso de revocatoria, como así también la solicitud de suspensión de sus efectos, a través de la Resolución N° 304/19 del Ministerio de Producción; se procedió a intimar a la recurrente a los fines que proceda a ampliar o mejorar los fundamentos en los términos del artículo 91 del Decreto-Ley N° 7647/70. Finalmente, se elevaron las actuaciones para la consideración del recurso jerárquico interpuesto en subsidio por parte de la ex Gobernadora, quien, alegando que en cuanto a la cuestión de fondo, el recurrente reiteró los fundamentos que motivaron el rechazo de la revocatoria, sin aportar nuevos elementos o argumentos que permitan modificar la decisión tomada, procedió a su rechazo.

II.2.11. Decretos relativos a contrataciones públicas

i. En referencia a las diligencias para licitar, contratar, adjudicar y gestionar la adquisición de bienes y servicios, se registran dieciséis (16) decretos, mediante los cuales el Sector Público provincial alcanzado por las disposiciones de la Ley N° 13.981, requirió la firma de la máxima autoridad Provincial.

Cabe señalar que de ellos, seis (6) han sido tramitados a través del Sistema de Compras Electrónicas de la Provincia de Buenos Aires, denominado “PBAC”⁴⁹.

En cuanto a los procedimientos de selección elegidos, se registran seis (6) decretos que reflejan la elección del procedimiento licitatorio público (N° 668/19 y N° 1344/19 – refieren al mismo proceso contractual-, N° 705/19, N° 817/19, N° 1235/19 y N° 182/19) y tres (3) decretos que aprueban contrataciones directas excepcionales en razón del sujeto (N° 15/19 modificado por el N° 246/19 y N° 145/19).

⁴⁹ El referido sistema fue habilitado el 3 de abril de 2017 por Resolución Conjunta N° 20/17 del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y N° 92/17 del Contador General de la Provincia de Buenos Aires, y reglamentado su uso posteriormente, el 14 de junio de 2017 por la Resolución N° 5/17 de la Contaduría General de la Provincia (Decretos N° 1314/19, N° 668/19, N° 1344/19, N° 705/19, N° 817/19 y N° 1235/19).

Finalmente, encontramos siete (7) decretos que refieren a la etapa de ejecución contractual (Nº 14/19, Nº 27/19, Nº 848/19, Nº 1735/19, Nº 214/19, Nº 453/19 y Nº 1314/19).

ii. Etapa de ejecución contractual.

a) Durante el ejercicio 2019 se han dictado cuatro (4) decretos, registrados bajo los números Nº 14/19, Nº 27/19, Nº 848/19 y Nº 1735/19, mediante los cuales el Estado Provincial, a través de las carteras de Estado de Desarrollo Social, Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, Salud y Justicia, ha ejercido la prerrogativa de prorrogar sus contratos de conformidad con lo establecido por el artículo 7º, inciso f, de la Ley Nº 13.981 y su Decreto Reglamentario Nº 1.300/16 –entonces vigente-, los cuales implicaron el compromiso de erogación por las sumas , pesos un millón novecientos cincuenta y dos mil seiscientos dieciocho con cuarenta centavos (\$1.952.618,40), de pesos ciento cincuenta y seis millones seiscientos veintisiete mil quinientos (\$156.627.500,00) dólares estadounidenses tres millones quinientos veintiséis mil quinientos noventa y cuatro con veinte centavos (U\$S 3.526.594,20), pesos novecientos noventa millones cuatrocientos treinta y un mil setecientos noventa y cuatro con ochenta centavos (\$ 990.431.794,80) y pesos ochocientos cincuenta y cuatro millones novecientos veinte mil trescientos veintitrés con sesenta y un centavos (\$854.920.323,61), respectivamente.

Los contratos prorrogados por los Decretos Nº 14/19, Nº 848/19 y Nº 1735/19 fueron formalizados en el marco de las Licitaciones Públicas Nº 2/18, Nº 25/17 y Nº 1/16, por los cuales se contrató el Servicio de Organización de Eventos para el Programa “El Estado en tu Barrio”, la prestación del servicio de elaboración y distribución de comidas, con destino al/ a la paciente internado/a, guarderías y personal autorizado de los hospitales y Unidades de Pronta Atención (UPA), dependientes del Ministerio de Salud y la prestación del servicio asistido de racionamiento para la cocción de alimentos destinados a la elaboración de desayuno, almuerzo, merienda y cena, para

distintas Unidades Carcelarias y Establecimientos Penitenciarios, respectivamente.

Por otro lado, cabe señalar que el contrato prorrogado por el Decreto N° 27/19, ha sido formalizado en el marco de una Contratación Directa, encuadrada en las previsiones del artículo 18, inciso 2°, apartado d), de la Ley N° 13.981.

b) Asimismo, se ejerció la prerrogativa estatal de ampliación contractual a través de los Decretos N° 214/19, N° 453/19 y N° 1314/19, de conformidad con lo establecido por el artículo 7, inciso b, de la Ley N° 139.81, los dos (2) primeros bajo el régimen del Decreto Reglamentario N° 1300/16 y el último del Decreto Reglamentario N° 59/19 -actualmente vigente con modificaciones-.

El Decreto N° 214/19, fue impulsado por el Ministerio de Justicia para la aprobación de las ampliaciones de las órdenes de compra emitidas en el marco de la Licitación Pública N° 1/16, tendiente a contratar la prestación del servicio asistido de racionamiento para la cocción de alimentos destinados a la elaboración de desayuno, almuerzo, merienda y cena, para las unidades penitenciarias N° 28, N° 35 y N° 51 de Magdalena, por la suma de pesos cincuenta millones novecientos setenta y siete mil trescientos sesenta (\$ 50.977.360,00).

El Decreto N° 453/19, impulsado por la Dirección General de Cultura y Educación, implicó la suma de pesos doscientos ochenta y nueve millones cuatrocientos cincuenta y tres mil seiscientos (\$289.453.600,00), destinada a la ampliación de la Orden de Compra Abierta emitida en el marco de la Licitación Pública N° 4/18, para la contratación de los servicios de alojamiento con media pensión y pensión completa, alquiler de salones equipados, traslados y catering para las jornadas de capacitación y encuentros destinados a alumnos/as y docentes de la provincia de Buenos Aires.

Finalmente, el Decreto N° 1314/19 refiere a la ampliación de la Orden de Compra emitida en el marco de la Licitación Pública N° 4/19, Proceso de Compra N° 445-0052-LPU19,

por la adquisición de leche en polvo en el marco del Programa “Vaso de Leche por Día”, impulsada por el Ministerio de Desarrollo Social, implicando la autorización conferida el importe de pesos cuatrocientos un millones quinientos veinte mil (\$ 401.520.000,00).

iii. Proceso de selección del cocontratante.

a) Se registra un proceso de selección del cocontratante de excepción en razón del sujeto (con el Ministerio de Seguridad –POLAD-), bajo el encuadre legal previsto en artículo 18 apartado 2) inciso a) de la Ley Nº 13.981 y su Decreto Nº 1300/16 impulsado por el Ministerio de Salud, aprobado por Decreto Nº 15/19, para la prestación del servicio de Policía Adicional, por un importe de pesos doscientos noventa millones cuarenta y tres mil seiscientos (\$290.043.600,00), modificado por el Decreto Nº 246/19 en la suma de pesos trescientos cincuenta y ocho millones setecientos mil cuatrocientos noventa y seis (\$ 358.700.496,00) a raíz de la actualización del valor hora de servicio conforme a la Resolución del Ministerio de Seguridad Nº 7/19.

Asimismo, y con sus particularidades, puede englobarse en la presente categoría al Decreto Nº 145/19, través del cual se ratificó la Resolución Nº 443/19 del Instituto Provincial de Lotería y Casinos de la Provincia de Buenos Aires, que prorrogara, a partir de la fecha de su vencimiento -31 de diciembre 2018-, los términos de los contratos aprobados por Decretos Nº 836/07 y Nº 2400/02, referentes al funcionamiento del Casino de Mar del Plata y de Tandil, respectivamente, ambos con la firma Boldt S.A. seleccionada directamente, hasta el 30 de junio de 2019 o momento de entrada en vigencia del nuevo contrato con el/los proveedores que resulten adjudicatarios en el proceso licitatorio Nº 1/18, de resultar anterior a dicha fecha.

Cabe acotar que desde que se suscribieron los mismos, aprobado el primero en el marco de las previsiones del artículo 26 inciso 3 d) del Decreto-Ley de Contabilidad Nº 7.764/71 y el segundo de ellos careciendo el texto del decreto de encuadre legal, fueron prorrogados sucesivamente, tal como da cuenta

el artículo 1 de la Resolución citada “...los términos de los contratos aprobados por Decretos N° 836/07, N° 2400/02 prorrogados por Resoluciones N° 1765/12 – ratificada por Decreto N° 913/13-; N° 910/14 –ratificada por Decreto N° 784/14-; N° 2488/14 –ratificada por Decreto N° 901/16-; N° 297/16 -ratificada por Decreto N° 901/16-; N° 1893/16 –ratificada por Decreto N° 16-E/2017-; N° 674/17 –ratificada por Decreto N° 438-E/17-; y N° RESOL-2018-303-GDEBAIPLYCMJGM –ratificada por Decreto N° DECTO-2018-350-GDEBA-GPBA-; suscriptos entre el Instituto Provincial de Lotería y Casinos y “Boldt S.A.”

b) Por otro lado, se registraron los siguientes procedimientos de selección de Licitación Pública, con encuadre en lo establecido en el artículo 17 de la Ley N° 13.981:

El Decreto N° 668/19 – impulsado por el Ministerio de Justicia- por el cual se autorizó el llamado a Licitación Pública y se aprobaron las bases concursales, para contratar el servicio de monitoreo electrónico para supervisar a mil seiscientos (1.600) internos/as por radiofrecuencia y a cuatrocientos (400) internos/as por rastreo GPS, incluyendo ambas modalidades verificación de identidad por reconocimiento de voz y la provisión de equipamiento necesario, con destino a la Dirección de Monitoreo Electrónico dependiente de la Dirección General de Seguridad del Servicio Penitenciario Bonaerense, por un plazo de prestación de setecientos treinta (730) días corridos. Dicho proceso tramitó bajo el Proceso de Compra N° 164-0037-LPU19 y fue aprobado y adjudicado mediante Decreto N° 1344/19 por la suma de pesos mil cuatrocientos setenta millones ochocientos cuatro mil (\$ 1.470.804.000,00).

Por otro lado, el Ministerio de Desarrollo Social impulsó el Decreto N° 705/19, por el cual se aprobó la Licitación Pública N° 4/19, Proceso de Compra N° 445-0052-LPU19, tendiente a la adquisición de dos millones cien mil (2.100.000) kilos de leche en polvo para el Programa “Vaso de Leche por Día” y se adjudicó por la suma de pesos quinientos un millones novecientos mil (\$501.900.000,00).

El Decreto Nº 817/19, por su parte, impulsado por el Ministerio de Justicia, aprobó la Licitación Pública Nº 164-0126-LPU18, tendiente a contratar la provisión de gas licuado propano a granel, con destino a distintas Unidades Carcelarias y Establecimientos Penitenciarios, con un plazo de entrega de 730 días desde la formalización del contrato, adjudicado por la suma de pesos seiscientos dos millones veintiún mil ciento noventa y cinco (\$602.021.195,00).

El Decreto Nº 1235/19, impulsado por el Ministerio de Salud, por el cual se aprobó la Licitación Pública (Proceso de Compra Nº 99-0155-LPU18) para la adquisición de insumos médicos con destino al Banco de Drogas dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, por un monto total de pesos novecientos ochenta y tres millones doscientos sesenta y cuatro mil ochenta y cuatro con treinta y cuatro centavos (\$983.264.084,34).

De los decretos citados cuatro (4) fueron bajo el régimen del Decreto Reglamentario Nº 1300/16, vigente al momento del dictado del acto administrativo que autorizó la contratación (Decretos Nº 15/19, Nº 246/19, Nº 817/19 y Nº 1235/19) y tres bajo la reglamentación aprobada por el Decreto Nº 59/19 (Nº 668/19, Nº 1344/19 y Nº 705/19).

Como se había citado, por Decreto Nº 145/19 se habilitó la prórroga, a partir de la fecha de su vencimiento -31 de diciembre 2018-, de los contratos aprobados por Decretos Nº 836/2007 y Nº 2400/2002, referentes al funcionamiento del Casino de Mar del Plata y de Tandil, respectivamente, ambos con la firma BOLDT S.A. seleccionada directamente, hasta el 30 de junio de 2019 o momento de entrada en vigencia del nuevo contrato con el/los proveedores que resulten adjudicatarios en el proceso licitatorio Nº 1/18, de resultar anterior a dicha fecha.

Dicha Licitación Pública Nº 1/18, se encuadró en las previsiones del artículo 17 de la Ley Nº 13.981 y en el artículo 17 apartado 1 -Licitación Pública- y apartado 2 -de Etapa Múltiple- del Anexo I del Decreto Nº 1300/16, impulsada para la

contratación de un servicio integral, cuyo objeto consiste en la provisión y mantenimiento de Máquinas Electrónicas de Juegos de Azar Automatizadas, el Control On-Line de las mismas, la remodelación, construcción y/o cesión y puesta en valor de las distintas Salas de Juego y diversos Servicios Complementarios y anexos a la actividad lúdica, y puesta en valor de las distintas Salas de los Casinos Oficiales de la Provincia de Buenos Aires, Central Mar del Plata, Casino Anexo III de Mar del Plata (Hotel Hermitage), Casino de Miramar, Casino de Monte Hermoso, Casino de Pinamar, Casino de Tigre y Casino de Tandil.

Por el Decreto N° 182/19 se aprobó la referida contratación, por un período de veinte (20) años contados a partir de la fecha de suscripción del contrato, con posibilidad de prórroga de un (1) año adicional, a opción del Instituto Provincial de Lotería y Casinos, y se adjudicó el Renglón N° 1 (Casino de Tigre y Casino de Pinamar) al oferente “Boldt S.A”, el cual contará como única retribución el porcentaje de cincuenta y tres por ciento (53 %) de la rentabilidad mensual producida por la explotación de las máquinas electrónicas de juego de Azar que se instalen, los casinos referidos y el Renglón N° 3 (Casino Central de Mar del Plata y Casino Monte Hermoso) al oferente “Casino de Victoria S.A” el cual contará como única retribución el porcentaje de cincuenta y cinco coma cinco por ciento (55,5 %) de la rentabilidad mensual producida por la explotación de las máquinas electrónicas de juego de Azar que se instalen los casinos mencionados.

Cabe resaltar que el Renglón N° 2 conformado por el Casino de Tandil, Casino de Miramar y Casino Anexo III de Mar del Plata (Hotel Hermitage) quedó fracasado.

II.2.12. Decretos de legítimo abono

En el año 2019 se registró un (1) decreto de reconocimiento del gasto y autorización del pago bajo la denominada figura del “legítimo abono”.

Por el Decreto N° 533/19 tramitado en expediente EX-2018-29135099-GDEBA-DDPRYMGEMSGP, se reconoció el gasto

y se autorizó el pago de la suma de ciento cuarenta y siete millones seiscientos veintitrés mil cuatrocientos noventa y seis con noventa centavos (\$147.623.496,90), a favor de la firma Telefónica de Argentina S.A., por la provisión del Servicio de Soporte y Mantenimiento Integral de Emergencias 911, durante el período comprendido entre los meses de enero a agosto del año 2018, en el marco del Proyecto BID 2210/OC-AR “Programa de Seguridad Ciudadana e Inclusión de la Provincia de Buenos Aires” (PSCI).

El acto fue dictado en uso de las atribuciones conferidas por el Decreto Nº 523/18 y artículo 144 –proemio– de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, estableciendo en su artículo 4º que “una vez efectuado el gasto, deberán remitirse las presentes actuaciones a la Contaduría General de la Provincia a los fines de su evaluación en los términos de los artículos 104, 112 y 113 de la Ley Nº 13.767 y su Decreto Reglamentario.”

Conforme al seguimiento del expediente citado, si bien la Orden de Pago se autorizó el 05 de junio de 2019 y se pagó el 13 del mismo mes, al 11 de septiembre de 2020 el expediente no fue remitido a la Contaduría General de la Provincia.

II.2.13. Decretos relativos a las funciones colegislativas del Poder Ejecutivo: promulgación de leyes y veto

En relación al ejercicio de las funciones colegislativas, el Poder Ejecutivo participa en la formación de las leyes mediante la promulgación y publicación (art. 108 y concordantes de la Constitución Provincial). En ese contexto, debemos señalar que durante el 2019 se dictaron únicamente tres (3) decretos promulgatorios de leyes; al tiempo que no se registró que la entonces Gobernadora haya hecho uso de la prerrogativa constitucional de veto durante el período en análisis.

Sobre el particular, es dable resaltar que, de los tres (3) actos administrativos mencionados, dos (2) refieren a leyes sancionadas por el Poder Legislativo los últimos días de 2018. Estos son los Decretos Nº 11/19 y Nº 12/19, mediante los cuales se

promulgaron las Leyes N° 15.109 y N° 15.110, respectivamente. El restante, Decreto N° 245/19, promulgó la Ley N° 15.134, mediante la cual, en el marco de la Ley Nacional N° 27.499 denominada “Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado”, se estableció la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública, en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, ya sea por cargo electivo, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, en el ámbito de los tres poderes del Estado provincial.

Cabe destacar que, en todos los casos, la facultad constitucional se ejerció al límite del plazo previsto en el artículo 108 de la norma fundamental provincial. En ese sentido, los dos primeros decretos se dictaron en el décimo día hábil desde que fuera comunicada la norma al Poder Ejecutivo, mientras que el primero lo fue al noveno día hábil.

Sobre la temática analizada, durante 2018 se registraron un total de diecinueve (19) decretos: dieciséis (16) promulgatorios y tres (3) vetos, de los cuales uno (1) fue total y dos (2) fueron parciales. La explicación a la abrupta caída en la cantidad de decretos referidos a la temática, se relaciona con el número de leyes sancionadas por la Honorable Legislatura provincial en cada uno de los períodos. Así, mientras que durante el 2018 se sancionaron ciento doce (112) leyes, en todo el 2019 fueron sancionadas treinta y seis (36), de las cuales treinta (30) lo fueron durante el período comprendido entre el 1° de enero y el 10 de diciembre.

Al respecto, consideramos pertinente mencionar que durante 2018 la entonces Gobernadora se expidió expresamente sobre el dieciséis con noventa y seis por ciento (16,96%) de las leyes sancionadas, mientras que durante el período objeto del presente del año 2019, lo hizo sobre el diez por ciento (10%). Si bien la proporción continúa siendo menor, la diferencia se reduce significativamente.

Por otro lado, resulta de interés señalar que, de las treinta (30) leyes sancionadas en el plazo que se analiza en el presente trabajo, diecisiete (17) declaran personalidad destacada o ciudadano ilustre⁵⁰.

II.2.14. Reglamentos Ejecutivos

En oportunidad de tratar el reglamento como especie de acto administrativo en la publicación anterior de la presente investigación, se referenciaron los cuatro tipos de reglamentos, a saber: ejecutivo, autónomo, delegado y de necesidad y urgencia.

Con relación al reglamento ejecutivo, se señaló que, como atribución del Poder Ejecutivo conferida por el inciso 2° del

⁵⁰ Como dijimos, la Ley Nº 15.134 de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, fue promulgada expresamente por el Decreto Nº 245/19. A continuación, listamos las restantes doce (12) leyes que fueron promulgadas tácitamente durante el período comprendido entre el 1° de enero y el 10 de diciembre de 2019: Ley Nº 15.136 - Otorga al Yacht Club Argentino, permiso de uso y goce de la fracción de tierra y espejo de agua donde funcionan sus instalaciones, ubicado en el partido de General Pueyrredón (puerto de Mar del Plata). Ley Nº 15.137 - Declara Fiesta Provincial a la denominada "Fiesta de la harina", llevada a cabo anualmente el mes de abril, teniendo como sede a la ciudad de Alberti. Ley Nº 15.138 - Declara Saladillo como "Capital Provincial del Helicóptero Argentino". Ley Nº 15.139 - Modifica el artículo 11 del Título IV "Consejo Provincial de Seguridad Vial" de la Ley Nº 13.927 (Código de Tránsito). Ley Nº 15.141 - Declara "Paisaje Protegido de Interés Provincial" a la zona de desarrollo eco-turístico de Arenas Verdes, partido de Lobería. Ley Nº 15.142 - Declara "Monumento Histórico Provincial", en los términos de la ley Nº 10.419 y sus modificatorias, al Monumento a Evita, sito en la localidad de los Toldos, partido de General Viamonte. Ley Nº 15.143 - modifica las Leyes Nº 13.927 y Nº 14.547 (Código de Tránsito - obligatoriedad - chaleco reflectante - casco reglamentario - ciclomotor - motocicleta - triciclos motorizados - cuatriciclos - estaciones de servicio - prohibición - notificación por infracción o falta). Ley Nº 15.144 - Suspense por 180 días las acciones judiciales, trámites y/o diligencias que tengan por objeto ordenar y/o ejecutar el desalojo de la Cooperativa de Trabajo el Amanecer Ltda, de la localidad de Burzaco, partido de Almirante Brown. Ley Nº 15.146 - Declara a la ciudad de Carmen de Patagones, perteneciente a la "Comarca Viedma-Carmen de Patagones" como cuna del canotaje. Ley Nº 15.147 - Prórroga por el término de 1 año la vigencia de la Ley Nº 14.262, modificada por las Leyes Nº 14.366, Nº 14.521, Nº 14.593, Nº 14.713, Nº 14.826, Nº 14.935 y Nº 15.120, a partir de la fecha de vencimiento de esta última (inembargabilidad-clubes). Ley Nº 15.148 - Modifica el artículo 1° de la Ley Nº 14.820 referente al "Día del Bibliotecario". Ley Nº 15.149 - Dispone la donación de diferentes inmuebles a la Municipalidad de Roque Pérez, con el cargo de destinarlos a "vivienda única, familiar, de uso propio y de ocupación permanente".

artículo 144 de la Constitución bonaerense, es el acto administrativo tendiente a hacer ejecutar las leyes de la Provincia y, en tal sentido, la actividad reglamentaria se realiza siempre *secundum legem*, completando la ley y regulando detalles indispensables para asegurar su cumplimiento.

Cabe recordar que, además de la intervención en el procedimiento de los organismos de la Administración con competencia material -primaria o secundaria-, al tratarse de actos de carácter general, estos son también sometidos, antes de su dictado, al dictamen jurídico del Asesor General de Gobierno y la vista del Fiscal de Estado (art. 123 del Decreto Ley N° 7647/70). Asimismo, es requerida la intervención previa, mediante informe, de la Contaduría General de la Provincia, en caso de que se deban interpretar las disposiciones legales y reglamentarias en materia de su competencia y asesorar en dicho aspecto a los organismos de la Administración provincial (art. 90 inc. b) Ley N° 13.767). Ello, en concordancia con el artículo 104 inc. d) del Decreto N° 3260/08 (reglamentario de la Ley N° 13.767) que establece que ejerce, en cualquier etapa sustancial, el control previo de los actos que impliquen o afecten, de manera directa o indirecta, el patrimonio del Estado o que supongan cualquier erogación, gasto, ingreso o egreso de bienes al mismo.

A continuación, pasamos revista de los diecisiete (17) decretos reglamentarios dictados por el Poder Ejecutivo en 2019, haciendo una breve reseña de cada uno:

a) Decreto N° 43/19: aprueba la reglamentación de la Ley N° 13.951⁵¹ “Régimen de Mediación en Conflictos Judiciales”. También, designa al Ministerio de Justicia⁵² como Autoridad de Aplicación de la ley y administrador del Fondo de Financiamiento

⁵¹ La Ley N° 13.951 establece el régimen de mediación como método alternativo de resolución de conflictos judiciales en el ámbito de la Provincia (art. 1°); la que será obligatoria previo a todo juicio, con las exclusiones contempladas (art. 2°); y voluntaria como instancia previa a la Mediación Obligatoria (art. 3°).

⁵² Actual Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ley N° 15.164.

del Registro Provincial de Mediadores y para el funcionamiento del Sistema de Mediación.

Entre los fundamentos invocados para reemplazar la reglamentación vigente a ese momento, aprobada por Decreto Nº 2530/10, modificada por los Decretos Nº 132/11 y Nº 359/12, podemos citar: i) la experiencia recabada luego de transcurridos cinco (5) años desde la implementación del mecanismo de resolución de conflictos; ii) que durante el proceso de elaboración de la reforma fueron consultadas instituciones académicas, colegios profesionales y los mediadores y mediadoras que ejercen cada día su profesión; y iii) la necesidad de unificar las pautas de procedimiento que rigen la mediación voluntaria y obligatoria.

b) Decreto Nº 59/19: mediante la Ley Nº 13.981, que este decreto reglamenta, se incorporó el Subsistema de Contrataciones del Estado Provincial al Sistema de Administración Financiera del Sector Público de la Provincia de Buenos Aires previsto en la Ley Nº 13.767, incorporando la mencionada norma una regulación detallada del instituto del contrato administrativo, tanto en su etapa procedimental, como en su regulación sustantiva, mediante la incorporación de principios, derechos y prerrogativas que regulan su ejecución.

El Subsistema de Contrataciones se publicó en el Boletín Oficial Nº 26.115 del 27 de abril de 2009, sin embargo, la propia ley (en su texto y producto de posteriores reformas) se encontraba condicionada en su vigencia al dictado de la norma reglamentaria, lo que se produjo recién en el año 2010, mediante el Decreto Nº 1300/16.

El referido decreto tuvo por objeto, según emerge de su parte considerativa, instrumentar medidas tendientes a la modernización de los procesos administrativos de adquisición de bienes y servicios, así como su adecuación a las nuevas tecnologías, a fin de dar cumplimiento al mandato constitucional de promover el bienestar general. Además, se propuso reforzar los ejes centrales para la gestión pública dotando a la Administración Pública provincial de las herramientas necesarias para

la transformación de las estructuras burocráticas y que aporten soluciones a las necesidades ciudadanas.

Poco más de dos (2) años después, el 4 de febrero de 2019, se dictó el Decreto N° 59, norma que procuró incorporar la experiencia recogida en el transcurso del tiempo desde la vigencia del Decreto N° 1300/16 y determinados cambios en las estructuras orgánicas de las jurisdicciones provinciales, circunstancias que exigían una readecuación normativa con la finalidad de adaptarla a las necesidades del interés público.

La implementación de Ley N° 13.981, por medio de su reglamentación (primero con la impartida por el Decreto N° 1300/16 y luego con la aprobada por el Decreto N° 59/19), ha reportado como ventaja distintiva la adopción de un sistema de compra electrónica (actualmente el PBAC), que a la vez incorporan distintas modalidades de contratación, tendientes a favorecer la adquisición centralizada y rápida de determinados bienes y servicios.

El paso inicial dado por el legislador, hace ya once (11) años, previendo expresamente la incorporación de las herramientas que hacen a la nueva gestión pública y las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar la tramitación de los procesos de compra en aras de lograr celeridad, transparencia y eficacia, y la implementación posterior a través de su reglamentación, han marcado un hito local en materia de contrataciones.

Sin embargo, debe destacarse una circunstancia coyuntural que acompañó la vigencia de ambos reglamentos, que consistió en las declaraciones de emergencia sobre siete (7) ámbitos (administrativa, tecnológica, infraestructura, hábitat, vivienda, servicios públicos, seguridad pública, política y salud penitenciaria) instrumentadas por tres (3) leyes sancionadas en los primeros meses del 2016 (Leyes N° 14.806, N° 14.812 y N° 14.815)⁵³

⁵³ Actualmente estas leyes se encuentran prorrogadas por Ley N° 15.165. La que, además, extiende el estado de emergencia al ámbito social, económico, productivo y energético (artículo 1°.

normas que contenían, cada una de ellas y de forma distinta, regímenes especiales y de excepción para realizar contrataciones públicas; las que, además, fueron sucesivamente prorrogadas hasta abarcar todo el mandato constitucional del Poder Ejecutivo.

Si bien, en el contexto de emergencia –por prolongado que sea– los procedimientos abreviados pueden ser un aporte a la solución de la coyuntura, y en tal sentido, resulta útil depositar energías allí, ello no debe implicar desatender el régimen general, como aspecto clave para contribuir al saneamiento de las cuentas públicas del Estado, que al fin de cuentas redundará en un beneficio de la comunidad.

Estos regímenes excepcionales, y de limitada extensión temporal, deberían, desde nuestro punto de vista, ser objeto de análisis, mediante su confrontación con el régimen general, dado que este último tiene vocación de comprender, incluso, aquellas circunstancias de emergencia, sin que, por lo tanto, estas requieran un apartamiento temporal.

En este sentido, el factor político debe aportar su visión para modelar la dinámica y progresiva modernización que requiere el Subsistema de Contrataciones, para que brinde los elementos necesarios para cumplir los objetivos de la gestión.

La progresividad del régimen jurídico de las contrataciones podría venir de la mano de un nuevo texto reglamentario que resuelva los obstáculos que las jurisdicciones vienen experimentando en el tiempo que lleva de aplicación la Ley Nº 13.981, y que promueva mecanismos de compras unificadas

Declarase el estado de emergencia social, económica, productiva, y energética en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, como así también la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público provincial, centralizado, descentralizado, organismos autónomos, autárquicos, de la Constitución, aun cuando sus estatutos, cartas orgánicas o leyes especiales requieran una inclusión expresa para su aplicación. Queda comprendido en la declaración de emergencia el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, así como aquellos entes en los que el Estado Provincial se encuentre asociado con uno o varios Municipios. Los términos de la presente Ley se aplicarán a toda disposición que se dicte con posterioridad, siempre que se haga referencia expresa a la emergencia que se declara.)

que trascienden el ámbito exclusivamente provincial y que puedan comprender contrataciones conjuntas y colaborativas con reparticiones nacionales o municipales.

c) Decreto N° 70/19⁵⁴: estableció el marco normativo general para ser aplicado a la programación presupuestaria para el Ejercicio 2019.

Cabe tener presente que, luego de obtener la aprobación del presupuesto (o, frente a la omisión, su prórroga) la Ley N° 13.767 (Administración Financiera) regula su etapa de ejecución; y, en ese marco, establece que corresponde al Poder Ejecutivo programar, para cada ejercicio, la ejecución física y financiera de aquel; ello con la finalidad de garantizar su correcta ejecución y compatibilizar los resultados esperados con los recursos disponibles.

En el mismo sentido, la Ley N° 10.189 (complementaria permanente de presupuesto) establece, en su artículo 45, que el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía, instruye a todas las jurisdicciones y entidades comprendidas sobre los alcances y modalidades de la programación presupuestaria.

En este sentido, el decreto en comentario se enmarca con una norma tendiente a establecer limitaciones y mecanismos para la ejecución del presupuesto.

Finalmente, cabe señalar que en la ejecución del presupuesto, conforme a la norma mencionada, el entonces Ministerio de Economía se encontraba facultado a fijar los importes máximos mensuales a comprometer; competencia que, además, le atribuye la reglamentación de la Ley N° 13.767 (art. 34, Decreto N° 3260/08), al establecer las llamadas “cuotas de gastos de compromiso y devengado”, resultando importante destacar que constituye una obligación de aquella jurisdicción -a fin de procurar la correcta ejecución- la de aprobarlas y comunicarlas.

⁵⁴ Por Decreto N° 1/2020 se prorroga la programación presupuestaria para el Ejercicio 2020, como consecuencia de la Ley N° 15.165, que prorroga el Presupuesto General Ejercicio 2019 (Ley N° 15.078), para el Ejercicio 2020.

d) Decreto Nº 131/19: reglamenta el artículo 39 de la Ley Nº 15.078 -Presupuesto 2019- a través del cual se crea un régimen de ayuda financiera destinado a financiar obras municipales, siendo el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos la Autoridad de Aplicación.

La finalidad del decreto es ordenar el procedimiento tendiente a llevar a cabo las ayudas financieras, establecidas por Ley, a los diferentes municipios, estableciendo para ello requisitos tales como: proyectos alcanzados, documentación necesaria y evaluación de los mismos por parte de la Autoridad de Aplicación.

e) Decreto Nº 181/19: este decreto reglamenta el Título VIII de la Ley Nº 15.079 -Impositiva 2019-, referido a la “Regulación del Juego *on line*”; aprueba el Régimen General de Convocatoria para el Otorgamiento de Licencias de Juego *on line*, y crea el Registro de Aspirantes a Licenciario. Por último, faculta al Instituto Provincial de Lotería y Casinos, en su carácter de Autoridad de Aplicación a dictar las normas aclaratorias, interpretativas y complementarias.

El objetivo de la reglamentación es, a través de las habilitaciones de los juegos comprendidos en la ley y el registro de las licencias, asegurar el orden público, asumiendo el efectivo control sobre los juegos que se realicen bajo aquella modalidad, procurando evitar las apuestas de juegos de azar en sitios de internet no autorizados, a fin de erradicar el juego ilegal, evitar el fraude en el juego y el blanqueo de capitales.

f) Decreto Nº 265/19: reglamenta los artículos 3º del Decreto-Ley Nº 6769/58, 148 de la Ley Nº 13.688 y 13 bis de la Ley Nº 5.109, en los términos de la Ley Nº 14.836⁵⁵, facultando a la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires a adoptar

⁵⁵ Ley Nº 14.836, Artículo 1º. Modifícase el artículo 3º del Decreto Ley Nº 6769/58, “Ley Orgánica de las Municipalidades”, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Artículo 3º. El Intendente y los Concejales serán elegidos directamente por el pueblo, durarán en sus funciones el término de cuatro (4) años y podrán ser reelectos por un nuevo período.

todas las medidas y dictar las normas operativas que estime pertinentes.

La Ley reglamentada regula el alcance de algunos derechos políticos -en particular, las limitaciones a las reelección-, y salariales de los/as Intendentes/as, Concejales/as, Consejeros/as escolares, Diputados/as y Senadores/as.

En lo sustancial, el decreto reglamenta las limitaciones establecidas en la ley, tales como la prohibición de reelección para un tercer mandato consecutivo establecida para Intendente/a, Concejales/as, Consejeros/as Escolares, Diputados/as y Senadores/as que, establece, abarca a quienes, habiendo sido reelectos en el mismo cargo para un segundo mandato consecutivo, hayan asumido sus funciones y ejercido por más de dos (2) años, continuos o alternados; la forma de cómputo del ejercicio de los cargos y sus reemplazos.

f) Decreto N° 266/19: la Ley N° 14.848 de Participación Política Equitativa entre Géneros modificó el artículo 32 de la Ley N° 5.109, estableciendo que las listas de candidatos a cuerpos colegiados a oficializarse deberán respetar una equivalencia del cincuenta por ciento (50%) del género femenino y

Si han sido reelectos no podrán ser elegidos en el mismo cargo, sino con intervalo de un período. El concejo se renovará por mitades cada dos (2) años”.

Artículo 4°: Modifícase el artículo 148 de la Ley N° 13688 y sus modificatorias “Ley de Educación”, el que quedará redactado de la siguiente forma: “Artículo 148. Los Consejeros Escolares duran cuatro (4) años en sus funciones renovándose por mitades cada dos (2) años y podrán ser reelectos por un nuevo período. Si han sido reelectos no podrán ser elegidos en el mismo cargo, sino con intervalo de un período. Habrá además un número de Consejeros Escolares Suplentes igual al de Titulares. El número de Consejeros Escolares por Distrito varía de cuatro (4) a diez (10), de acuerdo a la cantidad de Establecimientos Educativos Públicos existentes de acuerdo a la siguiente escala: a) Hasta 60 Establecimientos Educativos: cuatro (4) Consejeros. b) Desde 61 hasta 200 Establecimientos Educativos: seis (6) Consejeros. c) Desde 201 hasta 350 establecimientos educativos: ocho (8) Consejeros. d) Desde 351 Establecimientos Educativos diez (10) Consejeros.”

Artículo 5°: Incorpórase a la Ley N° 5109 el artículo 13 bis, con la siguiente redacción: “Artículo 13 bis: Los Diputados y Senadores podrán ser reelectos por un nuevo período. Si han sido reelectos no podrán ser elegidos en el mismo cargo, sino con intervalo de un período”.

otro cincuenta por ciento (50%) del masculino, porcentajes que serán aplicables a la totalidad de la lista, la cual deberá cumplir con el mecanismo de alternancia y secuencialidad entre género por binomios (mujer- hombre u hombre-mujer). Asimismo, se estableció que cuando se trate de nóminas u órganos impares, la diferencia entre el total de hombres y mujeres no podrá ser superior a uno.

Además, modificó el artículo 11 de la Ley Nº 14.086, estableciéndose que deberá respetarse la paridad para candidaturas femeninas y masculinas prevista en el artículo 32 de la Ley Nº 5.109.

En tal sentido, el decreto comentado reglamenta la ley a efectos de que la paridad de géneros con mandato de posición se vea reflejada tanto en las listas de precandidatos presentadas en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) como en las listas de candidatos/as correspondientes a las Elecciones Generales.

g) Decreto Nº 267/19: aprueba la reglamentación de la Ley Nº 14.086 que establece para el ámbito de la provincia de Buenos Aires el régimen de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) para la selección de candidatos a cargos públicos electivos para todos los partidos políticos, agrupaciones municipales, federaciones y alianzas transitorias electorales, que deseen intervenir en la Elección General.

Al igual que el Decreto Nº 265/19, faculta a la Junta Electoral a adoptar todas las medidas y dictar las normas operativas que estime pertinentes a efectos de facilitar y garantizar la realización del acto electoral.

h) Decreto Nº 531/19: aprueba la reglamentación de la Ley Nº 11.459, norma que regula el Certificado de Aptitud Ambiental exigible a las industrias instaladas o que se instalen dentro de la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires; estableciendo que constituye un requisito indispensable para el otorgamiento de las correspondientes habilitaciones industriales por parte de los municipios.

La reglamentación establece las actividades alcanzadas, por remisión al Nomenclador de Actividades aprobado por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA); el Nivel de Complejidad Ambiental (NCA) para la Clasificación de los Establecimientos Industriales en las categorías previstas en el artículo 15 de la Ley N° 11.459, así como el detalle de las condiciones y trámite del Certificado requerido.

Por último, designa Autoridad de Aplicación al Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS).

i) Decreto N° 580/19: en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N° 15.134, el mencionado decreto designa Autoridad de Aplicación, al Instituto Provincial de Género y Diversidad Sexual dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos⁵⁶ o el que en el futuro pudiera reemplazarlo, quedando facultado a dictar las normas interpretativas, complementarias y/o aclaratorias que resultaren necesarias.

Resulta oportuno destacar que la Ley N° 15.134 establece el programa permanente de capacitación institucional en género y violencia contra las mujeres en el ámbito de provincia de Buenos Aires, conforme la Ley Nacional N° 27.499 denominada “Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado”. En otros términos, es la adhesión de la Provincia a la ley nacional⁵⁷.

⁵⁶ El Decreto N° 45/2020 establece que el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual es Autoridad de Aplicación de la Leyes N° 15.134 (de capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres, en el marco de la Ley Micaela) y N° 14.783, en los términos de los Decretos N° 580/19 y N° 1473/19 (art. 16).

⁵⁷ Como antecedentes en la lucha contra este flagelo, podemos mencionar la Ley Nacional N° 24.632 (publicada el 9 de abril de 1996), que aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención De Belem Do Para”, suscripta el 9 de junio de 1994, por la cual “Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer, y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”.

Previo a la ley que aprobó la “Convención De Belem Do Para” se celebró en Beijing en el año 1995 la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, adoptada por 189 países, incluida la Argentina. En el encuentro se aprobaron una Declaración y un Programa de Acción.

j) Decreto Nº 669/19: modifica el ya citado Decreto Nº 59/19, reglamentario de la Ley Nº 13.981, al tiempo que declara al servicio de enlace de datos como un servicio básico de telecomunicaciones de la Administración Pública provincial. Asimismo, crea el Registro Abierto y Permanente de Proveedores de Servicios de Enlace de Datos (R.A.P.P.S.E.D.), con el fin de inscribir a los prestatarios de dicho servicio, otorgando mayor certeza sobre la cantidad, asiento, capacidades técnicas y disponibilidad con la que cuentan los diferentes prestatarios.

En la Declaración los gobiernos se manifiestan decididos a intensificar los esfuerzos y acciones encaminados a alcanzar las metas de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer; a garantizar a todas las mujeres y las niñas todos los derechos humanos y libertades fundamentales, como la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en la educación y la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva de la mujer y su educación, y tomar medidas eficaces contra las violaciones de esos derechos y libertades; a prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas; entre otros.

La Plataforma de Acción es un programa encaminado a crear condiciones necesarias para la potenciación del papel de la mujer en la sociedad, con eje en doce esferas de especial preocupación.

En 2009 se sanciona y promulga la Ley Nº 26.485, de protección integral de las mujeres, busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia.

Por Ley Nº 27.210 del año 2015 se crea el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género, en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el que tendrá como misión garantizar el acceso a la justicia de las personas víctimas de violencia de género en consonancia con las prescripciones de la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y hacer efectivo el ejercicio y goce de los derechos consagrados en ésta y otras normas relacionadas con la problemática.

Además, se instituye el día 11 de marzo de cada año, como el “Día Nacional de la Lucha contra la Violencia de Género en los Medios de Comunicación” (Ley Nº 27.176 de 2015).

Luego, la Ley Nº 27.234, también del mismo año, establece las bases para que en todos los establecimientos educativos del país, públicos o privados, de nivel primario, secundario y terciario se realice la jornada “Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género” con el objetivo de que los alumnos, las alumnas y docentes desarrollen y afiancen actitudes, saberes, valores y prácticas que contribuyan a prevenir y erradicar la violencia de género.

En 2019 se dicta la Ley Nº 27.533, cuyo objeto es visibilizar, prevenir y erradicar la violencia política contra las mujeres.

Por último, designa Autoridad de Aplicación de las disposiciones del decreto en análisis al Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros, al cual se faculta a dictar todas las normas aclaratorias y complementarias que faciliten su implementación,

k) Decreto N° 1036/19: dispone la modificación del artículo 41 del Decreto N° 3260/08, reglamentario de la Ley N° 13.767, a fin de asignar los recursos percibidos durante el año 2019, correspondientes a transferencias a percibir devengadas en 2018, de manera extrapresupuestaria, con destino a compensar las cuentas de recursos a percibir anticipadas en ejercicios anteriores.

l) Decreto N° 1236/19: aprueba la modificación del Decreto N° 1050/09, reglamentario de la Ley N° 13.982 - régimen estatutario para el personal de las policías de la provincia de Buenos Aires-, estableciendo nuevas pautas para el proceso de ascenso del personal policial, en lo relativo a la evaluación y calificación, dotando de este modo de nuevas competencias a la “Junta de Calificaciones”.

m) Decreto N° 1288/19: reglamenta la Ley N° 14.761, que crea el Fondo destinado al Financiamiento Operativo de las Federaciones y Asociaciones de Bomberos Voluntarios de la Provincia de Buenos Aires.

Además, designó Autoridad de Aplicación del mencionado régimen al Ministerio de Seguridad, a través de la Dirección Provincial de Defensa Civil, o la repartición que en el futuro la reemplace, con facultad de dictar las normas interpretativas, complementarias y aclaratorias que resulten necesarias. Finalmente, derogó la reglamentación anterior, aprobada por Decreto N° 74/11.

n) Decreto N° 1473/19: aprueba la reglamentación de la Ley N° 14.783, que tiene por objeto establecer como acción positiva la obligación de ocupar en el Sector Público de la provincia de Buenos Aires, en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de su personal, a personas travestis, transexuales y transgénero.

Designa Autoridad de Aplicación a la Secretaría⁵⁸ de Derechos Humanos y al Ministerio de Trabajo, o la repartición que en el futuro las reemplace, quienes dictarán las normas interpretativas, complementarias y aclaratorias que resulten necesarias.

Ambas jurisdicciones deben crear una Comisión encargada de intervenir en el procedimiento de cobertura de vacantes y monitorear el cumplimiento del cupo; se establece, además, un deber de información de las jurisdicciones integrantes de la Administración hacia el Ministerio de Trabajo y la creación del “Registro Sacayán” para las postulaciones de quienes aspiren a ocupar las vacantes abiertas o reservadas por la ley.

ñ) Decreto N° 1698/19: este decreto designa autoridad de aplicación de la Ley N° 15.105⁵⁹ al Ministerio de Justicia⁶⁰, a través de la Dirección de Entidades Profesionales o la repartición que en el futuro la reemplace, la cual dictará las normas interpretativas, complementarias y aclaratorias que resulten necesarias.

La Ley reglamentada tuvo por objeto la creación y regulación del Colegio de Profesionales de la Higiene y Seguridad en el Trabajo de la Provincia de Buenos Aires.

o) Decreto N° 1786/19⁶¹: aprueba la reglamentación de la Ley N° 14.893, “Licencia para mujeres víctimas de violencia”, destinada a todas las trabajadoras de la administración pública

⁵⁸ El Decreto N° 45/2020 establece que el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual es Autoridad de Aplicación de la Leyes N° 15.134 (de capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres, en el marco de la Ley Micaela) y N° 14.783, en los términos de los Decretos N° 580/19 y N° 1473/19 (art. 16).

⁵⁹ Crea el Colegio de Profesionales de la Higiene y Seguridad en el Trabajo de la Provincia de Buenos Aires.

⁶⁰ Actual Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ley N° 15.164.

⁶¹ Derogado por Decreto N° 121/2020. La actual reglamentación dispone que “Cualquiera sea el régimen estatutario de la trabajadora y las modalidades de licencias y permisos que el mismo establezca, el otorgamiento de la Licencia para Mujeres Víctimas de Violencia, con las formas indicadas en el presente reglamento, es obligatorio para la Dirección Delegada de la Dirección Provincial de Personal u oficina de personal que haga sus veces en el Organismo

o sociedades de economía mixta con participación estatal mayoritaria de la provincia.

No obstante, este Decreto no llegó a publicarse en el Boletín Oficial, dado que fue derogado por el Decreto N° 121/2020 que reglamentó la mencionada licencia.

II.2.15. Decretos de convalidación de ordenanzas municipales de ordenamiento territorial

En 2019 el Poder Ejecutivo provincial dictó, en materia de ordenamiento urbano, seis (6) decretos convalidando ordenanzas municipales, con la siguiente configuración, a saber: dos (2) del Municipio de San Nicolás de los Arroyos (Decretos N° 60/19 y N° 146/19); uno (1) de Chacabuco (Decreto N° 61/19); uno (1) de Zárate (Decreto N° 95/19); uno (1) de Junín (Decreto N° 156/19) y, finalmente, uno (1) de Pilar (Decreto N° 45/19).

Los expedientes mediante los cuales tramitaron los referidos actos fueron caratulados tres (3) en el Ministerio de Gobierno y los restantes en el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos.

respectivo y su uso no podrá ser modificado, suspendido ni interrumpido por razones de servicio." (art. 3°).

Prevé un mecanismo de denuncia de fácil acceso, por lo tanto, no es admisible ningún tipo de traba burocrática ni dilaciones en el tratamiento: "Se entenderá por denuncia todo medio idóneo, por el que se haya puesto en conocimiento de un organismo estatal competente la situación de violencia referida, incluyéndose los distintos dispositivos y servicios de atención a víctimas." (art. 5°).

Otra previsión de la norma, tendiente a animar a la víctima a realizar la denuncia por violencia contra toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal, y evitar, además, la re-victimización, es la que dispone que "Todas las dependencias, organismos y agentes que participen en el marco de la tramitación de la Licencia para Mujeres Víctimas de Violencia, así como los organismos y equipos de acompañamiento intervinientes, deberán preservar el derecho a la intimidad de la trabajadora y guardar estricta reserva sobre toda documentación e información a la que accedan, las que tendrán carácter reservado y confidencial, estableciéndose la prohibición de su reproducción o difusión por cualquier medio, debiendo codificarse su identidad en el informe de presentismo de manera especial." (art. 15).

En comparación con el 2018, podemos observar una disminución significativa en la emisión de decretos sobre la temática, teniendo en cuenta que, en igual plazo, el año anterior se dictaron veintidós (22). Ello se debe a que, mediante Decreto N° 183/19, del 25 de marzo, se delegó en el Ministro Secretario en el Departamento de Gobierno la aprobación establecida en el artículo 83 del Decreto-Ley N° 8912/77 (T.O. 1987). Cabe tener presente que el referido precepto establece que ordenanzas correspondientes a las distintas etapas de los planes de ordenamiento podrán sancionarse una vez que dichas etapas fueren aprobadas por el Poder Ejecutivo, el que tomará intervención, previo dictamen de los Organismos Provinciales competentes, a los efectos de: a) verificar el grado de concordancia con los objetivos y estrategias definidos por el Gobierno de la Provincia para el sector y con las orientaciones generales y particulares de los planes provinciales y regionales de desarrollo económico y social y de ordenamiento territorial, así como el grado de compatibilidad de las mismas con las de los Municipios linderos; y b) verificar si se ajustan en un todo al marco normativo referencial dado por el referido decreto-ley y sus disposiciones reglamentarias, y si al prever ampliaciones de áreas urbanas, zonas residenciales extraurbanas e industriales, se han cumplimentado las exigencias contenidas en la misma para admitir dichos actos. Como se advierte, la norma determina que las etapas deben ser aprobadas por el Poder Ejecutivo provincial, previo a la sanción de la ordenanza. Sin embargo, la práctica demuestra que primero se sancionan las ordenanzas y, posteriormente, el Poder Ejecutivo las convalida. Tal es el caso de los seis (6) decretos sobre la materia dictados durante 2019.

Finalmente, podemos observar una disparidad en los plazos de tramitación de dichos decretos convalidatorios, pues varían de trescientos cuarenta y cinco (345) a dos mil ciento treinta y cuatro (2134) días, tales son los casos de las ordenanzas de los municipios de Zárate y San Nicolás de los Arroyos, convalidadas por Decretos N° 95/19 y N° 146/19. La situación planteada puede obedecer a diferentes causas, tal como se ha observado

en la investigación de los decretos dictados en el año 2018, las cuales podrían englobarse en:

i. Cuestiones técnico-administrativas, por ejemplo, observaciones a nivel provincial de los organismos de contralor o del área técnica, que requiera rectificación por parte del municipio (ya sea de planos, de indicadores urbanísticos, entre otros), motivo por el cual el trámite vuelve a la comuna en más de una ocasión. Otro caso puede ser la falta de documentación o la existencia de documentación vencida, debiendo el municipio gestionar nuevos certificados ante el organismo correspondiente.

ii. Cuestiones político-institucionales, por ejemplo, que el Concejo Deliberante demore en sancionar la ordenanza, ya sea porque no se encuentre sesionando o por no contar con el quórum requerido.

II.2.16. Decretos referidos a agrupamientos industriales

i. Durante el período en análisis se dictaron cuatro (4) decretos referidos al tema del título, es decir, uno más que durante el 2018. Así, mediante los Decretos N° 247/19, N° 671/19, N° 993/19 y N° 1697/19, se crearon el “Parque Industrial Privado San Vicente S.A.”, en el Partido de San Vicente; el “Parque Industrial Privado Desarrollo Productivo S.A.”, el “Parque Industrial Buen Ayre II”, ambos en el partido de Moreno; y el “Sector Planificado Mixto Reconquista”, en el partido de San Miguel.

ii. Sentado ello, diremos que la Ley N° 13.744 y su modificatoria, establece el régimen de creación y funcionamiento de Agrupamientos Industriales, aplicable en todo el territorio de la Provincia (art. 1). Entendiendo por tales, a los predios habilitados para el asentamiento de actividades manufactureras y de servicios, dotados de infraestructura, servicios comunes y equipamiento apropiado para el desarrollo de tales actividades. Los agrupamientos industriales se clasifican en: a) Parque Industrial, b) Sector Industrial Planificado, c) Área de Servicios Industriales y Logística, d) Incubadoras de Empresas,

e) Unidades Modulares Productivas, y f) Parque Industrial Pequeño y Mediano (art. 2).

En el Título Segundo de la Ley se establecen los requisitos que las personas interesadas deben cumplimentar para que se acceda al decreto de aprobación, modificación o ampliación. Así, se indica, en primer término, que la solicitud puede ser presentada en forma independiente o conjunta por los siguientes sujetos: 1. Persona jurídica; 2. Asociación Gremial Empresaria y 3. Municipio, Provincia de Buenos Aires y/o Gobierno Nacional (art. 3).

El proyecto de Agrupamiento Industrial a ser evaluado por la Autoridad de Aplicación (al momento de realizar el presente, el Ministerio de Producción, Ciencia e Innovación Tecnológica) deberá contener la documentación que certifique la titularidad de las tierras, o encontrarse comprendido en los términos del artículo 26 inciso d) y los Informes de Factibilidad Municipal. Asimismo, el proyecto deberá contar con información referida a: a) tipo de agrupamiento y denominación propuesta para el mismo; b) medidas y superficie total del predio; c) aptitud hidráulica del predio; d) planimetría con la subdivisión del predio en parcelas y distribución de acceso y calles internas, en condiciones de presentar ante la Dirección Provincial de Geodesia; e) detalle referido a la provisión actual y proyectada de los servicios (comunicaciones, agua, energía eléctrica, gas, etc.) y sus redes de distribución interna; f) detalle del tratamiento y conducción de efluentes pluviales e industriales a cuerpo receptor; g) requerimientos particulares que establezca la reglamentación de acuerdo al tipo de agrupamiento; y h) proyecto de Reglamento de Administración y Funcionamiento (art. 4).

Una vez aprobada la solicitud mediante el dictado del pertinente decreto, el sujeto solicitante queda habilitado a iniciar las obras especificadas en el mismo (art. 7). Posteriormente, con el final de obra y el proyecto de Reglamento de Administración y Funcionamiento, la Autoridad de Aplicación evaluará el mencionado reglamento y la correspondencia entre las obras realizadas y el proyecto aprobado (art. 8).

Finalmente, el reconocimiento concedido mediante acto administrativo habilitará al promotor del Agrupamiento a adjudicar parcelas o unidades funcionales dentro de los límites del mismo (art. 9).

iii. Respecto del procedimiento y áreas intervinientes, a grandes rasgos, podemos indicar que el expediente es iniciado por la Dirección Provincial de Industria dependiente de la Subsecretaría de Industria, Minería y Actividades Portuarias del Ministerio de Producción. Reunidos los extremos requeridos por la Ley N° 13.744, la Dirección de Planeamiento y Desarrollo Industrial, efectúa los análisis de factibilidad técnica y, de contar con dicho aval, se inicia el paso por los organismos de asesoramiento y control. Finalizando, mediante la suscripción del Decreto, previa intervención de la Secretaría Legal y Técnica.

II.2.17. Decretos sobre tarifas de servicios públicos

Durante el 2019 se dictó un (1) solo decreto respecto a la temática a analizar. Se trata del Decreto N° 58/19, el cual tuvo como finalidad principal modificar el régimen tarifario para la prestación de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales.

Es dable destacar que, mediante los artículos 2° y 3° se establecieron medidas para no alterar el encasillamiento de los usuarios en los respectivos rangos, tanto para el sistema de facturación del servicio medido como del no medido; mientras que por el artículo 4° se mantuvo la plena vigencia del régimen tarifario aprobado mediante Decreto N° 3144/08 y sus modificatorios, en lo que no fuera modificado por el decreto en análisis.

Cabe señalar que, de conformidad a lo establecido en el artículo 9° de la Ley N° 14.745, mediante el cual se modificó el artículo 88 del Anexo del Decreto N° 878/03, y sus modificatorias (convalidado por Ley N° 13.154), el 8 de enero de 2019, en el Salón Auditorio del Pasaje Dardo Rocha de la ciudad de La Plata, se dio cumplimiento a la audiencia pública convocada

por la Autoridad del Agua de la provincia de Buenos Aires, a través de los diarios El Día, Ámbito y Clarín, los días 5, 6 y 7 de diciembre del 2018 y en el diario La Nueva de Bahía Blanca, los días 8, 9 y 10 de diciembre del 2018, con el objeto de informar los motivos de la solicitud de la variación tarifaria efectuada por Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima (ABSA).

El acta de Audiencia fue suscripta por el entonces Presidente de ABSA y la entonces Subsecretaria Administrativa del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos.

Por último, destacaremos que desde la caratulación de las actuaciones hasta la refrenda del decreto transcurrieron sesenta y ocho (68) días corridos.

II.2.18. Decretos sobre subsidios

i. Durante el periodo en análisis el Poder Ejecutivo suscribió dos (2) decretos otorgando subsidios a diversos municipios y a una Asociación Civil. Comparando con el año 2018, durante el cual se registraron trece (13) actos sobre esta materia, se advierte una reducción del ochenta y cinco por ciento (85%) en el año 2019.

Cabe destacar que la baja cantidad de actos administrativos emitidos encuentra, en parte, su justificación en que, en su mayoría, estas subvenciones son otorgadas por las áreas correspondientes de los Ministerios.

ii. El primero de los subsidios en cuestión fue impulsado por la entonces Secretaría de Derechos Humanos y otorgado mediante Decreto N° 1433/19. A través de este acto, se aprobó un convenio con el Equipo Argentino de Antropología Forense Asociación Civil, otorgándole la suma de pesos un millón quinientos mil (\$1.500.000), a fin de solventar gastos de trabajos que realizaron en la Provincia en el marco de causas judiciales, la impermeabilización del techo de la sede central de la institución para asegurar la correcta conservación de muestras óseas bajo custodia de la entidad y la adquisición de equipos de computación.

Si bien en la parte considerativa del referido decreto se menciona que se acompañó la documentación exigida por el Decreto N° 467/07 y modificatorios, no se cita esa norma en párrafo del considerando correspondiente al encuadre legal, limitándose a mencionar que el mismo se dicta en el marco de las atribuciones conferidas por el artículo 144 -proemio- de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Por su parte, el segundo decreto tiene su origen en el ámbito del ex Ministerio de Desarrollo Social. El subsidio otorgado mediante Decreto N° 1474/19 tuvo como finalidad solventar el gasto en concepto de Apoyo Económico para el desarrollo de la Etapa Final de los “Juegos Bonaerenses 2019”, con destino a cuarenta y tres (43) Municipios, por un monto total de pesos cincuenta y un millones cincuenta y cinco mil ochocientos veinte (\$ 51.055.820).

El acto fue dictado en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 144 -proemio- de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y conforme lo establecido por los Decretos N° 467/07, sus modificatorios, y N° 70/19.

Teniendo en cuenta este detalle, podemos señalar que el monto total en subsidios otorgado durante el 2019 es de pesos cincuenta dos millones quinientos cincuenta y cinco mil ochocientos veinte (\$52.555.820).

Si bien el número de decretos disminuyó considerablemente de un año a otro, no ocurre lo mismo con los montos totales. Así en el año 2018 ascendió a pesos cincuenta y cinco millones ciento cuarenta y nueve mil quinientos cincuenta con cincuenta y siete centavos (\$55.149.550,57), lo que nos arroja que se redujo sólo en un cinco por ciento (5%) el monto total.

Por otro lado, observamos que las actuaciones tramitaron por expediente electrónico, insumiendo noventa y ocho (98) días corridos el Decreto N° 1433/19 y sesenta y nueve (69) días corridos el Decreto N° 1474/19.

II.2.19. Decretos rectificatorios

En este apartado analizaremos los decretos rectificatorios dictados en el 2019, período durante el cual la entonces Gobernadora refrendó cinco (5) actos relativos a diversas temáticas, a saber:

a) Decreto Nº 93/19: Por el cual, se rectificó el Decreto Nº 700/16, mediante el cual se designó, a partir del 17 de febrero de 2016, a M. L. G. como Directora Ejecutiva del Hospital Zonal General de Agudos “Virgen del Carmen” de Zárate, en virtud de manifestar, la funcionaria designada, que tomó posesión del cargo el 4 de marzo del referido año. La rectificación fue encuadrada en el artículo 115 del Decreto-Ley Nº 7647/70.

b) Decreto Nº 94/19: Modificó el Decreto Nº 725/17 E, por el cual tramitó la designación de N. F. P. en un cargo de médico asistente interino, especialidad: nefrología, como consecuencia de consignarse erróneamente la denominación de la especialidad en que debió ser designado.

c) Decreto Nº 402/19: El mencionado acto administrativo enmendó el artículo 5º del Decreto Nº 1964/18 el régimen horario de los agentes designados por haberse consignado erróneamente.

d) Decreto Nº 559/19: Corrigió la fecha de la limitación de funciones de S.E.C. la cual fue dispuesta mediante Resolución Nº 1072/05 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos. Además, teniendo en consideración, lo resuelto en el mentado acto administrativo, se practicó un solapado reconocimiento de servicios.

e) Decreto Nº 1432/19: Rectificó el artículo 2º del Decreto Nº 816/18 mediante el cual se aprobó la desagregación de la estructura orgánico funcional, hasta el nivel de jefe/a de departamento, de la entonces Secretaría Legal y Técnica y de Asesoría General de Gobierno, determinando cuáles serían los cargos correspondientes y fijándose expresamente que “todos ellos conforme a los cargos vigentes que rigen en la Administración

Pública Provincial; Ley N° 10.430 y su Decreto Reglamentario N° 4.161/96 (T.O. Decreto N° 1.869/96).”, omitiendo consignar que la estructura mencionada contiene cargos susceptibles de ser cubiertos por agentes incluidos/as en el régimen establecido por la Ley N° 10.449.

Para finalizar señalaremos, a los fines comparativos, que en el año 2018 hubo siete (7) decretos referidos a la categoría analizada.

II.2.20. Decretos no parametrizados

En último lugar, englobamos bajo el rótulo de “no parametrizados” a los treinta y cinco (35) decretos dictados durante el período en análisis que no se corresponden con las categorías establecidas.

Se trata de actos de diferente naturaleza, dentro de los cuales encontramos, entre otros, la prórroga de las emergencias en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos, y administrativa y tecnológica, mediante los Decretos N° 270/19 y N° 532/19, respectivamente; la creación de los entes de derecho público no estatal Consorcio de Gestión del Puerto de Dock Sud (Decreto N° 13/19), Consorcio de Gestión del Puerto de San Nicolás (Decreto N° 96/19) y Consorcio de Gestión del Puerto de Coronel Rosales (Decreto N° 584/19); la institución del Año Nuevo de los Pueblos Originarios el día correspondiente al solsticio de invierno para el hemisferio sur, a través del Decreto N° 672/19; y los llamados a concurso de antecedentes para cubrir cargos de vocales en el Tribunal Fiscal de Apelación, con título habilitante de contador/a (Decretos N° 72/19 y N° 73/19) y de abogado/a (Decretos N° 1095/19 y N° 1096/19).

Nos parece pertinente destacar, entre los actos agrupados en esta categoría, al Decreto N° 268/19 mediante el cual, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 144 inciso 7° y concordantes de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la entonces Gobernadora convocó al electorado de la

provincia de Buenos Aires para el día 27 de octubre de 2019 a la elección de: un (1) Gobernador y un (1) Vicegobernador; veintitrés (23) Senadores Provinciales Titulares y dieciséis (16) Suplentes; cuarenta y seis (46) Diputados Provinciales Titulares y veintiocho (28) Suplentes; ciento treinta y cinco (135) Intendentes Municipales; mil noventa y siete (1097) Concejales Titulares y setecientos seis (706) Suplentes; y cuatrocientos uno (401) Consejeros Escolares Titulares e igual número de Suplentes.

Asimismo, se convocó al electorado de la Provincia de Buenos Aires para el día 11 de agosto de 2019 a elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias de candidatos/as a cargos públicos electivos para todos los partidos políticos, agrupaciones municipales, federaciones y alianzas transitorias electorales que deseen intervenir en la elección general.

Por otro lado, se estableció la simultaneidad de las elecciones primarias y generales de Gobernador y Vicegobernador, Legisladores Provinciales y Cargos Comunales con la de Presidente y Vicepresidente de la Nación, Diputados Nacionales aplicándose la normativa nacional en lo referente a: el padrón de electores nacionales, sin perjuicio de la utilización del padrón de electores extranjeros para las categorías provinciales de acuerdo a lo establecido en la Ley Nº 11.700; modelos de boletas; color de boletas; designación de autoridades de mesa; lugares de votación; escrutinio; y todo aquello compatible con el régimen de simultaneidad.

Finalmente, se dispuso la adhesión al régimen nacional de publicidad de campañas electorales, establecido en el Capítulo III Bis del Título III de la Ley Nº 26.215 y en el artículo 35 de la Ley Nacional Nº 26.571.

III. Palabras (*cuasi*) finales⁶²

En primer lugar, debemos decir que las tendencias que se marcaron en la investigación referida al 2018, se mantuvieron en

⁶² Como hemos hecho referencia a lo largo del trabajo, éste se inserta o entronca en una investigación más profunda respecto de los cuatro años de gobierno de María Eugenia Vidal

el 2019, a excepción del período comprendido entre las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) y la conclusión del período constitucional donde se aceleró el dictado de decretos en determinadas temática, entre ellas, designaciones de personal.

En ese orden, se advierte nuevamente un elevado número de decretos suscriptos por el Poder Ejecutivo provincial, sumando un total de mil ochocientos sesenta y tres (1863) contra los mil novecientos sesenta y nueve (1969) de 2018. Dentro de ese universo, al igual que el año anterior, la mayor cantidad de actos responde a trámites de personal, ascendiendo a mil cuatrocientos ochenta y cuatro (1484) decretos -en el año anterior, se registraron mil trescientos setenta y tres (1373)-. Es decir, si bien hubo una disminución en la cantidad de actos suscriptos por la entonces Gobernadora, los decretos referidos a trámites de personal aumentaron en un ocho por ciento (8%).

Lo dicho reafirma la importancia temática de las cuestiones referidas al empleo público en la Provincia, cuyo volumen exhibe la necesidad de profundizar el estudio respecto al marco jurídico, los procedimientos administrativos involucrados y los requerimientos de la propia organización.

En segundo lugar, debemos señalar que en materia de género no se modificó el estado de situación oportunamente descripto para el 2018. Es decir, pese a lo dicho en la palestra pública por parte de la coalición gobernante, lejos se estuvo de una paridad de género en los cargos jerárquicos. Sin embargo, al igual que en nuestra anterior investigación, en lo referido a las designaciones temporarias o permanentes, si se muestra el equilibrio deseado -e incluso, en ambos casos, se registraron mayores ingresos del género femenino-.

Corresponde señalar, en materia de igualdad, que en el año analizado, mediante el Decreto N° 1473 del 5 de diciembre, se

en la Provincia. De allí entonces, que las palabras no deben ser interpretadas como finales, teniendo en cuenta que la investigación tiene como objeto temporal el período comprendido entre el 10/12/2015 y el 10/12/2019.

reglamentó la Ley Nº 14.783 que asegura una proporción no inferior al uno por ciento de la totalidad del personal, a personas travestis, transexuales y transgénero, subsanando una omisión extendida desde finales del 2015.

Por su parte, en lo que respecta a la materia de estructuras orgánico-funcionales, debemos indicar que durante el 2018 se dictaron veinticuatro (24) decretos referidos a la materia, mientras que durante el período en análisis se registraron ocho (8) actos administrativos por los cuales se aprobaron estructuras organizativas; disminución que probablemente encuentra explicación en la publicación, en el último día hábil del 2017, de una nueva ley de ministerios (Ley Nº 14.989), circunstancia que motivó la adecuación de la organización a la norma, en el año precedente.

En tal sentido, se comprobó que seis (6) de los decretos dictados durante 2019 resultan ser modificaciones o ajustes a los aprobados en el 2018, tal como indicamos en el apartado correspondiente, y solo dos (2) a estructuras nuevas -Decretos Nº 1247/19 y Nº 1345/19, Ministerios de Asuntos Públicos y Gestión Cultural, respectivamente-.

En este punto, volvemos a reiterar una falencia, esto es, la falta de una norma de alcance general que regule la formulación, tramitación y aprobación de las estructuras gubernamentales. En la práctica, el límite -inevitable- a la creación o ampliación de unidades organizativas lo constituye el presupuesto legalmente aprobado, no obstante, la sola limitación económica no se presenta como un estándar que promueva una organización sustentada en criterios preestablecidos y orientados al cumplimiento de los objetivos, de modo que resulta una condición necesaria, pero no suficiente para un correcto diseño institucional.⁶³

⁶³ Esta situación, ya consignada en la investigación del período 2018, fue resuelta mediante el dictado el Decreto Nº 770/2020, por el cual se aprobó el “Reglamento para la Formulación, Tramitación y Aprobación de Estructuras Organizativas en el ámbito de la Administración Pública Provincial” y el “Modelo de Decreto de Aprobación/Modificación de Estructura Orgánico-Funcional”

Por último, debemos indicar que el período investigado resultó ser el último año de gestión de la Gobernadora Vidal y, esta circunstancia, ha teñido esta porción de la actividad del Poder Ejecutivo, tanto en su objeto como en el ritmo de la gestión, provocando una aceleración en el dictado de decretos, a partir de los resultados en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (comúnmente denominadas, “PASO”), realizadas el 11 de agosto en el territorio provincial, el que se profundizó con los resultados del 27 de octubre de 2019 -comicios generales-.⁶⁴

Al respecto, se señala que se formaron ciento siete (107) expedientes en el período julio/diciembre 2019.⁶⁵

La mayor intensidad en la culminación de procedimientos administrativos y el dictado de los correlativos actos, se advierte, con notoriedad, en los períodos que van desde el 11 de agosto al 27 de octubre (53 días laborables, entre las PASO y comicios generales) y, fundamentalmente, entre el 28 de octubre y el 10 de diciembre (30 días laborables entre los comicios generales y el cambio de autoridades).

A modo de ejemplos, en materia de personal, en este último período (que representa un 13,04% de días hábiles del año) se dictaron cuatrocientos tres (403) decretos, es decir, un veintisiete con dieciséis por ciento (27,16%) del total; y, tomando los dos períodos (un 36,09% de días hábiles del año), ese porcentaje se eleva al cuarenta y dos con setenta y nueve (42,79%).

⁶⁴ Debemos destacar que, a diferencia de lo previsto en la Constitución Nacional, en la provincia de Buenos Aires, se obtiene el triunfo a simple mayoría (conforme artículo 134 y concordantes de la Constitución Provincial).

⁶⁵ Se recuerda que la provincia de Buenos Aires se adhirió mediante las leyes N° 13.295 y N° 15.036 a la ley N° 25.917 (texto según Ley N° 27.428), de Responsabilidad Fiscal, mediante la cual se regulan limitaciones al incremento del gasto corriente de carácter permanente, durante los dos (2) últimos trimestres del año de fin de mandato, con las únicas excepciones de aquellos que trasciendan la gestión de gobierno (así definidos normativamente) y deban ser atendidos de manera específica; y de los que tengan una causa originante anterior al período indicado y su cumplimiento sea obligatorio.

MATERIA	# Período 11/08/2019 al 27/10/2019	# Impacto s/ el Total de Decretos	# Período 28/10/2019 al 10/12/2019	# Impacto s/ el Total de Decretos	# Total Decretos 2019	# Representa del Total
Personal	232	15,63%	403	27,16%	1484	42,79%
Poder Judicial	28	22,95%	17	13,93%	122	36,89%
Procuración	12	15,79%	3	3,95%	76	19,74%
Política Salarial	14	37,84%	9	24,32%	37	62,16%
No Parametrizados	6	17,14%	9	25,71%	35	42,86%
Convenios	6	21,43%	6	21,43%	28	42,86%
Reglamentario	2	11,76%	3	17,65%	17	29,41%
Contrataciones	3	11,75%	1	6,25%	16	25,00%
Recurso Interpuesto	1	12,50%	3	37,50%	8	50,00%
Estructuras	2	25,00%	2	25,00%	8	50,00%
Convalida Ordenanza					6	
Rectificadorio			1	20,00%	5	20,00%
Regimen Disciplinario			4	80,00%	5	80,00%
Delegaciones					4	
Parques Industriales			1	25,00%	4	25,00%
Rectificadorio					3	
Subsidios			2	100,00%	2	100,00%
Legislativo Abono					1	
Tarifa					1	
Despacho					1	
Emergencia Agropecuaria						
Bienes						
Veto Parcial						
Comando de Policías						
Honorarios Profesionales						
Veto						
Viaje al Exterior						
Total	306	16,43%	464	24,91%	1863	41,33%

Ilustración 26. Impacto sobre el total de decretos en el periodo posterior a las PASO hasta el cambio de autoridades. Fuente: elaboración propia.

Igual tendencia, e incluso más acentuada, se observa en los decretos referidos a la política salarial, en donde en el período elecciones generales - cambio de autoridades (13,04%) se dictaron nueve (9) decretos, es decir, un veinticuatro con treinta y dos (24,32%) del total; y, tomando los dos períodos (36,09%), el porcentaje de decretos sobre el total se eleva al sesenta y dos con dieciséis por ciento (62,16%).

Estas circunstancias exhiben, desde el punto de vista institucional, la necesidad de ampliar las normas que regulen las transiciones gubernamentales, particularmente relevantes para una adecuada gestión del período final del mandato, en el que autoridades salientes y entrantes puedan construir consensos para ofrecer a la ciudadanía una continuidad no traumática del cambio de mando, que permita ordenar la salida para unos y, a la vez, aprovechar inmediatamente el período del mandato, apoyándose en bases ya fijadas, para otros.

La necesidad apuntada, no se exhibe solamente vinculada a cuestiones de ejecución presupuestaria o gestión de programas, sino que se extiende, incluso, a aspectos relevantes desde el punto de vista republicano, como lo es, a modo de ejemplo, la designación de magistradas y magistrados en la Procuración General y el Poder Judicial.



**SECCIÓN
ESPECIAL
COVID/19
Y DERECHO**

Portishead

Íntimo despojarse de sí,
apenas
nadar trasladarse
en el aire sólo nadar
sostenerse sin esfuerzo
haciendo del aire
una viscosa oscuridad.

Del aire que sea, entonces,
agua líquido primal
donde girar lentamente sin sentido
del arriba o el después.

Dar textura al aire,
como saturando violetas,
distorsionando encuentros,
para hacerlos puros más puros
claros o imposibles.

Autor: *Juan Martín González Moras*

Arte de la portada: *Ro Barragán*

COVID-19: Una mirada desde el Derecho Constitucional

COVID-19: A look from Constitutional Law

*Matías Busso*¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 607-625

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e470>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/11/2020

Resumen: El trabajo aborda la pandemia del coronavirus desde una mirada constitucional. Propone analizar la problemática que generó el Covid-19, sosteniendo que centrar la cuestión únicamente sobre el virus y su vacuna omitiría la visión biológica total, ocultando la fuente de producción del virus, que seguirá fabricando otros con la misma velocidad que se destruye el ecosistema, causando nuevas infecciones y muertes. Para combatir los virus surgen nuevas “técnicas” y nuevas vacunas, que son producidas con aportes de investigación pública, y son aprovechados por corporaciones transnacionales que las perfeccionan y patentan, limitando su difusión en los países empobrecidos.

Palabras clave: Covid-19, Constitución, pachamama, Zaffaroni.

Abstract: This paper addresses the coronavirus pandemic from a constitutional perspective. He proposes to analyze the problems generated by Covid-19, arguing that focusing the question only on the virus and

¹ Abogado, Becario Doctoral de CONICET, Docente en la Universidad de Buenos Aires de las materias Teoría General del Derecho y Aspectos Jurídicos de la Violencia Institucional; y en la Universidad de José C Paz de las materias Introducción al Derecho y Función Social de la Administración Democrática de Justicia. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5632-9129>).

its vaccine would omit the total biological vision, hiding the source of production of the virus, which will continue to manufacture others with the same speed that the ecosystem is destroyed, causing new infections and deaths. To combat viruses, new “techniques” and new vaccines are emerging, which are produced with contributions from public research, and are used by transnational corporations that perfect and patent them, limiting their diffusion in impoverished countries.

Keywords: Covid-19, Constitution, Pachamama, Zaffaroni.

I. Introducción

El COVID19 nos puso en pausa, nos obligó a pensar y (re) pensar cómo vivimos, en qué lugares, de qué forma, cómo nos alimentamos, que consumimos y hasta cómo respiramos. Nuestro modelo civilizatorio parece estar en jaque *“Muchas cosas tienen que reorientar su rumbo, pero ante todo la humanidad necesita cambiar. Hace falta la conciencia de un origen común, de una pertenencia mutua y de un futuro compartido por todos. Esta conciencia básica permitiría el desarrollo de nuevas convicciones, actitudes y formas de vida.”* (Laudato Si 202).

En un texto reciente titulado “Perspectiva del poder punitivo post pandemia” el Dr. Eugenio Zaffaroni describe la relación intrínseca entre los sistemas de producción y las infecciones. Allí narra cómo los europeos casi extinguieron la población originaria americana, infectándola con enfermedades zoonóticas², para las que los originarios carecían de anticuerpos, por falta de contacto con los animales que los colonizadores habían domesticado y que en nuestro continente no existían. Luego para compensar la carencia de mano de obra, los colonizadores esclavizaron a africanos, que trajeron la fiebre amarilla³. Más

² Una enfermedad zoonótica es una enfermedad que puede transmitirse entre animales y seres humanos. Las enfermedades zoonóticas pueden ser provocadas por virus, bacterias, parásitos y hongos.

³ La fiebre amarilla ha sido causa de epidemias devastadoras en el pasado. Probablemente fue transmitida por primera vez a los humanos por otros primates en África oriental o central.

tarde, resultado de la imposición de dieta cárnica se conoció la triquinosis⁴ y la brucelosis⁵. Por otro lado, marca como la guerra es un desastre ecológico en sí, y como la primera guerra mundial (1914-1918) provocó la llamada gripe española, cuyo nombre no proviene no porque haya tenido ese origen, sino porque los beligerantes ocultaron la información que España difundió. A fines del siglo apareció la vaca loca, por alimentar rumiantes con harina de cadáveres, y también la gripe asiática, la de Hong Kong y el VIH; ya en este siglo la gripe porcina, el SARS, el Ébola y el coronavirus de 2015 y ahora la nueva versión 19.

El autor advierte que estamos produciendo virus en serie: *“la brutal depredación planetaria rompe los delicados equilibrios ecológicos creados a lo largo de millones de años, con la torpeza de un mamut en una cristalería. Animales no humanos pierden su hábitat, se extinguen especies y otras buscan nuevos hogares para sobrevivir, a otras se les crean hábitats artificiales, se les provee alimentación diferente, el estrés activa la antes considerada basura celular, que sufren adaptaciones*

De allí se propagó a África occidental y en los siglos XVI o XVII saltó a América debido al tráfico de esclavos. Como la enfermedad era endémica en África, las poblaciones de ese continente habían desarrollado cierta inmunidad a ella y solo les provocaban síntomas similares a los de la gripe. Por el contrario, cuando la epidemia golpeaba a colonos europeos en África o en América la mayoría moría

⁴ La triquinosis es un tipo de infección provocada por ascáride. Los parásitos ascáride usan un cuerpo huésped para vivir y reproducirse. La infección ocurre principalmente entre animales que comen carne (carnívoros), como osos y zorros, o animales que comen plantas y carne (omnívoros), como cerdos domésticos y jabalíes. La infección se adquiere al comer larvas de ascáride en carne cruda o poco cocida. Cuando los seres humanos comen carne poco cocida que contiene larvas de triquinas, las larvas maduran a gusanos adultos en el intestino en una cuestión de semanas. Los gusanos adultos luego producen larvas que viajan a través de distintos tejidos, incluidos los músculos. La mayoría de las veces, la triquinosis se extiende en zonas rurales por todo el mundo.

⁵ La brucelosis es una infección bacteriana que se transmite de los animales a las personas. Lo más común es que las personas se infectan al comer productos lácteos crudos o sin pasteurizar. Algunas veces, las bacterias que causan la brucelosis se propagan por el aire o por el contacto directo con animales infectados.

*corporales y de los ensayos y tanteos de la biología en procura de nuevos equilibrios surgen nuevas enfermedades zoonóticas.*⁶

El interrogante que nos planteamos es sí así como la formalización de los Derechos Humanos surgió del terror impartido por los genocidios, esta situación crítica de pandemia global puede conducirnos al surgimiento de nuevos derechos y sujetos de derechos. Puede el constitucionalismo abrir nuevos caminos, buscando respuestas en la ecología o el ambientalismo. La educación ambiental que (según el Papa Francisco) estaba centrada en la información científica, en la concientización y prevención de riesgos ambientales, ahora debe incluir una crítica de los «mitos» de la modernidad basados en la razón instrumental (individualismo, progreso indefinido, competencia, consumismo, mercado sin reglas) (LS 210) *“Una ruptura radical (como propone Michael Löwy) con la ideología del progreso lineal y con el paradigma tecnológico y económico de la civilización industrial moderna”*⁷

¿Pero puede esta crisis ser lo suficientemente profunda como para cuestionar el sistema que nos rige desde hace siglos? ¿Podremos encontrar en el derecho herramientas jurídicas locales y globales que den respuestas a nuestra crisis civilizatoria?

II. La Pachamama y el Humano

En su libro *La Pachamama y el Humano*, Eugenio Zaffaroni plantea el debate respecto a si somos los humanos unos convidados más a participar de la naturaleza o si ésta se creó para nuestro hábitat y tenemos derecho a disponer de ella, siendo sus propietarios o administradores. El humano mantiene una relación ambivalente con su propia animalidad, queriendo ser Dios, pero no pudiendo negar, aunque la reprima, su condición animal.⁸

⁶ ZAFFARONI, Eugenio, “Perspectiva del poder punitivo postpandemia”, p 1.

⁷ Löwy, Michael, *Ecología e Socialismo*, San Pablo, Cortez Editora, 2005, p. 43.

⁸ Zaffaroni, Raul Eugenio; *La Pachamama y el Humano*, 1a ed. Colihue; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011, p 23/24

El platonismo planteo la separación tajante entre cuerpo y alma y el desprecio al cuerpo prepararon el capitalismo.⁹ Al mismo tiempo relegaron al animal a la condición de puro cuerpo y al humano atento al cuerpo a una condición cercana al animal. El humano no debía preocuparse por el sufrimiento en la tierra, porque su destino estaba en su alma que iría al paraíso”¹⁰

René Descartes, consideró que los animales eran máquinas, desposeídas de toda alma y para el planteamiento cartesiano: los animales son cosas, no existe ninguna obligación a su respecto, son apropiables, objetos del dominio humano, no les asiste ningún derecho ni ninguna limitación ética ni jurídica. El hombre para este pensamiento es señor absoluto de la naturaleza no humana y su misión progresista y racional consiste en dominarla. Por su parte, los criminales, los herejes, las mujeres y los colonizados, eran vistos como humanos inferiores o medio animales. Por ende el poder punitivo, hizo de ellos sus chivos expiatorios, como medio humanos, su parte animal habilitaba su sacrificio, mediante el maltrato, dominación o incluso exterminio.

Esto habilitó la esclavitud de pobladores de África y la colonización o el despojo de los originarios de nuestro continente. Debemos destacar el rol de Bartolomé de las Casas, “procurador y protector universal de todos los yndios de las Yndias”, fundador continental de los derechos en las Américas y del empleo, específico y concreto, del concepto “derechos humanos” dos siglos y medio antes (en 1552) que los constituyentes franceses de 1789.¹¹

“¿Con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban

⁹ Cfr. León Rozitchner, La cosa y la cruz. Cristianismo y capitalismo (En torno a las “Confesiones” de San Agustín), Buenos Aires, 1997

¹⁰ Zaffaroni, Raul Eugenio; La Pachamama y el Humano; 1a ed. Colihue; Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011, p 23.

¹¹ FILIPPI, Alberto, Constituciones, dictaduras y democracias Los derechos y su configuración política, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015; p 33

en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine, y conozcan a su Dios y criador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales?”¹²

En la cultura judeo-cristiana occidental el momento de inflexión de lo humano con lo animal está narrado en el Génesis, cuando Adán y Eva, comiendo la manzana del conocimiento del bien y del mal quisieron ser Dioses, y en ese acto fueron expulsados del Eden, el paraíso o reino animal. Friedrich Nietzsche en *“Sobre verdad y mentira en sentido extramoral”* dice: *“En algún rincón alejado del universo centelleante, perdido entre incontables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que animales inteligentes inventaron el conocimiento. Ese fue el minuto más soberbio y falaz de la historia universal”*.

Zaffaroni en el texto citado describe una continuidad entre humanismo - razón - exclusividad - dominación. Por su parte Foucault en *“La verdad y las formas jurídicas”* explica como en el siglo XIII el inquisitorio, interrogatorio violento, reemplazó el establecimiento de la verdad por lucha y lejos de entrenarnos

¹² FILIPPI HISTORIA “Ego vox clamantis in deserto”. Sermón pronunciado por fray Antonio de Montesino el cuarto domingo de adviento de 1511 y firmado por todos los miembros de su orden ahora en Historia de las Indias de Bartolomé de las Casas, Tomo II, Libro Tercero, Cap. IV (el destacado es mío). Sobre Pedro de Córdoba, Bernardo de Santo Domingo y Antonio Montesino, los primeros frailes dominicanos en la “isla Española” y la “Tierra Firme” venezolana, “situada en mar de las Indias para fundar conventos y predicar la palabra de Dios”, remito al esclarecedor ensayo que los valoriza definitivamente de Luisa Campos Villalón, Pedro de Córdoba, precursor de una comunidad defensora de la vida, Ediciones los libros del amigo, Santo Domingo, 2008 y al trabajo precursor de Juan Manuel Pérez, Estos, ¿no son hombres?. Fundación García Arévalo, Santo Domingo, 1984 así como el ensayo introductorio de Miguel A. Medina, Doctrina cristiana para instrucción de los indios. Redactada por Fr. Pedro de Córdoba, O.P. y otros religiosos doctos de la misma orden. (México 1544-1548), Editorial San Esteban, Salamanca 1987.

para el diálogo, nos llevó a atrofiar la capacidad de conocer sólo para someter.¹³ En ese sentido todo conocimiento es para subyugar, la relación del sujeto del conocimiento con el objeto de ese conocimiento es siempre de dominación: el primero se sitúa en un plano superior al segundo para interrogarlo, utilizando incluso la violencia, para obtener la respuesta que permita dominarlo. Es una suerte de dominus torturador donde el objeto de conocimiento no tiene derechos ni reglas éticas que respetar. Está habilitada la experimentación, la disección, sin ahorrar sufrimiento ni dolor del objeto a conocer.

No es fácil para el humano escapar al narcisismo que lo conduce a la sujeción del dominus, la reconstrucción de la realidad sobre la base del mismo plano. Si ni siquiera ha logrado el total reconocimiento entre los mismos humanos, ya que a pesar de la existencia de declaraciones y tratados de derechos, el colonialismo, racismo, machismo y xenofobia dominan nuestras relaciones. ¿cuánto le costará reconocer las reglas éticas de las otras especies y de la tierra misma?

La razón como exclusiva capacidad humana, fue sinónimo de dominio, Hegel fue sin duda el ideólogo más fino y sofisticado del colonialismo (entendiendo por colonialismo el dominio centronórdico europeo del planeta). Para este filósofo el Geist, el espíritu, lejos de estar en todo, es un impulso que avanza sólo en la humanidad y lo lleva adelante una parte de ella. En su imparable progreso el fantasmagórico y criminal Geist hegeliano no sólo mató a millones de personas, sino que también fue dejando a su vera a todas las culturas que sometió (por supuesto nuestra América es muestra de ello).¹⁴

Esa idea de progreso desembocó en la interpretación de la evolución darwiniana de Spencer, donde lo que imperaba era

¹³ Foucault, Michel, *“La Verdad y las Formas Jurídicas”*, en el discurso jurídico, en términos de Michel Foucault; <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40496.pdf>, p. 5 (consultado el 28 de Julio de 2020)

¹⁴ G. W. F. Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. de José Gaos, Alianza, Madrid, 1980, pág. 169.

la competencia y sobreviva el más fuerte. Contra esa idea James Lovelock postula su hipótesis Gaia (diosa griega de la Tierra): según ella el planeta es un ente viviente, no en el sentido de un organismo o animal, sino en el de un sistema que se autorregula.¹⁵ Se trata de no privilegiar en la evolución la competencia, sino la cooperación: la vida no aparece sobre el planeta sino en forma microscópica, como resultado también de síntesis y complejizaciones moleculares, se simbiotizan, cooperan para sobrevivir y derivan en otro más complejo. Somos el producto de millones de años de complejización simbiótica y no de la lucha sangrienta en la cual sobrevive el más cruel y despiadado.¹⁶

Debemos pensar que si incluso nuestro cerebro está formado por bacterias simbiotizadas a lo largo de millones de años y somos una pequeña parte de una biosfera bacteriana¹⁷ El reconocimiento de la simbiosis como fuerza evolutiva tiene implicaciones filosóficas profundas. Todos los organismos macroscópicos, incluidos nosotros, somos prueba viviente de que las prácticas destructivas a la larga fallan. Al final los agresores se destruyen a sí mismos, dejando el puesto a otros individuos que saben cómo cooperar.¹⁸

La tesis de Lovelock nos dice que si perturbamos demasiado el equilibrio planetario, Gaia decidirá toser o estornudar y prescindir de nosotros para permitir a la vida recomponerse en otros seres complejos menos incómodos o más cooperadores. La ética de la Gaia implica reconocer el derecho de entes no humanos a su existencia y al pacífico desarrollo de sus vidas, no por mero sentimiento de piedad, sino por reconocer obligaciones éticas respecto de ellos que se derivan de la circunstancia de participar conjuntamente de un todo vivo.

¹⁵ Lovelock, James. Homenaje a Gaia. La vida de un científico independiente. Pamplona, 2006.

¹⁶ Margulis, Lyon y Sagan, Dorion. Microcosmos. Cuatro mil millones de años de evolución desde nuestros ancestros microbianos. Barcelona. Tusquets, 2008. p 140.

¹⁷ Idem. p 170.

¹⁸ Capra, Fritjof. La rete della vita. Milano 1997: p. 296.

III. Sínodo de la Amazonía, Laudato Si y la Ecología Integral

Es llamativo que una de las críticas más profunda a esa forma de progreso occidental, venga de una de las instituciones pilares de la modernidad. Sin duda la iglesia católica fue fundamental en la consolidación de los estados-nación europeos y en los proceso de colonización de América, que luego derivaron en la imposición del sistema capitalista a nivel global. Sin embargo actualmente parece encontrarse en un proceso de profunda autocrítica:

En la Asamblea Especial del Sínodo de los Obispos para la región Panamazónica, el 27 de Octubre de 2019¹⁹ expresaron su preocupación sobre la dramática situación de destrucción que afecta a la Amazonía. Esto que significa la desaparición del territorio y de sus habitantes, especialmente de los pueblos indígenas. La Amazonía desempeña un papel central como amortiguador del cambio climático y proporciona fundamentales sistemas de soporte vitales relacionados con el aire, el agua, los suelos, los bosques y la biomasa.²⁰ Se trata de un extenso territorio con una población estimada en 33.600.000 habitantes, de los cuales entre 2 y 2,5 millones son indígenas. Este espacio, conformado por la cuenca del río Amazonas y todos sus tributarios, se extiende por 9 países: Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela, Brasil, Guyana, Surinam y Guayana Francesa.

La región amazónica es esencial para la distribución de las lluvias en las regiones de América del Sur y contribuye a los grandes movimientos de aire alrededor del planeta. Pero en la actualidad es la segunda área más vulnerable del mundo con relación al cambio climático por la acción directa del hombre. Una de las causas principales de la destrucción en la Amazonía

¹⁹ <http://www.sinodoamazonico.va/content/sinodoamazonico/es/documentos/documento-final-de-la-asamblea-especial-del-sinodo-de-los-obispo.html>

²⁰ <http://www.sinodoamazonico.va/content/sinodoamazonico/es/documentos/documento-final-de-la-asamblea-especial-del-sinodo-de-los-obispo.html> (Capítulo I, parr. 10 y 11)

es el extractivismo predatorio que responde a la lógica de la avaricia, propia del paradigma tecnocrático dominante (LS 101).

La crisis socio-ambiental que amenaza la vida, se refleja en la apropiación y privatización de bienes de la naturaleza, como la misma agua; las concesiones madereras legales y el ingreso de madereras ilegales; la caza y la pesca predatorias; los mega-proyectos no sostenibles (hidroeléctricos, concesiones forestales, talas masivas, monocultivos, carreteras, hidrovías, ferrocarriles y proyectos mineros y petroleros); la contaminación ocasionada por la industria extractiva y los basureros de las ciudades y, sobre todo, el cambio climático. La comunidad científica, por su parte, advierte de los riesgos de la deforestación, que hasta la fecha se acerca a casi el 17% del bosque amazónico, y amenaza la supervivencia de todo el ecosistema, pone en peligro la biodiversidad y cambia el ciclo vital del agua para la supervivencia del bosque tropical.

En el capítulo IV de Laudato Si Francisco propone la ecología integral, *conectando la ecología con la justicia social*. «Un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres» (LS 49) La ecología integral conecta el ejercicio del cuidado de la naturaleza con la justicia por los más empobrecidos y desfavorecidos de la tierra.²¹

“Cuando se habla de « medio ambiente », se indica particularmente una relación, la que existe entre la naturaleza y la sociedad que la habita. Esto nos impide entender la naturaleza como algo separado de nosotros o como un mero marco de nuestra vida. Estamos incluidos en ella, somos parte de ella y estamos interpenetrados. Las razones por las cuales un lugar se contamina exigen un análisis del funcionamiento de la sociedad, de su economía, de su comportamiento, de sus maneras de entender la realidad. Dada la magnitud de los cambios,

²¹ O cit; Cap IV, parr 66.

ya no es posible encontrar una respuesta específica e independiente para cada parte del problema. Es fundamental buscar soluciones integrales que consideren las interacciones de los sistemas naturales entre sí y con los sistemas sociales. No hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socio-ambiental. Las líneas para la solución requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y simultáneamente para cuidar la naturaleza.” (LS 139)

IV. Neoconstitucionalismo nuestroamericano: Derecho a la Naturaleza y Sumak Kawsay

Y es de los pueblos originarios de la amazonía que se ha retomando el ideal de convivencia armoniosa con la naturaleza (sumak kawsay), siglos de colonialismo primero y etnocentrismo blanco republicano después no pudieron borrar de la cultura de los pueblos originarios del culto a la Tierra. No es casual que esta respuesta no haya venido de la mano de elaboraciones científicas, sino como manifestación del saber de la cultura ancestral de convivencia con la naturaleza (el ochenta por ciento de biodiversidad en nuestra región se encuentra en territorio indígena)²². Estas culturas que incluso desde su ritualidad, saben respetar los ciclos vitales de la tierra, y cada primero de agosto le dan de comer y beber. El progreso occidental por el contrario ha desarrollado técnicas para ahogarla en cemento, depredarla y envenenarla con cianuro (utilizado en megaproyectos de minería a cielo abierto) o glifosato (herbicida utilizado para el monocultivo de soja transgénica).

Ya ha sido nuestro continente el emergente de procesos constituyentes que dieron respuesta a las crisis que se pone manifiesto en nuestro sistema. En 1917 de la revolución mexicana, parió la Constitución de Queretaro, emergiendo los

²² Pacari, Nina; “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas” en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (Derechos de la Naturaleza). Quito, Abya Ayala, 2009.

llamados derechos sociales, que intentaron paliar las enormes desigualdades que sembraba el capitalismo. Del mismo modo, de los levantamientos indígena-campesinos de este siglo, nacieron procesos constituyentes en Bolivia y Ecuador, que plantearon el reconocimiento de derechos a la Naturaleza, vislumbrando el colapso civilizatorio que significó la imposición del capitalismo global, en su versión más voraz, de la mano del totalitarismo financiero y la sociedad de consumo.

El preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador dice: *“Celebrando a la naturaleza, la Pachamama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”*, y después señala que: *“Decidimos construir: Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay.”* El capítulo VII de la Constitución de Montecristi se refiere a Derechos de la naturaleza o sea que desde el título la reconoce como titular de derechos. En consonancia con esta posición, el artículo 71° dispone: *“La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones, procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos observar en los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda . El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.”*

El preámbulo de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia dice: *“Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. El artículo 33° prescribe: Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras*

*generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. El artículo 34° complementa el anterior disponiendo: **Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.***”

Si bien el texto de la Constitución boliviana enuncia la cuestión ambiental como un derecho de carácter social y económico, encabezando el capítulo referido a tales derechos, y con ello parece inclinarse por la tendencia ambientalista prevalente de considerarlo un derecho de los humanos, en su texto no deja de referirse a otros seres vivos, lo que importa reconocerles derechos. En cuanto a sus consecuencias prácticas, habilita a cualquier persona, de modo amplio, a ejercer las acciones judiciales de protección, sin el requisito de que se trate de un damnificado, que es la consecuencia inevitable del reconocimiento de personería a la propia naturaleza, conforme a la invocación de la Pachamama entendida en su dimensión cultural de Madre Tierra. Es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de sujetos de derechos, en forma expresa en la ecuatoriana y tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos.

De este modo el constitucionalismo andino dio el gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a un verdadero ecologismo constitucional. La invocación de la Pachamama va acompañada de la exigencia de su respeto, lo que Alberto Filippi denominó Ecosofía Política²³ que se traduce en la regla básica ética del *sumak kawsay*, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir, y que se distingue y

²³ FILIPPI, Alberto, *Constituciones, dictaduras y democracias Los derechos y su configuración política*, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015; p 543

opone a la concepción Occidental del progreso acumulativo e indefinido del “vivir mejor”. Una reconfiguración cultural y política de los derechos, a diferencia de la tradición filosófico y jurídico-político que ha denominado occidente durante siglos, se empieza a reivindicar una ética de la naturaleza.²⁴

No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, el respeto jurídico a la biodiversidad, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente. Una intercomunicación entre todo el cosmos, donde no hay excluyentes ni excluidos, y donde podemos forjar un proyecto de vida plena para todos.²⁵

Como bien hace memoria el filósofo guatemalteco Francisco Márquez, el *“concepto de Sumak Kawsay o Buen Vivir, tiene su punto de partida en nuestra América. Tiene su origen en una fusión de culturas que recoge las sabidurías milenarias de Abya Yala para aportar sus valores al diálogo e integración de las culturas del mundo en la formación de un nuevo paradigma universal que contribuya a la construcción de un nuevo mundo. Plantea su visión sustentada en la convivencia del ser humano en diversidad y armonía con la naturaleza y lo hace a partir del reconocimiento de los diversos valores culturales existentes en cada región y en el mundo”*.

“El Sumak Kawsay es la confluencia de las diversas culturas ancestrales, de donde surge la sabiduría de los pueblos que están decididos a construir una forma de vida ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, en respeto a la dignidad de todas las personas y las colectividades. El Sumak Kawsay provoca un vuelco frente a la concepción ilustrada europeizante, basada en el bienestar burgués, individualista y antropocéntrico, que en nuestro continente rige todavía a muchos

²⁴ Filippi O, cit; 545

²⁵ <http://www.sinodoamazonico.va/content/sinodoamazonico/es/documentos/documento-final-de-la-asamblea-especial-del-sinodo-de-los-obispo.html> ; Cap 1, 9.

Estados-nación modernos”. “Con una visión renovada estamos regresando a nuestros orígenes para seguir el camino después de habernos extraviado por sendas equivocadas que absolutizaban y favorecían el análisis sobre la síntesis, la racionalidad sobre la intuición, la ciencia sobre la sabiduría, la competición sobre la cooperación y así sucesivamente hasta el punto de llevarnos a un desequilibrio tan alarmante que ha desembocado en una crisis de dimensiones sociales, ecológicas, morales y espirituales de tal magnitud que están poniendo en peligro la vida en el planeta”. “Vemos ahora que los cambios están surgiendo desde nuestra propia Abya Yala, con la idea clara del derecho que tienen los pueblos a configurar el mundo de acuerdo con su propia conciencia y cultura. Con ello se está abriendo paso hacia la recuperación de nuestras raíces milenarias, en respeto a los tiempos históricos de las culturas y a la conciencia que tienen de no seguir sometidas a los designios de la economía sino a ritmos humanos en armonía con la naturaleza”²⁶

Siendo una regla de convivencia que en modo alguno niega la utilización de la naturaleza y ni siquiera de la técnica, sino que exige respeto a todo lo humano y no humano. Tiene implicancias de todo orden en el plano político y económico y, naturalmente, enfrenta decididamente al suicida festival de la sociedad de consumo y al mal llamado “neoliberalismo”, que podríamos rebautizar neocolonialismo o totalitarismo financiero.

V. Hacia una Constitución de la Tierra

En ese sentido también se inscribe la iniciativa de Luigi Ferrajoli de la “Constitución de la tierra”²⁷, una propuesta política que intenta dar respuesta a problemas globales de la humanidad

²⁶ Francisco Márquez, “Sumak Kawsay: valores y Buen Vivir en las culturas ancestrales”, en Cuadernos Americanos N° 146, México, pp. 107/108.

²⁷ La Escuela “Tierra Constituyente” se inauguró el 21 de Febrero de 2020 en la Biblioteca Vallicelliana de Roma (piazza della Chiesa Nuova 18), cuya institución, con el atractivo “¿Por qué una Constitución de la Tierra?”, se anunció en el Manifiesto del 27 de diciembre 2020.

que amenazan su propia supervivencia. En una entrevista otorgada al diario “El País” de España, el filósofo y jurista italiano dijo: *“Son problemas globales que no forman parte de la agenda política de los Gobiernos nacionales y de cuya solución, sólo posible a escala global, depende la supervivencia de la humanidad: el salvamento del planeta del cambio climático, los peligros de conflictos nucleares, el crecimiento de la pobreza y la muerte de millones de personas cada año por la falta de alimentación básica y de fármacos esenciales, el drama de los centenares de miles de migrantes y, ahora, la tragedia de esta pandemia.”*²⁸

Ferrajoli sostiene que una constitución es legítima y democrática no porque sea querida por todos, sino porque garantiza a todos.²⁹ Para el jurista italiano ya disponemos de un embrión de una constitución global, compuesto por la Carta de las Naciones Unidas y las numerosas otras cartas, declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, y que en términos de legislación el paradigma constitucional ya se ha incorporado al ordenamiento internacional. En su escuela propone un nuevo movimiento de opinión y lucha política que debe ser activado por la movilización de millones de jóvenes en defensa de la Tierra. Y cuya primera asamblea tuvo lugar en la Biblioteca Vallicelliana de Roma, el 21 de febrero de este año. Un constitucionalismo planetario que colme las lagunas que dejan las constituciones nacionales, mediante la creación, no tanto de instituciones de gobierno que deben seguir confiadas a los Estados, sino de funciones e instituciones globales de garantía de los derechos humanos.

“El dilema actual es mucho más dramático del planteado entonces. De hecho, hay dos diferencias profundas entre la sociedad natural del homo homini lupus teorizada por Hobbes y el estado de naturaleza en que se encuentran los 196 estados

²⁸ Nota: <https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofos-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html> (vista el 8 de Julio de 2020)

²⁹ Ferrajoli, Luigi, “¿Por qué una Constitución de la Tierra?”, del día 27 de diciembre de 2019, p 2.

soberanos y los grandes poderes económicos y financieros mundiales, dotados a la vez de soberanía absoluta. La primera, es que la sociedad salvaje actual de poderes globales es una sociedad poblada no por lobos naturales, sino por lobos artificiales, los estados y los mercados, sustancialmente liberados del control de sus creadores y dotados de una fuerza destructiva incomparablemente mayor que cualquier armamento del pasado. La segunda es que, a diferencia de todas las otras catástrofes del pasado —las guerras mundiales, los horrores de los totalitarismos—, la catástrofe ecológica y nuclear es en gran medida irreversible, y tal vez no haya tiempo de formular nuevos “nunca más”: en efecto, pues existe el peligro de adquirir conciencia de la necesidad de un nuevo pacto cuando sea demasiado tarde.”³⁰

Sin embargo hoy no son los Estados los que garantizan la competencia entre las empresas, sino por el contrario, las grandes empresas transnacionales las que ponen a competir a los Estados, privilegiando a aquellos en los que son menores las garantías laborales y menor o inexistente la tutela del medioambiente. Por esta razón, plantea una alternativa radical que desarrolle *“un proceso constituyente de carácter supranacional, primero europeo y luego mundial, es decir, la construcción de una esfera pública planetaria capaz de establecer límites a la soberanía salvaje de los mercados y de los estados más poderosos, para garantizar los derechos y los bienes vitales de todos, o no sólo estarán en peligro nuestras democracias, sino también la paz y la habitabilidad del planeta.”*³¹

Ferrajoli, propone la recuperación del derecho romano de la figura del *demanio*, es decir, la sustracción de los bienes comunes al mercado a través de su calificación de bienes de dominio público. Un futuro *demanio planetario* del cual deberían formar parte el agua potable, los glaciares, los mares, las costas marinas y la selva amazónica, víctima cada año de incendios

³⁰ Ferrajoli, Luigi, “¿Por qué una Constitución de la Tierra?”, del día 27 de diciembre de 2019, p 4

³¹ Ob. cit, p 3

criminales.³² En nuestra región se ha esbozado una nueva fase del constitucionalismo que tiene como objetivo reconocer, junto con los derechos fundamentales, los bienes fundamentales, en cuanto vitales o comunes como el agua, el aire, el suelo y los bosques, sustrayéndoles al mercado y a la disponibilidad de la política. Estipulando para ellos el estatus inderogable de *bienes constitucionales*, a fin de preservarlos y hacerlos accesibles a todos.

VI. Conclusiones

Centrar la cuestión únicamente sobre el virus y su vacuna omitiría la visión biológica total, ocultando la fuente de producción del virus, que seguirá fabricando otros con la misma velocidad que se destruye el ecosistema, causando nuevas infecciones y muertes. Para combatir los virus surgen nuevas “técnicas” y nuevas vacunas, que son producidas con aportes de investigación pública, y son aprovechados por corporaciones transnacionales que las perfeccionan y patentan, limitando su difusión en los países empobrecidos. El autor resalta como en India se registran cien mil muertes por neumonía infantil por año, mientras la corporación que patentó la vacuna recauda 5.000 millones de dólares anuales.³³

Deberíamos discutir cómo ponerle un freno a corporaciones transnacionales que destruyen el equilibrio de la Pachamama o Gaia, deforestando bosques, envenenando suelos, depredando especies y destruyendo montañas, y que luego patentan las vacunas a los virus que este sistema genera. La forma de impedir este devenir catastrófico que puede incluir nuestra propia extinción quizá sea tutelar, a la hasta ahora indefensa, naturaleza. Poniéndole límites a la voracidad insaciable del capitalismo global, no ya por un sentimiento de piedad o conciencia de las generaciones futuras, sino recuperando un instinto animal

³² Ob. Cit, p 13.

³³ Zaffaroni; Ob. Cit .p 2

de supervivencia que nos haga respetar las reglas éticas de la naturaleza, respetar sus equilibrios y ciclos vitales, para vivir en armonía, colaboración y complementariedad con ella.

Como dijo Ferrajoli: *“a diferencia de todas las otras catástrofes del pasado —las guerras mundiales, los horrores de los totalitarismos—, la catástrofe ecológica y nuclear es en gran medida irreversible, y tal vez no haya tiempo de formular nuevos “nunca más”: en efecto, pues existe el peligro de adquirir conciencia de la necesidad de un nuevo pacto cuando sea demasiado tarde.”*³⁴

Establecer de esta forma a la naturaleza como nuevo sujeto de derecho y en ese proceso reconocer reglas éticas inviolables que limiten al dominus torturador del conocimiento occidental. Y en paralelo sustituir el concepto de progreso acumulativo e indefinido del “vivir mejor”, basado en el consumo y la depredación, por el buen vivir (Sumak Kawsay) que supone una vida armoniosa entre lo humano y lo no humano. Esta reflexión debe servirnos para cuestionarnos sobre la metáfora de guerra al virus, y preguntarnos si el enemigo es el virus o quién lo produce. Así como el Ángel de la Historia, según Walter Benjamin mira hacia atrás (al pasado) como el “Angelus Novus” del cuadro de Klee. El neoconstitucionalismo nuestroamericano mira a sus ancestros y en su proceso descolonización del poder y del saber da señales al mundo de un mejor destino para la humanidad.

³⁴ Ferrajoli, Luigi, “¿Por qué una Constitución de la Tierra?”, del día 27 de diciembre de 2019, p 4.

La necesidad de abandonar o reformular la Ley Modelo de Insolvencia Familiar en el abordaje del sobreendeudamiento de la persona humana

The need to abandon or reformulate the Model Law on Family Insolvency in addressing the over-indebtedness of the human person

Ezequiel Rodrigo Galván¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 626-642

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e471>

Recibido: 01/08/2020

Aprobado: 15/11/2020

Resumen: La crisis económica consecuencia del COVID-19 expone la mora estatal en implementar medidas para abordar la situación de sobreendeudamiento de la persona humana, especialmente respecto de la protección de la dignidad de la persona y de su grupo familiar. Con este motivo, las iniciativas legislativas S-1061/20 y 3540-D-2020 con el patrocinio de algunas asociaciones de consumidores se presentan como una propuesta superadora, que en la práctica implica el reingreso al Congreso nacional de la Ley Modelo de Insolvencia Familiar de la Oficina para América Latina y el Caribe de Consumers International, la cual propone un abordaje con una concepción moralista del endeudamiento

¹ Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Alumno de la Maestría en Derechos Humanos (UNLP). Alumno de la Diplomatura en Derechos del Consumidor y Procesos Protectorios (UNA). Alumno de la Diplomatura en Derecho Parlamentario (UA). Mail ezequielgalvan@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0833-4366>).

personal excesivo. Siendo que este enfoque tiene consecuencias en el alcance y contenido de la tutela, así como ignora la responsabilidad estatal y/o de los proveedores de crédito y financiación para consumo, se propone abandonar concepciones binarias del sobreendeudamiento (pasivo/activo), así como reformular estas iniciativas bajo el principio rector del respeto a la dignidad de la persona.

Palabras clave: Consumidor - dignidad - derechos humanos - legislación.

Abstract: The economic crisis as a result of COVID-19 exposes the state delay in implementing measures to address the situation of over-indebtedness of the human person, especially with respect to the protection of the dignity of the person and his family group. For this reason, legislative initiatives S-1061/20 and 3540-D-2020 with the sponsorship of some consumer associations are presented as an overcoming proposal, which in practice implies the re-entry into the national Congress of the Family Insolvency Model Law of the Office for Latin America and the Caribbean of Consumers International, which proposes an approach with a moralistic conception of excessive personal indebtedness. Since this approach has consequences on the scope and content of the guardianship, as well as ignoring the state responsibility and / or responsibility of the providers of credit and consumer finance, it is proposed to abandon binary conceptions of over-indebtedness (passive / active), as well as to reformulate these initiatives under the guiding principle of respect for the dignity of the person.

Keywords: Consumer - dignity - human rights - legislation

I. Introducción

Si bien la crisis económica como consecuencia del COVID-19 genera situaciones de sobreendeudamiento, así como preocupación del cuerpo legislativo, el sobreendeudamiento es un fenómeno que perjudica la calidad de vida y satisfacción de los derechos fundamentales de la persona humana y su grupo familiar (Japaze, 2015) respecto del cual había una necesidad preexistente de abordaje estatal ante la ausencia de mecanismos idóneos de recomposición (Rossi, 2017). En este sentido, si bien se han presentado números iniciativas legislativas con el objeto

de dar respuestas a las familias en esta situación, el presente trabajo tiene por objeto el análisis de la “Ley Modelo de Insolvencia Familiar” que reingresa en el Congreso de la Nación bajo el proyecto S-1061/20 y 3540-D-2020 apelando al contexto producto de la pandemia.

La “Ley Modelo de Insolvencia Familiar” (2011) pertenece a la Oficina para América Latina y el Caribe de Consumers International, una federación internacional de asociaciones de usuarios y consumidores, la cual se ha proyectado en el ámbito local a través de proyectos de ley que se limitan a la transcripción de la ley modelo, siempre con el patrocinio de asociaciones de consumidores. En este aspecto, la particularidad de este proyecto, además de la legitimidad que puede atribuirle el apoyo explícito de algunas asociaciones de consumidores, está dada por una concepción de fuerte reproche moral a la persona en situación de sobreendeudamiento, así como por el retorno al “sobreendeudamiento pasivo/activo” como dirimente de la tutela.

En consecuencia, si entendemos que en el sobreendeudamiento existe una afectación a la dignidad de la persona y su grupo familiar, la respuesta estatal convencional y constitucionalmente no puede limitarse a un mecanismo de reestructuración de pasivo que asegure el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sino que necesariamente debe tener por objeto resguardo y tutela de la dignidad de la persona más allá de los mecanismos que implemente. De este modo, el contenido y concepción de la respuesta estatal (legislativa) no se limita a ser una cuestión de calidad en la técnica legislativa (también importante), sino que tiene consecuencias directas en la construcción del sujeto de tutela y el alcance de la misma.

Siendo que existe una mora estatal que demanda un abordaje inmediato, agravado por el impacto social y económico producto de la pandemia, la persistencia de la ley modelo en nuestro debate legislativo implica la permanencia de ideas incompatibles con una tutela que priorice la protección de la dignidad humana, la prevención de la exclusión económica y social, así

como del crédito responsable (Sánchez Cannavó, 2018) como obligación concreta de los proveedores de crédito y financiamiento.

II. La Ley Modelo de Insolvencia Familiar y su ingreso en el Congreso de la Nación Argentina

La Ley Modelo de Insolvencia Familiar se formula en la Oficina para América Latina y el Caribe de Consumers International en 2011, y su texto se proyecta en el ámbito nacional sin modificaciones sustanciales a través del proyecto S-0586/12 por las gestiones de la asociación de consumidores UNIÓN DE CONSUMIDORES DE ARGENTINA, y reingresos bajo las iniciativas S-0030/14, más recientemente S-1061/2020 y 3540-D-2020 con el patrocinio de las asociaciones de consumidores ADELCO, ADECUA y CRUZADA CÍVICA.

En cuanto a los mecanismos propuestos, desde su origen la iniciativa se estructura como un sistema de renegociación de deudas no comerciales ante la “insolvencia” en una instancia administrativa perjudicial de conciliación, y una instancia judicial con capacidad de imponer un plan de reestructuración del pasivo oponible a los acreedores aun sin acuerdo, e incluso un plan de liquidación si lo entendemos como una de sus modalidades tácitas. Así mismo, se complementa con referencia a planes de educación financiera y el reconocimiento de algunos derechos a los usuarios y consumidores vinculados a la prevención del sobreendeudamiento (acceso previo al contrato y acceso al estado actual de deuda a efectos de cancelarlo).

Como primera cuestión, siendo que estamos ante una ley modelo internacional cuya redacción resulta ajena a nuestra legislación local, la iniciativa incorpora definiciones propias de “*persona consumidora de productos, bienes y/o servicios*”, “*insolvencia*”, “*entidad financiera*”, “*tarjeta de crédito*” y “*bancos comerciales*” ya existentes en la legislación vigente². Así

² Si bien estas deficiencias se encuentran presentes en el proyecto 7482-D-2010 que recupera la Ley Modelo su elaboración las profundiza.

mismo, tampoco regula en el marco de la relación de consumo en pos de una concepción regresiva que se circunscribe al mero vínculo contractual, que se agrava desde su reingreso como el proyecto S-1061/20 y 3540-D-202020 al establecer a la ley 24.240 y la restante normativa que se integra al estatuto de los usuarios y consumidores resulta de aplicación supletoria y restrictiva³.

En consecuencia, la ausencia de adecuación a la legislación local al momento de su ingreso en el Congreso, agravado por la reforma que implicó el Código Civil y Comercial y las modificaciones en demás legislación (ley 26.994), implica que de por sí la iniciativa resulte asistemática respecto de nuestro ordenamiento jurídico, a lo cual se suman las inconsistencias internas producto de esta construcción de conceptos y definiciones constantes⁴.

Como segunda cuestión, en el proyecto subyace un claro entendimiento moralista de la problemática, así como simplista y binario (Japaze, 2015) que se observa manifiesto en una tutela circunscripta al “*sobreendeudamiento pasivo*”, cuya consecuencia directa implica denegar la protección estatal ante el sobreendeudamiento de un gran espectro de personas, así como a su grupo familiar. En este aspecto, si bien el proyecto confunde reiteradamente el “sobreendeudamiento” con la “insolvencia” aun cuando no son conceptos asimilables, se restringe el reconocimiento estatal al endeudamiento de “*situaciones imprevistas*” o “*previstas que no han podido evitarse*”.

Si bien el sobreendeudamiento es un concepto situado (ej. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” 2014, p. 3.1), existe consenso académico respecto que no resulta asimilable al concepto de “insolvencia” (Japaze, 2015), el cual además de contener un

³ “Art. 42. En todo lo que no esté explícitamente expresando en la presente ley, será de aplicación supletoria la Ley de Defensa del Consumidor 24.240”.

⁴ Ej. la regulación del sobreendeudamiento cuando se establece la insolvencia como requisito para instar el procedimiento administrativo.

significado atribuido por el derecho concursal, también sostiene una concepción empresaria que resulta inidónea para la tutela de la persona usuaria o consumidora (Kalafatic, 2019).

Por otro lado, desde su redacción inicial para instar el procedimiento administrativo prejudicial se expresa “*siempre que su situación patrimonial sea de insolvencia*”⁵, que además debe concurrir que sea “*producto de alguna de las siguientes causas*”:

- a) *Pérdida de empleo por despido directo y/o indirecto;*
- b) *Precariedad de empleo o empleo no registrado;*
- c) *Incapacidad temporal o permanente;*
- d) *Enfermedad grave o crónica que implique un gasto excesivo en tratamientos y/o medicamentos;*
- e) *Separación personal, divorcio vincular o disolución de la sociedad conyugal;*
- f) *Fallecimiento de uno de los cónyuges o concubino;*
- g) *Asunción de gastos imprevistos producto de coyunturas especiales.”*

Cómo se puede observar, las únicas causales contempladas son de carácter ajenas al control de la persona en situación de insolvencia o sobreendeudamiento pasivo, o bien similares a un “estado de necesidad” (ej. enfermedad grave, “*coyunturas especiales*”), requisitos calificados que no tienen correlato alguno con los requisitos que le impone la legislación concursal a una persona jurídica, o persona empresaria para promover un proceso para reestructurar su pasivo (arts. 1, 2 y cc. ley 24.522)⁶.

⁵ De una lectura sistemática del articulado también el sobreendeudamiento pasivo habilita a instar el procedimiento si concurre con alguna de las causas enunciadas.

⁶ Se destaca que el reproche al endeudamiento o administración irresponsable que se le imputa a la persona no empresaria no se encuentra presente respecto de las personas físicas o jurídicas que quiebran en el marco de la actividad empresaria organizada, en la cual el profesionalismo es un rasgo distintivo, aun cuando en ocasiones hay un responsabilidad mayor (consiente o dolosa), así como consecuencias sociales de mayor impacto: créditos laborales por despidos o accidentes de trabajo, indemnización a usuarios y consumidores,

En este aspecto, los efectos prácticos de esta norma es la exclusión de las personas que pueden acceder a esta vía de reestructuración de pasivo sea por un sobreendeudamiento no pasivo, o una insolvencia o sobreendeudamiento pasivo con causa ajena a las enumeradas⁷. De igual modo, se explicita esta concepción de tutela restringida a la persona “de buena fe”, y con cierta capacidad de pago, pues se reconoce la facultad discrecional del magistrado para rechazar la acción “*ser inconducente, improcedente o no llenar el cometido y alcance exigido en esta clase de procesos;*”, contemplando la imposición de multas o sanciones a la persona deudora, la cual también se aplican cuando “*pueda cumplimentar sus obligaciones y saldar la deuda en forma anticipada*”, situación que entendemos de procedencia excepcional, pero que se encuentra plasmada y faculta al acreedor a peticionarla.

Así mismo, el análisis de la situación del deudor a efectos de observar si puede continuar calificando como “sujeto de tutela” resulta continuo, incluso en la etapa de cumplimiento del acuerdo o plan de reestructuración de deudas (ej. “*art. 38... causales de inconducta: ... obtención de nuevos préstamos (...) no avalados judicialmente*”), con la exigibilidad del monto total de las cuotas pendientes ante la inconducta, solución que además de imponer un tutor judicial para cualquier acto de financiamiento o crédito, también implica un agravamiento de la situación de sobreendeudamiento⁸.

créditos fiscales (impuestos o seguridad social), por nombrar algunos, exponiendo el carácter injustificado de un abordaje moralizante del sobreendeudamiento.

⁷ Puede observarse en la enumeración de estas causales el carácter foráneo de la Ley Modelo de Insolvencia Familiar, así como la falta de adecuación en su ingreso en el Congreso Nacional, en que no contemple las consecuencias de los procesos inflacionarios recurrentes, incluso cuando en el reingreso bajo el proyecto S-1061/20 y 3540-D-2020 se alude expresamente a los créditos con cláusula UVA (indexación por CER). En este caso particular no estaríamos ante una “*asunción de gastos imprevistos*” atento a ser una obligación asumida previamente, así como salvando el efecto particular de la pandemia, nuestra jurisprudencia ha sido reticente a entender el proceso inflacionario como evento no previsible o extraordinario.

⁸ No se contempla la nulidad del acuerdo o el plan de reestructuración, sino la exigibilidad de los créditos en las condiciones de cumplimiento. Además de agravar la situación de sobreendeudamiento al implicar el colapso patrimonial y eventual quiebra, también fomenta

Cómo última cuestión, aun ignorando los cuestionamientos formulados, tanto la Ley Modelo de Insolvencia Familiar como sus proyecciones locales no contemplan disposiciones específicas sobre la vivienda familiar (sin otra protección que la actual regulación del Código Civil y Comercial, y eventualmente leyes locales⁹), así como tampoco hay un abordaje de la responsabilidad de los acreedores¹⁰ por la producción o agravamiento del sobreendeudamiento, de medidas estructurales de prevención del sobreendeudamiento, o abordaje del “crédito responsable” y no solo del “*consumo responsable*”.

Como bien insinúa el título del presente escrito, la Ley Modelo de Insolvencia Familiar o sus proyecciones en el ámbito local en su redacción vigente no son iniciativas conducentes para abordar el sobreendeudamiento de la persona humana y su grupo familiar debido a que por sobre los diseños institucionales subyace una concepción moralista incompatible con una legislación que debe tener por objeto el resguardo de la dignidad de la persona, aun cuando la misma contemple la exclusión de la persona que busca en esta tutela el fraude a los acreedores.

III. La Ley Modelo de Insolvencia Familiar como una iniciativa regresiva: el proyecto 7482-D-2010

Si bien entendemos que el abordaje del sobreendeudamiento desde la distinción entre “pasivo” y “activo” contiene una

el fraude del deudor quien puede reducir su pasivo mediante acuerdo o sentencia judicial para cancelar con el activo oculto la totalidad de las cuotas pendientes.

⁹ También resulta interesante recuperar la ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires por la cual se amplía la protección de la vivienda familiar aun sin inscripción. Si bien su constitucionalidad ante la delegación de competencias que implica el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional se encuentra actualmente pendiente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación con dictamen favorable del Procurador Fiscal (COM 15310/2009/CSI “R., L. E. c/ P., G, A, s/ ejecutivo”), lo que implicaría una herramienta de las jurisdicciones provinciales para implementar mecanismos de protección similares, también es un insumo a recuperar a nivel federal.

¹⁰ La única responsabilidad del acreedor en el proyecto es por la pretensión falsa o exagerada, o por actos tendientes al agravamiento de la mora durante la producción del proceso, siendo más normas de lealtad procesal similares a las que contemplan los códigos procesales con el instituto de la temeridad y malicia.

concepción moralista del fenómeno, así como simplifica en extremo un fenómeno complejo en el cual se involucra, por ejemplo, la inducción al consumo mediante prácticas publicitarias y crédito para consumo (Japaze, 2015), o la existencia una sociedad de consumo (Rusconi, 2015), en el caso concreto de la Ley Modelo de Insolvencia Familiar se reafirma esta conclusión cuando observamos el proyecto local 7482-D-2010, un insumo cuyo contenido se proyecta en esta iniciativa de Consumers International.

En este aspecto, como primer elemento a destacar es que el proyecto 7482-D-2010 regula el “*sobreendeudamiento pasivo familiar*”, entendido como una situación pre insolvencia, mientras que la Ley Modelo y sus ingresos en el ámbito nacional son regulaciones de la “*insolvencia familiar*”, siendo la tutela del sobreendeudamiento pasivo secundaria¹¹.

Así mismo, el proyecto 7482-D-2010 reafirma esta concepción con la cual discrepamos al excluir al sobreendeudamiento no pasivo (activo) y entenderlo como consecuencia del “*consumo irreflexivo e irresponsable del presupuesto que maneja una persona.*”, acompañado por apelaciones al consumo responsable y reflexivo (art. 2 “*Finalidad... Objetivos...*”), o en el reconocimiento del principio de “transparencia” restringido a la persona deudora.

¹¹ Si bien la definición del sobreendeudamiento en el proyecto 7482-D-2010 desde lo técnico resulta análoga a la insolvencia (“*Art. 5. Definiciones: ... Sobreendeudamiento: es la situación en la que se encuentra una persona física no comerciante o su familia que ha contraído deudas en exceso y no puede enfrentar con su patrimonio las mismas, debido a que su pasivo supera su activo.*”) aún se entiende como una situación pre insolvencia (“*Art. 5. Definiciones... Sobreendeudamiento pasivo: se trata de aquel tipo de endeudamiento consecuencia de situaciones imprevistas o que habiendo sido previstas no han podido evitarse, y que las mismas limitan o condicionan la capacidad de ingresos de una persona física no comerciante bajo riesgo de quedar en condición de insolvencia.*”). Con este antecedente, cabe destacar que la Ley Modelo escoge trabajar sobre el concepto de insolvencia, siendo el sobreendeudamiento pasivo como situación pre insolvencia una cuestión secundaria y confundida con la propia insolvencia (ej. “*II. Causales de Sobreendeudamiento. Art. 6. Toda persona usuaria de servicios financieros podrá acudir al procedimiento estipulado en la presente ley, siempre que su situación patrimonial sea de insolvencia y la misma fuere producto de alguna de las siguientes causas:*”).

Por otro lado, salvando esta exclusión del sobreendeudamiento no pasivo, es interesante recuperar el proyecto 7482-D-2010 como una propuesta innovadora que establece mecanismos alternativos a los procesos concursales para abordar la situación de sobreendeudamiento, en lo que se destaca el reconocimiento de instancias administrativas prejudiciales de conciliación, mecanismo que permite un mayor acceso al no requerir patrocinio letrado (obligatoriamente) al mismo tiempo que descomprime la carga de tareas en la jurisdicción.

En este sentido, se puede observar que su proyección en la Ley Modelo de Insolvencia Familiar implicó un abordaje regresivo respecto del texto original, en lo cual se destaca:

a) la pérdida del reconocimiento de la relación de consumo, y una redacción deficiente y contradictoria;

b) la modificación del eje de tutela del sobreendeudamiento a la insolvencia, como ya se ha manifestado;

c) se elimina el carácter ejecutivo del acuerdo para requerir necesariamente una homologación judicial¹²;

d) se elimina la obligación del acreedor de comparecer al procedimiento administrativo a efectos de la conciliación¹³;

e) se incorpora en el plan de reestructuración la obligación de disponer medidas para “*facilitar o garantizar el pago*”;

f) se incorpora la facultad judicial de rechazar por ser “*inconducente, improcedente o no llenar el cometido y alcance exigido en esta clase de proceso*”¹⁴;

¹² Esta modificación implica mayores costos porque necesariamente requiere patrocinio letrado, mayor actividad jurisdiccional, así como no resultaría ejecutivo en tanto no se homologue.

¹³ “Art.25. No comparecencia. Si el acreedor no compareciera a la segunda audiencia se fijará una multa según lo establecido en el artículo 47 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.” (proyecto 7482-D-2010).

¹⁴ Si entendemos que estamos tutelando a una persona en situación de vulnerabilidad resulta cuestionable reconocer al juez facultades para cerrar el proceso judicial de modo discrecional cuando la acción resulta objetivamente admisible. En este aspecto, la redacción

g) se incorpora la imposición de multar o sancionar a la persona deudora por fraude procesal o dolo¹⁵;

h) se modifica la prohibición de someter las mismas deudas a este procedimiento por una inhabilitación por dos años para instar un nuevo procedimiento administrativo prejudicial de conciliación, así como se elimina la revisión del acuerdo ante incumplimiento no imputable para habilitar un procedimiento nuevo exceptuado de esta prohibición cuando se acredite “*estrictamente*” el caso fortuito o fuerza mayor;

i) se incorpora la “inconducta” de la persona deudora, en la cual se contempla la obtención de nuevos préstamos¹⁶ durante la etapa de cumplimiento; y

j) se incorpora expresamente como sanción a la conducta de la persona deudora en la etapa de cumplimiento la exigibilidad de la totalidad del saldo pendiente¹⁷.

Finalmente, cuestión no menor, también implicó una afectación de nuestro federalismo al establecerse una instancia administrativa prejudicial de competencia federal, omitida en

habilita a entender que el juez puede evaluar la falta de capacidad de pago para un plan de reestructuración, falta de voluntad del deudor para hacer el sacrificio necesario, o no satisfacer el “*cometido y alcance exigido en esta clase de proceso*”, concepto indeterminado que incorpora una habilitación para denegar la tutela requerida.

¹⁵ Si bien no se tiene intención de defender el accionar fraudulento, además de inclinarnos por su actual regulación en el instituto de la “temeridad y malicia” en los códigos procesales locales, tampoco se observan los motivos para incorporar la multa o sanción (pudiendo generar un agravamiento de la situación económica de la persona) cuando la clausura del proceso frustra esa finalidad fraudulenta e impide una reedición del procedimiento.

¹⁶ Además de ser una restricción que entendemos excesiva de la autonomía de la persona, nuevamente encontramos la construcción de causales de “inconducta” o reproche a la negligencia, irresponsabilidad o mala fe del deudor que derivan en un colapso de la situación económica de la persona y su grupo familiar al habilitar a los acreedores a exigir la totalidad de su acreencia pendiente. Así también implica la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento administrativo que recupera de modo tácito a la quiebra como la etapa posterior a las instancias contempladas en la iniciativa bajo análisis.

¹⁷ La redacción original en el proyecto 7482-D-2010 se limita a establecer el carácter ejecutivo del acuerdo o plan de reestructuración de deudas, siendo materia de acuerdo o decisión judicial los efectos de la mora.

las iniciativas S-0586/12 y S-0030/14, pero manifiesta en el proyecto S-1061/20¹⁸.

Si bien entendemos que el proyecto 7482-D-2010 requiere un replanteo de su concepción moralista sobre el fenómeno del sobreendeudamiento, especialmente recuperando la participación del proveedor en la concesión del crédito o financiación para consumo¹⁹, la iniciativa se presenta como novedosa desde su diseño. En este aspecto, la Ley Modelo de Insolvencia Familiar y sus presentaciones locales se presentan como una iniciativa regresiva respecto de la propuesta original, situación que invita a recuperar el insumo original en el debate parlamentario, así como preocupa que responda a la actividad y lobby de algunas de las asociaciones que representan a los usuarios y consumidores.

IV. La construcción del sujeto de tutela

Siendo que por medio del presente no nos hemos privado de manifestar nuestras discrepancias con las iniciativas reseñadas, corresponde explicitar los fundamentos por los cuales se propone reformular la concepción desde la cual se aborda la problemática del sobreendeudamiento.

En consecuencia, se destaca que la República Argentina es un estado que ha asumido obligaciones internacionales para con las personas sometidas bajo su jurisdicción, lo que implica la proyección del derecho internacional de los derechos

¹⁸ “La autoridad de aplicación de la presente ley será la Unidad de Conciliaciones de Sobreendeudamiento (UCS), la cual será creada a tal efecto, dependiente del Consejo Federal del Consumo...”. Si bien se invita a las provincias a adherir a la ley resulta dudosa la suerte del procedimiento administrativo y sus efectos (principalmente la suspensión de los procesos ejecutivos) ante la ausencia de una ley local de adhesión.

¹⁹ Si bien nuestra legislación contempla el “*principio de préstamo responsable*” (Rossi, Rodríguez Bustamante & Mariani, 2019), también entendemos que hay necesidad de una legislación que sea expresa en sus consecuencias (Sánchez Cannavó, 2018), especialmente ante el sobreendeudamiento del usuario o consumidor (incluyendo también la responsabilidad frente a sus coacreedores perjudicados).

humanos en el ámbito interno (Rusconi, 2015), especialmente el respeto de la dignidad de la persona como fundamento del estado (Nikken, 1994). En este sentido, encontramos el derecho a un mínimo de propiedad o de acceso al consumo necesario para un nivel de vida adecuado²⁰ (Sahián, 2018), estándar que se proyecta como obligación estatal para con las personas bajo su jurisdicción (Rusconi, 2015) *“y, agregamos, pueden hacer valer ese derecho aun cuando hayan actuado irreflexivamente, si la otra parte estimuló o se aprovechó de ello”* (Rossi, 2018:197).

De igual modo, además del carácter convencional de la protección del acceso al consumo por la persona, también encontramos en el plano nacional la Constitución en el artículo 42 reconoce el derecho a un trato digno como fórmula local que recepta a la dignidad de la persona de modo análogo a los tratados de jerarquía constitucional (Rossi, 2018), siendo las leyes del Congreso reglamentaciones que deben respetar este principio rector. En conclusión, entender al sobreendeudamiento como una afectación a la dignidad de la persona, aun por negligencia o irresponsabilidad, no puede implicar (o entenderse) una consecuente renuncia de derechos o de la protección estatal atento al carácter indisponible de la dignidad humana (Nikken, 1994).

Así mismo, en la construcción de las categorías pasivo-activo en el abordaje del sobreendeudamiento, además ocultar la responsabilidad del acreedor en el proceso de colocar crédito a personas sin capacidad de pago en condiciones sostenibles en el tiempo en el marco de una relación de asimetría estructural (Rusconi, 2015), también esconde la inacción estatal ante el accionar privado²¹ y la ausencia o insuficiencia de los

²⁰ Como destacan los autores, el derecho humano a la vivienda (Comité DESC, O.G. Nº 4), a la salud, a una alimentación adecuada (Comité DESC. O.G. Nº 12, pár. 13, y O.G. Nº 15, pár. 12 inc. “c”), entre otros derechos interdependientes comprenden el nivel de vida adecuado, o vida digna (Ayala Corao & Rivero, 2019) que tutela el acceso al consumo.

²¹ Siendo que el mercado del crédito (y el mercado en general) es un espacio en el cual las personas acceden a los bienes y servicios que satisfacen las necesidades y acceden a las condiciones necesarias para una vida digna, el Estado tiene obligaciones de regulación,

mecanismos para su prevención. En este aspecto, siendo el abordaje del sobreendeudamiento una política pública, definir a su destinatario implica el reconocimiento sujeto en situación de riesgo, vulnerabilidad o desventaja (Giménez Mercado & Valente Adarme, 2010) pasible de tutela y la exclusión de las restantes²².

Por último, aun cuando concurra un endeudamiento negligente o irresponsable por parte de la persona deudora, como bien reconoce la Ley Modelo de Insolvencia Familiar y restantes iniciativas, las consecuencias del sobreendeudamiento se proyectan sobre el grupo familiar. De este modo, también se integra al abordaje del sobreendeudamiento obligaciones estatales específicas respecto de la protección de la familia y sus integrantes, especialmente respecto de niños, niñas y adolescentes²³, y la necesidad de ponderar las consecuencias de excluir al sobreendeudamiento no pasivo de los mecanismos de rehabilitación sobre el grupo familiar afectado.

Por otro lado, si bien se entiende que clasificar al sobreendeudamiento tiene consecuencias negativas e incompatibles con las obligaciones constitucionales y convencionales del Estado, también destacamos que tanto la Ley Modelo de Insolvencia Familiar, sus proyecciones locales, y la iniciativa 7482-D-2010 expresamente reconocen su finalidad de prevenir la exclusión social.

control y fiscalización respecto de actividades y proveedores que pueden derivar en el sobreendeudamiento de la persona, especialmente cuando se tiene presente las consecuencias del mismo, obligación que impone tanto el estatuto del consumidor (art. 42 C.N., arts. 36, 41-42 y 55 ley 24.240, art. 50 ley 25.065, entre otras) como los tratados de derechos humanos suscriptos por el Estado nacional, ej. el estándar del caso "Ximénez López vs. Brasil" (ColDH, sent. 04-VII-2006, pár. 137, 138 y 141) establece que dentro de la obligación general de garantía de los derechos a la vida (digna) y a la integridad nacen deberes especiales de protección y prevención, determinables en función del caso concreto, incluso en relaciones entre privados.

²² Como se observa, en el abordaje del sobreendeudamiento encontramos además de la necesidad de definir los mecanismos de tutela a la dignidad de la persona una cuestión no menor dada por quienes son las personas que pueden recurrir a los mismos.

²³ Ej. el principio del interés superior del niño, niña o adolescente (Convención sobre los Derechos del Niño).

En este sentido, cabe destacar que la exclusión no implica necesariamente marginalidad, sino también pauperización en la incorporación económica en la sociedad, así como en ámbitos políticos o culturales (Giménez Mercado & Valente Adarme, 2010), siendo una recepción (limitada) de una lógica centrada en la dignidad de la persona y no solo en su dimensión económica, motivo por el cual se aboga a trabajar legislativamente sobre este principio rector sin las limitaciones de la moralidad o un abordaje desde lo patológico (ej. la intención de defraudar a los acreedores).

V. Cuestiones pendientes

Si bien el objeto del presente trabajo es principalmente establecer posición respecto de la concepción desde la que debe abordarse el sobreendeudamiento, también hay otros debates pendientes. En este aspecto, destacamos como cuestiones a resolver:

a) ¿La rehabilitación debe ser una norma autónoma o un proceso concursal especial²⁴?

b) ¿Cuál es el rol del ministerio público en los procedimientos administrativos y/o procesos judiciales de rehabilitación del sobreendeudamiento²⁵?

c) ¿Los procedimientos administrativos de conciliación para reestructurar el pasivo deben ser confidenciales²⁶?

²⁴ Entendiendo que responde a un objeto radicalmente distinto la rehabilitación del sobreendeudamiento (el respeto a la dignidad de la persona) nos inclinamos por una norma autónoma, recuperándolo como uno de los principales aportes del proyecto 7482-D-2010, así como de la publicidad de la Ley Modelo de Insolvencia Familiar. Sin embargo, también encontramos propuestas que se inclinan por un abordaje desde el derecho concursal (ej. proyecto 7210-D-2018) que pueden también entenderse como propuestas superadoras.

²⁵ Si bien las iniciativas bajo análisis omiten toda referencia al ministerio público la ley 24.240 (art. 52) introdujo al ministerio público fiscal como un partícipe más en todo proceso de consumo, ante lo cual una regulación para rehabilitar ante una situación de sobreendeudamiento con pasivo originado en relaciones de consumo se presenta como una instancia para redefinir el alcance de su intervención, así como la oportunidad.

²⁶ Así como podemos entender que es un aspecto propio de la vida privada de la persona deudora que no debe trascender a la esfera pública, también hay que decidir como se

d) ¿Cuál es la protección de la vivienda frente a estos mecanismos de reestructuración del pasivo, o de deudas de consumo²⁷?

e) ¿Cuál es la responsabilidad de los proveedores por la colocación de crédito o financiación para consumo de modo irresponsable o negligente?

f) ¿Cuál debe ser la consecuencia del uso de los mecanismos de rehabilitación del sobreendeudamiento para defraudar a los acreedores?

g) ¿Cuál es el rol o legitimación de los integrantes del grupo familiar en los mecanismos de rehabilitación del sobreendeudamiento²⁸?

Así como resaltamos una mora estatal en la sanción de un régimen de rehabilitación frente a situaciones de sobreendeudamiento, también podemos observar que no se agota en la decisión política de sancionar una iniciativa. En este aspecto, la sanción de un proyecto en la materia requiere la implementación de soluciones idóneas, insumos de calidad, y responder al interés de las personas afectadas más que satisfacciones personales (Pérez Bourbon, 2020) o búsqueda de legitimidad en la sociedad.

relaciona esta instancia de negociación con la constatación de incumplimientos a normativa de orden público (ej. ley 24.240) por parte de la autoridad administrativa que motivaría el inicio de las actuaciones sancionatorias.

²⁷ Siendo que la vivienda es un activo de considerable valor económico que también satisface el derecho a la vivienda entendemos que es necesario la discusión respecto a la protección del bien frente al sobreendeudamiento por actividad no empresaria. En este sentido hay cuestionamientos al suministro de crédito o financiación para el consumo sin capacidad de pago cuando el acreedor contempla la existencia de un inmueble (vivienda) como garantía de sus intereses (Sánchez Cannavó, 2018), aun cuando no se constituya una hipoteca, como práctica contraria a las obligaciones del proveedor.

²⁸ En el abordaje del rol o legitimación de las personas que integran el grupo familiar entendemos que encontramos a las mismos como (a) reconocida como víctima de las consecuencias del sobreendeudamiento, (b) parte de la relación de consumo (art. 1 ley 24.240), y/o (c) representante, gestor o afectado de la persona sobreendeudada (ej. el rol del hijo/a de una persona mayor jubilada sobreendeudada que asiste económicamente).

VI. Conclusiones

A modo de conclusión, el sobreendeudamiento de la persona no se limita a la pérdida de capacidad de pago, sino que implica una afectación a la dignidad de la persona, siendo la rehabilitación y protección de la persona el objeto de cualquier proyecto legislativo en la materia. Así mismo, es necesario renunciar los prejuicios o reproches morales respecto de su causa, sin perjuicio que se reprima el uso fraudulento de estos mecanismos de tutela con la intención de defraudar a los acreedores.

En este aspecto, la Ley Modelo de Insolvencia Familiar y sus ingresos en el ámbito local son iniciativas asistemáticas, con una impronta moralista y que resulta regresiva respecto de sus insumos (proyecto 7482-D-2010), motivo por el cual se considera necesario abandonar esta propuesta cuyo texto se reedita en el tiempo, o bien reformularla contemplando la legislación local, y con la tutela de la dignidad de la persona y su grupo familiar como principio rector.

Si bien hay debates pendientes en la materia, abandonar una perspectiva que entiende al sobreendeudamiento fortuito o culpa de un consumo negligente e irresponsable nos introduce a una materia poco explorada, la responsabilidad del proveedor de crédito o financiación para consumo a personas sin capacidad de pago en condiciones sustentables. De igual modo rápidamente encontramos otras materias poco abordadas seriamente en nuestra actividad legislativa (ej. la usura en las relaciones de consumo o la protección de la vivienda familiar, por mencionar algunos).

Siendo que la intención del presente escrito es la participación en el debate público, especialmente frente una iniciativa regresiva y asistemática que se legitima en la participación de algunas asociaciones de consumidores, esperamos que resulte de alguna utilidad.

Teletrabajo, COVID-19 y el ejercicio regular de la función empresarial como forma de resguardar también los derechos de quienes prestan servicios

Telecommuting, COVID-19 and the regular exercise of the business function as a way of also safeguarding the rights of those who provide services

Adolfo Nicolás Balbín¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 643-658

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e472>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 10/12/2020

Resumen: En el presente artículo, escribo unas breves líneas vinculadas con la implementación del teletrabajo en el contexto del COVID-19, adicionando algunas de sus proyecciones. A su respecto, luego de ubicar a la nueva modalidad del contrato laboral en aquel marco pandémico, menciono los beneficios individuales que ella trae consigo, para luego dar cuenta acerca de ciertos límites que, primero desde una visión bilateral del trabajo, y luego desde una mirada plurilateral del mismo, igualmente deben ser considerados. Mi hipótesis es que si bien la figura del teletrabajo supone la recepción de un instituto muy útil no solo en los tiempos que corren sino también para los sucesivos mejores momentos,

¹ Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social -del trabajo y la previsión- (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Profesor Adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Correo electrónico: nicolasbalbin@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2927-2918>).

la misma debiera ser aplicada de forma controlada y razonable, a fin de que, a la par que genera beneficios para las empresas, no suponga un ejercicio irregular de los poderes de dirección que, en aquellas, se les reconoce a los empleadores. La conclusión central a la que arribo es que si bien hay que tomar en cuenta los beneficios que puede conllevar la utilización de la nueva modalidad del contrato laboral, también se debe considerar su utilización adecuada para no perjudicar a los trabajadores.

Palabras clave: teletrabajo, COVID-19, derechos laborales, ejercicio regular de la función empresarial.

Abstract: In this article, I write a few brief lines related to the implementation of telework in the context of COVID-19, adding some of its projections. In this regard, after locating the new modality of the labor contract in that pandemic framework, I mention the individual benefits that it brings with it, to then give an account of certain limits that, first from a bilateral view of work, and then from a plurilateral view of the same, should also be considered. My hypothesis is that although the figure of telework supposes the reception of a very useful institute not only in current times but also for successive best moments, it should be applied in a controlled and reasonable way, so that, at while it generates benefits for companies, it does not imply an irregular exercise of the management powers that, in those, are recognized by employers. The central conclusion that I arrive at is that although the benefits that the use of the new form of the labor contract may entail must be taken into account, its proper use must also be considered so as not to harm workers.

Keywords: teleworking, COVID-19, labor rights, regular exercise of the business function.

I. Introducción

A través de este desarrollo, pretendo efectuar una contribución que sirva para el estudio y la comprensión de la figura del teletrabajo, partiendo para ello de la actual y especial situación sanitaria, mas sin que dicho punto de inicio suponga la limitación de las eventuales conclusiones al contexto crítico actual,

sirviendo en todo caso el dato apuntado como un puntapié para las posteriores explicaciones.

En ese marco, aquí se articulan una serie de elementos provenientes tanto de la Ley de Contrato de Trabajo nro. 20.744² que vertebró las relaciones individuales obrero patronales en nuestro país, como de la reciente Ley 27.555³ que incorporó, como nueva modalidad contractual, al teletrabajo, insertando a su vez algunas otras precisiones respecto a la mentada figura, y remitiendo a lo que, en lo sucesivo, deberán reglamentar las fuentes específicas en la materia.

La hipótesis de la cual parto es que si bien la figura del teletrabajo supone la recepción de un instituto muy útil no solo en los tiempos que corren sino también para los sucesivos mejores momentos, la misma debiera ser aplicada de forma controlada y razonable, a fin de que, a la par que genera beneficios para las empresas, no suponga un ejercicio irregular de los poderes de dirección que, en aquellas, se les reconoce a los empleadores.

En ese íter, me concentro aquí en escribir algunas breves líneas que tiendan a proteger a la persona que presta servicios, frente a un eventual ejercicio extralimitado de los poderes antes mencionados, ello con foco en la jornada laboral y en las tareas que se le pueden encomendar al trabajador.

Para lo posterior, adelanto que en este trabajo utilicé las palabras contrato de trabajo, relación laboral y vínculo apropiativo, como sinónimos.

II. Coronavirus, teletrabajo, y una útil regulación legal

La pandemia del COVID-19 por la que lamentablemente todos estamos atravesando, ha provocado innumerables daños en las sociedades del mundo (entre las que obviamente también debemos incluir a la nuestra), y ha generado a su vez

² B.O. 27/09/1974.

³ B.O. 14/08/2020.

la necesidad de reorganizar muchos aspectos de las mismas, dentro de los que cabe reparar ahora, como objeto especial de este aporte, en el desarrollo de la actividad productiva y, con ella, el desenvolvimiento de los contratos de trabajo.

Sin duda alguna los sectores productivo y laboral han sido de los que mayores afectaciones recibieron en relación con la circunstancia sanitaria antes apuntada. En efecto, focalizando el análisis únicamente a nuestro país, si bien la crisis económica se ha vuelto estructural en los últimos años -a raíz de lo cual se dictaron varias normativas especiales (por ejemplo la Ley nro. 27.541⁴ de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública)-, lo cierto es que la propagación vertiginosa del coronavirus, en paralelo con la declaración internacional del estado de emergencia sanitaria por parte de la OMS hacia principios del mes de marzo del corriente año, ha intensificado la crisis aludida, provocando su expansión incluso a otras arenas tales como la política, el trabajo, la educación, el deporte, etcétera.

Producto de tal estado de situación de hondo calado, y como ya lo adelantara anteriormente, se ha impuesto la presurosa necesidad de reorganizar las actividades empresariales cual forma de intentar adaptarse a las nuevas y funestas circunstancias del medio, continuando con la actividad productiva.

Ese imperioso requerimiento hizo que se activaran, en paralelo a los álgidos ánimos sociales y económicos, dispositivos que permitieran sobrellevar los tan complejos tiempos que todos estamos viviendo, dinamizándose lentamente, entre ellos, la figura del teletrabajo, institución que obligó a desempolvar viejos debates, engrosándolos con otros nuevos que tuvieron como foco muchas actividades y regímenes jurídicos en nuestro país. En medio de ello, tal como lo adelantara en la introducción del presente, recientemente se ha sancionado la Ley 27.555 que incorporó la figura del teletrabajo a la LCT 20.744, como una nueva modalidad del vínculo jurídico y personal laboral.

⁴ B.O. 23/12/2019.

Avanzando, es útil traer a colación en ese estadio un concepto inserto en la nueva ley antes apuntada, en cuanto reza: “Habrá contrato de Teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación” (artículo 2 de la misma, actual artículo 102 bis, primer párrafo, de la LCT).

Cabe reparar aquí en que la figura del teletrabajo, si bien ya ha sido tratada jurídicamente con anterioridad a la pandemia provocada por el coronavirus, recibió un importante envión a partir del nuevo estado de situación en el que razones sobre todo de tipo sanitarias impidieron e impiden la normal prosecución de la relación de trabajo. En efecto, usualmente la vinculación laboral -que parte de un acuerdo inicial (al menos en lo que hace a los elementos centrales de la contratación)-, adquiere cuerpo a partir de la puesta a disposición, en la empresa, de la fuerza productiva que como capital humano aporta el trabajador, activándose paralelamente el haz de derechos y obligaciones que titulariza el empleador.

Sin embargo, aquella forma habitual de desarrollar el contrato de trabajo hoy se ha complejizado, debido a que razones sanitarias impiden o bien limitan la presenciabilidad de quienes deben cumplimentar la central obligación de cumplimiento que mencioné en el párrafo anterior.

Frente a ello, en muchas actividades se ha desarrollado, con una velocidad menor que la actual pandemia, la modalidad de prestación laboral en base al teletrabajo. La diferencia mencionada se debe a que si en la propagación del COVID-19 intervienen directamente factores biológicos y naturales que exceden la propia intención de la persona, para la introducción de una figura jurídica de especiales e incluso novedosos contornos como el teletrabajo, se requiere tomar en cuenta otros

factores como la planificación y la regulación normativa, la gran diversidad de entornos productivos, la disparidad económica de cada uno de los sectores, el nivel de instrucción de las personas, entre otros. En lo que sigue, avanzaré un poco más respecto a lo dicho, primero focalizando el alcance del teletrabajo desde una óptica metodológica legal, para luego proseguir dándole mayor protagonismo a la hipótesis ya escrita.

III. Teletrabajo como una nueva modalidad del contrato laboral. Alcances

Como ya ha sido planteado por mucha y variada doctrina nacional⁵, constituyendo lo dicho una base bastante estable para el conocimiento de la relación existente entre un trabajador y un empleador, en el derecho del trabajo, y en lo que hace a las figuras reguladas en el Título III de la LCT, la palabra modalidad no supone la inserción en la anterior relación de intercambio de una figura que sujete la perfección del negocio a una especial situación relacionada con el tiempo, el cumplimiento de un acto, o la materialización de una futura circunstancia más o menos conocida (hago referencia al plazo, al cargo y a la condición, todas provenientes del derecho común de fondo⁶) susceptibles de reducir la eficacia del vínculo celebrado, sino que en la materia laboral la palabra modalidad -siguiendo la línea trazada por el legislador en el apartado de la LCT antes mencionado-, da cuenta de la presencia de un negocio que se ha celebrado con características distintas al contrato promovido o por tiempo indeterminado, cuyas cualidades centrales y típicas son que se vertebra a partir de prestaciones individuales y continuadas tanto del trabajador como del empleador, prolongándose, como

⁵ A modo de ejemplo, se pueden consultar las siguientes obras: *Tratado de derecho del trabajo*, Mario E. Ackerman (Director), Diego M. Tosca y Alejandro Sudera (Coordinadores), Tomo II, página 459 y siguientes, 2014, Santa Fe, editorial Rubinzal Culzoni; *Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales*, Ángel E. Gatti, página 197 y siguientes, 2015, Buenos Aires, editorial BdeF.

⁶ Ver regulación existente en el Código Civil y Comercial de la Nación, artículos 343 a 357.

regla, hasta que la persona que pone su fuerza de trabajo a disposición de la otra se encuentra en condiciones de jubilarse.

En ese marco, y en líneas generales, una modalidad contractual laboral se corporiza cuando el vínculo que une a quien trabaja y quien emplea no reúne alguna de las anteriores cualidades, ya sea porque se celebra por un tiempo menor omitiendo la extensión de la relación hasta la jubilación del trabajador –contrato a plazo fijo–, porque no supone ordinariamente la materialización individual de la prestación –contrato por equipo–, porque no refiere a prestaciones centrales continuadas de ambas partes –contrato de temporada– o bien porque sujeta la prolongación del tracto apropiativo al cumplimiento de un evento futuro e incierto –contrato eventual típico–.

Sin perjuicio de ello, como antes lo dije, en el derecho del trabajo una modalidad no crea un negocio imperfecto (como sí ocurre en la regulación que proviene del ordenamiento civil y comercial), sino que, contrariamente a ello, desde el inicio el vínculo reúne todas las características centrales que cimentan las obligaciones de cumplimiento (prestaciones centrales de ambos contratantes, a saber, poner la fuerza de trabajo a disposición del otro y, como contrapartida, pagar el salario) y de conducta (obligaciones importantes también, aunque con el papel de coadyuvantes de aquellas, por ejemplo, el obrar con buena fe, el deber de solidaridad y colaboración, la debida diligencia, la reserva de los secretos empresariales), mas transitando las mismas en un terreno distinto al que conforma el contrato por tiempo indeterminado.

Desde esta óptica, cabe reparar ahora en el alcance del teletrabajo como una nueva modalidad contractual. A mi modo, dicho encuadre se acredita plenamente, puesto que a diferencia del vínculo típico laboral en el que el cumplimiento de la obligación central del trabajador o trabajadora (poner su fuerza de trabajo a disposición de quien emplea) se materializa de forma presencial, en la nueva figura incorporada a partir de la Ley 27.555 se reconoce la posibilidad de variar aquella exigencia,

reconociéndole a las partes la posibilidad de acordar y llevar a cabo el desarrollo de aquella obligación “total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador”, dato al que se adiciona “la utilización de tecnologías de la información y comunicación”, tal como ya fuera puesto de manifiesto antes, al transcribir el actual artículo 102 bis de la LCT.

Como se puede observar, los elementos típicos del teletrabajo como nueva modalidad contractual son la no presenciabilidad, total o parcial, del trabajador en la empresa o establecimiento del empleador, y el uso de las TICs. Ello así, al no tocar única y directamente al contrato promovido, sino también al resto de las modalidades referidas, puede resultar eventualmente transversal a todas ellas, en el sentido de que a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.555 (que se operativizará “luego de noventa (90) días contados a partir de que se determine la finalización del período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio” tal como lo reza su artículo 19), cualquiera de las formas contractuales referenciadas antes (y otras más como por ejemplo el contrato a tiempo parcial) podrán recibir las incidencias de la figura del teletrabajo.

IV. La incorporación de una novel figura legal, junto a la continuidad de la exigencia atinente al cumplimiento regular de la función empresarial

Prosiguiendo, cabe reparar ahora en ciertos elementos que, sobre la base de la hipótesis trazada al inicio, dan cuenta de la importancia de tomar nota, en la introducción del teletrabajo, del regular ejercicio de ciertas funciones contractuales típicas de los empleadores.

A su respecto, dentro del campo jurídico, cabe reparar en ciertos alcances que a mi modo debieran tomarse en cuenta al momento de analizar el nuevo dispositivo prestacional laboral del que antes hice mención. Para ello, clarificando la metodología siguiente, diré que efectúo una separación entre

las órbitas unilaterales (haciendo una breve mención de ciertos efectos que tanto para el trabajador como para el empleador, individualmente considerados, supone el teletrabajo), en la bilateral (aquí me concentro en algunos elementos que provienen del vínculo conmutativo trabajador-empleador) y plurilaterales (incorporando en esta última a ciertos elementos que toman por foco de análisis, y en general, a todos los contratos vigentes en una empresa).

En primer término, y desde una visión eminentemente unilateral, remarco que el teletrabajo como nueva modalidad dentro del contrato laboral (tal como la tipifica el artículo primero de la flamante Ley 27.555⁷), ha venido a cumplir en los especiales tiempos que corren una función central, cual es la de permitir continuar la actividad productiva de la empresa, introduciendo ciertos componentes especiales a aquella forma de vinculación jurídica. En esto cabe tomar en cuenta que si bien no todas las empresas ni todas las actividades de la misma pueden adaptarse a esta particular forma de prestación de servicios (ya sea porque se requiere de la presencia de los trabajadores en la empresa, o bien porque no se cuenta con la base organizativa o económica suficiente como para costear los gastos que supone la nueva modalidad, o porque median barreras cognitivas que impidan una rápida adaptación a la prestación a distancia), lo cierto es que les ha permitido, en un corto período de tiempo, tener disponible una alternativa con que poder continuar produciendo aún frente al distanciamiento social decretado.

Por su parte, esta nueva modalidad también ha favorecido a muchos trabajadores, debido a que, si no median los impedimentos arriba enunciados, pueden continuar prestando servicios, conservar su fuente laboral, y resguardar su salud frente a la expansión del coronavirus así como también de otras enfermedades propias del clima.

⁷ A su respecto, dicho precepto establece que: "La presente ley tiene por objeto establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de la modalidad de Teletrabajo en aquellas actividades, que por su naturaleza y particulares características, lo permitan".

Sin embargo, en el análisis del teletrabajo como nueva modalidad prestacional laboral cabe tener presente, también, ciertos elementos que en sintonía con el principio protectorio como parte natural del derecho del trabajo, deben necesariamente considerarse a los fines de evitar perjuicios en la persona que cumple servicios por cuenta ajena.

Primero, y adentrándome ahora en el campo de la bilateralidad, advierto que paralelamente al buen desempeño que debe exigirse del trabajador, la implementación de la modalidad del teletrabajo debe resguardar los derechos del último frente a ciertos comportamientos de los empleadores que puedan suponer la alteración de alguno de los límites con que se entiende debe interpretarse y aplicarse la nueva figura laboral.

Así, de la Ley 27.555 surge que las regulaciones especiales que a su respecto se sancionen deben respetar los principios de orden público establecidos en la ley (artículo 2, incorporado como 102 bis a la LCT), y que las personas que prestan servicios mediante teletrabajo gozan de los mismos derechos y obligaciones que aquellas que lo hacen de forma presencial (art. 3).

En función de dicha base, y considerando el alcance de los institutos laborales de fondo, la laxitud de la obligación de concurrencia a la empresa no puede suponer, contrariamente, la reducción de los derechos de los trabajadores.

Uno de los ítems más sobresalientes en aquel punto atañe a la jornada de trabajo, período de tiempo en el cual el trabajador debe encontrarse a disposición del empleador en tanto no pueda usar del mismo en beneficio propio (art. 197, primera parte, de la Ley de Contrato de Trabajo nro. 20.744). Dentro de este tema, se enlista otro importante que hace a la nueva modalidad puesta en práctica en los últimos tiempos a raíz de la pandemia de público conocimiento, el que, vinculado a la extensión de la jornada, permite alzarnos contra una eventual errónea interpretación que suponga que el cumplimiento de la prestación desde el hogar -y a partir de los dispositivos que formen parte de la propiedad de quien labora, o bien que sean

brindados por el empleador-, concretiza una puesta a disposición permanente en beneficio del último, entendiéndose allí que la tecnología funcionaría como una puerta sin herraje para la prestación de servicios en beneficio de la empresa, y dando origen a una irregularidad en lo que hace al tiempo fijado legal o convencionalmente para estar a disposición de quien paga el salario. En este punto, el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 27.555 regula que: “El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral”, incorporándose en la primera parte del mentado precepto a la desconexión digital como derecho de los trabajadores, ya sea que la misma propenda al descanso diario, o bien a la utilización de su derecho a las licencias pertinentes⁸.

Relacionado con lo anterior, creo conveniente traer a cuenta otro punto que no ha sido incorporado expresamente en la Ley 27.555, pero que, sin embargo, a mi modo tiene mucha importancia, pues se vincula con la obligación del empleador de dar al trabajador tareas acorde con la jornada legalmente fijada. En ese punto, no se puede exigir que la persona que presta servicios a través del teletrabajo realice actividades que superen con notoriedad las que se puedan cumplir en una jornada habitual de empleo. Aquí, remarco la necesidad de distinguir aquellos actos voluntarios por medio de los cuales los trabajadores realizan actividades de la empresa en sus casas aún fuera de la jornada de trabajo, de aquellas otras situaciones en las que se les impone la exigencia de prestar servicios o encontrarse al menos a disposición por fuera de aquella limitación, sin que medie a su respecto una situación de peligro o emergencia para los bienes de la empresa, y que requiera, con carácter

⁸ Respecto a la desconexión digital, la Ley 27.555 dice que: “La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho”.

extraordinario, la prolongación de la jornada laboral. Entiendo así, que ésta es otra de las situaciones que, en resguardo a los derechos de las personas que prestan servicios, se deben tomar en cuenta en los especiales tiempos que corren, atravesados por la extensión de la modalidad del teletrabajo.

Superando aquella órbita bilateral -y sin que lo escrito suponga omitir la existencia de los otros derechos ordinarios emanados de la relación contractual-, quiero ahora escribir algunas cuestiones atinentes al ámbito plurilateral, también involucrado en el campo del teletrabajo. Como ya lo adelanté, aquí utilizo la palabra plurilateral para referenciar ya no una sola relación de empleo, sino todas las que existan en el seno de una misma empresa.

En este campo, a mi modo resulta crucial reparar en el deber que el empleador tiene de conferir igual trato, y sobre todo de formalizar similares exigencias, a todos los trabajadores que prestan servicios en la empresa, evitando distinciones que no tengan por base, seriamente, la categoría contractual de cada uno.

Desbrozando lo anterior, si bien reitero los beneficios del teletrabajo, entiendo que dicha modalidad contractual no puede ser la base de un desigual trato del empleador para con todos y cada uno de sus trabajadores, ya sea sobrecargando de tareas a quienes prestan servicios en sus domicilios, o bien a aquellas personas con las que se acordó la prestación de tipo personal en la empresa, incluyéndose en esa categoría -a mi modo- la sobrecarga con entidad como para dañar a alguna de las dos personas, reduciendo de manera arbitraria las exigencias de quienes laboran en sus domicilios o de aquellos que lo hacen en el establecimiento del empleador.

En tal marco, es dable recordar que la LCT contiene varios preceptos que impiden alguna de las anteriores conductas. Así, el artículo 17 preceptúa: “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”; y en la misma senda, el artículo 81 regula que: “El empleador

debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.

A su respecto, como lo ha planteado buena doctrina⁹, cabe reparar en que los motivos discriminatorios mencionados por las normas antes transcriptas suponen una simple enunciación, por lo que se pueden incluir otros como por ejemplo los atinentes a las modalidades contractuales. En igual camino, si bien el artículo 81 de la LCT refiere a la identidad de situaciones a los fines de hacer mención a la obligación patronal atinente a la dispensa de trato igual, considero que no puede asumirse (en lo que hace a la temática de este aporte doctrinario) que la implementación del teletrabajo como forma de prestación a distancia de la fuerza laboral suponga la concreción de una razón de tipo objetiva que permita tratar de forma desigual a los trabajadores de la empresa. En dicha senda, no puede admitirse -para la interpretación del vínculo laboral, junto a los derechos y obligaciones que del mismo emanan- que la implementación de distintas modalidades en el seno de una misma empresa (tareas presenciales junto con tareas a distancia) o bien la organización de la producción completamente a distancia, se constituya en una causa suficiente como para otorgar un trato injustificadamente desigual a los trabajadores a cargo, ello por cuanto conforme a la LCT (que ahora se cita como normativa general de las relaciones individuales de trabajo) únicamente se permiten diferencias basadas en razones de bien común, mayor eficacia, laboriosidad o contracción a las tareas por parte del trabajador, sin que se incluya en ninguna de ellas a la basada en una modalidad laboral.

⁹ Ver: López, J., Centeno, N., Fernández Madrid, J.C. (1977). *Ley de contrato de trabajo comentada*. Buenos Aires, edit. Contabilidad Moderna, tomo 1, página 397 y siguientes.

Lo dicho a su vez tiene una base profunda en el deber de actuar con buena fe, colaboración y solidaridad dentro la empresa (conf. arts. 62 y 63 de la LCT), e implica que el ejercicio de los poderes de dirección del empleador no solo debe ser funcional, atendiendo en este tramo a los fines de la empresa, sino que también debe propender a la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales de quien presta servicios (art. 65 de la LCT).

En línea con lo desarrollado en este punto, cabría subrayar el precepto contenido en la última parte del artículo 18 de la Ley 27.555 que remite a los preceptos atinentes al sistema de inspección del trabajo que se encuentran regulados en la Ley 25.877¹⁰ (Título III, Capítulo I) y modificatorias, ello sin olvidarnos de la exigencia de cumplimiento regular que, desde el inicio de la vinculación, grava a las voluntades de ambas personas contratantes. Es decir, si al Estado le corresponde ejercer con suficiencia la función de contralor respecto al cumplimiento adecuado de las leyes laborales, ello no omite, ni borra ni debilita, la central obligación de quienes celebran un contrato respecto al acatamiento de la ley.

V. Algunas conclusiones a modo de cierre

Como palabras finales diré que la pandemia provocada por el COVID-19 ha traído consigo muchas consecuencias sociales y jurídicas, entre ellas la regulación del teletrabajo como nueva modalidad contractual en la LCT.

En eso, si bien con anterioridad a la Ley 27.555 existieron varios proyectos que trabajaron en torno a la modalidad antes mencionada, resulta indudable que el actual contexto sanitario nacional e internacional sirvió de empuje para la aceleración del estudio e incorporación de una nueva figura legal que propendiera, al menos, a tratar de dinamizar los procesos productivos

¹⁰ B.O. 19/03/2004, de "Ordenamiento del Régimen Laboral".

y el desarrollo de las relaciones laborales, dos focos centrales golpeados profundamente por los efectos nocivos derivados del globalizado contagio del virus ya mencionado.

Sin perjuicio de lo precedente, entiendo que debemos proyectar al teletrabajo, también, por fuera de los márgenes atinentes al coronavirus, puesto que si bien la actual pandemia ha incidido para su tratamiento y reconocimiento legal a nivel nacional, y a través del cuerpo legal que vertebra las relaciones individuales obrero patronales, los efectos derivados de la nueva modalidad de trabajo y empleo continuarán vigentes con las modificaciones o reglamentaciones que, a futuro, se crea necesario incorporar, incluso una vez superada la actual y compleja situación de salud.

Desde ese aspecto, también se debe estudiar al teletrabajo como una figura que pretende modernizar las relaciones de apropiación laboral. Y, en ese marco, seguramente la misma tendrá un desarrollo importante en nuestra sociedad, a partir de las regulaciones que busquen mantener el equilibrio de los intereses encontrados en la misma, y las reacciones antecedentes o sobrevinientes.

Sin embargo, más allá de ciertos detalles contenidos en la Ley 27.555 (y que no fueron desarrollados en este trabajo, puesto que el objetivo central aquí fue subrayar únicamente algunas cuestiones entendidas como centrales para la inicial implementación, y control, del teletrabajo), lo cierto es que cabe mirar con especial atención a lo que suceda con el ejercicio de las facultades empresariales, en los terrenos vinculados con la jornada laboral y con las tareas encomendadas a los trabajadores, materias que, a mi modo, son las que generan una mayor inquietud.

En línea con ello, si bien celebro la incorporación del teletrabajo como una modalidad tendiente, en el corto plazo, a tratar de paliar los efectos negativos del contexto, provocadores de importantes crisis empresarias –ello junto a la ya mencionada proyección futura de dicha figura- considero que aquella forma

contractual debe ser llevada a la práctica de forma adecuada, procurando que, a la par que se crea una alternativa de prestación para no afectar tanto a la actividad productiva y laboral, los trabajadores no sean perjudicados por un ejercicio irregular de las funciones otorgadas a los empleadores.

Vacunación obligatoria en la República Argentina como política pública de salud. Un abordaje desde el conflicto entre el poder de policía y las libertades individuales

Mandatory vaccination in the Argentine Republic as a public health policy. An approach from the conflict between police power and individual freedoms

Pablo Octavio Cabral¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 659-685

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e473>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

Resumen: El trabajo pretende analizar aquellas cuestiones jurídicas que se relacionan con las políticas de vacunación para combatir el coronavirus en la república argentina. Se realiza un abordaje del conflicto que se presenta entre el poder de policía y las libertades individuales ante políticas públicas en materia de salubridad.

Palabras clave: vacunación, coronavirus, Covid-19, poder de policía, salud pública, libertades individuales.

¹ Abogado (UNLP), especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP), docente de derecho administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, investigador integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico (UNLP), Sub Director de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Email: pablooctaviocabral@yahoo.com.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>).

Abstract: This work aims to analyze those legal issues that are related to vaccination policies to combat the coronavirus in the Argentine Republic. An approach is made to the conflict that arises between the police power and individual freedoms in the face of public policies on health matters.

Keywords: vaccination, coronavirus, Covid-19, police power, public health, individual freedoms.

I. Introducción

En estos días estamos viviendo en el mundo entero la aparente culminación de la primera ola de crecimiento de la pandemia del coronavirus, al menos en nuestra América del Sur, y el recrudescimiento o segunda ola en Europa y Estados Unidos. En este contexto las ciencias médicas en muchos de nuestros países desarrollan en tiempo record vacunas para combatir el Covid 19 y las más avanzadas están iniciando la tramitación de sus autorizaciones en las distintas agencias nacionales de control de calidad y seguridad de dicha producción de medicamentos.

La república argentina se encuentra gestionando la adquisición de las cantidades necesarias para realizar una próxima campaña de vacunación masiva de su población, posiblemente a partir de enero o febrero del próximo año. En este escrito exploratorio quisiera desarrollar algunos aspectos de las políticas sanitarias relacionadas con las vacunas desde alguno de los institutos centrales del derecho público nacional.

II. Poder de policía y emergencia

La doctrina define al poder de policía como aquella potestad –atribuida por la Constitución Nacional al Poder Legislativo– para regular el ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes. En su artículo 14 la Constitución establece que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos allí reconocidos, conforme a las leyes

que reglamenten su ejercicio², agregando en el artículo 28, que los reglamentos de las leyes no pueden modificar los derechos reconocidos constitucionalmente³. Se desprende de ello que el ejercicio de los derechos en un conjunto social reclama su reglamentación para hacerlos compatibles con los de los demás integrantes del núcleo social y que sólo la ley puede reglamentar los derechos que reconoce la Constitución.⁴

Carlos Balbín ha expresado que es un enfoque equivocado pensar en el llamado “poder de policía”, en términos de poder del Estado, porque en realidad se trata de un juego de derechos contra derechos. Por una parte los derechos de un individuo, que pretende ejercer en plenitud sus prerrogativas y por otro lado los derechos del conjunto social —representados por el Estado o la Administración Pública— que intentan conciliar aquel ejercicio con los intereses públicos o los derechos de cada uno de los demás miembros de la comunidad”.⁵

Existen dos variantes –restringida (seguridad, salubridad y moralidad) o amplia (bienestar general)- que se sucedieron en

² Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

³ Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

⁴ García Pullés, Fernando; Lecciones de Derecho Administrativo, p. 273. Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

⁵ Citado por García Pullés. Explica la distinción entre “poder de policía” y “policía”; “mientras la policía, es una porción de la función administrativa cuyo objeto es la concreción o ejecución —por medio de actos particulares— de las leyes de policía; el poder de policía es la potestad legislativa que tiene como finalidad promocionar el bienestar general, regulando a este fin, los derechos individuales, expresa o tácitamente reconocidos por la Constitución Nacional.”

la historia de nuestro país y que se reflejan en la evolución jurisprudencial de nuestro máximo tribunal de Justicia⁶.

En la primera etapa de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el tribunal adoptó el criterio restringido respecto del poder de policía, estableciendo que los derechos individuales no eran absolutos y que podían ser restringidos para el Estado para que salvaguardar la salubridad, moralidad y seguridad públicas.

El primer precedente jurisprudencial en materia de poder de policía de nuestro máximo tribunal de justicia fue el dictado de la sentencia en la causa “Plaza de Toros”, sentenciado el 13 de abril de 1869, donde se expresó: “que es un hecho, y también un principio de derecho constitucional, que la policía de la Provincia está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el artículo catorce de la Constitución Nacional a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio.”⁷

Avanzó la Corte en el desarrollo de los fundamentos del poder de policía de salubridad en su precedente dictado en el

⁶ García Pullés, Fernando; Lecciones de Derecho Administrativo “Son ampliamente conocidas las dos concepciones —restringida y amplia— del poder de policía. El primero, también llamado en inglés —narrow—, se limita a cuestiones de salubridad, moralidad y seguridad públicas e impera en Europa, especialmente en Francia y en Italia; el segundo, llamado también en inglés —broad and plenary—, rige, actualmente, en los Estados Unidos de América. Este último es el adoptado por la Corte Suprema de Estados Unidos y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de nuestro país. De acuerdo con el criterio restringido, el poder de policía se limita a medidas tendientes a proteger la seguridad, moralidad y salubridad públicas. Conforme al criterio amplio, el poder de policía —aparte de los objetivos indicados— se extiende a la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y al bienestar general de la misma. De ahí que se admita una policía de la emergencia y una policía de la prosperidad.”, p.377.

⁷ CSJN, Empresa Plaza de Toros quejándose de un Decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires, Causa XXXVII, sent. Del 13-04-1869.

caso “Saladeristas”, que por cuestiones metodológicas y expositivas será abordado en detalle en los siguientes puntos del presente trabajo.

En la segunda etapa de este desarrollo jurisprudencial, la Corte reconoció paulatinamente el criterio amplio de poder de policía, extendiendo la intervención del Estado con la finalidad de defender y promover los intereses económicos de la sociedad y alcanzar su bienestar general.

Así, en el caso “Ercolano”⁸ el tribunal, al declarar la constitucionalidad de la ley que congelaba los alquileres de inmuebles por dos años, limitó la libertad contractual en materia de locación para vivienda, lo que visto desde una mirada liberal, sería ilegítimo, pero se comienza a advertir que el Estado debe intervenir y entonces su objeto ya no se limita, a salvaguardar la defensa, la seguridad, las relaciones exteriores y la justicia. La Corte admitió en el caso que las restricciones a los derechos constitucionales puedan ser más intensas en épocas de emergencia.

A partir de allí, la Corte convalidó diferentes medidas dispuestas en el marco de sucesivas situaciones de emergencia, tanto por el Poder Legislativo como por el Poder Judicial, reservándole al poder político la potestad de establecer la valoración sobre las condiciones fácticas que habilitan la declaración excepcional de emergencia y efectuando un estudio respecto de la razonabilidad de la medida o política dispuesta.⁹

⁸ CSJN, “Ercolano, Agustín c/ Lantieri de Renshaw, Julieta s/ consignación”, 28/4/1922, Fallos: 136:161.

⁹ CSJN, “Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.”, 7/12/1934, Fallos: 172:21; CSJN, “Nadur, Amar c/ Borelli Francisco”, 15/5/1959, Fallos: 243:449; y “Russo, Angel y otra c/ C. de Delle Donne E.”, 15/5/1959, Fallos: 243:467; CSJN, “Vicente Martini e Hijos, S.R.L Infac. Ley 12.591”, 27/12/1944, Fallos: 200:450; CSJN, “Cine Callao”, 22/6/1960, Fallos: 247:121; CSJN, “Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento”, 22/12/1993, Fallos: 316:3176; CSJN, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía -B.C.R.A)”, 27/12/1990, Fallos: 313:1513, entre otros.

III. El poder de policía de salubridad. *Ollis salus populi suprema lex esto*¹⁰

En este punto desarrollaré los antecedentes históricos de la regulación pública en materia de salubridad, para luego dar cuenta de tres situaciones (el HIV-Sida, las vacunas obligatorias y la prohibición de fumar en público) que –en alguno de sus aspectos centrales- se encuentran vinculados con el ejercicio del poder de policía sanitario que ejerce en estos días el gobierno argentino para combatir la pandemia del coronavirus.

1. Antecedentes históricos. Los precedentes jurisprudenciales más destacados en materia de policía de la salubridad

a) Las primeras interpretaciones de la incipiente doctrina administrativista

Como a principios del siglo pasado explicaban Quiros y Emiliani, todas las cuestiones relativas a la salubridad pública tienen su policía, constituyendo lo que en el derecho administrativo se conoce como policía sanitaria, que tiene por objeto precaver las enfermedades que flagelan a las personas y los animales. Así, afirmaban; “La policía sanitaria llega muchas veces a los efectos del cumplimiento de sus fines a tomar medidas que importan un ataque a la libertad humana, ya sea aislando a los individuos o a un barrio entero, etc.; pero estas medidas que adopta a los efectos del mejor cumplimiento de sus fines, se

¹⁰ Omar Heffes, *Salus populi: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad*. Explica el autor que: “Por esta razón, Cicerón plantearía una especie de cortapisa jurídica a esta autoridad suprema de los magistrados sosteniendo que “para ellos la salud del pueblo [debe ser] la suprema ley”. Pareciera que Cicerón está sosteniendo un cuestionamiento al gobierno. Tal y como se ha dicho, la frase que se encuentra originalmente en latín, reza de la siguiente manera: *Ollis salus populi suprema lex esto*. La fórmula *Ollis...* esto implicaba una conminación, una orden que debía ser cumplida. *Ollis* es un arcaísmo del pronombre *illis* y esto es el verbo *ser* conjugado en forma impersonal y actúa como la parte más relevante de la conminación y puede ser traducido como “así sea”. Evidentemente esta frase es una orden dada al magistrado, sea cual sea las características de su mandato.”

imponen y las disculpan la gravedad de los intereses públicos comprometidos”.¹¹

En otra obra sobre Derecho Administrativo Argentino que vio la luz en los primeros años del siglo XX se abordó la cuestión vinculadas a la policía sanitaria, dando cuenta del contexto social e histórico marcado por las epidemias de finales de 1800.

En las lecciones dadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por el profesor Lucio V. López, en un curso dictado hasta el año 1894, se daba cuenta de las diversas respuestas del Gobierno frente a las sucesivas epidemias que asolaban las grandes ciudades y las zonas rurales de la Argentina. El profesor explicaba en sus clases que: “La verdad es que no se puede negar este derecho que una o varias provincias ni aun a una ciudad, porque no hay derecho más sagrado que el que cada uno tiene de defender su propia casa; así, si estallara en la Plata una epidemia, Buenos Aires (y viceversa) podría establecer un cordón sanitario para impedir el contagio, por cuanto tiene por delante el sagrado y primordial compromiso, de custodiar la vida de su ingente población, en aquello en que no hace mal a otro, consideración que está arriba de cualquier otra: *salus populi suprema lex esto.*”¹²

Continuaba explicando que: “La higiene sanitaria es siempre un deber de la administración y mucho más lo es en las épocas de epidemia en que es necesario a toda costa impedir su propagación: uno de los medios con que se procura conseguirlo es el establecimiento de cordones sanitarios.”

Sobre la posibilidad de limitar derechos individuales, como el de propiedad, por razones vinculadas a la salubridad animal, el profesor explicaba con claridad que: “Así es que el mismo

¹¹ Quiros, Emilio y Emiliani, Rafael, Derecho Administrativo, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1914, Tomo II, página 336.

¹² Lucio V. López, Derecho Administrativo Argentino. Lecciones dadas en la Facultad de Derecho por el Profesor de la Materia Dr. Lucio V. López. Imprenta de la Nación, Buenos Aires, 1902, p. 276.

derecho de propiedad absoluta que el dueño tiene en su estancia y en sus animales de cría (por ejemplo), no es tan ilimitado que pueda impedir la intervención de la autoridad pública si llegase a ser necesario para extirpar una epidemia que pudiese dañar a los vecinos de la misma circunscripción administrativa o evitar o coartar abusos que perjudiquen, inquieten o produzcan conflictos con sus vecinos: de acuerdo en todo no solo con el orden administrativo, sino también con el Código Civil.”

b) El caso Saladeristas¹³ (1887)

En estos años finales del Siglo XIX, la Ciudad de Buenos Aires sufrió tres epidemias de fiebre amarilla, de 1853, 1870-71-¹⁴ y las del cólera morbus. El Doctor Penna localizó en un

¹³ CSJN, “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios”, Fallos: 31:273, sent. Del 14-05-1887. El criterio fue reiterado en “C.H.Y.C. Cahiza Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza” (Fallos: 221:151). En la causa, “Davico, Horacio E.”, el Tribunal, en similar sentido, sostuvo que la clausura de un cinematógrafo hasta tanto se subsanen las deficiencias sanitarias comprobadas comportaba el ejercicio del poder de policía en salvaguarda de la salud pública, por lo que la pertinente resolución, que restringía el derecho constitucional de trabajar y ejercer toda industria lícita, no era violatoria del art. 14 de la Constitución Nacional, ya que el organismo administrativo actuó en uso de facultades privativas y en el ámbito de su competencia (Fallos: 243:381).

¹⁴ Pérgola F. La epidemia de fiebre amarilla en Buenos Aires. Rev Argent Salud Pública. 2014; Mar; 5(18):48-49. Ver también; Felipe Pigna, <https://www.elhistoriador.com.ar/la-fiebre-amarilla-en-buenos-aires/>: “ El nombre dado a la “reina del Plata” no dejaba de asombrar a los visitantes extranjeros que apenas se alejaban de los ricos y elegantes salones podían percibir que no eran justamente buenos aires los que se respiraban en aquella ciudad que crecía desordenadamente y que según el censo de 1869 tenía casi doscientos mil habitantes. No había recolección de residuos y los basurales abundaban particularmente en los “barrios bajos” que tenían el raro privilegio de acumular desechos propios y extraños. El método para achicar los volúmenes de basura era absolutamente insalubre y consistía en pasar por encima de los desperdicios de una gran piedra aplanadora que reducía el tamaño de los desperdicios pero no los eliminaba sino que los dispersaba y los preparada para ser usados como relleno de terrenos bajos y desniveles sobre los que, en el mejor de los casos se ponían adoquines. Los saladeros arrojaban displicentemente sus desperdicios orgánicos a las aguas del Riachuelo que ya por entonces distaba mucho de oler a extracto francés. A todo este insalubre panorama se sumaba la falta de reglamentación sobre el entierro de los fallecidos que eran inhumados prácticamente al ras del suelo y bastaba una lluvia regular

mapa, los casos producidos en la ciudad y concluyó que el cólera se había iniciado a la vera del Riachuelo, siendo este su foco originario y que luego marchó: “[...] siguiendo el camino de las mayores facilidades para su difusión, es decir los lugares bajos y húmedos de la ribera, los buques del canal y las casas de la costa, ordinariamente deficientes y habitada por gente poco cuidadosa [...]” (Penna 1897, 239). De hecho, una de las características fue la difusión del virus colérico en ciertos barrios, y no en toda la jurisdicción capitalina. Por ejemplo, el diario *La Nación* pedía la destrucción de focos de infección por medio del fuego: “No somos alarmistas, pero señalamos a la Boca como un foco de infección que es menester destruir a todo trance [...] ¡La Boca no tiene desagües ni agua que beber y su población se ingurgita sus propios desperdicios! [...]”. El diario *La Prensa* también criticaba la insalubridad de ese distrito, aludiendo a la indiferencia de las autoridades, por lo que entendía que el único recurso apto era el servicio de aguas corrientes y cloacas.

Vinculado a este fenómeno demográfico y al intercambio de mercancías, se evidencian las llamadas “enfermedades exóticas”, entre ellas el cólera. La mayor cantidad del intercambio se producía con Europa Occidental, región en la que desde 1830 asolaba el cólera en forma epidémica, y desde donde se difundió hacia Argentina y otros países como Brasil y Paraguay. Los barcos fueron la principal vía de traslado de la enfermedad. Buenos Aires fue una de las zonas más afectada por las primeras epidemias. En 1867 se registraron más de 5.000 casos coléricos en una población que no alcanzaba las 180.000 personas.¹⁵ Pero la epidemia del 67 generó, además de las medidas

para que los restos cadavéricos se incorporaran a los riachos que confluían al Riachuelo. Todas estas fuentes infecciosas convivían sin ser molestadas en la gran urbe del Sur. El Estado estaba ausente con aviso y sólo faltaba que una epidemia pusiera a prueba la eficiencia de las leyes del mercado. Y la peste llegó en enero de 1871.”

¹⁵ Adriana Carlina Álvarez Cardozo, La aparición del cólera en Buenos Aires (Argentina), 1865-1996, *Revista Historelo*, Vol 4, No. 8 / julio - diciembre de 2012 / ISSN: 2145-132X. “En este escenario tan polifacético, donde la iluminación a gas los acercaba a la “modernidad”

de infraestructura urbana mencionadas, disposiciones de orden clínico. El aislamiento se convirtió en el principal medio preventivo y cobró un protagonismo central en la opinión pública. Los mensajes y recomendaciones vertidas por los médicos porteños se centraron en el blanqueo de las viviendas, la limpieza y la desinfección de las letrinas. Para entonces, algunos facultativos entendían que la cuestión higiénica se enfrentaba con superficialidad; de hecho, en 1867 el cólera ocasionó en la ciudad de Buenos Aires un total de 1.653 defunciones, lo que le hizo suponer a Besio Moreno que el número de atacados debió alcanzar cerca de 5.000, poco más del tres por ciento de la población. En 1868 retornó, pero no causó un número tan grande de víctimas como el año anterior¹⁶.

Mucho más perdurables en el tiempo fueron las preocupaciones asociadas a los peligros higiénicos internos, como el conventillo, el aire, el agua y el matadero.

Los saladeros aparecieron en el siglo XVIII para producir carne salada (tasajo) con destino a Cuba o Brasil, donde era consumido por la amplia población esclava y -en el caso de

europaea, fueron las pestes producidas por la falta de higiene urbana y de aguas corrientes las que situaron a las cuestiones higiénicas en el centro de atención de la opinión pública, e impactaron tanto en el ambiente médico como en el gubernamental.

¹⁶ Adriana Carlina Álvarez Cardozo, La aparición del cólera en Buenos Aires (Argentina), 1865-1996, Revista Historelo, Vol 4, No. 8 / julio - diciembre de 2012 / ISSN: 2145-132X. "En este escenario tan polifacético, donde la iluminación a gas los acercaba a la "modernidad" europea, fueron las pestes producidas por la falta de higiene urbana y de aguas corrientes las que situaron a las cuestiones higiénicas en el centro de atención de la opinión pública, e impactaron tanto en el ambiente médico como en el gubernamental. Dice: "La epidemia colérica también motorizó la aparición de nuevas instituciones: se fundó el Consejo de Higiene (1869) y se organizó la Junta de Sanidad Nacional, cuyo presidente era el capitán del puerto, asesorado por dos médicos. Ese año, el presidente y el secretario del Consejo de Higiene, los doctores Luis María Drago y Leopoldo Montes de Oca, respectivamente, formularon un proyecto de Reglamento de Policía Sanitaria Marítima para la República Argentina; con el cual se apuntaba a establecer barreras preventivas, con el fin de evitar el ingreso de enfermedades o de enfermos, que, como el cólera con frecuencia, tenían una procedencia marítima. En ese Reglamento se establecieron lineamientos básicos sobre las Juntas de Sanidad, como también las medidas relativas al despacho, salida, arribo y anclaje de buques, sobre las cuarentenas y los lazaretos."

Buenos Aires- a partir de una ley del año 1922 los saladeros se establecieron a una legua distante de la ciudad, tomada por la parte del oeste y del norte, desde la barranca, y por la parte del sur al otro lado del Riachuelo.

La legislatura de la Provincia de Buenos Aires, por ley de 6 de setiembre de 1871, prohibió absolutamente las faenas de los saladeros y graserías situados en el municipio de la ciudad, y sobre el río de Barracas y sus inmediaciones. Estos demandaron a la provincia por los daños y perjuicios causados argumentando que ésta actuó en forma irreflexiva y arbitraria lo que trajo la ruina injustificable de numerosos y honrados industriales. Por su parte, la provincia sostuvo que su deber era velar por la salud pública que se hallaba comprometida por los saladeros, clasificados como establecimientos insalubres de primera clase. Agregó que cumplió con su deber después de haber agotado todos los medios a su alcance para que dichos establecimientos se pusieran en condiciones higiénicas que los hicieran inocuos.

La Corte rechazó la acción y confirmó la constitucionalidad de la ley, aun cuando consideró el impacto económico de la suspensión de la actividad, al destacar que el propio gobierno evaluó: “que era una necesidad verdaderamente sentida la de que los saladeros volviesen a sus trabajos ordinarios para evitar que se interrumpiera el envío regular de nuestros productos rurales a los mercados de su consumo, lo que no podría verificarse sin traer un desequilibrio en los cambios, y graves trastornos en la primera de nuestras industrias”.

Sobre los derechos adquiridos de los empresarios, dijo el tribunal que: “ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria... Que la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido

destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos.”¹⁷

En lo medular del fallo, el tribunal sostuvo que “la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611 del Código Civil). Por consiguiente, la ley provincial de 6 de setiembre de 1871, determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la Provincia, y retirando a los establecidos en Barracas la autorización para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otro, o como dice la ley 13, título 32, partida 3a, concordante con los principios de nuestra legislación sobre la materia: “maguer el ome haya poder de fazer en lo suyo lo que quisiese; pero debelo fazer de manera que non faga dano nin tuerto a otro”.

¹⁷ Al respecto, amplió la CSJN; “Que siendo esto así, y deduciéndose de los principios expuestos en el 3º y 4º considerando, que las autorizaciones en virtud de las cuales se forman los establecimientos de industria, no tienen ni el carácter de una ley que ligue al poder administrativo, ni el carácter de un contrato civil que obligue al Estado para con los industriales, se sigue que éstos no pueden oponer al Estado estas autorizaciones como un título que les da el derecho de mantener sus establecimientos a despecho de los peligros y de los inconvenientes que puedan presentar, o el derecho de ser indemnizados cuando la autoridad administrativa, para poner fin a estos peligros, los manda cesar, o modificar las condiciones de su explotación.”

En 1951 la Corte Suprema, en la causa “Cahiza” reiteró su doctrina del precedente “Saladeristas”, al confirmar la constitucionalidad de la clausura de una caballeriza por constituir un foco de infección y entrañar un peligro para la salud, dispuesta por el Consejo Deliberante de la Municipalidad de Mendoza, resultando un ejemplo de la policía preventiva en salvaguarda de la salud de la población.¹⁸

En 1959 el Tribunal avaló la decisión de la Municipalidad de Merlo por la que se clausuró el Cine Cosmopolita, con fundamentos en razones de salubridad (deficiencias de higiene) y en ejercicio del poder de policía establecido en la Ley Orgánica Municipal de la Provincia de Buenos Aires, sin afectar el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita. En el caso “Davico” dijo: “Que la intendencia municipal de la ciudad de Merlo ha actuado, en la emergencia, ejerciendo el poder de policía que le compete en salvaguarda de la salud pública, vale decir, en uso de facultades que le son privativas y en el ámbito de su competencia. Su resolución de clausura del cinematógrafo ha sido dispuesta hasta tanto se subsanen las deficiencias sanitarias.”¹⁹

Ya en el año 2004, al sentenciar en el caso “Frascalli”, en el que se impugnó la validez de un acto administrativo emitido por el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria –SENASA- que ordenó la matanza de animales -84 caprinos- pertenecientes al actor, la Corte Suprema sostuvo, remitiendo a los fundamentos del Procurador General de la Nación, que la razonabilidad —según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada— quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador... toda vez que tal adecuación exista, es decir, siempre que la actividad

¹⁸ CSJN, C.H.Y.C. Cahiza Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza”, Fallos: 221:151.

¹⁹ CSJN, “Davico, Horacio E”, Fallos: 243:381.

estatal restrictiva no aparezca como patente y arbitrariamente desproporcionada con relación al objeto del acto, su revisión jurídica será improcedente.²⁰

En el caso “Friar”, sentenciado en 2006, la Corte sostuvo que existe un límite a la revisión judicial en tanto las medidas públicas sanitarias fueron regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. En el caso se desestimó un reclamo indemnizatorio por los perjuicios derivados de decisiones adoptadas por el SENASA –en ejercicio de la policía sanitaria- con relación al control de la aftosa –prohibición de exportar carnes durante la epidemia-, el tribunal afirmó que no incumbía a los jueces cuestionar el acierto o eficacia de las medidas adoptadas en esta materia por la autoridad competente a tales efectos.²¹

2. EL HIV-SIDA

Con la aparición del HIV-SIDA, el Estado –en 1990- sanciona la ley 23.798 por la que declaró de interés nacional la lucha contra esta enfermedad, entendiéndose por tal a la

²⁰ CSJN, “Frascalli, José Eduardo c. SENASA”, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2004. Agregó el Tribunal: “Cabe recalcar, además, que tanto la ley 24.305 como sus normas reglamentarias, que atribuyen al SENASA la responsabilidad del control sanitario de la fiebre aftosa, le asignan también facultades para aplicar las medidas necesarias destinadas a ejercer tal control. Es evidente que la finalidad de tal clase de normas es dotar al organismo de amplias competencias para adoptar todas las acciones, a fin de evitar la propagación de la enfermedad y que no se frustre el propósito al que se ha hecho referencia anteriormente, para lo cual puede fiscalizar los movimientos de hacienda, efectuar inspecciones clínicas, e incluso aplicar medidas drásticas que incluyen el sacrificio y faena de animales.”

²¹ CSJN, “Friar SA c. Estado Nacional”, Fallos: 329:3966. Dijo la Corte que “De tal manera, si la prohibición de exportar y la falta de expedición de los certificados de aptitud sanitaria constituían medidas no sólo razonables sino indispensables ante la situación descrita, la actora nada puede reclamar al respecto. En nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar.”

detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, en primer lugar, la educación de la población.

La Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de sentenciar una causa en la que un agente de la policía federal impugnaba su pase a retiro obligatorio, en virtud de detectársele la presencia de la enfermedad HIV-SIDA. El actor –subcomisario de la Policía Federal Argentina- había sido sometido –sin su consentimiento- a la reacción de Western Blot, lo que –a su juicio- constituía una violación del derecho constitucional al respeto de la privacidad y una transgresión a la ley 23.798.²²

El tribunal dictó sentencia el 17 de diciembre de 1997, en la que afirmó que “la ley 23.798 -que declara de interés nacional la lucha contra el SIDA- no restringe en modo alguno el marco de razonable discrecionalidad con que cuenta la Policía Federal para evaluar la salud física de sus dependientes. Ello se explica en razón de que el propósito preeminente que inspiró el dictado de esa ley no fue el resguardo del derecho a la intimidad de las personas -lo que queda corroborado, además, por las medidas dispuestas en los arts. 5º, 7º y 9º del citado cuerpo legal- sino la protección de la salud pública. En efecto, la intención del legislador fue claramente manifestada en ocasión del debate parlamentario (doctrina de Fallos: 182:486; 296:253; 306:1047); se dijo entonces: “No existen aún vacunas ni otros elementos curativos. Así el crecimiento del número de casos en relación al tiempo, parece señalar para la Argentina el establecimiento de una epidemia de características similares a la de los países del hemisferio norte. Dadas las propiedades del virus, agente causal de la enfermedad, su largo período de incubación, y la gran cantidad de mutaciones a las cuales está sujeto, se hace difícil prever a corto plazo el desarrollo de sistemas de prevención

²² CSJN, autos: “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”, 17 de diciembre de 1997.

adecuados. Por ello deben adoptarse medidas profilácticas tendientes a controlar la expansión del mal en nuestro medio” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1º de junio de 1988, pág. 861).”

Entendió la corte que; “A los fines indicados, la norma en examen prevé - entre otras cosas (art. 1º)- la detección obligatoria del virus en determinados casos (vgr. arts. 5º, 7º y 9º), lo que supone, evidentemente, prescindir del consentimiento individual. Ahora bien, dado que la inteligencia de las leyes debe efectuarse procurando no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 287:79; 288:416 y 308:1118), no cabe inferir que los casos aludidos configuren una enumeración de carácter taxativo que le impida a la demandada imponer aquella medida respecto de su personal con fundamento en los principios y normas que rigen el empleo público (Fallos: 181:290, ver pág. 296).”

Destacó que la ley de lucha contra el SIDA fue dictada en ejercicio del poder de policía del Estado (art. 67, incisos 16 y 28 de la Constitución Nacional, texto anterior, actualmente, art. 75, incisos 18 y 32) el cual se manifiesta en forma de restricciones a los derechos y garantías constitucionales y se impone con prescindencia de la voluntad de los particulares (Fallos: 199:483 y 295:394, en particular, pág. 397); por ende, al fijar el alcance de las disposiciones que la reglamentan deben descartarse aquellos criterios hermenéuticos notoriamente ajenos a la naturaleza del poder que instrumenta la norma y a la intención del legislador. Es preciso inclinarse, en cambio, por aquel sentido que las concilie a todas ellas entre sí y las armonice con el resto del ordenamiento jurídico (Fallos: 289:185; 291:359; 292: 211; 297:142; 300:1080).

Concluyó que la ley 23.798 no constituye óbice para que la demandada someta a su personal a la detección obligatoria del virus que causa el SIDA.

IV. Las políticas públicas de vacunación obligatoria

Las vacunas -definidas por la OMS como aquellas preparaciones destinadas a generar inmunidad contra una enfermedad al estimular la producción de anticuerpos²³- son uno de los más importantes adelantos de la medicina en el siglo XX. Su uso permitió salvar millones de vidas y ha sido determinante para la disminución de la mortalidad infantil en el mundo.²⁴ Sus orígenes los hallamos a mediados del siglo XVIII, cuando el médico inglés Eduardo Jenner –el padre de la vacunación, en 1768, siendo aún estudiante de medicina, oyó que una campesina del condado de Berkeley en Escocia, planteaba que ella no podía padecer la enfermedad pues ya había sido afectada por la viruela del ganado vacuno. Después de graduado, dedicó muchos años de investigación al estudio de la vacunación, y el 14 de mayo de 1796 inoculó en un niño la linfa de una pústula de viruela obtenida de una ordeñadora que había contraído la enfermedad. Luego, para comprobar la eficacia de la vacunación inoculó al mismo niño con virus de viruela humana y nunca enfermó. Sus resultados los publica en 1798 en *Variolae Vaccinae*, y en menos de 10 años esta vacunación se había extendido al mundo entero.²⁵ El desarrollo científico de la vacunación y su utilización como efectiva política sanitaria en todo el mundo, luego de los logros de Louis Pasteur respecto de enfermedades como el cólera de las aves, el carbunco y la rabia, se propagó por los cinco continentes y permitió la eliminación o atenuación de innumerables virus y enfermedades.²⁶

²³ Organización mundial de la salud. Vacunas (www.who.int/topics/vaccines/es/). Ampliar en: María Yanina Gázquez, "Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.", *Revista Derecho y Salud*, p.62.

²⁴ Horacio Luis Barragán (Director), *Fundamentos de Salud Pública*, Editora de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2007.

²⁵ Denis Berdasquera Corcho, Georgina Cruz Martínez y Carmen Luisa Suárez Larreinaga, *La vacunación. Antecedentes históricos en el mundo*, *Rev Cubana Med Gen Integr* v.16 n.4 Ciudad de La Habana jul.-ago. 2000.

²⁶ Ampliar en María Yanina Gázquez, "Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.", *Revista Derecho y Salud*, p.62. Dice esta autora que: "A finales

La Dra. Silvia Elena González Ayala -Profesora Titular de Infectología de la Facultad de Medicina de la UNLP-, explica que: “La vacunación es un derecho y debe ser una realidad alcanzable a través de la responsabilidad y el compromiso político, de los subsectores salud y educación, así como también social. La inversión en vacunas es una de las mejores inversiones sociales que el gobierno realiza en función del costo per cápita. La estrategia de vacunación universal (acceso gratuito a las vacunas para la población blanco) permite en sucesivas etapas el control, la eliminación y la erradicación de algunas enfermedades.”²⁷

Abordaremos a continuación la normativa estatal que dispone la obligatoriedad de la aplicación de vacunas ya que su

del siglo XIX se registró el desarrollo de vacunas de microorganismos muertos frente al tífus, el cólera y la peste; luego se desarrolló la inactivación química de toxinas, consiguiéndose así los primeros toxoides: tétanos y difteria. La vacuna contra la tuberculosis se desarrolló en 1909. Otras vacunas desarrolladas en este período fueron la vacuna contra la fiebre amarilla (1935) y la vacuna contra el virus influenza A (1936). La edad de oro de la vacunación comenzó en 1949. Después de la vacuna contra la poliomielitis se desarrollaron vacunas frente al sarampión, la parotiditis y la rubéola. La vacuna contra la varicela se creó en la década de los '70 en Japón. Otra de las vacunas de microorganismos vivos introducidas en esa época fue la vacuna antitifoidea, y se avanzó también en el desarrollo de las vacunas inactivadas frente a la poliomielitis, la rabia, la encefalitis japonesa y la hepatitis A. Durante las décadas de 1970 y 1980 se introdujeron las vacunas formuladas con proteínas purificadas o polisacáridos capsulares, que ya no aportaban células o microorganismos completos, sino una pequeña parte de aquéllos, suficiente para crear una respuesta defensiva frente a la enfermedad. Ejemplos de ellas son la vacuna antimeningocócica, la vacuna antineumocócica y la primera generación de vacunas frente al *Haemophilus influenzae* tipo B. Posteriormente se inició la era de las vacunas conjugadas, y más adelante el uso de la ingeniería genética para la formulación de vacunas ADN recombinantes, como la de la hepatitis B, autorizada en 1986. Actualmente se continúa investigando para crear nuevas vacunas para viejas o nuevas enfermedades, como es el caso del sida.”

²⁷ Silvia Elena González Ayala, Capítulo 36, “Las vacunas”, p. 671, en la obra Horacio Luis Barragán (Director), *Fundamentos de Salud Pública*, Editora de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2007. Agrega: “En la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de Alma Ata (1975) se estableció la estrategia de atención primaria de la salud y se inició el desarrollo del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI). Éste comenzó en 1977 en Argentina y en 1978 entró en vigencia el primer Calendario Nacional de Vacunación que incluía las seis vacunas para la prevención de las enfermedades prevalentes: difteria, tos convulsa, tétanos, poliomielitis, sarampión y formas graves de tuberculosis (meningitis, diseminación miliar). Actualmente está vigente el Calendario Nacional 2003 con la modificación de 2005.”

análisis jurídico puede ser útil para analizar algunas de las medidas sanitarias –también obligatorias– dispuestas contra el COVID-19. En la obligatoriedad de la vacunación se pone en juego el derecho a la autodeterminación²⁸, en la esfera de la libertad privada del individuo (protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional que garantiza un ámbito de autonomía como no interferencia o libertad negativa) en contraposición con la salud pública, entendida como derecho colectivo que afecta a la totalidad de la población y cuya protección está en cabeza del Estado por expresa disposición constitucional. Como veremos, la normativa nacional que establece la obligatoriedad de la vacunación, avalada por la jurisprudencia de la CSJN, es una excepción al consentimiento informado del paciente atento a que nuestro ordenamiento constitucional prioriza al derecho de salud por sobre el derecho a la autodeterminación del individuo.

La vacunación de la población fue la solución a muchas enfermedades epidémicas y la herramienta más efectiva que la ciencia médica dispuso para su combate y en algunos casos, definitiva erradicación. El citado profesor Lucio V. López, en sus lecciones dictadas a final del Siglo XIX, ya explicaba que: “Corresponde a la Municipalidad la propagación y el deber de generalizar y aplicar la vacuna. La Ley Orgánica Municipal y las ordenanzas especiales, declaran que la vacunación debe ser gratuita y obligatoria como lo aconsejan todos los higienistas modernos. Ella debe hacerse extensiva a todos los establecimientos y congregaciones de todo orden: hospitales, escuelas, cuarteles, conventos, colegios, etc., porque toda la sociedad está interesada en garantizar la salud común, sometiéndose a la obligación común que la garantice.”²⁹

²⁸ Regina Martini, S., & Finco, M. (2018). Diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione: la legge sul "consenso informato" in Italia. riflessioni a partire dalla teoria dei sistemi social / Right to health and right to self-determination: the Italian law on "living will". *Revista Derecho Y Salud*, (2), 41-54. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2018\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2018)04).

²⁹ Lucio V. López, *Derecho Administrativo Argentino. Lecciones dadas en la Facultad de Derecho por el Profesor de la Materia Dr. Lucio V. López*. Imprenta de la Nación, Buenos Aires, 1902.

Con el nacimiento de las vacunas como una herramienta eficaz para las políticas sanitarias que llevan adelante los Estados, surgieron también planteos judiciales que se oponían a la vacunación obligatoria, y encontramos en la jurisprudencia norteamericana un antiguo caso en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos abordó esta cuestión a la luz del derecho a la salud. Se trata del precedente “Jacobson vs. Massachussets”³⁰, sentenciado en 1905 y que es considerado el fallo más importante en materia de salud pública en dicho país e importa el reconocimiento judicial del poder de Policía como el factor más importante para la soberanía de Estado.

Como lo explica Lawrence O. Gostin; “Hace un siglo, la Suprema Corte de los E.E.U.U en Jacobson c/Massachussets defendió el ejercicio del poder de policía para proteger la salud pública. A pesar de los avances científicos y jurídicos, los profesionales de la misma aún confrontan contra la tensión básica –presente en Jacobson- entre libertad individual y bien común. Apoyando la ley de vacunación obligatoria en el estado de Massachussets, la Suprema Corte estableció un piso constitucional de protecciones consistentes en cuatro criterios: necesidad, medios razonables, proporcionalidad y prevención de daños. Es bajo el antecedente de Jacobson, que los tribunales deben coadyudar a la salud pública en la medida que estos criterios arriba mencionados sean respetados.”³¹

Respecto de Estados Unidos, concluye Gostin que, si la Corte norteamericana debiera hoy en día fallar sobre el caso nuevamente, diferiría probablemente en su análisis –tomando en cuenta los desarrollos en materia de Derecho Constitucional- pero también, ciertamente, reafirmaría el poder del gobierno para salvaguardar la salud pública.

³⁰ Jacobson c/Massachussets, 197 US 11 (1905).

³¹ Gostin, Lawrence O; “Jacobson c/Massachusetts a su centenario: Poder de Policía y Libertades Civiles en Conflicto”, traducción de Juan Cruz Vallefín.

Volviendo a nuestro país, hay que decir que la Argentina adoptó un régimen de prevención de ciertas enfermedades mediante un sistema de inmunización que instituyó la administración de vacunas a toda la población, de acuerdo al cronograma que a tal efecto el Estado fija. Tal régimen es de carácter obligatorio y contempló la posibilidad de disponer su cumplimiento coercitivo frente a la reticencia del sujeto obligado a la vacunación.³²

La obligación del Estado Nacional de proveer una vacuna para combatir el mal de los rastrojo fue dispuesta por la Justicia Contencioso Administrativa federal, al ordenar en el caso Viceconte³³ que, atento la gravedad de la enfermedad, sumado a la gran cantidad de personas con riesgo de contraerla dentro del área endémica (estimada en 3.500.000 personas), torna absolutamente necesario el máximo esfuerzo de las autoridades competentes a fin de finalizar, dentro del menor tiempo posible, todas las tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la referida vacuna Candid 1 en el país.³⁴

Desde aquellos lejanos orígenes de las políticas de vacunación, daremos un salto en el tiempo para analizar un caso que fue resuelto por la CSJN en el año 2012³⁵, en el que se debatió sobre el derecho constitucional a negarse a la aplicación de las vacunas obligatorias del protocolo oficial, con fundamento en la afectación de los derechos reconocidos en el art. 19 de la CN, como a recibir un trato médico digno y respetuoso, con

³² Zelaya, Mario A. "Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria", Publicado en: SJA 18/09/2019, 18/09/2019, 3.

³³ Causa Nº 31. 777/96 "Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional –Mº de Salud y Acción Social– s/ amparo Ley Nº 16. 986".

³⁴ Eduardo Merteikian, "La 'protección de la salud' como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido" (Comentario al fallo "Viceconte, M. c/ Ministerio de Salud y Acción Social"), Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, dirigido por Agustín Gordillo, La Ley, 1998-F, 9.303.

³⁵ CSJN, "N.N. D., v. s/ protección guarda de personas", sent. del 12-06-2012.

respecto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad.³⁶

El movimiento anti-vacunas representa una mirada con fundamentos ideológicos liberales que no es original de nuestro país y que se remonta al rechazo de algunas personas a la intervención del Estado en cuestiones vinculadas con la salud pública.

El caso “N.N. D., v. s/ protección guarda de personas” se inició en Mar del Plata, donde la titular de la Asesoría de Incapaces nº 1 promovió medida de protección de derechos del niño a favor de N.N. ó U.V. mediante la cual peticionó la internación del menor en un nosocomio público a fin de que le sea administrada la medicación/vacunación pertinente conforme el protocolo oficial de vacunación, con el auxilio de la fuerza pública³⁷. La acción se inició debido a que los representantes de un niño recién nacido se opusieron a que éste reciba las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación. Adoptaron esa posición debido a su propia visión de la medicina, y de la elección que profesan por los paradigmas del “modelo homeopático”, y en especial, los “ayurvédicos”. En ese contexto, manifestaron haber optado por un modelo básico de inmunización basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que excluyen -preferentemente- los procedimientos médicos intrusivos. Según los padres agraviados, la vacunación importa un “paternalismo compulsivo” estatal. Apoyaron su posición en el art. 19 párr. 1º de la Constitución Nacional, alegando que obligarlos a vacunar a su hijo contra sus creencias importaba una violación

³⁶ María Yanina Gázquez, “Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.”, Revista Derecho y Salud, p.62.

³⁷ La solicitud reconoce como antecedente la comunicación que cursara al Ministerio Público el área de servicio social del Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil “D. Victorio Tetamanti” de esa localidad, dando cuenta de la negativa de la presunta madre del menor a que le realicen a éste las mencionadas prácticas, en oportunidad de concurrir al establecimiento luego de producido el parto domiciliario.

del principio de autonomía allí consagrado que obstaculizaba el plan de vida que aquellos habían trazado para su familia.

La ley 22.909 -B.O. del 15-IX-1983- de alcance a todo el territorio de la República (conf. arts. 1, 2, 3, 6, 11, 20) instituyó el “Régimen General para las Vacunaciones contra las Enfermedades prevenibles por ese medio”, contemplando el suministro obligatorio a todos los habitantes del país de las vacunas incluidas en la nómina cuya elaboración encomendó a la autoridad sanitaria nacional³⁸. El citado art. 11 de la ley 22.909 -respecto del deber de vacunación antes mencionado-, dispuso que “los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces son responsables, con respecto a las personas a su cargo”. Sin perjuicio de la sanción de multa que prescribe el art. 17 del plexo analizado para el supuesto en que los sujetos obligados incumplan el mandato legal, el art. 18 dispone: “La falta de vacunación oportuna en que incurran los obligados por el art. 11 determinará su emplazamiento, en término perentorio para someterse y/o someter a las personas a su cargo, a la vacunación que en cada caso corresponda aplicar, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos los obligados o las personas a su cargo a la vacunación en forma compulsiva”.

Por otro lado, la ley nacional 26.529 de Derechos de los Pacientes (sancionada el 21 de octubre de 2009) establece que toda actuación médico-sanitaria puede ser rechazada aún sin expresión de causa y “requiere” el previo consentimiento informado del paciente (arts. 2º inc. “e” y 6º).

Al resolver el caso, dijo la Corte Suprema que “corresponde señalar que no se encuentra discutida en autos la prerrogativa

³⁸ Dicho contenido se ha integrado de manera sucesiva por diversas disposiciones reglamentarias dictadas al amparo de la señalada previsión legal (Resoluciones 107/1997 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 02-X-1997-, 141/97 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 22-I-1998-, 108/98 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 11-XI-1998-, 940/2000 del Ministerio de Salud -B.O. del 27-X-2000-, 174/2003 del Ministerio de Salud -B.O. del 07-III-2003-, 175/2003 del Ministerio de Salud -8.0, del 07-III-2003-, 653/2005 del Ministerio de Salud y Ambiente -B.O, del 17-VI-2005-, 48/2007 del Ministerio de Salud -B.O. del 26-I-2007 y 498/2008 del Ministerio de Salud -B.O. del 29-V-2008-)

de los progenitores de decidir para si el modelo de vida familiar (artículo 19 de 1a Constitución Nacional), sino el límite de aquella, que está dado por la afectación de la salud pública y el interés superior del niño que -en el caso- de acuerdo con la política pública sanitaria establecida por el Estado, incluye métodos de prevención de enfermedades entre los que se encuentran las vacunas.”

A finales del año 2018 el Poder legislativo de la Nación, en línea con los argumentos expuestos por la Corte Suprema en el referido precedente en el que avaló la constitucionalidad de la vacunación como un deber impuesto por el estado a las personas, sancionó la ley 27.491 que consagró la “prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular” (art. 2º, inc. “c”) y la preeminencia del interés superior del niño (art. 11) y que también impuso la norma la obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas (art. 2) y previó que su incumplimiento generaría “acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, tendientes a efectivizar la vacunación, que irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva” (art. 14).

En vigencia de la nueva ley, su obligatoriedad fue solicitada por ciudadanos que se negaban a vacunar a sus hijo al poder judicial, teniendo resoluciones contrarias a excepcionar la aplicación de la vacuna.³⁹

María Yanina Gázquez analiza esta cuestión con los siguientes argumentos: “¿No vacunarse implica siempre un daño a la salud colectiva o se trata sólo de un riesgo potencial? Consideramos que no vacunarse no siempre implica un daño a la salud pública y a los derechos de terceros, pero si genera un

³⁹ Caso: “Defensoría de Menores e Incapaces Nº 1 c. C. F., T. S. s/ medidas precautorias”, AR/JUR/11/2019, comentado por BERGER, Sabrina M., “Vacunación obligatoria y decisiones médicas familiares”, LA LEY del 22/02/2019, p. 4, cita online: AR/DOC/410/2019. Y caso: “XXX c. XXX s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.)”, comentado por URBINA, Paola A., “El interés superior del niño en el marco del Calendario Nacional de Vacunación”, LA LEY del 29/05/2019, p. 6, cita online: AR/DOC/1535/2019. Ambos citados por Zelaya, Mario A. “Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria”, Publicado en: SJA 18/09/2019, 18/09/2019, 3.

riesgo potencial de daño. Basándonos en la función preventiva del Código Civil y Comercial (art. 1710), sostenemos que se debe priorizar el deber de no dañar, motivo por el cual se deben extremar los recaudos para evitar daños a los demás, especialmente el Estado a través de los programas de salud pública. La salud no sólo beneficia al individuo sino también a la sociedad. La enfermedad gravita sobre la vida económica y social, debido a que reduce la productividad de las personas. La baja producción proporciona salarios insuficientes que derivan en nutrición deficiente y, por ende, en bajo nivel de vida que, en la mayoría de los casos, provoca enfermedad. A su vez, la enfermedad necesita atención e inversión de grandes sumas de dinero que el Estado podría destinar a la medicina preventiva.⁴⁰

V. La prohibición de fumar tabaco en lugares públicos

Otro claro ejemplo de regulación estatal que limita las libertades individuales en protección de la salud pública son las leyes 23.054 (modificada por la ley 24.044), que prohibió la actividad de fumar en público, luego ampliada la reglamentación a otros aspectos del tabaquismo como su publicidad, mediante la sanción de la ley 26.687. Como veremos, coincide la doctrina que no existe un derecho en cabeza de las personas que eligen fumar tabaco de hacerlo en público, lesionando la salud de aquellas personas con las que comparte el espacio, ya que el principio según el cual los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común; sólo tiene el derecho a fumar en privado, al amparo del principio de la privacidad y de las acciones privadas de los hombres.

⁴⁰ Gázquez, M. Y. (2019). Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra. *Revista Derecho Y Salud*, (3), 62-75. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2019\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2019)05). Ver también Verónica Rocamora Villena, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, "La salud en disputa. La dimensión sociopolítica y comunicacional de las controversias sobre vacunas en Chile", Madrid, 2017.

La evaluación de la intervención del Estado en protección de la salud, cambia según lo haga en aspectos del ámbito privado de las personas o del ámbito público en el que la conducta prohibida interactúa con los derechos de otras personas. Agustín Gordillo, analiza la cuestión y sostiene; “Por lo tanto, si bien el derecho de fumar en privado no resulta prima facie restringido por las normas y principios precedentemente expuestos, no ocurre lo mismo con el acto de fumar en público; fumar en público supone lesionar arbitrariamente la salud de los demás, y por ende resulta violatorio a las normas indicadas y no se encuentra amparado por la facultad genérica que reconoce el art. 19 de la Constitución nacional: ésta enfatiza la libertad de las acciones privadas y aun así, sólo en tanto y en cuanto no afecten la salud pública. No existiendo norma expresamente permisiva, cabe entonces concluir que no existe el “derecho” ni la “libertad” de fumar en público sino antes bien y al contrario el deber jurídico de no hacerlo.”⁴¹

El profesor Gordillo explica que: “la línea divisoria de conducta lo constituye siempre la existencia o no de trascendencia de la conducta individual y privada al ámbito compartido de la vida en sociedad; ya que no parece tutelado el “derecho” de obligar a los demás seres humanos a ser sujetos pasivos involuntarios de la ingesta de bebidas, drogas o alimentos nocivos, y no puede tampoco, por ende, aceptarse en el presente una supuesta obligación de ser sujetos pasivos involuntarios de la introducción compulsiva de agentes nocivos en sus vías respiratorias, ni puede reconocerse a nadie la potestad unilateral de imponérsela coactivamente sin fundamento normativo expreso y razonable, con sustento fáctico suficiente, nada de lo cual ocurre en la especie.”⁴²

⁴¹ Agustín Alberto Gordillo, Adelina Loiano, Gregorio Flax. - 6a ed. - Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007, pág. X-4.

⁴² Gordillo, Agustín y Ots, Derechos Humanos, Ob. Cit.

IV. Conclusiones

A partir de los sucesos que actualmente estamos viviendo en nuestro país, y en todo el mundo, las etapas que siguen en la lucha contra la pandemia del Covid-19 transitarán por las políticas sanitarias centradas en la aplicación masiva, y con un criterio de prioridad que considere la especial vulneración de determinados grupos con particulares condiciones de edad y estado de salud, de las diversas vacunas disponibles y que cumplan con todas las exigencias de seguridad y calidad que establece nuestra normativa vigente.

Este desafío que afronta el Gobierno nacional y las administraciones de todos los Estados provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, exigirá poner en práctica políticas de acción positiva a fin de garantizar en forma gratuita el derecho a la salud de toda la población, actuando en forma gradual y selectiva y protegiendo a los sectores más vulnerables a esta enfermedad.



**SECCIÓN
ESPECIAL
DERECHO
CUBANO**

Marea

Tan propio
este sonido del mar.
Tiende los puentes viejos y rotos.
Los que unen las placentas, los olvidos.
Los tiende mientras creo estar frente a él;
atado a su ritmo, a su danza, que creo mía.

Mientras creo estar frente a él.
Mientras creo.

Autor: *Juan Martín González Moras*

Arte de la portada: *Ro Barragán*

Empleo, economía y parentalidad. Notas desde la igualdad de género que necesitamos hoy

*Employment, economy and parenting. Notes
from the gender equality we need now*

Sonia Zaldivar Marrón¹

Universidad de la Habana - Cuba

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 689-709

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e474>

Recibido: 01/10/2020

Aprobado: 01/12/2020

Resumen: Una de las cuestiones que más estigmatiza a las mujeres aun en la actualidad, es la asociación del género femenino con el rol de la maternidad o con la visión que se tiene desde la sociedad de la maternidad. Esta relación limita en muchos casos el acceso a puestos de trabajo de alto perfil en el mundo entero y por ende condiciones su posición como sujeto en los procesos económicos. Evaluar el impacto de las políticas públicas en lo relativo a maternidad, género y empleo de cara a la independencia y capacidad económica de las mujeres, es un análisis que merece espacio de reflexión y debate

Palabras clave: Género, Parentalidad, Empleo, Igualdad, Igualdad e independencia económicas.

Abstract: One of the issues that most stigmatizes women even today is the association of the female gender with the role of motherhood

¹ Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Profesora de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. sonia.zaldivar@lex.uh.cu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6151-4959>).

or with the vision that society has of motherhood. This relationship in many cases limits access to high-profile jobs throughout the world and therefore conditions their position as a subject in economic processes. Evaluating the impact of public policies in relation to motherhood, gender and employment in the face of the independence and economic capacity of women, is an analysis that deserves space for thought and debate.

Keywords: Gender, Parenting, Employment, Equality, Equality and economic independence.

I. Apuntes introductorios

Cuando se habla de igualdad de género no se alude solo a la igualdad entre mujeres y hombres, porque esa relación se refiere a la que tiene lugar entre binomio tradicional correspondiente a los sexos biológicos, sin abarcar la multiplicidad de manifestaciones que existen alrededor de la asignación del sexo y por consiguiente el género.² Sin embargo, el sexo ha fundamentado las diferencias entre mujeres y hombres, expresándose en prácticas discriminatorias para las féminas, legitimadas en muchos casos por el Derecho (Barrère Unzueta, 1997).

Esta situación de subordinación socialmente naturalizada ha ido cambiando a partir de la pujanza del movimiento

² Es necesaria la diferenciación entre el sexo y el género ya que, aunque se usan indistintamente en el lenguaje coloquial, no tienen el mismo significado:

Sexo: Características biológicas (genéticas, endocrinas y anatómicas) empleadas para agrupar a los seres humanos como miembros ya sea de una población masculina o femenina. Si bien estos conjuntos de características biológicas no son mutuamente excluyentes, en la práctica son utilizados para establecer una diferenciación de los humanos dentro de un sistema binario polarizado (Organización Panamericana de la Salud - OPS, 2014).

Género: El género se refiere a los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres. Las diferentes funciones y comportamientos pueden generar desigualdades de género, es decir, diferencias entre los hombres y las mujeres que favorecen sistemáticamente a uno de los dos grupos.

A su vez, esas desigualdades pueden crear inequidades entre los hombres y las mujeres con respecto tanto a su estado de salud como a su acceso a la atención sanitaria. (OMS, 2019).

feminista, pero debe reconocerse que en las relaciones sociales modernas a pesar de los esfuerzos realizados, muchas mujeres continúan siendo víctimas de un trato desigual y segregador. Esta reflexión, por tanto; gira en torno a un elemento que ha marcado el rumbo de la mujer, reflexionando sobre el ámbito laboral específicamente y con un impacto directo en su situación económica: la maternidad. Además, se abordará la repercusión de los mitos respecto las diferencias sobre el rol parental en mujeres y hombres sobre la base del género y la repercusión que esta separación puede provocar en otras esferas de su vida.

El género en una de sus acepciones, hace referencia a un criterio de clasificación a partir de la cual los sustantivos son catalogados como femeninos o masculinos. (Real Academia Española, 1970, p. 661). En el caso de mujeres y hombres, esta construcción trae consigo además una serie de patrones conductuales asociados a los roles que las personas deben desarrollar en consonancia con su sexo biológico en cada ámbito de la vida. Tal división ha venido determinando históricamente las oportunidades y limitaciones que tendrá cada individuo para desarrollarse según el género que se le asigna al nacer (UNESCO, 2017, p.11). Esta diferenciación refleja la forma posiblemente más elemental de división del trabajo que además se ha reconocido como origen histórico a la discriminación hacia las mujeres (Engels, Federico, 1972).

Frente a esta realidad, la igualdad de género se ha posicionado como un principio relativo al disfrute de los Derechos Humanos, un prerequisite para un desarrollo sostenible centrado en las personas y un objetivo en sí mismo declarado por la UNESCO como tal (2017, p.11). Estos planteamientos se basan en varios estudios que demuestran la importancia de la participación de las féminas como fuerza de trabajo y su papel como generadoras de riquezas una vez forman parte de los procesos productivos contemporáneos (Elborgh-Woytek y otros, 2014, p.4).

Por otra parte, uno de los roles más vinculados en el imaginario popular a la feminidad en si misma lo es la maternidad. Está tan ligada la maternidad al ideal de lo femenino, que se refleja esta realidad en cifras en tanto los países con elevados niveles de cualificación, hay una tendencia a la disminución de la natalidad y al retraso de la edad reproductiva de las mujeres (Abramo & Valenzuela, 2006, p. 9-62). La incorporación de las mujeres al mercado laboral como cambio social, se ha traducido en ciertas dificultades que deben enfrentar. El sistema no tiene en cuenta la conciliación del mundo laboral y familiar (Caro, Cruz, Hernández y Wilson-2004) en tanto esta revolución no ha ido acompañada por un cambio en la redistribución de tareas familiares (Ayala Ayo y otros, 2011, p. 2).

Estas condiciones generan un círculo vicioso interesante que comienza con que las mujeres que desean ser madres, a fin de garantizar las condiciones económicas para enfrentar su maternidad retrasan la edad de hacerlo. El aplazamiento de la edad reproductiva femenina es una causal reconocida de infertilidad (Reguera Andrés, 2013, p.147) y se ven condicionadas al empleo de técnicas de reproducción alternativas. Todo ello, en última instancia, puede generar un efecto domino conclusivo en la concurrencia de tres motivos de discriminación a valorar: el ser mujer y ser madre, y estar inmersas en un tratamiento de infertilidad por las complicaciones laborales que pueden traer consigo este tipo de procedimientos para quienes acuden a ellos. Existe entonces caldo de cultivo para cuestionarse como se enfrentan el Derecho Laboral y sus instituciones a estas nuevas problemáticas sociales.

II. Género e igualdad en movimiento, su interacción con lo jurídico

No pueden hacerse análisis válidos sobre el género y su origen, sin reparar en el nacimiento de la igualdad como valor social y jurídico. Este formó parte del ascenso de la burguesía como clase social en la búsqueda de poder político y las revoluciones

que encarnaron este proceso (Pino Canales y Fernández Pérez, 2003. p.2.). El contenido de la igualdad, ha ido cambiando permeado por los múltiples cambios histórico-sociales y sobre este concepto se han esbozado ideas muy interesantes. Así, se alega que el de igualdad es un concepto complejo, que atañe por igual a diversas áreas de las ciencias sociales y siendo estudiado desde la economía, la política, la sociología, la antropología y por supuesto, desde el Derecho. (Brito Melgarejo, S.A, p. 137).

La igualdad es el valor que exige para todas las personas el mismo respeto, es el mandamiento moral que reconoce en cada ser humano la misma dignidad, al margen de su raza, religión, credo político, clase social y situación económica o cultural. Rubio Llorente (1993, p. 640) apunta que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto «material o ideal», o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es consecuencia, para el autor, de un juicio que recae sobre una al menos una dualidad de elementos, la diferencia, al menos numérica entre los elementos comparados es condición de posibilidad de juicio de igualdad.

Sobre la base de esas ideas es obligatorio reflexionar sobre las diferencias entre mujeres y hombres como sujetos con aptitudes en principio similares, pero que han sido negadas históricamente.

Los debates sobre género nacen diluidos en los debates sobre la igualdad entre sujetos a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ciertamente los inicios del movimiento feminista pueden remontarse a la Revolución Francesa, donde diferentes féminas procuraron defender los derechos de su sexo (Puleo, 1993, p. 8 y Sazbon, 2007, p. 15 y ss.). Los pronunciamientos enarbolados en este movimiento «esencialmente político» estaban direccionados al mundo masculino; la igualdad como el saldo positivo más importante de este acontecimiento histórico

no alcanzó a la igualdad entre mujeres y hombres (Guillermin, 1987) por lo que este fue el punto solo de inicio para la lucha por la equiparación social de las mujeres. En palabras de De Miguel sobre la contradicción que significó enarbolar la igualdad solo entre los hombres en su sentido más literal:

Aun cuando las mujeres quedan inicialmente fuera del proyecto igualitario, la demanda de universalidad que caracteriza a la razón ilustrada puede ser utilizada para irracionalizar sus usos interesados o ilegítimos, en este caso patriarcales (...) el feminismo supone la efectiva radicalización del proyecto igualitario ilustrado. (Amorós, 2000, p.6)

El género puede entenderse como la expresión social que adopta cada sexo, toda vez que se le adjudican, según Aquino (1992), (...) *connotaciones específicas de valores, funciones y normas, o lo que se llama también, roles sociales* (p. 67). Lamas (1986) apuntó que está vinculado a lo cultural, a lo social y no a lo biológico:

(...) el género se articula a través de tres instancias que considera muy importantes en el estudio de cualquier fenómeno social con perspectiva de género. En el momento del nacimiento e incluso antes, se establece la asignación, atribución o rotulación de género de acuerdo con los genitales externos del nuevo ser. Después se va constituyendo la identidad de género con la confluencia de los factores biológicos, psicológicos y sociales y por último es el rol de género que se refiere al conjunto de prescripciones y proscripciones para una conducta dada y el conjunto de expectativas acerca de cuáles son los comportamientos apropiados para cada persona en una posición particular y en un contexto específico. (p.183-197)

Esto se debe a que los modos de comportamiento son aprehendidos durante la vida de mujeres y hombres. Siles y Delgado (2014) al respecto han expuesto:

(...) es posible distinguir tres grandes interpretaciones sobre el significado de este término. En primer lugar, género puede entenderse como un concepto idéntico al sexo. Así, las funciones

atribuidas a hombres y mujeres serían consecuencias permanentes y necesarias de la diferencia biológica. En el otro extremo del arco, género sería el conjunto de funciones contingentes que cada sociedad atribuye a los hombres como propias y distintas a las de las mujeres, y viceversa. El género se convierte aquí en una categoría puramente cultural, sin arraigo necesario ni en la biología ni en la naturaleza humana (si es que existe algo como esto), y cuyo contenido —qué es lo femenino y qué es lo masculino— puede o incluso debe ser superado. Esta segunda posición es la llamada teoría de género. Existe también una tercera postura, según la cual el género es la expresión cultural de lo naturalmente masculino o femenino y que, por lo mismo, puede experimentar variaciones, según el tiempo y el lugar. (p. 5)

El concepto género, concibe una percepción de conductas, responsabilidades y valores diferenciales que la sociedad establece para cada uno de los sexos, los que terminan por expresarse finalmente como desigualdades sociales en muchos casos (Staff Wilson, 2000, p.2). Esto también significa que al ser el Derecho un producto social, ha reflejado tanto situaciones discriminatorias, como los intentos por erradicar las condiciones potencialmente segregadoras para las féminas.

Al referirse a la relación existente entre Género y Derecho, Butler (2003, p.312 y ss.) sostiene que se encuentra totalmente emparentado con la cuestión del Poder. Existen opiniones que afirman que el Derecho a lo largo de su historia pareciera tener una deuda con las mujeres, pues su base fundamental, ha estado históricamente condicionada a la parcialidad por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones a un grupo de varones que cumplía con determinadas condiciones económicas. (Fries y Facio, 1999. p.17).

Lo cierto es que, partir de la segunda etapa del movimiento feminista,³ el debate se tornó sobre los derechos políticos

³ El movimiento feminista ha atravesado a lo largo de los años por distintas proyecciones en cada formación económica social hasta que, dadas las condiciones apropiadas, se convierte

esencialmente, por lo que el vínculo con lo jurídico se volvió insoslayable. Los principales focos de la lucha para estas mujeres se basaron en el reconocimiento de la ciudadanía para las mujeres y del derecho al sufragio (Gamba, S.A, p.2).

La relación entre los análisis con enfoque de género y el Derecho es bidireccional. Los movimientos feministas en sus acciones hacia la reestructuración de las relaciones sociales para eliminar la jerarquización de los sexos y las desigualdades que esto conlleva, utilizan al Derecho como mecanismo legitimador de estas modificaciones y se sirven de su imperatividad para garantizar la satisfacción de sus postulados. Mientras, en materia jurídica, los análisis revestidos de observaciones de género han resultado ser más inclusivos y garantistas. Estos estudios aparecen como liberadores e impulsores de la paridad para el disfrute de los Derechos humanos. Dado que la propuesta de los estudios de género, generalmente está enfocada a garantizar el desarrollo pleno de los individuos, el estudio desprejuiciado de las relaciones sociales contribuye a la realización de los fines del Derecho en tanto la regulación de las relaciones sociales es más abarcadora, más objetiva, más protectora de los derechos fundamentales individuales y colectivos.

III. El tratamiento de las cuestiones de género en los Organismos Internacionales

La perspectiva de género nació con el objetivo de conseguir igualdad de derechos y oportunidades entre varón y mujer, sin homogeneizarlos, reconociendo la distinción existente entre la diferencia sexual y los roles sociales que se construyen a partir de dicha diferencia. Parte del reconocimiento de una separación entre lo que proviene de la naturaleza y lo que culturalmente

en un verdadero movimiento de liberación de la mujer que ha generado pensamiento y acción, teoría y práctica, ver GAMBÁ, Susana. *Feminismo: historias y corrientes*. Publicado en Mujeres en Red. El periódico feminista. p.2, consultado en www.mujelesenred.net el 22 de febrero de 2019.

reproducimos y asociamos a aquello natural y originario, teniendo en consideración que lo artificial es cambiante y dinámico. La misma, se acerca a la construcción cultural de las diferencias sexuales, alude a las distinciones y desigualdades entre lo femenino y lo masculino y a las relaciones entre ambos aspectos, que se ha transformado en una categoría de análisis cada vez más importante. (CEPAL-UNIFEM 2004, p.7).

A la luz de estos reconocimientos, los esfuerzos internacionales por alcanzar la igualdad sustantiva de las mujeres no han sido escasos y además han provenido de enfoques varios, las organizaciones del más variado corte han ocupado un espacio en la reivindicación del papel de la mujer como sujeto de los procesos económicos actuales.

Sobre esta base, la Organización Internacional del Trabajo se ha propuesto promover la igualdad de oportunidades para que las mujeres y los hombres accedan a un trabajo decente «bien remunerado, productivo y realizado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana». La organización estima que la igualdad de género constituye un elemento decisivo de las actividades encaminadas a la consecución de sus cuatro objetivos estratégicos. En función de ese propósito, la Constitución de la organización y otros instrumentos y resoluciones conexas adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo, cumplen el mandato de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo. Exhorta a adoptar medidas que se refuercen entre sí, a fin de promover la igualdad entre los sexos. (OIT, 2018).

Esto puede concentrarse a partir del análisis del programa de trabajo decente, el cual supone según la misma organización: aplicar un enfoque integrado de la igualdad de género y el trabajo decente forman parte de este proceso (OIT, 2019). Esto equivale a lograr una mayor igualdad en las oportunidades de empleo mediante la adopción de medidas que también apunten a mejorar el acceso de la mujer a la educación, la formación profesional y la atención de salud (OIT, 2019). A la vez se debe

tomar debidamente en cuenta el rol femenino de la economía de la prestación de cuidados, por ejemplo, mediante medidas para armonizar la vida laboral y familiar e incentivos en el ámbito laboral para la prestación de servicios de guardería y las licencias parentales. (OIT, 2019). La organización se ha trazado una estrategia que se erige sobre la importancia de los análisis desde la perspectiva de género como un elemento transversal a los análisis sobre problemáticas sociales. (OIT, 2019).

Si se analizan las medidas anteriormente relacionadas, se muestra que se relaciona directamente la idea de mejorar las condiciones laborales para las mujeres con la de facilitar la relación trabajo-maternidad. Esto encuentra su fundamento en que la maternidad se ha posicionado como un elemento definitorio en la construcción de la feminidad a lo largo de la historia y en la actualidad lo sigue siendo, puesto que a partir de la citada división social del trabajo, el rol de la mujer se centró en la maternidad y en el ámbito doméstico, mientras el hombre asumió los llamados quehaceres del orden público (Partido Demócrata Cristiano, 1995, p. 19)⁴. Se evidencia además que el proceso de democratización del acceso de las mujeres a la vida pública, ha partido de una concepción aditiva y no redistributiva. Esto significa que las mujeres se han ido incorporando a la vida pública y con ella al trabajo pleno, pero sin abandonar el espacio doméstico al cual han sido confinadas por años. Una consecuencia importante de este enfoque ha sido la doble jornada laboral y el desconocimiento de que muchos hombres no sientan que es para ellos una obligación el cuidado de los hijos y la realización de las labores domésticas (Goñi Legaz y otros, 2010, p.515-529).

A partir de la constante tensión que genera la distribución de las funciones como madre y trabajadora, pueden identificarse diferentes escenarios conflictuales, la negativa de acceso

⁴ "Visión de las mujeres del Partido Demócrata Cristiano sobre el origen de los problemas de la mujer y la forma de superarlos." *Material de trabajo para la discusión interna*. Santiago de Chile, 1995. Pág. 19.

a empleo y la negativa ante la superación en el empleo. En ocasiones, las mujeres pasan por un proceso de elección obligatorio en el cual deben optar por la superación profesional o por la maternidad cuando pretenden alcanzar estas dos metas para su vida. En el imaginario popular, se ha perpetuado la irreconciliabilidad de estas dos labores y en muchos casos juzgamos aquellas que luchan por posicionarse como profesionales de éxito, aun cuando eso signifique una mejoría económica brinde mejores oportunidades a sus hijos. Ese mismo análisis, sin embargo, no se aplica a los hombres una vez se convierten en padres.

La dicotomía entre mujeres y hombres y su papel dentro de la dinámica X, marca el camino a una inferioridad cualitativa y cuantitativa de los ingresos provenientes del empleo que perciben mujeres y hombres, no así sin embargo su aporte a la economía a nivel macro o a la economía del hogar si contabilizamos el trabajo no remunerado como una actividad generadora de riquezas.

IV. La cuestión de género en las relaciones de trabajo. Los roles parentales, la dinámica laboral y su reflejo a nivel económico

Diferentes datos reflejan que el trabajo realizado hasta ahora por la Organización Internacional del Trabajo es insuficiente, ya que si bien un informe de la ONU de 2012 refleja una evolución en el índice de paridad entre los sexos que entre los años 1970 y 2009 de un 0.74 al 1.09 (UNESCO, 2012), otras estadísticas muestran una realidad preocupante. Según la propia datos ofrecidos por la propia organización (2013) las mujeres siguen representando las dos terceras partes del analfabetismo en el mundo, la tasa de desempleo en América Latina en este año también era dispar en tanto el desempleo de las mujeres era 9,1% es 1,4 veces la de los hombres y recibían en 2013 ingresos menores en todos los segmentos ocupacionales (CEPAL, FAO, PNUD, ONUmujeres y OIT).

Paradójicamente, otros informes muestran que desde hace varias décadas, las mujeres se están educando más que los hombres y obtienen mejores resultados, con una participación más activa en la educación terciaria. Sin embargo, el mercado laboral y los espacios políticos y socioculturales no reconocen “la revolución educativa” de las mujeres, lo que se manifiesta en que ellas enfrentan más obstáculos para ocupar puestos mejor remunerados y de mayor prestigio e incidencia social (FEGES, 2016). Esto sucede porque a la par las mujeres realizan más labores domésticas que los hombres (UNESCO, 2014) y se sigue percibiendo que en los hombres debe recaer la mayor parte de la responsabilidad de la manutención de una familia.

Olavarria (2011) diría, ¿cómo explicar que, a pesar del amplio acceso de las mujeres a la educación terciaria, en “el imaginario colectivo patriarcal” se considere que ellas deben ser “mandadas en lugar de ejercer el poder”? y en su búsqueda esta respuesta apuntaría que en el ámbito de la docencia universitaria, en su mayoría, estas causas están asociadas a que las mujeres tienen por regla general menos tiempo para cumplir con los requisitos que exigen alta productividad para ir ganando reconocimiento en el mundo de la ciencia, y las políticas públicas se muestran indiferentes a la tensión entre el trabajo académico y la vida familiar.

En medio de este contexto, la Organización Internacional del Trabajo se ha pronunciado al respecto, enunciando en sus instrumentos fundamentales la importancia de alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres para materializar el objetivo de la OIT (2018) de lograr un trabajo decente para todas las personas, siendo un elemento central del mandato de la propia organización. Reconoce además una serie de cuerpos jurídicos internacionales que, con el fin de catapultar el papel de las mujeres en la sociedad, protegen el papel de las féminas cuando estas están cumpliendo con los roles de cuidado a los otros miembros de la familia que históricamente han sido impuestos por estereotipos patriarcales. Entre ellos pueden citarse el Convenio 156, sobre los trabajadores con

responsabilidades familiares, de 1981; el Convenio 183, sobre la protección de la maternidad del 2000 y la Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad del 2004. (OIT, 2019)

Con estas medidas normativas vigentes, aun no cambian los datos en relación a la realización de determinadas tareas, sobre todo las encaminadas al ejercicio de las funciones como madres y padres.

Un estudio realizado recientemente a nivel global (Prosumer Report, 2017), que indagó la opinión de 12 mil participantes en 32 países reportó datos muy ilustrativos:

- que el 35% de los padres encuestados dijeron que dejaban la mayoría del cuidado de los niños a sus esposas o parejas femeninas, en comparación con sólo 13% de las madres que dijeron que la carga del cuidado de niños recaía desproporcionadamente en sus maridos o compañeros masculinos, específicamente en el Reino Unido,

- los padres pasan un promedio de 35 minutos diarios con su descendencia y algo más de la mitad de la muestra creyó que la crianza es más natural para las mujeres que para los hombres.

- En el seno del propio estudio, casi la mitad de los participantes reconoció que el motivo por el que las mujeres ganan menos que los hombres es porque se toman más tiempo para criar a sus hijos y que las mujeres que son madres trabajadoras tienen una tendencia mayor a expresar un sentimiento de culpa con el tiempo que pasan lejos de sus hijos.

A partir del contraste entre estos instrumentos y del análisis de los datos estadísticos ofrecidos, puede cuestionarse si los mismos están encaminados a contribuir a la inserción de la mujer en la dinámica laboral o a lograr una efectiva igualdad entre trabajadoras y trabajadores. La realidad es que estos cuerpos normativos no llegan a reivindicar el papel de la sociedad en la mujer, sino que indirectamente reproducen arquetipos machistas de una manera más sutil. El camino a seguir no debe

ser compatibilizar la realización de las labores domésticas con el trabajo para insertar a las mujeres. El fin de la inserción femenina laboral plena y en igualdad de condiciones con los hombres, lo encontraremos cuando se entienda que esas otras funciones domésticas y parentales no corresponden a las mujeres por serlo, sino que les han sido encargadas y por tanto en la misma medida que estos patrones son aprehendidos, pueden ser rectificadas.

Si bien el Derecho del Trabajo se ha visto conminado a proteger primero la maternidad y luego la paternidad de manera más reciente, lo cierto es que incluso la manera en que estos beneficios han sido reconocidos primero a las mujeres y luego a los hombres refleja perfectamente la recepción por esta rama jurídica de los estereotipos en cuanto a los roles de ambos sexos. A modo de ejemplo, puede observarse que en el 2000, la propia Organización Internacional del Trabajo realizó una recomendación en la que invitaba a los estados miembros a ampliar las licencias por maternidad a un mínimo de 14 semanas, siendo lo ideal elevarla a 18, promoviendo también diez días para los padres. (Infobae, 2000). Desgraciadamente esta estadística también devela dos cuestiones esenciales: la primera, que los hombres están menos protegidos en este sentido porque no se les vincula directamente con el cuidado de los hijos pequeños y su responsabilidad en el cuidado de los hijos está prevista desde una óptica económica y segundo, que la afectación patrimonial que representa en muchos casos acogerse a una licencia o permiso de este tipo, es menos lesiva para las mujeres o para los hombres.

Ejemplos sobre las diferencias entre las licencias otorgadas a madres y padres una vez tienen un hijo son palpables, pueden citarse varios ejemplos: en Argentina la ley de contrato laboral otorga a la madre 90 días que deben ser repartidos antes y después del parto, con una prórroga de hasta seis meses, mientras el padre tiene licencia de 2 días corridos, por lo que si el bebé nace un fin de semana, directamente la licencia es nula; en Chile, los hombres tienen 5 días y el número asciende a 22 semanas para las madres; en Colombia, 14 semanas para las mujeres y 8

días para los padres; en Uruguay se extiende a 14 semanas y 10 días respectivamente (Infobae, 2019).

Las licencias de maternidad y paternidad, han sido concebidas por la legislación del trabajo para proteger la parentalidad, o sea el hecho de la procreación de ambos progenitores. Este es un primer punto importante, en tanto esta concepción se comporta como una categoría genérica que engloba a madres y padres, implica unidad en cuanto el significado de ambos roles en la dinámica social, eliminando las brechas entre mujeres y hombres una vez tienen descendencia.

Si partimos de la igualdad que deben revestir a todas las personas en cuanto a derechos y obligaciones se refiere, a partir del hecho de tener un hijo también debe ser objeto de protección paritaria independientemente del sexo de la persona que se convierte en padre o madre. Es por eso que la concepción de la parentalidad, que no repara en el sexo del progenitor, sino en su relación con la descendencia ayuda a minimizar las distancias entre los sujetos de ambos sexos y por tanto entre sus situaciones laborales. Las denominaciones actuales implican un reconocimiento social distinto, así como desde la perspectiva jurídica implica derechos diferentes. Se establecen por tanto diferencias entre padres y madres en el ejercicio de sus roles como tal.

V. Retos que genera el desarrollo bio científico moderno en materia reproductiva al Derecho del Trabajo: impacto en la economía individual de las femeninas y en la del hogar

En los últimos tiempos uno de los renglones científicos que más rápidamente ha crecido es el vinculado con las ciencias de la vida, específicamente lo referido al descubrimiento y aplicación de las técnicas de reproducción asistida a nivel mundial.⁵

⁵ Las técnicas de reproducción médicamente asistida, conocidas por algunos como TERAS y por otros, simplemente como TRA, comprenden todos los tratamientos o procedimientos que

El Derecho, como ciencia social al fin, generalmente peca de incapacidad de respuesta ante los saltos cualitativos que la vida trae consigo y la aplicación de las técnicas de reproducción asistida genera también una perturbación en el ámbito económico y laboral, en tanto actualmente no se pueden ofrecer respuestas sobre la protección a los trabajadores no pueden tener hijos espontáneamente y deben recurrir a los procedimientos requeridos para lograr este fin, así como la institución del Derecho Laboral que debe aplicarse ante estas situaciones.

Si se parte de la concepción de estas técnicas como un tratamiento médico, puede invocarse cualquier modalidad de baja por enfermedad como derecho laboral reconocido ya que en muchos casos se recurre a la aplicación de estas técnicas como solución a un diagnóstico de infertilidad o esterilidad, condiciones ambas reconocidas por la Organización Mundial de la Salud como enfermedades. Desde esta perspectiva parece totalmente adecuada la aplicación de éste como el mecanismo de protección idóneo para la persona que se enfrente al empleo

incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. La Organización Mundial de la Salud define la reproducción medicamente asistida como aquella lograda a través de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Las Técnicas de Reproducción Asistida incluyen, pero no está limitado sólo a, la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.

Ver *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida* (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010 © Organización Mundial de la Salud 2010 en [https://www.google.com/search?q=instrucciones+del+cgts&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b#q=Glosario+de+terminolog%C3%ADa+en+T%C3%A9cnicas+de+Reproducci%C3%B3n+Asistida+\(TRA\).+Versi%C3%B3n+revisada+y+preparada+por+el+International+Committee+for+Monitoring+Assisted+Reproductive+Technology+\(ICMART\)+y+la+Organizaci%C3%B3n+Mundial+de+la+Salud+\(OMS\)+Traducido+y+Publicado+por+la+Red+Latinoamericana+de+Reproducci%C3%B3n+Asistida+en+2010+%C2%A9+Organizaci%C3%B3n+Mundial+de+la+Salud+2010](https://www.google.com/search?q=instrucciones+del+cgts&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b#q=Glosario+de+terminolog%C3%ADa+en+T%C3%A9cnicas+de+Reproducci%C3%B3n+Asistida+(TRA).+Versi%C3%B3n+revisada+y+preparada+por+el+International+Committee+for+Monitoring+Assisted+Reproductive+Technology+(ICMART)+y+la+Organizaci%C3%B3n+Mundial+de+la+Salud+(OMS)+Traducido+y+Publicado+por+la+Red+Latinoamericana+de+Reproducci%C3%B3n+Asistida+en+2010+%C2%A9+Organizaci%C3%B3n+Mundial+de+la+Salud+2010), (consultado el 5 de mayo de 2017)

de técnicas de reproducción asistida, pero si vamos más allá, encontraremos varias inconsistencias con esta solución. En primer lugar, no siempre se recurre al empleo de los tratamientos reproductivos por motivos relacionados a la salud, el uso de estos procedimientos cada día se hace más frecuente también por razones de corte social como el surgimiento de nuevos modelos de familia alternativos al tradicional: las familias monoparentales y homoparentales (Ballesterra Hernández, 2018, p.170). Además, las bajas por enfermedad tienen su fundamento en la necesidad de reposo que los convalecientes requieren para restablecer su salud y las técnicas de reproducción asistida generalmente no tratan la enfermedad, sino que manipulando el cuerpo, suplantando las funciones del sistema cuya falla provoque la infertilidad o la esterilidad (Varsi Rospigliosi, 1995 en Mora Olivo, S.A, S.P). Técnicamente, estos tratamientos no tienen el fin convencional de otros procesos médicos. Estos procesos, de igual modo, son muy duraderos y no requieren de un intervalo de descanso, sino de ausencias laborales intermitentes y puntuales que a veces ocurren a lo largo de años por la complejidad propia del tratamiento.

Otra solución, si encontramos el fundamento de la aplicación de estas técnicas en la voluntad procreacional de los sujetos que se someten a estos procedimientos, pudiera ser la reinterpretación de las licencias por maternidad y paternidad fundamentándose no en el hecho del advenimiento de la descendencia, sino en la intención de materializar esta posibilidad, en este caso, la licencia debe anticiparse al embarazo y otorgarse cuando la persona informa a su empleador que se someterá de manera individual o junto a su pareja si la tiene a un tratamiento de infertilidad.

De esta manera, también resulta necesario escindir dos categorías que hasta este momento no parecían necesitar independencia: debe hablarse de licencias por parto y licencias por parentalidad. La licencia por parto encuentra su base en el hecho biológico del parto para la antes gestante en cuestión, y

la licencia parental en la autonomía del sujeto que decide iniciar una familia, sea por vía consanguínea o no. Así, se puede proteger a las mujeres que prestan su vientre para llevar a término el procedimiento conocido como maternidad subrogada, en tanto esta persona aún cuando jurídicamente no va ser madre, biológicamente va a tener un parto y en el otro extremo puede también protegerse a la persona que sin someterse a un parto, se va a convertir en madre o padre.

Hasta este momento pocos Estados se han pronunciado al respecto y paradójicamente los Estados en los que existió primero la regulación normativa sobre los procesos de reproducción asistida, no han sido pioneros en la previsión laboral de estas situaciones: en este caso España en sede jurisdiccional ha optado por sostener que el proceso de Fecundación *In Vitro* debe ser equiparable a un embarazo en si mismo. En Bélgica se prepara una propuesta legislativa que regula estas situaciones para garantizar una mejor protección de la mujer, el fundamento de la protección a la mujer por razón de su maternidad se extiende a los estadios previos a la implantación del óvulo fecundado tras un tratamiento de fecundación in vitro. La protección jurídica en este momento va a ser por tanto la misma que luego disfrutará durante el embarazo, la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, el ejercicio de los derechos de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia, el disfrute de los permisos por lactancia o nacimiento de hijo prematuro y las excedencias.

Argentina por su parte, trabaja en un proyecto que reformará la Ley 20.744 de contrato de trabajo. En su artículo 5, este proyecto concede una licencia especial por técnicas de reproducción médicamente asistida. La futura regulación dispone que la trabajadora que se someta a procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, podrá gozar de una licencia de treinta días corridos, continuos o discontinuos por año calendario, a partir de una prescripción facultativa que así lo indique. Prevé además licencias novedosas con motivos de

maternidad y paternidad, además de licencia por maternidad por sustitución. (Berardo y Thomas Benchhoff, 2016, p. 1 y ss.)

Esta situación genera una nueva disyuntiva: ¿pueden mujeres y hombres solicitar su licencia por igual ante estos casos? Si aplicamos a estos supuestos especiales la regla previa de la protección más amplia que puede brindar la concepción de la parentalidad, independientemente del sexo de la persona que se convierte en padre o madre, junto a la de la licencia por parto, puede escogerse por cada familia, quien o quienes disfrutarán de la licencia parental como beneficio laboral, en igualdad de condiciones para mujeres y hombres. Se está eliminando también la discriminación automática a la que se enfrentan los núcleos familiares homoparentales, ya que en este caso si ambos miembros de la pareja son hombres están en una desventaja evidente frente a una pareja homoparental femenina o una heterosexual.

La complejidad de la problemática no se limita solo en la esfera de los derechos a su reconocimiento, sino que atañe la materialización y disfrute de los mismos de la mano de las consecuencias pecuniarias que estos traen aparejadas. La decisión de convertirse en padre o madre debe estar calzada por el Estado a partir de garantías y facilidades para estimular el crecimiento de la población bajo estas condiciones. Los beneficios hasta este punto analizados, no agotan solo el disfrute de la maternidad o la paternidad, sino que descansan sobre una garantía económica y de estabilidad significativa. Si ahondamos en estas cuestiones, como antes introducíamos

VI. Conclusiones

La lucha por la igualdad de género, ha tenido una evolución palpable. En principio se interpretaba esta categoría como la lucha por igualar los derechos de mujeres a aquellos reconocidos a los hombres y aumentar la protección jurídica de ellas. Ello se corresponde con los planteamientos de los movimientos

sociales (Fiss, 1993. p.12). La realidad prevé la igualdad de género como la previsión de oportunidades equivalencia para todas las personas independientemente de su sexo. Por ende, urge la exigencia a los poderes públicos y a los ciudadanos de respetar sin tener en cuenta el sexo, la orientación sexual y/o afectiva, así como las manifestaciones ante la sociedad de cara a lo que se considera correcto en el binomio femenino-masculino.

Es evidente que la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho Laboral tienen que reflejar el cambio de paradigma que las relaciones sociales exigen, si la intención perseguida es la protección paritaria de mujeres y hombres en el entorno del trabajo. Las políticas públicas propuestas tienen que evolucionar de un enfoque inclusivo a un enfoque redistributivo, de manera que la construcción cultural de lo femenino y lo masculino no se traduzca en desigualdades entre mujeres y hombres, recargando a uno u otro. En el radio de actuación del Derecho Laboral, esa evolución se traduce en una aplicación transversal del enfoque de género que se oriente a proteger personas, en lugar de mujeres y hombres. Aquino y Támez (1992, p. 53) al respecto plantean: (...) la consideración de la mujer como sujeto es fundamental cuando se hable de un proceso que mantiene como referente la construcción de una nueva sociedad igualitaria, formada por mujeres nuevas y hombres nuevos.

En el caso particular de las personas que decidan tener descendencia, es necesario revolucionar las concepciones jurídicas que hasta este momento han fundamentado la regulación laboral al respecto. El paradigma tradicional de proteger la maternidad, transita actualmente hacia la protección de la maternidad y la paternidad, pero no va a ser hasta que se desmitifique la naturaleza de la relación género-parentalidad que será una realidad efectiva la protección de todos los individuos. La inclusión plena de las mujeres solo será una realidad a partir de la protección de las personas de manera equitativa y no en función de su sexo. Por tanto erradicar la discriminación que en ocasiones sufren las madres solo será posible si el Derecho,

desde sus funciones educativa y promocional, contribuye a la transformación del imaginario popular en lo que se refiere a las relaciones de género.

La ciencia ha catapultado la realidad material de tal manera que el Derecho Laboral se enfrenta a una tensión importante a cien años de la creación de la Organización Internacional del Trabajo. En este momento este ente internacional no debe solo acompañar los procesos naturales en que interviene cualquier persona a fin de mejorar las condiciones laborales de todos, sino enfrentar de manera proactiva los retos que las nuevas tecnologías le imponen y abordarlos como una oportunidad para continuar en el largo camino que es erradicar las diferencias entre mujeres y hombres.

Desafíos de la responsabilidad administrativa ambiental en Cuba

Challenges of environmental administrative responsibility in Cuba

Yaraí Toledo Barrios¹ y Daimar Cánovas González²
Universidad de La Habana - Cuba

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 710-742

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e475>

Recibido: 01/10/2020

Aprobado: 01/12/2020

Resumen: En el presente trabajo se realiza un análisis de los desafíos que en materia de responsabilidad administrativa ambiental se le presentan a Cuba hoy, teniendo en cuenta las nuevas proyecciones en materia de desarrollo económico y social. En este sentido se aborda lo relativo a la actuación de la Administración en materia ambiental y el papel que le corresponde a la misma en el logro de una protección efectiva del ambiente. Igualmente, se realiza un breve recorrido por las cuestiones teóricas de trascendencia en el ámbito de la responsabilidad ambiental en sentido general, con referencias al plano internacional y nacional. En un segundo momento el trabajo se centra en el caso específico de la responsabilidad administrativa ambiental, con énfasis en el contenido del Decreto Ley 200/1999 «De las Contravenciones en materia de medio ambiente». Se realiza una valoración en torno a la regulación actual de la responsabilidad administrativa ambiental y

¹ Profesora de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, yarai@lex.uh.cu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6683-8434>).

² Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Director Instituto de Ecología y Sistemática, daimar@ecologia.cu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1436-8661>).

se esbozan los principales desafíos que desde nuestra consideración enfrenta hoy Cuba en este ámbito.

Palabras clave: ambiente, responsabilidad administrativa, Administración, desafíos

Abstract: In this paper, an analysis is made of the challenges regarding environmental administrative liability that are presented to Cuba today, taking into account the new projections regarding economic and social development. In this sense, it deals with the actions of the Administration in environmental matters and the role that corresponds to it in achieving effective protection of the environment. Likewise, a brief tour of the theoretical issues of importance in the field of environmental responsibility in a general sense, with references to the international and national level, is made. In a second moment, the work focuses on the specific case of environmental administrative responsibility, with emphasis on the content of Decree-Law 200/1999 "On Environmental Contraventions". An assessment is made around the current regulation of environmental administrative liability and the main challenges that Cuba is facing today in this field are outlined.

Keywords: environment, administrative liability, administration, challenges

I. La actuación de la Administración en materia ambiental

El fundamento último de la actividad administrativa en materia ambiental hay que buscarla, en primer lugar, en el texto constitucional. Es la Carta Magna la que define y encuadra el rol de la Administración Pública en la tutela del ambiente, como garante de la preservación de esos bienes públicos y del disfrute del derecho a un medio ambiente sano. Y ello no es una actividad más que se realiza en beneficio general, sino que se constituye en rasgo central del Estado de Derecho en la contemporaneidad.

La noción de Estado constitucional de Derecho se ha identificado como la forma más evolucionada dentro de las concepciones sobre el Estado de Derecho, en tanto implica una noción dinámica e integradora en la cual se le reconoce a la

Constitución de la República su supremacía, y el ordenamiento jurídico está abierto a nuevos valores y principios de relevancia social³. En ella se integran los logros del llamado Estado democrático de Derecho, que reconoce la facultad de los ciudadanos de participar en la decisión de los asuntos públicos de forma creciente, así como del Estado social de Derecho, que implica el refuerzo de los órganos ejecutivos y administrativos, con vistas a garantizar los derechos sociales, nacidos en la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, hoy no puede afirmarse la existencia de un verdadero Estado de Derecho, que no sea al mismo tiempo Estado Ambiental de Derecho. Los textos constitucionales imponen al Estado el deber de tutelar el ambiente, y algunos de sus elementos integrantes, al mismo tiempo que reconocen a los ciudadanos el derecho a un medio ambiente sano. El Estado de Derecho Ambiental es la respuesta del Estado a la crisis ambiental que pone en peligro la propia supervivencia de la especie humana y del planeta entero. No hay forma de superar esa situación límite que sujetar al Estado a las reglas del Derecho Ambiental, que encauza los esfuerzos para salir de la crisis ambiental.

A pesar de que ciertamente se trata de una construcción teórica, las huellas del mismo pueden ser leídas también en la Constitución cubana de 2019⁴, pues no se trata de que el Estado de Derecho Ambiental sea reconocible en tal o cual ordenamiento, sino que la eficacia de la legislación ambiental nacional puede acercarnos o alejarnos de dicha meta. En la misma medida en que el artículo 75 constitucional reconoce el desarrollo económico y social sostenible como objetivo de la nación, existe la obligación estatal no solo de asegurar el disfrute de los derechos garantizados en el texto a las generaciones

³ VILLAGRÁN ESCOBAR, Víctor Manuel, *La cultura de la legalidad en México – Teoría, realidad y perspectivas*, 2ª edición, Editorial Aldea Global, Chihuahua, 2017, p. 55.

⁴ *Vid.* Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, Número 5, de 10 de abril de 2019.

presentes, sino que la tutela de extiende hacia las generaciones futuras, las que ostentan el derecho de disfrutar de un ambiente al menos con similar calidad al existente en la actualidad. A ello hay que unir la formulación del derecho a un medio ambiente sano, que, si bien no cristalizó en la reforma de 1992, fue interpretado como una consecuencia suya en la Ley de Medio Ambiente, de 11 de julio de 1997 y hoy se encuentra reconocido expresamente en el texto constitucional vigente.

Aunque continuó ausente del texto constitucional de 1976⁵ el reconocimiento explícito del derecho a un medio ambiente sano hasta febrero de 2019, se defendió su existencia partiendo de lo establecido en el artículo 27, pues puede plantearse que, al establecer dicho texto la obligación del Estado y los ciudadanos de proteger el medio ambiente, el mismo se consagra como un derecho constitucionalmente protegido, elevado a la categoría de principio configurativo del ordenamiento político y jurídico. Se toma como fundamento el carácter necesario de que a cada deber le corresponda un derecho correlativo. Si concebimos los derechos subjetivos, en tanto categoría general, como conjunto de facultades que posibilitan a su titular la exigencia de determinadas conductas a otros sujetos, éstos tendrían entonces un deber a partir del cual se les puede exigir un comportamiento determinado. Como acertadamente afirma ARANDA ORTEGA, "...la principal consecuencia de esta consideración recíproca entre el derecho fundamental y el deber de protección, es que una vez creado uno, implícitamente debiera dar origen al otro, con independencia del texto escrito"⁶.

La ausencia en el texto fundamental de 1976 se trató de cubrir con la promulgación de la Ley 81, Ley de Medio Ambiente, cuyo artículo 4 reconoce el derecho a un medio ambiente sano,

⁵ Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, Número 3, de 31 de enero de 2003. (DEROGADA).

⁶ ARANDA ORTEGA, Jorge, "El Estado de Derecho Ambiental: Concepto y perspectivas en Chile", en *Justicia Ambiental*, Chile, 2013, p. 33.

como “*derecho fundamental*”. Si bien no era este el lugar para hacer tal declaración, ello dio pie para una interpretación más consecuente del texto constitucional, y ha sido la base de todo avance legislativo que se ha emprendido posteriormente en esta materia. Hoy día el derecho al disfrute de un medio ambiente sano se encuentra reconocido explícitamente en el la Carta Magna de 2019, así como el deber del estado y de los ciudadanos de proteger el bien jurídico medio ambiente. La actividad administrativa en relación a la tutela del ambiente tiene como cauce, pues, el reconocimiento de este derecho, pero también el deber de protección impuesto desde la norma fundamental en cuanto al medio ambiente, y los recursos naturales al Estado, en primer orden. La actuación estatal estará vinculada entonces al Derecho Ambiental, y este se convierte en límite de esa propia actuación. En definitiva, se trata de que la vida pueda proyectarse hacia el futuro, y esa es condición de posibilidad de cualquier otro bien o derecho.

Pero uno de los más grandes retos del Derecho Ambiental es el de su eficacia, por lo que dichos preceptos constitucionales no pueden quedar en meras declaraciones, sino que deben hacerse operativos en la actuación cotidiana de la Administración. Esta puede decirse que ejecuta la legislación ambiental en el ejercicio de la potestad reglamentaria, dictando actos jurídicos como cuando expide una licencia o autorización, aprobando planes de diversa naturaleza o prestando servicios públicos. Y en todo ello debe estar orientada por el desarrollo sostenible como principio y meta que guíe su actuación, más allá de la sujeción formal⁷.

Una sentencia del Tribunal Constitucional español puede servir de orientación para la interpretación del artículo 75 constitucional y, por tanto, aportar criterios para la actuación administrativa en materia ambiental. De acuerdo a la sentencia

⁷ JORDANO FRAGA, Jesús, “La Administración en el Estado ambiental de Derecho”, en *Revista de Administración Pública*, número 173, 2007, p. 101.

No. 62, de fecha tan temprana como el 4 de noviembre de 1982, esclareciendo el sentido del artículo 42 de la Constitución española, se concluye que el modelo de desarrollo que se persigue es de tipo cualitativo y no meramente cuantitativo, basado en el simple crecimiento económico. Ello implica, claro está, cierta limitación en las actividades económicas, no solo extractivas, ni en el reducido espacio de las áreas protegidas.

Desarrollo y protección ambiental son dos objetivos perseguidos también por el ordenamiento jurídico cubano, y ello obliga a cierta labor de ponderación que deberá realizar el legislador ordinario, en primer lugar, y después la Administración Pública en cada caso concreto. La consideración de la dimensión ambiental tiene unas implicaciones directas para la actividad administrativa, al constituir el ambiente un bien constitucionalmente protegido, cuya relevancia no puede desconocerse.

Las distintas actividades económicas se realizan en el territorio nacional por los sujetos económicos autorizados, pero la Administración, por ejemplo, puede discriminar positivamente determinadas actividades, debido a su menor impacto ambiental, sin que ello signifique una vulneración del principio de igualdad. Así lo reconoce la sentencia No. 25, de 3 de febrero de 1989, también del Tribunal Constitucional español, pero en la práctica cubana se cuenta con ejemplos de ese tipo de discriminación positiva. La Ley 113, Ley del Sistema Tributario, que establece un impuesto por la utilización y explotación de los recursos forestales y la fauna silvestre (artículo 267), gravando actividades como el aprovechamiento maderero y de productos no madereros como resinas, cortezas, semillas, entre otros⁸.

Sin embargo, la sostenibilidad del desarrollo puede ser puesta en peligro también por la actividad administrativa. Por ello las normas de Derecho Ambiental deben ser normas de

⁸ Ley 113, del Sistema Tributario, de 23 de julio de 2012. *Gaceta Oficial de República*, Edición Ordinaria, Número 53, 21 de noviembre de 2012

aplicación directa. Cualquier reglamento o acto administrativo que no tenga en cuenta esta dimensión ambiental y persiga una concepción de crecimiento económico a ultranza, puede ser catalogado como nulo de pleno derecho, en tanto vulnera uno de los principios configurativos del Estado cubano.

Incluso un acto que haya sido realizado amparado en determinada autorización administrativa, si provoca un daño ambiental, genera responsabilidad civil, obligando a la reparación correspondiente⁹. “La licencia concedida no es en modo alguno una patente de corso que cubra de legalidad eventuales daños provocados por el sujeto autorizado. La Ley de Medio Ambiente establece en su artículo 25 que el otorgamiento de la licencia ambiental no exime al licenciatarario de la obligación de proteger de manera efectiva el medio ambiente, ni de las responsabilidades administrativas, civiles y penales en que pueda incurrir”¹⁰.

También es consecuencia del Estado de Derecho Ambiental el control sobre las decisiones de la Administración, de modo que exista cada vez un menor margen de discrecionalidad en su actuación. Si bien la discrecionalidad es necesaria, se trata de arbitrar medios para que no se convierta en arbitrariedad, sobre todo en aquellos espacios en que la discrecionalidad puede tener un impacto ambiental significativo. Piénsese en el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración, las evaluaciones de impacto ambiental, o la aprobación de los planes y esquemas de ordenamiento ambiental y territorial.

Eso sí, dicho control no puede ser meramente formal, sino sustantivo, de modo que el órgano jurisdiccional pueda controlar la calidad de los estudios de impacto ambiental, su rigurosidad

⁹ Así lo reconocen las sentencias del Tribunal Supremo español de 30 de octubre de 1963, 12 de diciembre de 1980, y 16 de enero de 1989.

¹⁰ CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, “Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad” en, ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María y Andry MATILLA CORREA (coordinadores), *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI – Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, Editorial UH, La Habana, 2011, pp. 289-299.

científica, su racionalidad, así como la presencia en la documentación de la información relevante sobre cada caso concreto. El Estado ambiental de Derecho exige no solo la sujeción formal de la Administración, sino un verdadero encuadramiento de su actividad en los marcos de las normas sustantivas ambientales.

Por último, aunque no de menor importancia, la Administración debe establecer conductas que lesionen o pongan en peligro el ambiente o alguno de sus elementos, y asociar a ellas unas sanciones, que tengan la entidad suficiente como para disuadir de dichas conductas, denominadas contravenciones. La potestad sancionadora de la Administración hará su contribución al desarrollo sostenible en la medida en que las sanciones previstas jueguen el rol preventivo a que están llamadas. La responsabilidad administrativa, en el marco de los sistemas de responsabilidad, tiene un lugar insustituible, y así la ha utilizado ampliamente en el país el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA).

II. Repensando el lugar de la Administración ambiental

La última década del siglo XX y las primeras del siglo XXI han sido testigos de un amplio debate sobre el lugar de la Administración, especialmente en el ámbito industrial y ambiental. Los aires del neoliberalismo, con sus concepciones en torno a un Estado mínimo, que deje en libertad las fuerzas del mercado, se han dejado sentir en las ideas en torno al lugar de la Administración Pública, en especial ambiental. Se ha pasado así de un modelo administrativo de intervención a uno de mero control, donde la iniciativa privada ocupa espacios antes exclusivos de la actividad estatal. Y no se trata solo de actividades económicas estratégicas que han sido abandonadas por las empresas públicas, sino que los particulares han ocupado posiciones en el entramado legal e institucional que conlleva la aplicación de las normas ambientales. Síntomas de ese fenómeno son las entidades privadas colaboradoras de la Administración ambiental en el control directo sobre el cumplimiento de la normativa,

agencias que realizan funciones técnicas de comprobación, como las certificadoras de normas de calidad, o incluso cuando entes empresariales realizan los estudios de impacto ambiental de los proyectos de obra o actividad¹¹.

Los argumentos utilizados para este cambio de paradigma, coinciden con los blandidos por el liberalismo en cualquier ámbito, lo mismo en la economía que en la prestación de servicios públicos. Se alega la ineficacia de la gestión de la burocracia administrativa y del dictado de disposiciones generales de obligatorio cumplimiento para todos, el exceso de litigiosidad que conlleva dar cumplimiento a dichas normas, entre otros. No obstante, recientes estudios han señalado la falsedad de estos presupuestos. Ni se reducen los litigios ni el tiempo de ejecución de las disposiciones legales. Al contrario, se establecen negociaciones directas entre la Administración y los diversos grupos de interés, se alcanzan normas consensuadas y particulares de gran ambigüedad, y se saca del debate público aspectos importantes, sobre los cuales es necesario lograr consensos¹².

En un contexto de creciente inversión extranjera, y de apertura a nuevos actores económicos en el ámbito nacional, la Administración ambiental cubana podría aprovechar las ventajas de algunos de estos nuevos instrumentos, pero nunca perder de vista su función esencial de salvaguarda de los bienes e intereses de la colectividad. Si bien es posible alcanzar acuerdos negociados con determinados actores, ello no puede mermar la eficacia general de la ley, pues en última instancia dichos acuerdos son voluntarios, y los riesgos de ineficacia ante su incumplimiento se mantendrían. Si el derecho a un medio ambiente sano forma parte del elenco de derechos reconocidos a los cubanos, no es posible que se pacte sobre ese bien público al margen de la participación ciudadana, sin que sea posible

¹¹ JORDANO FRAGA, Jesús, "La Administración...", *op. cit.*, p. 123.

¹² MORRIS, YANDLE and DORCHACK, "Choosing how to regulate", in *Harvard Environmental Law Review*, volume 29, 2005, pp. 180-202.

ejercitar los procedimientos previstos para impugnar cualquier acto administrativo (artículo 670 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico). La Administración desplazaría su actividad desde el Derecho Público hacia el Derecho Privado, en el que actúa en igualdad de condiciones, pero sin las herramientas necesarias para la tutela del ambiente.

Quienes pretenden imponer la autoregulación y los acuerdos con la Administración a toda costa olvidan que estos acuerdos, al menos en materia ambiental, entrarían en contradicción con principios esenciales al Derecho Ambiental. El acceso a la justicia se vería frustrado, en tanto se impediría la imposición de demandas contra dichas empresas durante la vigencia del acuerdo por parte de terceros, no firmantes del acuerdo, pero quizás lesionados en sus derechos. Además, pactar la no aplicación de regulaciones de forma temporal, sean estas presentes o futuras, constituiría, además de una cesión de soberanía en todo punto inconstitucional, una vulneración al principio de precaución reconocido en el artículo 4 de la Ley de Medio Ambiente, por cuanto su aplicación excluiría cualquier decisión que permita dañar el ambiente de forma legal en un futuro, haciendo caso omiso a las modificaciones legislativas y los avances de la ciencia.

La utilización de nuevos mecanismos, como los económicos, por los cuales los propios destinatarios de la norma se hagan cargo de su cumplimiento, y del avance de los indicadores ambientales, no hace en modo alguno innecesarios a los instrumentos llamados de “comando y control”, entre los cuales se encuentra la responsabilidad administrativa. Esta debe ser la garantía de que la Administración ambiental actuará frente a la vulneración de los mandatos legales o reglamentarios, imponiendo las sanciones correspondientes, cuando los mecanismos voluntarios hayan fallado o se hayan mostrado insuficientes. La responsabilidad administrativa ha sido parte importante del Derecho Ambiental cubano hasta el momento, y deberá seguir siéndolo, aunque haciendo las adecuaciones que conduzcan a

una mayor eficiencia y eficacia. Precisamente a determinar el lugar y función del sistema de responsabilidad administrativa, en el contexto del resto de los sistemas de responsabilidad, se dedican las páginas siguientes.

III. La responsabilidad ambiental en Cuba. Breves comentarios

Al igual que el desarrollo del Derecho Ambiental, el cual se enmarca esencialmente en la esfera del Derecho Internacional, la responsabilidad ambiental ha tenido su manifestación en foros internacionales cuyo centro ha sido la protección del ambiente. Así el Principio 13¹³ de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 se refiere a la necesidad de que los Estados adopten legislaciones sobre responsabilidad e indemnización por daño ambiental tanto en el ámbito nacional como internacional.

En suelo patrio la responsabilidad ambiental ha sido reconocida como un instrumento de la gestión ambiental a partir de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 81 de 1997, “Ley de Medio Ambiente”¹⁴. A partir de lo preceptuado en dicha norma, es posible evidenciar cómo para lograr la exigencia de responsabilidad en este ámbito, la Ley 81 se apoya en las reglas propias del Derecho Civil, Penal y Administrativo, al precisar como regímenes de responsabilidad los correspondientes a estas ramas del Derecho. Ello es muestra de cómo el Derecho Ambiental se sirve de otras disciplinas jurídicas, que aun cuando el bien jurídico que protegen no es precisamente el

¹³ “Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción”.

¹⁴ Ley No. 81, de 11 de julio de 1997, Del Medio Ambiente, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, Número 7.

ambiente, su utilización, a estos fines concretos, puede resultar efectiva. Importante tener en cuenta que estas cuestiones, antes del reconocimiento del Derecho Ambiental como rama del Derecho, eran reguladas por estas disciplinas, en ausencia de regla específicas o sin la necesaria adaptación al objeto de protección.

El Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental de la Comisión Europea al referirse a los propósitos que se persiguen con la exigencia de responsabilidad establece "...la responsabilidad ambiental tiene por objeto obligar al causante de daños al medio ambiente (el contaminador) a pagar la reparación de tales daños"¹⁵. Asimismo expresa "...en ausencia de un régimen de responsabilidad, el incumplimiento de las normas y procedimientos vigentes sólo puede entrañar una mera sanción de carácter administrativo o penal"¹⁶. Partiendo de lo antes expuesto se hace necesario precisar dos cuestiones fundamentales, en primer lugar, se hace referencia a la configuración de la responsabilidad ambiental solo a partir de la existencia de un daño por lo cual se circunscribe únicamente a la responsabilidad civil, segunda cuestión, como consecuencia de ello no se contemplan dentro del régimen de responsabilidad ambiental los sistemas de responsabilidad administrativo y penal, los cuales se excluyen de forma expresa.

Como se ha afirmado, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, de 21 de abril de 2004, que constituye la concreción de las ideas expuestas en el Libro Blanco, no resulta ejemplo de una responsabilidad ambiental separada de la civil, sino del establecimiento de un régimen específico para los daños ambientales puros, distintos de los que afectan simultáneamente

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2000, p. 13. Disponible en: <http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/>, consultado 1 de agosto de 2020, 3:00pm.

¹⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre...*, *op.cit.*, p.13.

a la salud de las personas o a su patrimonio. En modo alguno dicho régimen sustituye el de responsabilidad civil por daño ambiental, sino que lo completa y modifica en ciertos aspectos, con el objetivo de alcanzar una tutela más efectiva¹⁷.

A fin de lograr un concepto que se muestre a tono con el sistema de responsabilidad ambiental cubano, resulta sugerente lo señalado por CÁNOVAS GONZÁLEZ “El sistema de responsabilidad es el régimen jurídico que se establece como consecuencia de un daño o infracción de una norma, con el fin de restaurar el objeto del daño o la infracción a la situación anterior, sancionar al agente comisor del acto, y prevenir de esa manera futuras conductas semejantes. De esa forma se engloban en un solo haz las principales finalidades de las distintas formas de responsabilidad civil, administrativa o penal”¹⁸. Esta conceptualización permite visualizar la esencia del régimen de responsabilidad ambiental en Cuba, el cual se despliega a través de tres regímenes diferentes ya mencionados, donde dos de ellos no dependen de la existencia de un daño sino de la infracción de una norma.

El sistema de responsabilidad civil ha sido reconocido como un mecanismo de reparación del daño ambiental, teniendo por cometido esencial generar la obligación de reparar los daños y perjuicios que se ocasionen. En la Ley de Medio Ambiente encontramos refrendado este tipo de responsabilidad en el Capítulo XII del Título Tercero, regulación que no resulta del todo completa a partir del contenido que desarrolla en apenas cinco artículos. Sobre la posibilidad de aplicar supletoriamente el Código Civil Cubano, ante el contenido limitado que sobre la

¹⁷ LOZANO CUTANDA, Blanca, “La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de ‘Responsabilidad de Derecho Público’ que introduce la Directiva 2004/35/CE”, en *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, número 12-13, diciembre de 2005 (<http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, consultado el 29 de octubre de 2017).

¹⁸ CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, La responsabilidad por daños ambientales en la República de Cuba, Ponencia presentada en el III Taller Legislativo Ambiental, en Chichiriviche, Estado Falcón, Venezuela, 26 de octubre de 2007, p.3.

responsabilidad en este ámbito brinda la Ley 81, compartimos el criterio de TOLEDANO CORDERO y MUÑOS ALFONSO al afirmar “No hay ninguna antinomia entre las estipulaciones de ambas normas, sino que lo que se presenta es una incongruencia entre ambos textos legales. La aplicación de las formas de reparación previstas en el Código Civil no contradice el espíritu de la Ley del Medio Ambiente, sino que, por el contrario, la complementa y refuerza. Por tanto, puede perfectamente admitirse la aplicación del principio de supletoriedad”¹⁹. Importante resaltar en este sentido que acogemos esta solución en aras de suplir los vacíos que en este sentido se suscitan, sin embargo, lo más atinado y a lo que se aspira es poder contar con un régimen propio de responsabilidad civil en materia ambiental acorde a las características especiales que revisten los daños ambientales y esta rama del Derecho.

Otro aspecto llama la atención en materia de responsabilidad civil y es en lo relativo a la forma en que queda definido el daño en el artículo 8 de la Ley 81 “...*toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo, inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica*”. Específicamente, con respecto al requisito de la antijuricidad que se exige para que se configure el daño ambiental, precisa tiene que ser un acto que directamente vulnere una norma concreta y no un acto contrario a Derecho, si la responsabilidad nace a partir del daño o de la infracción no tiene sentido alguno incluir dentro de la definición del daño la propia infracción, con lo cual confunde los distintos tipos de responsabilidad. Además, coloca la antijuricidad en la vulneración de la norma y no en el propio acto dañoso, posibilitando con ello que ante una afectación a un elemento del ambiente que no esté previsto en una norma concreta, al no existir daño, no se genere ni se pueda exigir

¹⁹ TOLEDANO CORDERO, Dagniselys y MUÑOS ALFONSO, Yisel, “La Responsabilidad ambiental” en, VIAMONTES GUILLEBAUX, Eulalia (coordinadora), *Derecho Ambiental Cubano*, Segunda edición, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2007, p 422.

responsabilidad. Ciertamente el sistema de responsabilidad que queda reflejado en dicho precepto no es el civil, a pesar de la pretensión del legislador, puesto que para que se configure la responsabilidad penal o administrativa tiene que haber una conducta tipificada ya sea como contravención o como delito, de ahí que esa definición satisfaga las exigencias de estos últimos regímenes, pero no las de aquel.

La denominada responsabilidad penal en materia ambiental tiene una naturaleza eminentemente punitiva y nace a partir de la tipificación de conductas previstas como delitos en una norma penal. Las conductas para que sean tipificadas como hechos delictivos tienen que revestir un alto grado de peligrosidad social. No olvidemos que el Derecho Penal, dados sus caracteres, se configura como un derecho de intervención mínima y su aplicación debe ser de última *ratio*.

La inclusión de la tutela ambiental en los códigos penales pretende además, junto a una elevación de los efectos de prevención general –negativa–, reactivar la conciencia del público sobre el daño social de los ataques al ambiente, y reafirmar la aceptación de bienes jurídicos ambientales autónomos con el mismo rango que los clásicos bienes jurídicos individuales²⁰.

La responsabilidad penal ambiental se encuentra regulada en la Ley de Medio Ambiente en un único artículo, el cual se limita exclusivamente a conceptualizar el delito ambiental y remitir a lo dispuesto en la legislación penal vigente. Infelizmente el Código Penal cubano no prevé al medio ambiente como un bien jurídico específico por lo cual no queda protegido directamente. Es a partir de la protección que le brinda la norma penal a otros bienes como la vida, la salud, la economía que puede presumirse una protección indirecta al ambiente, protección que se encuentra dispersa al no existir un título independiente que recoja este tipo de delitos.

²⁰ HERNÁNDEZ POZO, Israel, "Derecho Penal y protección al medio ambiente", en Autores varios, Derecho y medio ambiente, Editorial Pablo de la Torre, 2012, pp.201-202.

El tratamiento de los delitos relacionados con la protección del medio ambiente en el Código Penal no es homogéneo. Así podemos encontrar indistintamente delitos de peligro o de resultado, la exigencia o no del elemento intencional para la tipificación del ilícito penal. Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal previstas no todas pueden ser aplicadas a este tipo de delitos. La mayoría de las sanciones previstas en el Código Penal para las personas jurídicas coinciden con las sanciones administrativas lo que hace que una vez impuesta este tipo de sanción resulte improcedente la exigencia de responsabilidad penal²¹.

Ciertamente, la modificación que experimentó el Código Penal a partir de la entrada en vigor del Decreto Ley 175 de 1997 al introducir la responsabilidad de las personas jurídicas significa un paso de avance en torno a la exigencia de responsabilidad penal, la que antes de 1997 quedaba restringida a la persona natural. Sin embargo, la limitación que introduce el artículo 16.4 al excluir a la empresa estatal como sujeto penalmente responsable no resulta beneficiosa para el ambiente. Se constituye este precepto en una grave debilidad para la responsabilidad penal, debido al papel fundamental que juega en la economía del país el sector estatal, y que por tanto, tiene más posibilidades de agredir al entorno con una conducta lesiva²².

Una dificultad que enfrentamos hoy en materia de responsabilidad penal y que rebasa el marco normativo es lo relativo a la capacitación de los recursos humanos. Sin bien un régimen legal correctamente articulado puede garantizar en gran medida el funcionamiento del sistema de responsabilidad, también de suma importancia resulta la preparación de los profesionales encargados de exigir y hacer cumplir las normas ambientales, pues ellos son el cauce y motor impulsor en la aplicación de este instrumento.

²¹ TOLEDANO CORDERO, Dagniselys y MUÑOS ALFONSO, Yisel, "La Responsabilidad...", *op.cit.*, p.420.

²² CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, La responsabilidad por daños ambientales..., *op.cit.*, p.14.

La responsabilidad administrativa, como anteriormente se apuntó, conforma, junto al sistema de responsabilidad civil y penal, el régimen de responsabilidad ambiental en Cuba. Es posible exigir este tipo de responsabilidad ante la violación de normas de naturaleza administrativa que tienen por fin la protección del medio ambiente. Al decir de GUARANDA MENDOZA “La responsabilidad administrativa ambiental es aquella que se deriva de la infracción de la norma ambiental administrativa, sus normas complementarias y su reglamentación, se concreta en la aplicación de una sanción administrativa por la acción u omisión infractora, y de ella nace la obligación de reparar la agresión ocasionada, aplicar las medidas de prevención y mitigación, y asumir los costos correspondientes”²³.

Necesario resaltar que para que se active el régimen contravencional en materia ambiental no tiene que generarse un daño, solo basta con que se tipifique una infracción de las previstas en la ley o disposiciones inferiores. Ello no es óbice para que, ante la existencia de un daño producto de una contravención pueda exigirse entonces por la vía de la responsabilidad civil la reparación del daño. La responsabilidad administrativa ambiental tiene una función predominantemente preventiva y educativa, de ahí que su configuración no dependa de la existencia de un actuar dañoso sino de realizar determinadas conductas tendentes a poner en peligro el estado del ambiente, ante lo cual se activa el régimen contravencional como un mecanismo preventivo del cual se vale la Administración.

Al igual que los ilícitos penales las contravenciones tienen que estar previstas con anterioridad a la realización de la conducta infractora para que pueda ser sancionada, siendo la tipicidad una de las características de este tipo de régimen. Sin embargo, lo que llega a distinguirlas de los delitos es la peligrosidad social, mientras las contravenciones son actos ilícitos de

²³ GUARANDA MENDOZA, Wilton, “Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador”, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Serie Investigación # 17, Quito, Ecuador, 2010, p. 76.

menor peligrosidad social, los delitos sí necesitan la prevalencia de este elemento para configurarse como tal²⁴.

No fue hasta 1979, a partir de la entrada en vigor de la Ley No. 21, Código Penal, que la materia administrativa encontró independencia de la penal. La Ley No.33 de 1981 “Protección del medio ambiente y del uso racional de los recursos naturales” fue la encargada de establecer el régimen de responsabilidad administrativa en materia ambiental. Aunque no describía de la mejor forma las infracciones, sí reconocía de forma taxativa las sanciones a aplicar a los infractores. Tras la promulgación de la Ley de Medio Ambiente, Ley 81 de 1997, el sistema de responsabilidad administrativa fue concebido como un instrumento de gestión ambiental, dedicándose los artículos 67, 68 y 69 a su regulación.

El sistema contravencional cubano en lo que a protección del ambiente concierne se caracteriza por la existencia de una multiplicidad de disposiciones jurídicas que regulan las tantas esferas específicas de protección que demanda el ambiente. Así, a partir de la sistemática seguida, el sistema de responsabilidad administrativa ambiental se compone por normas propiamente ambientales de carácter general y especial, y normativas relativamente ambientales²⁵.

La normativa relativamente ambiental comprende aquellas regulaciones que aun cuando su objeto específico de protección no es el medio ambiente, su contenido guarda estrecha relación con este, al punto que tributa a su conservación y cuidado. A fin de ilustrar de una mejor manera este tipo de disposiciones podemos citar el Decreto 272, de 20 de febrero de 2001, “De las contravenciones en materia de ordenamiento territorial y urbanismo”. La normativa propiamente ambiental de carácter especial se manifiesta muy vinculada con las esferas específicas

²⁴ VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, Responsabilidad Administrativa Ambiental, en Autores Varios, Derecho y medio ambiente, Editorial Pablo de la Torriente, 2012, p 174.

²⁵ Se sigue aquí, la clasificación adoptada por VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, Responsabilidad Administrativa..., *op. cit.*, pp.174-175.

de protección del ambiente. A partir de la clasificación seguida, es posible encontrar en ellas un contenido absolutamente sancionador independiente de las normas sustantivas o en otros casos, las infracciones se encuentran conjuntamente con las normas de naturaleza sustantiva.

Las normas ambientales de carácter general, actualmente establecidas en el Decreto Ley 200, de 22 de diciembre de 1999, “De las Contravenciones en Materia de Medio Ambiente”. Este cuerpo legal contiene contravenciones relativas a distintas esferas específicas de protección como las referidas a sistema de evaluación de impacto ambiental, inspección ambiental estatal, áreas protegidas, zona costera, entre otras. Al constituir el centro de este trabajo la responsabilidad administrativa en materia ambiental, sobre el contenido y aplicación de dicha disposición tratará el siguiente epígrafe.

IV. El Decreto Ley 200/1999. Un balance de su aplicación

En cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda²⁶ de la Ley de Medio Ambiente, en 1999 se adopta el ya mencionado Decreto Ley 200 “De las Contravenciones en Materia de Medio Ambiente” el cual vino a complementar las disposiciones que al respecto establecía la Ley 81, la cual, dada su naturaleza de ley marco, necesitaba de una norma reglamentaria que desarrollara el contenido en ella previsto.

En atención a lo preceptuado en el artículo 67 de la Ley de Medio Ambiente, el Decreto Ley 200/1999 reconoce la posibilidad de exigir responsabilidad administrativa tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, siendo ello un primer mérito a señalar. Sin embargo, producto de la redacción dada al precepto se nos presenta una primera dificultad, pues

²⁶ “En el término de 180 días siguientes a la promulgación de la presente, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente presentará al Consejo de Ministros la propuesta correspondiente en materia de contravenciones administrativas y normas penales aplicables de conformidad con lo expresado en la presente Ley”.

tal y como reza el artículo 2.2 “*La responsabilidad administrativa de las personas jurídicas sujetos de este Decreto Ley es exigible cuando la conducta sea consecuencia de un acto administrativo*”. A partir de la lectura del precepto se pudiera inferir que el deseo del legislador fue hacer supeditar la exigencia de responsabilidad de las personas jurídicas a la realización de un acto administrativo. Entonces nos percatamos aquí del desconocimiento por parte del arquitecto de la norma de las categorías propias del Derecho Administrativo pues recordemos utilizando palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ que “...acto administrativo sería la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizado por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria”²⁷. Siguiendo la misma línea de pensamiento GARCINI GUERRA afirma que el acto administrativo, como categoría jurídico-administrativa, ha de emanar de un órgano de la Administración del Estado, ser una manifestación de voluntad de su potestad administrativa y contener una declaración concreta que produzca un efecto jurídico-administrativo inmediato²⁸.

Sin lugar a dudas nos encontramos ante una utilización indiscriminada de la categoría “acto administrativo”; el legislador queriendo hacer alusión a las decisiones que emanan de la persona jurídica actuando como tal, a partir de su órgano de dirección ha mal utilizado el término, no siendo correcto evidentemente su uso. La buena intención del legislador estaba direccionada a establecer la responsabilidad de las personas jurídicas cuando actuaran como tal y exonerarlas de responsabilidad ante una actuación individualizada por parte de alguno de sus integrantes. Ello puede traer consigo una interpretación incorrecta del precepto en cuestión a la hora de configurarse este tipo de responsabilidad para las personas colectivas.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Octava Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997. p.536.

²⁸ GARCINI GUERRA, Héctor, Derecho Administrativo, Segunda Edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 110.

Otra cuestión que llama la atención es la convivencia de este Decreto Ley con las normas sectoriales que ya estaban vigentes y que también establecen un sistema contravencional en determinadas esferas específicas de protección. Al decir de TOLEDANO CORDERO y MUÑOZ ALFONSO: "...de manera muy atinada, al definir el objeto del Decreto Ley se reconoce la validez del resto de las normas que regulan infracciones en esferas no comprendidas en este texto legal, lo que es aplicable tanto a las normas vigentes al momento de su promulgación como a las que puedan aprobarse en el futuro, siempre que ellas no se contrapongan a lo preceptuado en el texto contravencional"²⁹. Ello demuestra que con el Decreto Ley 200 no se estableció un régimen contravencional general en materia de medio ambiente, tal como se puede deducir de su denominación, sino que se reconocieron en él solamente las infracciones relativas a determinados sectores específicos de protección, básicamente los que quedan bajo la estricta competencia del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), subsistiendo las que anteriormente habían entrado en vigor.

Desde nuestra percepción, esta sistemática empleada no es la más atinada, pues si bien es cierto que en materia de marco institucional reconocemos el principio de sectorialización, el ambiente es un sistema donde todos sus elementos se interrelacionan. Entonces también el Derecho Ambiental, las normas, principios e instituciones tienen que lograr imbricarse de forma tal que se logre la mayor uniformidad posible. De tal suerte coexisten junto al Decreto Ley 200/1999 otras normas contravencionales, incluso, algunas de vigencia anterior a la Ley 81/1997, y que constituían la legislación complementaria a la Ley 33 de 1981, ya derogada. Por citar algunos ejemplos, Decreto 179 de 1993 "Protección, uso y conservación de los suelos, y sus contravenciones", Decreto 180 de 1993, solo vigente para las contravenciones en materia de fauna y flora

²⁹ TOLEDANO CORDERO, Dagniselys y MUÑOZ ALFONSO, Yisel, "La Responsabilidad...", *op.cit.*, p. 412.

silvestre, Decreto 199 de 1995 “Contravenciones de las regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulicos”, Decreto 268 de 1999 “Contravenciones de las regulaciones forestales”. La dispersión que se aprecia en el sistema contravencional nuestro trae consigo disímiles tropiezos en la exigencia de la correspondiente responsabilidad administrativa, los cuales serán develados en el desarrollo de este epígrafe.

Una de las virtudes que no debemos dejar de señalar de la disposición en análisis es lo relativo a las sanciones y las medidas a imponer. En este sentido prevé la imposición de multas y también, medidas disciplinarias y rescisorias. En cuanto a las multas se aprecia un aumento significativo en las cuantías a diferencia de lo que establecen las demás disposiciones contravencionales antes mencionadas, cuyas cifras son irrisorias, no correspondiéndose con la realidad económica del país. De hecho, dado que el Decreto Ley 200 data de 18 años atrás, pudiera pensarse en un aumento de las cuantías ante la diversidad de actores económicos que hoy coexisten y las actividades que realizan son, en mayor medida, proclives a deteriorar el ambiente. “La heterogeneidad económica que introducen la descentralización estatal y la presencia de diversas formas de propiedad hacen necesario un trabajo más intenso del Estado y del resto de la sociedad para contrarrestar las tendencias favorables que sacrifican el ambiente en aras del éxito económico”³⁰. A toda costa se debe evitar esa desproporción apreciable entre la magnitud de la conducta infractora y la sanción pecuniaria que se impone, pues ello puede resultar un mecanismo a adoptar por parte del agente infractor, el cual puede optar, ante lo irrelevante de la cuantía, por afrontar la sanción y no invertir en la adopción de medidas, tecnologías, para prevenir la conducta infractora o el daño si se produce. Ello pudiera entonces convertirse en una práctica muy atractiva para los que sobreponen

³⁰ DELGADO DÍAZ, Carlos J, “La educación ambiental desde la perspectiva política”, en DELGADO DÍAZ, Carlos J, (compilador), Cuba Verde, En busca de un modelo para la sustentabilidad en el siglo XXI, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 86.

el éxito económico a la protección del ambiente. A pesar de que ello pudiera ser evitado a partir de lo establecido en el artículo 15³¹, estamos ante un precepto que requiere de un ejercicio de la potestad discrecional de la Administración en este sentido, puesto que, tal como está redactado es un precepto facultativo.

De manera muy atinada el Decreto Ley distingue las cuantías dependiendo si el infractor es una persona natural o jurídica. Sin embargo, recordemos que hoy tenemos nuevos sujetos económicos que, aun no siendo personas colectivas, realizan actividades relevantes con potencialidad para dañar el ambiente, sus ganancias son significativas y las cuantías a exigir son las mismas que para una persona natural común. A partir del proceso de actualización del modelo económico cubano emprendido en el año 2011, los trabajadores por cuenta propia han alcanzado un lugar importante en la producción de bienes y prestación de servicios a la población, llegando a autorizarse la contratación de personal auxiliar, así como la prestación de servicios a empresas estatales³². Ello los sitúa como verdaderos empresarios, cuyo régimen jurídico no puede ser el general establecido para cualquier persona natural. La distinción debía ser, pues, entre empresarios y no empresarios, al momento de terminar la cuantía de la multa. De forma correcta, se realiza una distinción en cuanto a la moneda en que se efectuará el pago, lo cual depende de la moneda en que operen los infractores ya sean personas físicas o jurídicas.

³¹ Artículo 15.1: *La cuantía de las multas podrá ser disminuida en la mitad o aumentada al doble de su importe, atendiendo a las características del obligado a satisfacerla y a las consecuencias de la contravención.*

³² Buena parte de la normativa aplicable al trabajo por cuenta propia se condensa en el Decreto Ley No.356 del 2018 "Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia", Gaceta oficial No.35, Extraordinaria de 10 de julio de 2018, con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley No.383 de 2019; Resolución 103 del 2019 contentiva del "Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia", de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, y la Resolución 104 de 2019 que aprueba las actividades que se pueden ejercer en la modalidad de cuenta propia, su denominación y alcance, Gaceta Oficial No.85, Ordinaria, de 6 de noviembre de 2019. Sin perjuicio de otras disposiciones jurídicas complementarias en este ámbito.

Un anhelo al que pudiera aspirarse, sin ánimos de ser utópicos, es que los recursos recaudados a partir del pago de las multas por los agentes infractores pudieran ser destinados de forma real a las acciones de mantenimiento, restauración y preservación del ambiente. Para ello se precisa del reconocimiento de esta posibilidad en las normas contravencionales y de la existencia de un mecanismo que garantice efectivamente el destino y utilización correcta de dichos recursos financieros a estos fines, más allá de la mención a esa posibilidad en la Resolución Conjunta 1, de los Ministros de Economía y Planificación y de Finanzas y Precios, de 7 de junio de 1999, en la cual se contempla como una de las fuentes de ingreso del Fondo Nacional del Medio Ambiente, a “...*otros ingresos provenientes del cobro de contravenciones específicas y tasas asociadas a los ingresos obtenidos por las entidades que comercialicen productos o presten servicios de carácter ambiental o de explotación de un recurso natural, aprobados por las autoridades competentes*” (inciso g del párrafo primero).

En cuanto a las medidas, el Decreto Ley permite la adopción de estas de conjunto o con independencia a la multa, lo cual significa que no es condición para aplicarlas, el haber impuesto previamente una sanción pecuniaria. En este sentido reconoce medidas disciplinarias como la amonestación y rescisorias como la prestación comunitaria, obligaciones de hacer o no hacer que impidan la continuidad de la conducta infractora, suspensión temporal o definitiva de autorizaciones, clausura temporal o definitiva, entre otras. Aquí otra de las consecuencias palpables de la dispersión que en materia contravencional impera puesto que el resto de las normas que prevén las infracciones en otras esferas de protección, no contemplan del todo estas medidas, al menos no expresamente, las cuales no solo tienen un fin punitivo sino educativo en el sentido de incentivar el cuidado del medio ambiente.

El ámbito de aplicación de la norma queda bien delimitado puesto que establece distintas esferas específicas de protección,

siguiendo la organización que realiza la Ley 81/1997 cuando las regula. Así, es contenido de disposiciones contravencionales relativas al proceso de Evaluación de Impacto ambiental y al otorgamiento de la Licencia Ambiental, al Sistema Nacional de Áreas Protegidas, a la zona costera y su zona de protección, a la protección del medio ambiente ante desastres naturales u otro tipo de catástrofes susceptibles de afectar el medio ambiente, a los ruidos, vibraciones y otros factores físicos, a la protección de la atmósfera, a los productos químicos tóxicos y a los desechos peligrosos.

Otro de los méritos a resaltar en la aplicación del Decreto Ley 200/1999 es la generalidad que logra a la hora de tipificar las conductas infractoras, de tal suerte que a partir de la remisión a las normas sustantivas específicas en estas materias logra una mayor perdurabilidad en el tiempo pudiendo atemperarse a los cambios que experimentan estas normativas, no siendo necesaria la modificación del texto contravencional cuando se modifican estas.

La potestad sancionadora de la cual se encuentra investida la Administración no solo es ejercida por el CITMA, sino que a la luz del artículo 16.2 y de la disposición transitoria única del Decreto Ley, se faculta a los inspectores estatales de los Organismos de la Administración Central del Estado, cuya actividad repercute sobre la protección del medio ambiente, los del Cuerpo de Guardabosques, los de la Defensa Civil y los de la Aduana General de la República. Sin embargo, a partir de lo que establecen las legislaciones contravencionales específicas como el Decreto 179 “Protección, uso y conservación de los suelos, y sus contravenciones” o el Decreto 268 de 1999 “Contravenciones de las regulaciones forestales”, se sustraen de la competencia del CITMA, recursos naturales, en este caso, el bosque y el suelo y se colocan bajo el control del mismo ente que lo explota, el Ministerio de la Agricultura (MINAGRI). Dado que las empresas dedicadas a la explotación de los bosques y los suelos se subordinan a grupos empresariales del MINAGRI,

organismo que está llamado a protegerlos, evidentemente esto crea un conflicto de intereses que en la mayoría de las ocasiones se resuelve en contra de la protección del ecosistema y a favor de la producción maderera.

Aquí se muestra nítidamente el solapamiento de funciones característico del marco institucional cubano en materia ambiental, el cual se refleja también en el régimen contravencional a partir de la dispersión que en este ámbito existe. El cuerpo de inspectores del CITMA no ostenta competencias para actuar en estas esferas específicas de protección (suelos y bosques), sin embargo, se aprecia una ampliación de la esfera de actuación de los inspectores pertenecientes a otros organismos, con respecto a las medidas que prevé el Decreto Ley. A partir de lo que establece el artículo 16.2 estas facultades quedan restringidas a determinadas sanciones como son la multa, amonestación, comiso o resignación de los medios utilizados para cometer la contravención y de los productos obtenidos de ésta, y la obligación de hacer lo que impida la continuidad de la conducta infractora.

El procedimiento a partir del cual se imponen las sanciones previstas en el Decreto Ley 200/1999 puede iniciar a partir de una denuncia ante la autoridad facultada o por la vía de la inspección estatal. La primera de las vías es una muestra de la participación ciudadana en la protección del medio ambiente, no siendo requisito para establecer la denuncia demostrar interés legítimo con respecto a la infracción, con solo tener el conocimiento de que se produjo es suficiente. Ello es un aspecto positivo a resaltar del régimen contravencional el cual demuestra, en este sentido, estar a tono con la Ley marco, que así lo establece en su artículo 69, la cual exige además que se ponga en conocimiento de la persona denunciante las medidas impuestas y su cumplimiento si demuestra interés en conocerlo. Sin embargo, este último elemento no se encuentra precisado en el texto contravencional.

Entrando en el terreno de las inconformidades, la norma contravencional otorga la posibilidad de establecer recurso de

apelación ante el jefe inmediato superior de la autoridad que impuso la medida. El recurso deberá interponerse dentro del término de tres días hábiles siguientes a la notificación de la medida y se resolverá dentro del término de quince días hábiles siguientes a la fecha de interpuesto. La interposición del recurso no tiene efecto suspensivo siempre que la autoridad actuante no decida lo contrario.

El proceso extraordinario de revisión también se encuentra previsto como un medio de impugnación más con el que cuenta el infractor en la vía administrativa, siempre que concurren las circunstancias que exige la norma para que pueda ser iniciado. En este sentido, es necesario que luego de la firmeza de la sanción impuesta, se conozcan hechos de los que no se tuvo noticia antes, aparezcan nuevas pruebas o se demuestre la improcedencia, ilegalidad, arbitrariedad o injusticia notoria en la imposición de la medida. Para ello el administrado cuenta con 180 días contados a partir de la firmeza de la sanción y será presentado ante el CITMA, quien estará en la obligación de resolverlo dentro del plazo de 45 días. Este proceso extraordinario de revisión no se encuentra reconocido en el resto de las normas contravencionales vigentes en materia de medio ambiente. No encontramos en las regulaciones sobre las contravenciones en materia de suelos, o de recursos forestales e hídricos, o de ordenamiento del territorio referencia alguna al procedimiento de revisión, no contando con una posibilidad más de impugnar la decisión de la Administración aun cuando concurren los requisitos que se exigen al respecto. Ello es una muestra más de la falta de uniformidad que impera respecto a la responsabilidad administrativa, la cual trae causa de la ausencia de un cuerpo legal único que de forma homogénea establezca las pautas respecto al régimen contravencional ambiental.

En torno al acceso a la vía judicial no encontramos en el Decreto Ley 200/1999 referencia alguna que la restrinja o autorice, en consecuencia, la vía judicial podrá quedar expedita pues donde la ley no distingue no cabe distinción alguna. Es

este un aspecto en los que se observa una postura más revolucionaria, en tanto que las restantes normas complementarias de la Ley marco suelen excluir expresamente el acceso a la vía jurisdiccional³³. En este sentido y a diferencia del Decreto Ley en cuestión, la mayoría de las normas contravencionales, para no ser absolutos, vedan expresamente toda posibilidad de iniciar proceso en la vía judicial, prohibiendo el acceso a la justicia en este ámbito. Esta prohibición que se refleja en la mayor parte de las normas contravencionales, devela la variación que puede experimentar el procedimiento para la exigencia de responsabilidad administrativa ambiental por el solo hecho de encontrarnos ante una esfera de protección distinta a las que recoge el Decreto Ley 200/1999, como si no estuvieran dirigidas todas a un mismo fin, la protección del ambiente. Se demuestra como las normas contravencionales complementarias a la Ley 81/1997 no se encuentran a tono con el principio de la política ambiental consagrado en el artículo 4 inciso 1), *“Toda persona natural o jurídica, conforme las atribuciones que la Ley le franquee, debe contar con los medios adecuados y suficientes que le permitan accionar en la vía administrativa o judicial, según proceda, para demandar el cumplimiento de lo establecido en la presente Ley y en sus disposiciones complementarias”*.

Al decir de CRUZ SARDIÑAS “La legislación complementaria heredada de la Ley No. 33 por la actual Ley del Medio Ambiente, en lo que se refiere al régimen de responsabilidad administrativa por daños al medio ambiente, necesita ser revisada, con vistas a adecuarla a los principios y normas que ha establecido el Decreto Ley No. 200”³⁴. Ello pudiera ser una vía para otorgar solución a las incoherencias que dentro del régimen contravencional hemos podido apreciar, pero no terminaría con la dispersión normativa que prima en este orden. Sin embargo, una alternativa a tener

³³ TOLEDANO CORDERO, Dagniselys y MUÑOZ ALFONSO, Yisel, “La Responsabilidad...”, *op.cit*, p. 415.

³⁴ CRUZ SARDIÑAS, Teresa D, “El Decreto Ley 200, De la Contravenciones en Materia de Medio Ambiente, un instrumento renovador en el ordenamiento ambiental cubano”, Tesis en Opción al Grado de Máster en Derecho Ambiental, Universidad del país Vasco, España, 2000, p. 43.

en cuenta, es lograr un único texto contravencional que integre todas las esferas de protección posibles, logrando de este modo una mayor uniformidad en la regulación de la responsabilidad administrativa en materia ambiental puesto que existe un objetivo en común y es el de establecer las pautas generales en el campo de las infracciones ambientales.

Interesante resulta el reconocimiento que expresamente realiza la norma contravencional en cuanto a la posibilidad de exigir, siempre que proceda, responsabilidad civil o penal, independientemente de la responsabilidad administrativa que se aplica.

En ocasiones, otros son los retos que se presentan en torno a la exigencia de responsabilidad administrativa ambiental en Cuba, no necesariamente derivados de lo estipulado en las normas jurídicas ambientales. Así, las carencias económicas que por diversos motivos afloran en el contexto cubano pueden en determinadas esferas y circunstancias específicas frenar o impedir la puesta en práctica del sistema contravencional cubano. En este sentido, podemos ver en materia de contravenciones respecto a ruidos o vibraciones que la Norma Cubana Obligatoria 26:1999, obliga a que se utilice para medir niveles sonoros dentro de las viviendas y en áreas exteriores el sonómetro de alta precisión y a su vez este sonómetro tiene que contar con una serie de requisitos también establecidos en la norma técnica, lo cual es muestra del contenido técnico reglado que caracteriza al Derecho Ambiental, a partir de la preponderancia de este tipo de normas. Entonces para determinar si estamos ante la infracción establecida en el Decreto Ley 200/1999 en su artículo 11 inciso a), necesariamente hay que hacer uso del instrumento medidor, lo cual trae consigo que, al no contar la autoridad facultada con dicho sonómetro, no podrá imponer la sanción correspondiente, aun cuando sea evidente la tipificación de la infracción. Resulta evidente que este tropiezo que se nos presenta no es consecuencia precisamente de lo estipulado en la norma obligatoria, sino que es motivado básicamente por

razones económicas, pero dado que es una cuestión recurrente en la sociedad cubana, la posibilidad de buscar una solución alternativa, ante las dificultades que se suscitan es un tema pendiente que debe revisarse, en aras de superar estos escollos.

Se puede caracterizar la responsabilidad ambiental administrativa en Cuba como el tipo de responsabilidad predominante, aunque no excluyente, de mayor operatividad por la rapidez con la que pueden imponerse las medidas sancionadoras, con una función fundamentalmente preventiva y educativa³⁵. No obstante, ello no significa, tal como se ha reflejado, que el sistema contravencional ambiental esté exento de ser perfectible. Variados son los desafíos que se presentan hoy en pos de lograr un régimen de responsabilidad administrativa efectivo, uniforme, y coherente con la realidad social y económica que directamente incide en la protección del ambiente.

V. Perspectivas de la responsabilidad administrativa ambiental

El futuro de la responsabilidad administrativa ambiental transita por el éxito que tenga el proceso ya demorado de elaboración de una ley de contravenciones que, a manera de código, integre todas las contravenciones, con independencia de cuál sea su objeto de protección. De esta forma, las contravenciones en materia de medio ambiente quedarían integradas en el mismo cuerpo legal, junto a las contravenciones relativas a otros recursos naturales, cuya gestión la realizan distintos OACEs. Ello resulta positivo, si se tiene en cuenta que se uniformaría el régimen jurídico aplicable a todas ellas en cuanto a las sanciones a imponer, circunstancias modificativas de la responsabilidad, entre otros elementos.

Un elemento a destacar de las discusiones sostenidas alrededor de las últimas versiones del anteproyecto a las que se

³⁵ CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, La responsabilidad por daños ambientales..., *op.cit.*, p.11.

ha tenido acceso³⁶, es la propuesta de que se utilice para la determinación de las multas a pagar un sistema de unidades móviles, y no nominal, como el que hasta ahora se emplea en el país. Una de las dificultades de todo el sistema contravencional cubano es precisamente la escasa cuantía de las multas, al haber mutado de forma considerable el contexto económico en que fueron dictadas, y eso es válido incluso para el Decreto Ley 200/1999, cuyas cuantías son superiores. La utilización del salario mínimo o el salario medio nacional como unidad de medida, contribuiría a mantener actualizada la norma contravencional, sin que resulte afectada en ese sentido por el trascurso del tiempo.

Una cuestión que aún debe ser zanjada es la creación a partir de dicha Ley de un único cuerpo de inspectores facultados para imponer las sanciones, cualquiera que sea la naturaleza de la contravención detectada. La especialización de las normas ambientales hace necesario que exista al menos un cuerpo independiente o adjunto, que pueda contar con la capacitación suficiente para detectar las infracciones, que pasarían desapercibidas para personal que no cuente con dicha preparación. Las contravenciones en materia ambiental necesitan del operador de la norma ciertas habilidades y conocimientos especializados que no pueden crearse en personas que tengan que atender de forma simultánea múltiples objetos de protección.

Por otra parte, el reconocimiento explícito en la Ley de Medio Ambiente al derecho a un medio ambiente sano, y el acceso a la justicia como una exigencia suya (artículo 4, incisos a y l), hace que daba ampliarse la posibilidad de impugnar la decisión administrativa en vía judicial, extendiendo la solución de la norma contravencional ambiental para todas las materias abarcadas. No es posible que la Administración ejercite

³⁶ Del mes de mayo de 2013. Aunque se continua trabajando en la misma, como reconoció públicamente la Viceministra de Justicia, Pilar Varona Estrada. <https://www.prensa-latina.cu/index.php?o=rn&id=384822&SEO=cuba-minjus-garantiza-servicios-a-la-poblacion-pese-a-pandemia>, consultado en 2 de agosto de 2020: 1: 50 pm.

su potestad sancionadora y los recursos queden en el ámbito de los procedimientos administrativos internos. El respeto al debido proceso exige la posibilidad de revisión judicial, sobre todo si se tiene en cuenta que se puede afectar el patrimonio del infractor, e incluso obligarlo a determinada prestación de carácter personal.

El régimen contravencional que se dicte debe evitar el establecimiento de excepciones para determinados sectores económicos o espacios del territorio nacional. Si bien las contravenciones en materia ambiental constituyen conductas de menor peligrosidad social, la funcionalidad del sistema exige que se aplique a todos y en todas partes por igual, so pena de que la credibilidad del sistema y de toda la Administración se resienta. Si la norma general ha sido fruto de un consenso, su contenido debe imponerse, por muy estratégico que sea el proyecto o la instalación. Si el dictado no va a aplicarse en casos particulares, es preferible no incluirlo en la disposición, para bien del Derecho Ambiental y el ordenamiento jurídico cubano.

Por último, y no menos importante, es patente la necesidad de un procedimiento administrativo común³⁷. El objetivo de un mismo procedimiento para la imposición de las sanciones, y su impugnación posterior por parte del infractor, es todavía más prioritario que reunir en mismo cuerpo legal todas las contravenciones, con independencia del bien jurídico tutelado. Al menos, ofrecería mayor seguridad jurídica y evitaría la dispersión en la tramitación, pues al día de hoy, cada disposición contravencional regula un procedimiento administrativo diferenciado, lo que hace muy difícil la tarea para el operador jurídico, que tiene que posicionarse en un conjunto heterogéneo de procedimientos, dictados en distintos contextos y con diferentes objetivos.

³⁷ LEZCANO CALCINES, José Ramón, "Procedimiento administrativo" en, AUTORES VARIOS, *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 275-276.

Son solo algunas cuestiones que se espera sean parte de la régimen contravencional general, y por tanto, del modo en que sea impuesta la responsabilidad administrativa ambiental en Cuba. El diseño del modelo futuro debe hacer un balance de la aplicación de la normativa vigente, destacando sus valores al igual que sus limitaciones, para que la disposición que se dicte, sea, al mismo tiempo, hija de la experiencia nacional y de lo más avanzado de la doctrina y la legislación comparada. Ahí está el reto.

El lenguaje del Derecho, retos y posibilidades para la interpretación jurídica

The language of law, challenges and possibilities for legal interpretation

Majela Ferrari Yaunner¹
Universidad de La Habana - Cuba

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 743-776
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e476>
Recibido: 01/09/2020
Aprobado: 25/11/2020

Resumen: El Derecho y el lenguaje comparten una relación donde el primero depende del segundo para su existencia. Este nexo se complejiza por la naturaleza diversa de los contenidos jurídicos, lo que obliga a que, en la construcción de sus normas, confluyan elementos lingüísticos de diversos ámbitos. Dicha amalgama da lugar a un lenguaje jurídico auténtico que hace suyos términos y expresiones de otros ámbitos para inculcarles su impronta y, por tanto, dotarlos de un contenido peculiar. Los legisladores deben observar las recomendaciones que por varias vías ofrecen los estudios de técnica legislativa, pero a pesar de esa obediencia, los intérpretes de las normas tendrán que sortear constantemente los obstáculos lingüísticos que se esconden detrás de cuestiones como la vaguedad y ambigüedad de las que, en no pocas ocasiones, adolecen

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas desde el año 2010 por la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Profesora titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. También ha impartido Teoría del Estado, Teoría del Derecho y Metodología de la Investigación Jurídica. majela@lex.uh.cu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3664-4962>).

las normas. Estas pueden ser consideradas características del lenguaje jurídico, pero lo cierto es que generan no pocos problemas a los operadores del Derecho, sobre todo en la interacción de las normas con los casos que deben resolver y su diversidad. Comprender algunos fundamentos de esta problemática puede arrojar luces acerca de las mejores maneras de proceder cuando nos encontramos ante una disyuntiva interpretativa de origen lingüístico.

Palabras clave: Lenguaje jurídico, interpretación, contexto lingüístico, vaguedad, ambigüedad.

Abstract: Law and language share a relationship where the former depends on the latter for its existence. This nexus is made more complex by the diverse nature of the legal content, which forces linguistic elements from various fields to converge in the construction of its rules. This amalgamation gives rise to an authentic legal language that adopts terms and expressions from other fields to instill its imprint on them and, therefore, endow them with a peculiar content. Legislators must observe the recommendations that legislative technique studies offer in various ways, but despite this compliance, the interpreters of the norms will have to constantly overcome the linguistic obstacles that hide behind issues such as the vagueness and ambiguity of which they, on many occasions, they suffer from the rules. These can be considered characteristics of the legal language, but the truth is that they generate not a few problems for the operators of the Law, especially in the interaction of the norms with the cases they must resolve and their diversity. Understanding some of the fundamentals of this problem can shed light on the best ways to proceed when we are faced with an interpretive dilemma of linguistic origin.

Keywords: Legal language, interpretation, linguistic context, vagueness, ambiguity.

I. Introduciendo la cuestión del lenguaje jurídico y sus problemas

Resulta imposible soslayar la trascendencia actual de los estudios sobre lenguaje jurídico. Ya sea desde la Teoría del Derecho más general o incluso en el seno particular de los análisis

sobre la argumentación jurídica, ha sido un tema recurrente e inagotable. Quizás su abordaje se deba precisamente, a que está presente tanto en los procesos de creación como de aplicación del Derecho. Aunque puede estudiarse en abstracto, desde una visión lingüística que intente explorar los resquicios del lenguaje de los legisladores, ciertamente debe reconocerse su trascendencia de la mano de las dificultades que genera a los procesos interpretativos y argumentativos de los juristas en su actividad práctica.

A pesar de que algunos consejos lingüísticos pudieran servir para prevenir ciertos usos torcidos y enrevesados del lenguaje de las normas, los problemas que genera para la interpretación del Derecho no siempre estarán generados por defectos técnicos, sino que en ocasiones la propia realidad, reta a los juristas en el ajuste de su actuar, al engranaje lingüístico normativo.

Un acercamiento al tema, debe partir del reconocimiento de elementos identitarios del lenguaje jurídico, para desembocar en el análisis de la actividad interpretativa que se produce en el seno de la aplicación del Derecho. Estos pueden ser importantes puntos de partida para captar los nudos polémicos del lenguaje jurídico en aras de visualizar posibles mecanismos para convivir con un problema “sin solución”, o, mejor dicho, cuyo manejo solo podrá valorarse caso a caso y donde algunos rasgos propios de este lenguaje, con determinada cuota de optimismo, pueden aprovecharse como herramientas para moldear el binomio Derecho-sociedad. En este contexto teórico, resulta particularmente interesante el tratamiento que algunos autores² otorgan a los problemas interpretativos que se manifiestan en diferentes contextos del Derecho. A los efectos de estas reflexiones, se convierte en objetivo esencial, escudriñar en las complejidades que impone a los operadores del Derecho, su contexto lingüístico.

² Ver GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, 1ra ed., Ed. Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 111 y ss.

II. Adentrándonos en las peculiaridades del lenguaje jurídico

Se ha dicho que el lenguaje jurídico es un tipo de lenguaje técnico o tecnicado. Algunos lo han calificado como lenguaje de especialidad.³ Este tipo de lenguajes, aunque para su elaboración parten de la lengua estándar, la ponen al servicio de un ámbito determinado de la comunicación. Con ese propósito, la construcción de un lenguaje de especialidad se produce a partir de la selección de recursos dentro del abanico que la lengua común ofrece, y a estos se incorporan elementos terminológicos que la enriquecen y permiten una comunicación especializada.

Resulta importante destacar que “la función social del Derecho se vería hoy seriamente comprometida si las normas estuvieran formuladas de manera tal que solo un grupo pequeño de iniciados pudiese comprenderlas. Por ello, es legítimo decir que las normas jurídicas no solo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, tienen que hacerlo.”⁴ Esta sería una de las razones que fundamenta la importancia de que el lenguaje normativo permita su comunicabilidad, entre otras cosas, porque este sería un presupuesto de eficacia de las normas al propiciar su cumplimiento. Para que el Derecho reine en la sociedad, a partir de la obediencia mayoritariamente voluntaria a los postulados que establece, su contenido debe tener cierto grado de accesibilidad para el entendimiento social. Precisamente debe hablarse de una gradación en el logro de tal objetivo, ya que la recepción más o menos clara de los preceptos jurídicos se logrará en diferentes niveles y dependerá de varios factores.

El entrenamiento de los juristas cuando se preparan en las universidades, los apertrecha de habilidades para comprender el lenguaje jurídico, para manejarlo y utilizarlo. No obstante,

³ DUARTE, Carlos y Anna MARTÍNEZ, *El lenguaje Jurídico*, A-Z editora S.A., Buenos Aires, 1995, p. 23.

⁴ CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 3^{ra} ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 49.

incluso dentro de aquellos que se dedican al Derecho, la especialización en una rama o materia concreta, contribuye a que se desarrolle con mayor facilidad en un campo que en otros. Si incluso para un jurista, a veces es complicado desentrañar el sentido y alcance de determinada norma perteneciente a un ámbito en el que habitualmente no se desarrolla laboral o investigativamente, podrá suponerse la dificultad que tal actividad entraña para el ciudadano común, independientemente de la cultura jurídica que posea.

Siguiendo esta línea argumentativa, ATIENZA ha aclarado que “El sistema jurídico consistirá en una serie de enunciados lingüísticos organizados a partir de un código común al emisor y al receptor (un lenguaje) y de los canales que aseguran la transmisión de los mensajes (las leyes). El destinatario de la información puede o no ser el destinatario formal de la norma. Dicho de otra forma, una ley puede no ser clara para quien tiene que cumplir los mandatos que la misma contiene, sin que ello signifique que ella sea defectuosa lingüísticamente.”⁵

Derivado de los análisis anteriores, debe significarse la trascendencia de que en la construcción lingüística de las normas y del Derecho, se procure un punto medio, donde, sin abandonarse las exigencias de la especialidad que caracteriza al lenguaje jurídico, y teniendo en cuenta el papel esencial de los juristas para interpretar dicho lenguaje, este no sea totalmente inalcanzable para los ciudadanos. Tal idea se sostiene, además, en el propio hecho de que, al ser un lenguaje normativo, pretende establecer dictados de conducta, ordenar, disponer, guiar los comportamientos y, por tanto, sus mandatos deben ser comprensibles para ser realizables.

La pretensión anterior no se proyecta exclusivamente a las normas, y por tanto al legislador. Aunque ciertamente resulta esencial que estas sean comprensibles como punto de partida,

⁵ ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, 1^{ra} ed., Ed. Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 29.

el Derecho, es más. Es indudable la importancia del análisis del lenguaje legislativo, pero no puede soslayarse que este se integra al lenguaje jurídico como algo más general. Así, los operadores del Derecho, cuando interpretan y aplican las normas, sobre todo, cuando transmiten los resultados de dicho ejercicio, deben asumir igualmente un compromiso con el lenguaje. Estos, en su labor práctica cotidiana, se convierten en una especie de “intermediarios” entre lo que disponen las normas y las consecuencias concretas que estas acarrearán para las personas en los conflictos o situaciones en los que se convierten en sus destinatarios.

Retomando el tema, el lenguaje jurídico, en general, formula o reformula el significado de palabras procedentes del idioma ordinario. Aparentemente y en principio, esto facilita la comunicación, pero no puede obviarse el peligro que entraña el hecho de que su tecnicización es fuente inagotable de problemas para los intérpretes, pues el propio legislador no es siempre uniforme en el uso de los términos. Algunas palabras del Derecho solo se emplean en este ámbito, como puede ser «usucapión», sin embargo, otras como «robo» o «asesinato», se utilizan en el lenguaje común con un alcance mucho más impreciso que en el campo del Derecho.

Para continuar desentrañando las particularidades del lenguaje jurídico, pueden analizarse las ideas aportadas por BOBBIO,⁶ quien explica que, en general, el lenguaje tiene tres funciones fundamentales: la descriptiva, la expresiva y la prescriptiva. Cada una de estas funciones se identifica con un tipo de lenguaje diferente, aunque bien vale aclarar que ninguno de ellos se encuentra en estado puro. Estos serían: el lenguaje científico, el poético y el normativo, respectivamente. El propio autor explica que la función prescriptiva, identitaria del lenguaje normativo, consiste en dar órdenes, consejos, recomendaciones, advertencias. Todo ello con el fin de influir sobre el

⁶ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2^{da} ed., Ed. Temis S.A., Bogotá, 2002, pp. 45-47.

comportamiento de sus destinatarios. En consonancia con dicha pretensión, resulta frecuente que el lenguaje prescriptivo utilice los otros dos tipos de lenguaje para desplegar su propia función.

El lenguaje jurídico constituye un tipo de lenguaje normativo, además de ser técnico y de especialidad, como se esbozaba anteriormente. Al respecto y en sentido general, CARRIÓ ha definido el lenguaje normativo como aquel que "...usamos para realizar actos tales como prohibir, autorizar, ejercer críticas de ciertos tipos, excusar, justificar; atribuir o reconocer derechos; afirmar que alguien tiene (o no tiene) una competencia, un deber, un derecho, una responsabilidad; imponer deberes u obligaciones; afirmar que algo hecho por alguien es (o no es) una transgresión o que merece (o no) un premio o un castigo, etcétera."⁷

A manera de resumen, puede utilizarse la caracterización que realiza DÍAZ REVORIO,⁸ del lenguaje jurídico, en tanto normativo. En primer lugar, como ya se ha dicho, *es un lenguaje prescriptivo*, por lo que está destinado a establecer mandatos y prohibiciones y no a describir una realidad preexistente, aunque indiscutiblemente sus prescripciones se basan en una realidad aprehendida y problematizada a los ojos de los políticos y los juristas. Este aspecto se manifiesta en las hipótesis que describen los supuestos normativos, las relaciones jurídicas que se definen y las instituciones que se conceptualizan, entre otras cuestiones.

En segundo lugar, se trata de un *lenguaje especialmente finalista*, pues su finalidad no se agota, como la de todo lenguaje, en la comunicación interpersonal, sino que tiene una finalidad específica, que consistiría en regular la vida de una sociedad determinada ofreciendo soluciones a los posibles conflictos que pueden producirse. En tercer lugar, puede definirse como un *lenguaje sistemático*, ya que sus enunciados se integran en

⁷ CARRIÓ, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Colección Filosofía y Derecho, No. 3, 1^{ra} reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 19.

⁸ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "El lenguaje de las normas, las normas del lenguaje: sobre la corrección del lenguaje normativo." En *Revista española de la Función Consultiva*, No. 22, julio-diciembre 2014, pp. 75-76.

un sistema, por lo que no es posible entenderlos aislados del sistema al que pertenecen. Resulta interesante en este punto, comentar que precisamente esta característica ha dado lugar a la identificación de una serie de problemas interpretativos en el denominado contexto sistémico del Derecho, en el cuál las dificultades para desentrañar la solución jurídica que el Derecho prevé para cierto caso, se producen en la relación de varias normas del ordenamiento jurídico entre sí, y no precisamente en cuestiones relativas al significado de los signos lingüísticos que las estructuran.

Continuando con la sistematización, se establece, en cuarto lugar, que el lenguaje jurídico, como ya se adelantaba, es un tipo de *lenguaje especializado*, por lo que emplea frecuentemente una terminología específica, aunque no puede negarse que en ocasiones recurre a la terminología propia de otras ciencias, además del insoslayable uso del lenguaje común, cuestión con la que comenzaba este apartado. Por último, el lenguaje jurídico se diferencia de otros lenguajes técnicos, por el hecho de ser uno de los que posee mayor número de destinatarios. Aunque algunas normas se enfocan en sujetos específicos, la mayoría se dirigen a todos los ciudadanos, los que deben conocerlas para cumplirlas. He aquí la vuelta al problema del conocimiento del Derecho y la accesibilidad o no que permita el lenguaje con que se comuniquen sus contenidos, teniendo en cuenta la *universalidad de sus destinatarios*.

Este rasgo distintivo del lenguaje jurídico obliga a evaluar la importancia de que esté presidido de lo que DIAZ REVORIO denomina “...dos criterios esenciales: la comprensibilidad y la certeza.”⁹ El primero se identifica con esa necesidad de que sea comprendido para que sea acatado y se relaciona con lo que identificábamos como comunicabilidad. En el caso de la certeza, esta se relaciona directamente con la seguridad jurídica, la que constituye un fin esencial del Derecho y en este caso implica que al

⁹ *Idem.*, p. 76.

ser comprensible la norma o documento jurídico, el destinatario conozca su contenido sin dudas y pueda actuar en consecuencia.

En los últimos años han visto la luz algunos documentos, sobre todo en el ámbito europeo, cuya finalidad ha sido, brindar determinadas pautas de utilidad en la redacción de normas y documentos jurídicos, de modo que se procure mayor armonía entre la sencillez del lenguaje y su rigor técnico. Dichos documentos, además, están elaborados a partir de grupos de trabajo integrados por investigadores no solo del campo de la ciencia jurídica, sino también lingüistas que se han imbricado en tan importante menester.

Entre estos materiales, puede mencionarse la “Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea.” Esta fue actualizada en el año 2013 y constituye una base de principios generales de redacción.¹⁰

En España, han tenido gran trascendencia las “Directrices de técnica normativa” del año 2005¹¹, aplicables a la redacción de normas derivadas del poder ejecutivo. En este caso, el propio documento normativo declara como su objetivo fundamental: “Lograr un mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica, mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones. Se trata de una herramienta que permite elaborar las disposiciones con una sistemática homogénea y ayuda a utilizar un lenguaje correcto de modo que puedan ser mejor comprendidas por los ciudadanos.” De esta propia declaración y también del análisis de su contenido, puede comprenderse

¹⁰ Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2015. Su primera edición es del año 2000. En ese año se creó el Grupo de Reflexión de Técnica Legislativa, que se encarga de su actualización continua.

¹¹ BOE 180/2005, de 29 de julio de 2005. Referencia Boletín: 05/13020. Este tiene como antecedente y deroga, al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de octubre de 1991, por el que se aprobaron las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley.

que con las pautas lingüísticas que dicta, nos solo pretende la limpieza y claridad del lenguaje normativo, sino que, al homogeneizarlo, contribuye también a prevenir problemas sistémicos que tienen incluso una trascendencia mayor y más peligrosa.

Pueden mencionarse también, en el ámbito español, el “Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico”¹², presentado en septiembre de 2011 y aplicable, con carácter general, al lenguaje utilizado por los profesionales del derecho, aunque centrado en el ámbito de la Administración de Justicia. En este documento se declara, explicando su *ratio*, que “Las personas que entran en contacto con la ley y sus aplicaciones, en cualquiera de sus modalidades, han de salvar una sima de incomprensión a través de la mediación del sacerdocio ejercido por el abogado. Se llega así a la paradoja de que las leyes, sentencias, requerimientos, citaciones... dirigidas al ciudadano están configuradas en un lenguaje que este no comprende. De ahí que sea necesaria una intervención que, de forma paulatina, vaya acercando el lenguaje a las personas.”

En este documento se analizan, entre muchas otras cuestiones, algunos principios que deben presidir el lenguaje jurídico para que este logre su cometido. Resulta interesante el análisis que al respecto emprende CENTERA¹³ en el sentido de que pueden resultar frecuentes las colisiones entre algunos de ellos, por ejemplo, entre la precisión y la claridad, la sencillez y la precisión, la brevedad y la claridad. Este autor ofrece soluciones para algunas de estas contradicciones, profundizando en los aciertos y falencias de dicho documento y complementándolo.

Algunos de estos principios ya se han adelantado, tales como la claridad, la accesibilidad o la certeza. También se ha hablado de precisión, sencillez y brevedad. Estos constituyen

¹² Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, 2011. www.ups.es. (consultado 10-5-2020).

¹³ CENTERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando, “Los criterios lingüísticos de las directrices de técnica normativa: una propuesta para la solución de enfrentamientos entre principios”, En *Revista de Llengua i Dret*, nº . 58, 2012, pp. 15-34.

criterios valiosos que deben observarse para estructurar cualquier norma o documento jurídico. PRIETO DE PEDRO, por su parte, defiende que el llamado buen lenguaje, aplicado al Derecho, debe poseer tres virtudes, cardinales: la claridad, la precisión y la corrección gramatical.¹⁴

Para este autor, la claridad “reclama una correcta elección del léxico común en los escritos jurídicos, que han de servirse de palabras tersas, de contorno semántico nítido y asentadas en el diccionario, en vez de voces de significado viscoso y sin color alguno o no bien digeridas socialmente; la preferencia por frases breves y de estructura gramatical sencilla; el rechazo, en particular, de la subordinada encadenada; la evitación de abreviaturas; una adecuada puntuación; un control estricto de los neologismos no aclimatados y de los eufemismos; el rechazo de las locuciones verborreicas y de paja tan caras al lenguaje jurídico; el abandono de las construcciones perifrásticas; no abusar de nominalizaciones y de determinadas formas verbales como el futuro hipotético del subjuntivo, la voz pasiva, los verbos ómnibus vacíos de significado...”¹⁵ Tales ideas definen muy acertadamente este principio, en cuya exigencia coinciden la mayoría de los autores que toman partido en el tema. El uso de un lenguaje claro, además, se convierte en troncal para la articulación del resto de las pautas lingüísticas.

Como hasta aquí se ha manifestado, el lenguaje jurídico comprende tanto aquel de los legisladores, utilizado en la construcción gramatical de las normas jurídicas, como el que utilizan los juristas para transmitir el resultado de su actividad intelectual más importante, la interpretación. Así, el lenguaje normativo será interpretado para producir determinados resultados que a su vez se manifiestan en los documentos jurídicos, elaborados por los juristas y contentivos de sus argumentos y decisiones, aplicados a sujetos y situaciones particulares. Es que

¹⁴ PRIETO DE PEDRO, Jesús, “Lenguaje jurídico y Estado de Derecho”, en *Revista de Administración Pública* \\ Núm. 140. Mayo-agosto, 1996, p. 113.

¹⁵ *Idem*, p. 115.

todo el Derecho se transmite a través del lenguaje, desentrañar sus esencias y utilizar correctamente sus reglas, son labores inherentes e insoslayables de los que “hacen” Derecho.

III. La interpretación jurídica y el lenguaje del Derecho

Toda acción de realización o de aplicación del Derecho, parte necesariamente de la interpretación. Se ha preferido hablar de realización y aplicación ya que, como se ha analizado, los ciudadanos son destinatarios del Derecho y su cumplimiento voluntario y sin intervención coactiva, su realización, necesita el despliegue de cierta actividad interpretativa. Por otra parte, los operadores jurídicos, que, entre otras tareas, auxilian en la comprensión social de los contenidos normativos, realizan un ejercicio jurídico-interpretativo permanente e imprescindible, en su afán de aplicar las normas a los casos concretos.¹⁶

El concepto de interpretación jurídica, aunque con elementos similares, se puede encontrar enunciado de manera distintas. Al respecto NINO considera que “la determinación de qué norma ha sido sancionada presupone la actividad de *interpretar* tales símbolos, o sea de atribuirles significado.”¹⁷

PRIETO SANCHÍS, por otra parte, plantea que “por interpretación conviene entender dos cosas: primero, atribuir significado a las normas, clarificar qué es lo que quieren decir; y segundo, delimitar su campo de aplicación, delimitando los hechos, las situaciones, etcétera, en que cada norma es relevante.”¹⁸

¹⁶ “La más palpable interpretación es la que se lleva a cabo con la finalidad de llegar a la solución de un caso concreto; es, por ejemplo, la que realiza un individuo antes de adoptar una decisión que prevé ha de producir efectos jurídicos; o la que efectúa un abogado al dar un consejo profesional; y más claramente la que practica el juez en orden a la resolución de un conflicto jurídico que ante él se debate.” DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho)*, 6ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 189.

¹⁷ NINO, Carlos Santiago *Introducción al análisis del Derecho*, 8va ed., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1997, p. 246.

¹⁸ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2007, pp. 225-226.

En cuanto a la posición doctrinal cubana al respecto, pueden encontrarse varias conceptualizaciones en autores de principios del pasado siglo, de los que se extrae como elementos comunes que dicha actividad, operación o investigación debe encaminarse a encontrar el sentido, alcance y finalidad de la norma con el objetivo de su aplicación o realización. Entre los más significativos y claros al respecto deben citarse a ENTENZA ESCOBAR, SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO Y GARCERÁN DE VALL.¹⁹

Con respecto a los autores nacionales contemporáneos, siguiendo las posiciones antes referidas, el profesor CAÑIZARES²⁰ la define como “la actividad que tiene por objeto establecer el sentido y el alcance de las normas jurídicas a los fines de su aplicación al comportamiento de los individuos en sociedad”. Según este autor, el sentido, desde el punto de vista jurídico, significa finalidad y el alcance viene determinado por la extensión de la finalidad o sentido de la norma. Agrega CAÑIZARES que generalmente la determinación del sentido de la norma se deduce del análisis de la hipótesis jurídica, pero también existen muchas disposiciones legales sumamente complejas, oscuras, insuficientes, a veces formuladas defectuosamente que necesitan una seria labor de interpretación, cuestión en la que el lenguaje jurídico ocupa un lugar protagónico.

El profesor FERNÁNDEZ BULTÉ²¹ consideraba que la interpretación “es el conjunto de procedimientos mediante los cuales

¹⁹ “Es la operación que se realiza para determinar el sentido de una norma jurídica con vista a su realización” ENTENZA ESCOBAR, Pedro Fernando, *La norma jurídica civil*, Ed. J. CEBRIAN, La Habana, 1957, p. 133; “Interpretar no es más que extraer el sentido de una norma jurídica con la finalidad de precisar su verdadero alcance” SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO, Antonio, *Teoría General del Derecho*, Ed. Cultural, La Habana, 1953, p. 37; “Interpretar la ley significa investigar, dilucidar su contenido; descubrir, indagar su sentido exacto y verdadero, al objeto de su más fiel observancia”, GARCERÁN DE VALL, Julio, *El Juez*, Ed. Librería Martí, La Habana, 1957, p. 216.

²⁰ CAÑIZARES ABELEDO, Fernando D., *Teoría del Derecho*, 1ª reimpresión, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1979, p. 209.

²¹ FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y el Derecho*, Segunda Parte, 2ª reimpresión, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004, p. 209.

se busca encontrar el sentido, el alcance, la esencia y los fines de la norma para su correcta aplicación, asegurando con ella la justicia.” Esta última posición es relevante toda vez que asume la interpretación como un proceso, introduciendo además elementos peculiares, ya que extiende su alcance y puntualiza su objetivo hacia la aplicación correcta, en pos de la justicia desde una acertada visión teleológica que cada día debe tenerse más presente en esta actividad.

Igualmente, para PRIETO VALDÉS: “Ese proceso, también lógico y racional, ha de ser concebido... un movimiento dialéctico, en espiral, que partiendo del hecho concreto retorne al hecho cualificado mediante la conjugación de la concepción integral del Derecho con la capacidad del intérprete conforme a los límites normativamente previstos.”²²

Por otra parte, en la búsqueda de una forma peculiar de explicar la interpretación jurídica, Oscar CORREAS ha manifestado que “Interpretar, consiste en decir cuál es el sentido de los signos en que se expresan las normas... se trata de decir qué es lo que dice el discurso del derecho. Es, precisamente, el discurso de reconocimiento del derecho, que comienza aceptando que la prescripción es una norma, y continúa diciendo lo que la norma dice. Porque las normas no dicen otra cosa que lo que alguien dice que dicen. Esto último es aquello en que consiste la interpretación.”²³

Cuando se hace referencia a los métodos de interpretación jurídica, uno de los más estudiados y aplicados, de hecho, generalmente el primero al que se acude, es precisamente el gramatical o filológico. Al respecto Kelsen manifiesta que: “El sentido verbal de la norma no es unívoco, el que tiene que ejecutarla se encuentra ante muchas significaciones posibles”.²⁴ En

²² PRIETO VALDÉS, Martha, “El Derecho, la Constitución y su Interpretación”, *Tesis para optar por la categoría de Doctor en Ciencias Jurídicas*. La Habana, 2002.

²³ CORREAS, Oscar, *Teoría del derecho*, 2da ed., Ed. Fontamara, México, 2010, p. 215.

²⁴ Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, versión del alemán por Luis Legaz Lacambra, 1ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid,

consecuencia, los juristas lo primero que hacer para desentrañar el significado de la norma, es examinar el lenguaje con el que está construida, el que ciertamente puede generar dudas.

ITURRALDE SESMA defiende que las peculiaridades de tipo semántico que respecto del lenguaje común presenta el legislativo, proviene, entre otros aspectos, del establecimiento doctrinal y legal de determinadas directivas interpretativas específicas. Esta autora, siguiendo la enumeración de Wroblewski analiza cinco directivas interpretativas de carácter lingüístico comúnmente aceptadas en los sistemas de Derecho escrito: 1. Sin razones suficientes, no se debe atribuir a los términos legales ningún significado especial distinto del que estos tienen en el lenguaje común. 2. Sin razones suficientes, a términos idénticos no se les debe atribuir significados diferentes. 3. Sin razones suficientes, a términos diferentes no se les debe atribuir el mismo significado. 4. El significado de los signos lingüísticos complejos del lenguaje legal deberá ser determinado según las reglas sintácticas del lenguaje común.²⁵ En tal propuesta se manifiesta la necesidad de establecer, al menos desde el punto de vista teórico, ciertas regularidades a seguir en el ámbito lingüístico de la interpretación, aunque vale destacar que no son suficientes por la complejidad y diversidad de problemas que en esta esfera pueden surgir en el ejercicio cotidiano y peligroso de atribuir significado a las frases y palabras que componen las normas, para que produzca efectos jurídicos con respecto a un caso concreto.

Válido resulta recordar, que, como manifiesta GUASTINI:²⁶ “Un lenguaje es un conjunto de signos. En todo lenguaje existen

1933, p. 59. Ver también: DUALDE, Joaquín, *Una revolución en la lógica del Derecho*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1933, p. 61 y STAMMLER, Rudolf, *El Juez*, traducción de Emilio Fernández Cámos, Ed. Cultural, S.A., Habana, 1941, p. 48.

²⁵ Ver ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, 1ra ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pp. 42-44.

²⁶ GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 3ª ed., Ed. Porrúa, México D F., 2001, pp. 60 y ss.

dos tipos fundamentales de signos: los signos descriptivos y los signos lógicos.” Continúa comentando el autor que, en el caso de los signos descriptivos, al referirse a objetos extralingüísticos, estos pueden ser de dos tipos fundamentales, los nombres propios y los predicados. En el caso de los primeros, estos designan cosas, eventos, personas o acciones particulares. Los predicados, por su parte, designan atributos, es decir, propiedades o relaciones. Todos los predicados deben tener dos dimensiones: el sentido, que no es más que la propiedad o relación que designa, y la referencia, que se identifica con los individuos que poseen el atributo por él designado.

En el caso de los signos lógicos, por el contrario, su función es unir entidades lingüísticas. Entre este tipo de signos se pueden encontrar los conectivos proposicionales y los cuantificadores. Son conectivos, por ejemplo, la negación “no”, la conjunción “y” y la disyunción “o”, los condicionantes, “si..., entonces” o “si y solo si..., entonces” Son cuantificadores por ejemplo: “todos”, “ninguno”, o “alguno”. Debe significarse que, en ocasiones, la relación entre estos signos, pueden generar controversias y dudas interpretativas, cuestión que en algunos casos puede evitarse aplicando una buena técnica legislativa.

Continuando con algunas especificidades del léxico del lenguaje jurídico, resulta útil referenciar la sistematización que propone DIAZ REVORIO, quien manifiesta este se compone por diferentes grupos de términos.²⁷ En primer lugar, aquellos exclusivamente jurídicos, tales como “fideicomiso”. En segundo lugar, los términos o expresiones propios del lenguaje común, pero que, vale destacar, en el lenguaje jurídico van adquiriendo, con el paso del tiempo, cierto significado independiente. Estos muchas veces dan lugar a los conceptos jurídicos indeterminados y a un problema que analizaremos más adelante, la vaguedad. La complejidad que imponen a sus intérpretes radica en que, en el ámbito jurídico, sus contenidos y límites se van perfilando con

²⁷ DIAZ REVORIO, Francisco Javier, ob. cit., pp. 95 y ss.

la interpretación y la jurisprudencia, sin embargo, su alcance puede ser totalmente diferente para el ciudadano común.

En un tercer grupo aparecen aquellos términos propios de otras disciplinas, los que son específicos de diversos ámbitos científicos y que el derecho incorpora, y cuya interpretación estará marcada, aunque no necesariamente predeterminada por completo, por la que se le haya dado al término en el ámbito científico de procedencia. Al ser la sociedad con su complejidad, el objeto de regulación del Derecho, este incide en todos los ámbitos de aquella, e interactúa con diversas ciencias. Es por ello que, en ocasiones, el Derecho debe aprehender la terminología de áreas científicas complejas para lograr sus objetivos reguladores. Piénsese, por ejemplo, en la biolegislación, que tanta relación tiene con términos de la medicina y la biotecnología.²⁸ Esta cuestión resulta problemática, en tanto muchas veces, el uso de términos del lenguaje común o científico, con un alcance diferente, puede ser fuente de ambigüedades lingüísticas, problema que se analizará más adelante.

Por último, se hace referencia a la incorporación al lenguaje jurídico, de ciertos términos procedentes de otras disciplinas como la filosofía o la ciencia política, que sin embargo se han extendido tanto en el lenguaje común que han adquirido en este espacio un sentido más genérico. Muchos de estos aparecen habitualmente en el ámbito constitucional y sobre todo en su regulación de los derechos. Estos pueden plantear algunas dificultades a los intérpretes, ya que dichos términos tienen previamente un sentido en la ciencia de la que proceden, pero también han adquirido un significado común y posiblemente perfilen unos vórtices propios también en el ámbito jurídico. Algunos de ellos pueden identificarse con una gran carga emotiva.²⁹

²⁸ Ver BECERRA RAMÍREZ, M., *Derecho y Medicina*, ASPE, México, 2013.

²⁹ La carga emotiva se atribuye a ciertos términos o expresiones que poseen una dimensión valorativa importante, ya sea positiva o negativa que se adhiere a su significado. El clásico ejemplo es el que contiene en sí el término "Democracia". MARTÍNEZ ZORRILLA alerta que: "Conviene ser conscientes del impacto de la carga emotiva del lenguaje, y estar en guardia

Estos grupos terminológicos se integran en la amalgama de elementos lingüísticos con el que se construyen las normas jurídicas. La propia complejidad de la realidad a la que está llamado a regular el Derecho y que cada día más complejiza sus retos, obliga a legisladores y juristas a echar mano a todos los recursos posibles para satisfacer las expectativas de completitud de los ordenamientos jurídicos y de su propia realización. Súmese a la dificultad intrínseca de las construcciones gramaticales y semánticas de las normas, la pluralidad de detalles que presentan los casos a los que se enfrentan los juristas y que deben resolver en el marco de la legalidad. En ese afán, que constituye la esencia misma de su actividad, la interpretación es la herramienta inherente a la actividad racional de resolver jurídicamente. No se puede argumentar, ni decidir, sin interpretar. Tampoco puede interpretarse en abstracto, a no ser con fines puramente investigativos. Las premisas con las que trabajan los intérpretes convierten a la resolución de cada asunto en un reto más o menos difícil a nivel consciente.³⁰

IV. Los problemas del contexto lingüístico del Derecho

Cuando se interpreta determinada norma, se hace con respecto a un caso concreto al que se quiere aplicar, lo que la ubica en un contexto fáctico que determina la elección del intérprete, quien ante situaciones distintas puede dotar a la norma de alcances diferentes. Igualmente, no en todos los casos el

porque esta suele ser una fuente de falacias argumentativas. Así, cuando se pretende defender o promocionar algo, se tiende a hacer uso de expresiones con una fuerte carga emotiva positiva, mientras que ocurre lo contrario cuando se trata de atacar o desprestigiar una decisión, posición, punto de vista, etc." MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Ed. Parcial Pons, Madrid, 2010, p. 62.

³⁰ ATIENZA explica con gran claridad que es frecuente en la teoría jurídica actual recurrir a la figura del silogismo práctico para reconstruir este razonamiento. La decisión o fallo judicial se presenta entonces como la conclusión de un silogismo cuya premisa menor es una relación de hechos probados y cuya premisa mayor es una norma que atribuye a esa clase de hechos una consecuencia jurídica. Ver ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2013, p. 23.

intérprete se detiene conscientemente a “interpretar la norma”, pues, como veremos, en un grupo importante de situaciones, no le surgen dudas sobre su aplicabilidad, por tanto, aunque siempre para aplicar debe interpretar, no siempre está ante un “problema” interpretativo, por lo que muchas veces interpreta sin darse cuenta siquiera que lo ha hecho. Ante esta realidad, se hace referencia en la doctrina a los denominados casos difíciles. Para GASCÓN ABELLÁN y GARCÍA FIGUEROA, “... un caso es difícil cuando la aplicabilidad de la norma al caso es controvertida; es fácil cuando su aplicabilidad no es objeto de dudas o discrepancias, independientemente de que en abstracto o en otros contextos tales dudas pueden plantearse.”³¹

Continúan estos autores exponiendo tres observaciones muy útiles al respecto. En primer lugar, incluso en los supuestos en que exista homogeneidad interpretativa creada por un hábito interpretativo, los problemas pueden reaparecer cuando cambie el contexto (cronológico o sistemático) en el que la norma debe ser aplicada. En segundo orden, ante disposiciones que brillan por su claridad, pueden plantearse las dudas. Por ejemplo, la disposición que establece que “*para que el testamento sea válido debe ir firmado*”, cuya interpretación, en principio, resulta clara, puede plantear dudas en los supuestos en que la firma figure al comienzo, o sea un seudónimo, o aparezcan solo iniciales. Por último, ante disposiciones aparentemente claras, el intérprete es capaz, a veces, de crear lagunas.

Los problemas del contexto lingüístico del Derecho se generan cuando las dudas del intérprete se manifiestan en el momento de atribuir significado a los términos utilizados en el texto de la norma, los que pueden ser en determinadas ocasiones ambiguos o vagos.

En extremo interesante resulta comentar el criterio de MARTÍNEZ ZORRILLA³² quien analiza que aunque el lenguaje gene-

³¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., ob. cit., pp. 123 y ss.

³² MARTÍNEZ ZORRILLA, David, ob. cit., p. 57.

ralmente cumple satisfactoriamente su función, que es la de permitir que nos comuniquemos, en ocasiones, su uso genera algunos problemas que nos impiden determinar exactamente el significado de ciertas expresiones. Dichos problemas no siempre obedecen a un conocimiento deficiente del lenguaje por parte del intérprete, sino a determinadas *características* del lenguaje mismo, entre las que se destacan la vaguedad, la ambigüedad y la carga emotiva.

Debe significarse que el autor reconoce a la vaguedad y ambigüedad como características del lenguaje que potencialmente, pudieran generar problemas a los intérpretes ante determinados casos. Ciertamente, esta posición resulta acertada, toda vez que, teniendo en cuenta la complejidad de la construcción lingüística de las normas, abordada en acápites anteriores, es frecuente el uso de ciertos vocablos y construcciones gramaticales que son típicos e incluso insoslayables y que pudieran resultar controvertidos de cara a la solución jurídica de ciertas situaciones fácticas. No obstante, se ha visto cómo existen también normas que generan problemas lingüísticos previsibles e innecesarios si se utilizan correctamente las recomendaciones que brinda la buena técnica legislativa, cuyas regularidades aparecen en la teoría escrita al respecto y en documentos orientadores de las mejores prácticas lingüísticas.

Otra cuestión que debe aclararse en este particular, es la referida a que la existencia de estos problemas, no justifican la inacción del intérprete, solo complejizan su actuar y lo obligan a argumentar con mayor cuidado su decisión, ya que generalmente la interpretación que realiza, no es la única posible, incluso, puede que no sea la única razonable.

Por otra parte, la solución que brinda el jurista al caso, así como la interpretación normativa en la que esta se basa, casi nunca son vinculantes para la solución de situaciones futuras, al menos en nuestro sistema de Derecho, a no ser que esta se constituya en jurisprudencia, lo que le da mayor publicidad y visibilidad, además de “obligar” hasta cierto punto a los

jueces de tribunales inferiores. Tampoco tal situación casuística implica la solución definitiva del problema, en primer lugar, porque, como ya se explicaba, muchas veces este se deriva de un rasgo del lenguaje jurídico y, por otra parte, porque en todo caso, para la solución definitiva, que evite los tropiezos que puede provocar un término o expresión haciéndolos desaparecer o modificándolos, es necesaria la intervención rectificadora del legislador. Su resolución supondría una modificación en la redacción de las normas, que quizás arroje luces acerca de su alcance, para eliminar así las confusiones que generan ciertos términos lingüísticos o construcciones gramaticales. No es ocioso decir en este punto, que las modificaciones legislativas son complejas y no precisamente frecuentes y en ellas intervienen una serie de factores objetivos y subjetivos que también pueden entorpecer una solución radical y pronta, suponiendo que sea loable.

Por otra parte, muchas veces el uso de ciertos términos resulta conveniente y deliberado por la utilidad práctica que ofrece, teniendo en cuenta la adaptabilidad que deben desplegar las normas ante nuevas y cambiantes circunstancias de la sociedad, es el caso, por ejemplo, de los llamados conceptos jurídicos indeterminados.

La interpretación jurídica es un proceso complejo que exige a los juristas el uso de varias herramientas racionales que no son excluyentes, por lo que, de cara a la solución de un caso difícil generado por un problema lingüístico, también deben utilizarse otros métodos que contribuyan a una visión integral del Derecho y de la justicia, de modo que se brinde la mejor solución, la más racional y justa. Es por eso que los intérpretes del Derecho no son meros traductores, pues, aunque comienzan por desentrañar aquello que la literalidad de la norma les sugiere desde el punto de vista filológico, deben afrontar esta actividad con la integralidad que ofrece la visión de la sociedad, la historia, el contexto normativo y todas las circunstancias y factores que rodean al caso y a la norma.

No obstante, estudiar y entender los problemas que genera el lenguaje de las normas, resulta vital para los juristas. En primer lugar, porque contribuye a la profundización de la visión que se tiene del Derecho y sus resquicios teóricos y, por otra parte, porque en el orden práctico, ofrece el punto de partida que consiste en comprender el problema y sus orígenes, lo que ciertamente influye en la manera en que se construyan las soluciones. Visto esto, corresponde adentrarnos en los dos problemas más importantes que en el contexto lingüístico del Derecho se manifiestan, la ambigüedad y la vaguedad.

1. La ambigüedad

CENTERA, al hacer referencia a los principios que deben regir el lenguaje jurídico, ubica, junto a la claridad y la precisión, a la no ambigüedad.³³ La ambigüedad puede estar causada por tres tipos de problemas, semánticos, sintácticos o pragmáticos.³⁴ Los dos primeros son los más tratados en la doctrina jurídica, y entre ellos, la ambigüedad semántica, por ser quizás la más frecuente y la menos evitable. Es por ello que muchos autores cuando se refieren a este problema lingüístico, lo conceptualizan con una proyección hacia el uso de ciertos términos.

Los problemas de ambigüedad se suscitan, cuando es imposible atribuir a determinada palabra, un único significado, ya que en el lenguaje común o en el jurídico, dicho término puede ser comprendido de varias maneras. Como ha dicho Oscar CORREAS: “El significado de las palabras, y por lo tanto el sentido de los enunciados, es arbitrario porque no es “natural”. No es por naturaleza que las palabras significan eso que significan. El significado

³³ CENTERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando, ob. cit., p. 21.

³⁴ Ver RÓDENAS, Ángeles, *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, p. 27 Esta autora inscribe los problemas de vaguedad y ambigüedad del Derecho, como derivaciones de la indeterminación lingüística de las normas, la que supone que no es posible identificar qué es lo que el Derecho quiere debido a problemas del lenguaje mediante el que se expresa.

es una convención social. Depende del uso de las palabras, en los contextos específicos, y de los hablantes concretos”³⁵

Dentro de los problemas de ambigüedad, puede encontrarse la *ambigüedad semántica*, que se presenta cuando se utilizan en la elaboración de las normas, términos del lenguaje común, pudiendo ocurrir que estos adquieran un significado diferente en el contexto jurídico. El Derecho se construye a través de las palabras, las que se extraen, como se ha visto, del lenguaje común donde suelen tener uno o varios significados permanentes y conocidos. Sin embargo, en ocasiones, cuando estas se llevan al contexto jurídico normativo, pueden utilizarse con un sentido y alcance diferente. Incluso, puede suceder que sea la realidad la que cambie, y por tanto se amplíe o contraiga el alcance del término con respecto a los casos a los que se aplica.

De tal forma, a una misma palabra, pueden atribuírsele varios significados, lo que se conoce como *homonimia*. En ocasiones, sin embargo, el propio contexto donde se inserta nos permite deducir sin equívocos, el significado que debemos atribuirle en el caso concreto. Otras veces, la cuestión se complica, y que mejor ejemplo que el propio término «derecho» el que adquiere varios significados.

PRIETO SANCHÍS ha recreado esta diversidad explicando que se entiende el Derecho, lo mismo como Derecho objetivo, como derecho subjetivo, como sinónimo de justicia, Derecho como ciencia, como ordenamiento específico, como rama. En otros idiomas se utilizan palabras diferentes como en el inglés *law* y *right*.³⁶

³⁵ CORREAS, Oscar, ob. cit., p. 216. Y continúa diciendo: Por ejemplo, todos estamos más o menos de acuerdo, en que “trabajo” significa el desarrollo de un esfuerzo, por lo que, a veces, percibimos una suma de dinero. Pero podemos estar seguros de que más de un juez mojigato, fallaría en contra de una prostituta que reclamara su pago argumentando que su esfuerzo debe ser nombrado con la palabra trabajo.”

³⁶ Manifiesta PRIETO SANCHÍS que con ella se designa un “conjunto de normas” (el Derecho español), pero también una “facultad” o posición subjetiva (el derecho de huelga), un ideal de justicia (¡no hay derecho!) o un objeto de conocimiento (he aprobado el derecho civil). ob. cit., p. 253.

Al respecto ha manifestado NINO que “La ambigüedad semántica se origina muchas veces en un uso metafórico de una palabra, pero que con el tiempo va creando un significado independiente del original. Así ocurrió seguramente con el término “arteria”, aplicado a las calles de una ciudad”.³⁷

GASCÓN ABELLÁN y GARCÍA FIGUEROA, por su parte, analizan que los problemas de ambigüedad semántica no solo se producen por usar en los textos jurídicos términos del lenguaje común, sino también por usar ciertos términos del lenguaje científico pero que pueden adquirir un significado diferente en el contexto jurídico.³⁸

Con respecto a la ambigüedad, SAVIGNY hace referencia a que esta puede aparecer como ambigüedad de un término particular o como ambigüedad de la construcción. De esta forma, solo da otra denominación a la tipificación entre ambigüedad semántica y a la sintáctica. Plantea el autor que la causa de dicho defecto puede fundarse en un pensamiento oscuro o en el dominio incompleto de la expresión o en ambas circunstancias a la vez.³⁹

Un paliativo que puede ser útil a los efectos de aclarar de primera mano, el sentido con el que se ha usado un término en una norma, y que puede resultar un remedio preventivo para

³⁷ NINO, Carlos Santiago ob. cit., p. 261.

³⁸ Como un ejemplo de este fenómeno explican que la Ley española de Técnicas de Reproducción Asistida establece que los preembriones humanos sobrantes de un tratamiento de fertilidad solo pueden usarse para la investigación cuando sean no viables. Ahora bien ¿Qué ha de entenderse por preembriones no viables a efectos de su posible uso para fines de investigación? Podría entenderse que la ley se refiere exclusivamente a la no viabilidad por razones biológicas, y según esta interpretación solo estaría permitido investigar con preembriones crioconservados que no tengan defectos morfológicos o genéticos. Pero podría entenderse también que la expresión “preembriones no viables” se refiere a los que, incluso teniendo viabilidad biológica, ya no van a ser usados en un tratamiento de fertilidad y por tanto no van a desarrollarse como embriones. Ver GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., ob. cit., pp. 112 y 113.

³⁹ SAVIGNY, “Los fundamentos de la Ciencia Jurídica,” en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMAN, KANTOROWICZ, *La Ciencia del Derecho*, Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1949, pp. 93 a 95.

ambigüedades semánticas, puede ser el listado de definiciones⁴⁰ que a veces se colocan en las disposiciones normativas, o la existencia de las llamadas normas concepto,⁴¹ que unifican su alcance.

En el caso de la *ambigüedad sintáctica*,⁴² esta se presenta cuando la duda se suscita no por el significado de una palabra, sino por la forma en que estas se relacionan entre sí. ATIENZA explica que las llamadas ambigüedades sintácticas, que se tienen que evitar a partir de una correcta técnica legislativa, surgen del carácter impreciso que en los lenguajes naturales suelen tener nexos como: y, o, si...entonces, solo, no obstante, salvo, etc. Estas son algunas imprecisiones que pueden aquejar al lenguaje jurídico; sin embargo, no suelen ser intencionales y tampoco poco frecuentes.⁴³

ITURRALDE SESMA, manifiesta que existen tres causas para este tipo de ambigüedad: la derivada de la presencia de términos

⁴⁰ Un ejemplo de ello es el artículo 6 de la Ley General de la Vivienda cubana, que en su artículo 6 incluye un glosario de términos tales como: conservación, remodelación, ampliación, construcción, entre otros. Este es además un buen ejemplo de términos que se utilizan en el lenguaje común o en otros lenguajes profesionales con alcances que no necesariamente coinciden con el sentido que se les otorga a los efectos de esta disposición normativa. Ley No. 65 "Ley General de la Vivienda" de 23 de diciembre de 1988, anotada y concordada con los decretos-leyes Nos. 185 de 28 de mayo de 1998; 233 de 2 de julio de 2003; 288 de 28 de octubre de 2011 y 322 de 31 de julio 2014. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 7, de 5 de febrero de 2015.

⁴¹ HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, pp. 269 y ss.

⁴² DÍAZ REVORIO razona que la sintaxis se encarga del análisis de la forma en que se combinan y se disponen linealmente las palabras, así como el de los grupos que forman. En este ámbito, la sencillez debe ser de nuevo la regla en el lenguaje normativo, y por extensión, en el lenguaje jurídico. La perífrasis es el camino más largo entre dos puntos, y como regla general debería evitarse. Una redacción clara y sencilla es básica para favorecer la comprensión de un texto normativo. Ello debe conllevar normalmente la preferencia por frases más breves, evitando la acumulación de proposiciones coordinadas y subordinadas y acudiendo al punto y seguido mucho más que a la coma y al punto y coma. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, ob. cit., p. 87.

⁴³ ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, ob. cit., p. 31.

modificadores, la proveniente de la doble significación de los términos “o” e “y” y la derivada de los signos de puntuación.⁴⁴

En la primera variante, se refiere esta autora a los modificadores como término que abarca las palabras o grupos de estas que precisan el contenido de otras, ya sea restringiendo su sentido o precisándolo. Para que una estructura sintáctica sea correcta, la relación entre los elementos de la frase y sus los modificadores, deben ser inambigua.⁴⁵

La segunda de las causas se debe precisamente a que el uso de la conexión “y” en el lenguaje legislativo no es unívoca. En ocasiones este término se utiliza como conjunción, mientras que otras veces expresa la idea de todo o nada. Similar escenario se muestra con la utilización de “o”, donde igualmente pueden presentarse dos interpretaciones, aunque, en este caso, es mucho menos frecuente pues el término designa variantes diferentes.

Con respecto a la ambigüedad derivada de los signos de puntuación, según la autora, la mayor parte de los problemas que estos plantean están ligados al empleo de oraciones compuestas separadas por comas al final de las cuales se encuentra una conjunción o disyunción.⁴⁶

Otra distinción que puede encontrarse dentro de la ambigüedad es aquella que la distingue entre *extracontextual* y *contextual*.⁴⁷ La primera se presenta cuando determinada expresión tiene diferentes significados al margen del contexto en que se encuentre, aunque al colocarse entonces en el contexto específico, se comprende perfectamente el sentido en que se ha utilizado. En el caso de la ambigüedad contextual, determinada

⁴⁴ ITURRALDE SESMA, Victoria, ob. cit., p. 62.

⁴⁵ La autora ejemplifica este problema con el artículo 1.202 del Código Civil español que establece: “*El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores*” la pregunta entonces sería: ¿el pronombre ella se refiere a la deuda o a la cantidad? *Idem*.

⁴⁶ ITURRALDE SESMA, Victoria, ob. cit., p. 66.

⁴⁷ Esta clasificación podemos encontrarla en MARTÍNEZ ZORRILLA, David, ob. cit., p. 60.

expresión suscita dudas con respecto a su significado, incluso o precisamente debido al contexto gramatical donde se inserta. Esto nos hace pensar en una coincidencia con los casos de ambigüedad sintáctica y evidentemente se complica cuando confluye con un término que adolece de ambigüedad extracontextual.

MARTÍNEZ ZORRILLA hace referencia a que: “A su vez, una palabra o expresión puede ser ambigua dentro de un contexto o bien de manera alternativa (*ambigüedad contextual alternativa*, de modo que bien tiene el significado A, o bien tiene el significado B, pero solo uno de ellos), o bien de manera simultánea (*ambigüedad contextual simultánea o acumulativa*, en la que la expresión tiene distintos significados en un mismo contexto y al mismo tiempo).”⁴⁸

GUASTINI analiza otro tipo de ambigüedad que denomina pragmática. Al respecto expresa que un enunciado es pragmáticamente ambiguo cuando puede ser utilizado para cumplir diferentes actos del lenguaje, y en el contexto no queda claro qué acto lingüístico ha sido cumplido. Este tipo de ambigüedad se presenta raramente en el ámbito jurídico, pero no debe excluirse del todo esta posibilidad.⁴⁹ Consideramos que además coincide con la ambigüedad sintáctica contextual, pues es precisamente el contexto quién no permite dilucidar su significado.

⁴⁸ *Ibidem*. Según este autor, un caso habitual de ambigüedad contextual *alternativa* es el de la ambigüedad sintáctica, en la que los distintos significados posibles responden a la estructura sintáctica de la expresión, que permite ser entendida de maneras distintas. Por ejemplo: el artículo 1.346.7 del Código Civil español establece que “Son privativos de cada uno de los cónyuges: (...) 7º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor” ¿El extraordinario valor se refiere tan solo a los objetos de uso personal o también incluye las ropas?

⁴⁹ Al respecto GUASTINI ejemplifica con una norma que manifestara que: “un sujeto toma parte en la asamblea”, la que pudiera ser entendida, lo mismo de forma imperativa (el sujeto *debe* formar parte en la asamblea); como una norma permisiva (el sujeto *puede* formar parte de la asamblea); o como una norma constitutiva (el sujeto es constitutivamente miembro de la asamblea, la que no puede realizarse sin él) Ver GUASTINI, Ricardo, ob. cit., p. 67. Este tipo de ambigüedad también es reconocido por RÓDENAS, Ángeles, ob. cit., p. 28.

Al generarse este problema, los intérpretes deberán evaluar el contexto en el que se inserta la palabra, en el caso de la ambigüedad semántica, para tratar de dilucidar el sentido en el que debe aplicarse al caso. Cuando se detecta una ambigüedad de tipo sintáctica, por el contrario, habrá que evaluar el contexto normativo más amplio, los principios de la rama de que se trate, los elementos históricos que rodearon al nacimiento de la disposición normativa en la que se inserta la norma, en fin, el intérprete debe investigar la *ratio* de la expresión para aplicarla de la mejor manera. Lo que está claro es que, ante este problema, recae en el intérprete una gran responsabilidad que le viene dada por la libertad de decidir ante al menos dos posibilidades que le ofrece la norma.

Algo que a nuestro juicio distingue en cierta medida a la ambigüedad de la vaguedad, es el hecho de que casi siempre la primera, se origina por un uso incorrecto de las normas gramaticales o de los términos que acoge el Derecho. Por tanto, a largo plazo, muchos de los problemas que genera esta cuestión, pueden tener una solución por vía legislativa, que permita clarificar la redacción y eliminar las interpretaciones ambiguas que puede generar la construcción lingüística de la norma para los operadores del Derecho. El problema de la vaguedad, por el contrario, es una especie de mal menor del Derecho, ya veremos por qué.

2. La Vaguedad

Se ha dicho acertadamente que la vaguedad afecta directamente a los conceptos, pues a nuestro juicio, el problema se genera cuando el concepto que encierra un término o expresión presenta vórtices imprecisos. RÓDENAS propone una diferenciación entre vaguedad extensional e intencional. La primera se produce cuando no está claro el campo de aplicación de un concepto y la intencional cuando no queda claro el conjunto de rasgos que lo caracterizan. Por ejemplo, cuando la norma utiliza expresiones como “cantidades relativamente grandes” hay una vaguedad intencional, pues no se puede saber con exactitud

la cantidad de droga destinada al tráfico y la destinada al consumo, lo que genera además una vaguedad extensional.⁵⁰

En el escenario normativo del Derecho, el uso de conceptos jurídicos indeterminados, es frecuente. Existen conceptos que son intrínsecamente imprecisos y su uso es deliberado por el legislador, ya que, aunque entrañan un riesgo al generar indecisión entre los intérpretes en determinados casos, también dotan al derecho de una adaptabilidad potencial que este necesita. En relación con esta idea, ha reflexionado PRIETO SANCHÍS⁵¹ acerca de que, cuando plantea que existen conceptos jurídicos que permiten conocer la solución concreta de todo caso mediante su mera consagración legal, pero existen también otros conceptos, llamados indeterminados, cuyo sentido no puede ser fijado *a priori*, sino que requiere acudir a criterios de valor o de experiencia. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que esta pudiera ser una problemática que origine lagunas en la ley ya que, en el caso en que el intérprete dudara acerca de si la norma prevé o no el caso que debe resolver, pudiera considerarla inaplicable y declarar la existencia de un vacío.

Además, existen en el texto de las normas, términos o expresiones controvertidas que igualmente generan este problema, pero su origen está en la propia subjetividad del jurista que mira al Derecho y lo interpreta desde sus valores, prejuicios y nociones de justicia, impregnadas de cuestiones morales y políticas, las que se transmiten también en la interpretación de estos términos imprecisos.⁵² A decir de ZAGREBELSKY: “La posibilidad

⁵⁰ La atribución de significado a las normas que presentan este tipo de problemas está vinculada al Derecho implícito. Analiza esta autora los conceptos jurídicos indeterminados como un tipo de específico de vaguedad, que se produce con todos los conceptos valorativos, como son los conceptos jurídicos indeterminados o los conceptos esencialmente controvertidos. Aquí los problemas se deben a un conflicto valorativo. RÓDENAS, Ángeles, ob. cit., p. 29.

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Interpretación Jurídica y creación judicial del Derecho*, 1ra ed., Ed. Themis S.A., Lima-Bogotá, 2005, p. 192.

⁵² Algunos términos son más sensibles a esta cuestión. Es el caso, por ejemplo, cuando el Código Penal cubano se utilizan “buenas costumbres” o “pudor” en el ultraje sexual. Otro

de la interpretación depende además de la actitud del propio legislador. La discrecionalidad de que goza el intérprete para reconducir a la ley las exigencias de regulación que presenta el caso no solo depende de los métodos de interpretación y de su número, sino también de la estructura de la propia ley. A veces, incluso, el derecho, por así decirlo, no presenta resistencia a ser interpretado de acuerdo con esas exigencias «casuísticas». Esto sucede sobre todo con las normas «elásticas» o «abiertas», es decir, las que utilizan las llamadas «cláusulas generales»... Cuando se expresa de este modo («buenas costumbres», «buena fe», «buen padre de familia», «interés público», «relaciones sociales justas», etc.), es el propio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento.⁵³

Al producirse los problemas de vaguedad o imprecisión, cuando el significado de los términos o expresiones lingüísticas es impreciso, habrá situaciones claramente implícitas o explícitas en la norma, pero también quedará un conjunto de ellas cuya inclusión o exclusión ofrecerá dudas al intérprete. Con relación a este tema, explica NINO: “Respecto de la palabras vagas la realidad puede clasificarse en tres zonas: una de claridad, constituida por los hechos denotados con certeza por el término; otra de oscuridad, formada por hechos respecto de los cuales se sabe con seguridad que la palabra no se aplica, y la última, de penumbra, constituida por casos a propósito de los cuales dudamos o no en aplicar el término”⁵⁴

Siguiendo esta línea de pensamiento expresa GUASTINI⁵⁵ que la vaguedad de las expresiones usadas en el lenguaje de las

ejemplo podemos encontrarlo en los términos “dignidad o decoro” en el delito de desacato. Ver Ley 62/1987 Código Penal, de 29 de diciembre de 1987. Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria, No. 3, de 30 de diciembre de 1987.

⁵³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 6ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 136

⁵⁴ NINO, Carlos Santiago, ob. cit., pp. 264 y ss. Este análisis también puede encontrarse en CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ob. cit., pp. 31 y ss.

⁵⁵ Ver GUASTINI, Ricardo, ob. cit., p.63.

fuentes hace que el intérprete, frente a un caso que denomina “marginal” por estar en los márgenes del argumento, pueda decidir discrecionalmente si el supuesto de hecho en examen debe o no ser incluido en el campo de aplicación de la norma en cuestión.

Puede encontrarse igualmente la diferenciación entre dos tipos de vaguedad, la gradual y la combinatoria. La primera está determinada por la imprecisión de los límites de un término o concepto para precisar con claridad los casos que caen dentro o fuera de su ámbito semántico. La vaguedad combinatoria por su parte consiste en la indeterminación o controversia acerca de cuáles son las propiedades que definen un concepto.⁵⁶ Incluso, este tipo de vaguedad puede presentarse cuando existen varios conjuntos alternativos de propiedades definitorias, con los que tendríamos varios conceptos distintos expresados con la misma palabra. Así, por ejemplo, cuando la ley prohíbe los “juegos”, sin mayores detalles, no significa que los prohíba todos, sino que es el intérprete quien debe determinar las características que determinan que determinados juegos se consideren ilegales.

Realmente no existe mucha diferencia entre ambas variantes, de hecho, la primera subsume a la segunda y determina la vaguedad en sí misma. La diferencia estriba en que la vaguedad combinatoria designa que hay conceptos que intrínsecamente son confusos, pónganse en cualquier contexto, debido a que designan acciones u objetos entre los que no resulta fácil establecer parámetros comunes.

En muchos casos, la propia vaguedad de los términos utilizados en las normas jurídicas, ya sean del lenguaje común o propiamente jurídicos, brinda al intérprete mayores posibilidades de discrecionalidad ya que son términos que poseen una gran carga valorativa. Este problema es designado por SAVIGNY⁵⁷ como imperfección del término legal y lo ejemplifica con el caso en que

⁵⁶ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, ob. cit., p. 58.

⁵⁷ SAVIGNY, ob. cit, p. 93.

una ley exija testigos para un negocio sin enumerar su número. Igualmente puede entenderse que hay conceptos esencialmente controvertidos como “equitativo”, “proporcional”, “correcto”, “razonable”, “interés público” o “fuerza mayor”, por ejemplo.

Lo cierto es que por más que se intente eliminar la vaguedad y los problemas que produce en la aplicación del Derecho, su erradicación resulta imposible debido a la llamada textura *abierta del lenguaje*.⁵⁸ Estos términos en ocasiones pudieran sustituirse por otros más precisos o pudieran establecerse en la propia norma requisitos o características que aclararan su alcance. Sin embargo, en otros casos, son necesarios e ineludibles pues funcionan como sacos que cumplen una función adaptativa para el Derecho. Ante nuevas situaciones, esta textura abierta, los conceptos jurídicos indeterminados, permiten que los intérpretes desplieguen la llamada jurisprudencia progresiva⁵⁹ para dar mayor alcance a las norma al poder adaptarlas a las condiciones concretas y cambiantes de la sociedad en dialéctica evolución.

Desde otro argumento, analiza PRIETO SANCHÍS que “...los conceptos jurídicos indeterminados se formulan, no como cláusulas abiertas para que el intérprete decida en cada caso lo que juzgue más oportuno, sino para que examine los hechos a la luz de unos parámetros seguros... Ciertamente, los conceptos jurídicos indeterminados eliminan la discrecionalidad si por tal entendemos que resulta indiferente adoptar una decisión o su contraria, pero no si la entendemos como margen de apreciación o valoración.”⁶⁰

⁵⁸ CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ob. cit., p. 35

⁵⁹ Lo que se conoce como “Jurisprudencia Progresiva” se encuentra muy bien reflejado en el Código Civil español (publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889) que en su artículo 3.1 dispone: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, Ver: ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, “Tesis”, en *Legalidad y Justicia*, Ed. Biblioteca jurídica de autores cubanos y extranjeros, volumen CL, Jesús Montero Editor, La Habana, 1952, p. 41 y LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, 7ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 78.

⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Interpretación Jurídica y creación judicial del Derecho*, ob. cit., p. 196.

VI. Consejos y conclusiones

Aunque los juristas solemos cuestionar constantemente a los legisladores, pues nuestra lectura crítica de las normas nos sugiere que estas pudieron haberse redactado de mejor manera, cuando somos invitados al ejercicio legislativo, comprendemos su complejidad. Solo el manejo del lenguaje, para lograr normas claras, precisas, inambiguas, resulta una tarea trabajosa y en ocasiones desagradecida.

No obstante, mucho se ha escrito sobre técnica legislativa y lenguaje jurídico, o específicamente normativo. Observar estos estudios, además de documentos nacionales y regionales que se enfocan en aconsejar buenas prácticas a los redactores de normas, es aconsejable en tanto puede prevenir dificultades que, aunque a veces en abstracto es difícil visualizar, cuando la norma despliega su vigencia en la sociedad y es manipulada por los intérpretes, puede generar problemas.

La combinación de lenguajes diferentes en la redacción de la normativa jurídica, el protagonismo funcionarios no juristas en esta actividad o la subestimación de las regularidades aconsejadas ya referidas, pueden ser algunos de los factores que inciden en que las normas nazcan con ciertos defectos lingüísticos que luego son un quebradero de cabeza para quienes deben aplicarlas.

No obstante, por más esfuerzo que demuestren los legisladores en su actividad, ciertos problemas persistirán. Algunos se derivarán de características intrínsecas del lenguaje, de su textura abierta. Otros tendrán su origen en la colocación concienzuda de conceptos jurídicos indeterminados, inevitables en los textos de las normas. Además, pueden surgir problemas cuando los intérpretes, en esa impronta inevitable que ponen a su actividad, o procurando la adaptación de las normas a nuevas circunstancias, en el despliegue de la *ratio legis*, identifiquen dudas acerca de la prudencia o el sentido de aplicar cierta norma a determinado caso.

Así, la aparición de problemas en el contexto lingüístico del Derecho, es muy usual en la actividad cotidiana de interpretación jurídica y responde no solo a cuestiones previas vinculadas con la estructura semántica y sintáctica de las normas, sino también a características particulares de ciertos casos, que complejizan el ejercicio de subsunción como operación más común en esta actividad.

Es aconsejable, primero, que el operador del Derecho intente determinar si se trata de un defecto derivado del mal uso del lenguaje, o si ha sido una oportunidad otorgada por los legisladores para que procure la adaptabilidad normativa a los retos cotidianos de la complejidad social. En el primer caso, deberá intentar comprender la *ratio legislatoris* utilizando otros métodos de interpretación como el lógico sistemático o el histórico. En caso de que pueda determinar que el legislador ha colocado determinada palabra o expresión porque le ha dejado un reto a la inteligencia y la racionalidad, un espacio de “libertad”, el único consejo será aprovecharlo siempre en pos de la justicia.



●
●
●

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTICIPADAS

AMERICAN EXPRESS, AEROLÍNEAS, COMPAGNÍAS AEROPORTUARIAS, EN SU CURSALES ONLINE Y VENTA TELEFÓNICA NO VÁLIDO
AS. NO ACUMULABLE CON OTRAS PROMOCIONES. LAS FOTOS SON ILUSTRACIÓN. PTE. SING. FR. AVEGA. GOMEZ 2813. CABA. CUIT 30-52687424-9

Grietas

Voy hacia
la mañana que
fue buscarte.

Me pierdo
entre las grietas
de mis pasos.

Existo entre las
grietas de tus pasos.

Los pasos
que pudieron encontrarme
una mañana.

Sostengo así,
por un momento, la
más impiadosa mirada
de los días.

Sustantivar la incerteza
y llamarla destino.

Autor: *Juan Martín González Moras*

Arte de la portada: *Ro Barragán*

Reseña del libro: Derechos Económicos, Sociales y Culturales en colectivos vulnerados. Experiencias en La Pampa. Autoras: Cecilia Bertolé, Lucía Carolina Colombato y Gina Paola Rodríguez (Editoras). 2020. La Pampa. EdUNLPam

Book review: Economic, Social and Cultural Rights in violated groups. Experiences in La Pampa. Authors: Cecilia Bertolé, Lucía Carolina Colombato and Gina Paola Rodríguez (Editors). 2020. La Pampa. EdUNLPam

Ivana Romina Barneix¹

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 779-786

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e477>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

El libro “Derechos Económicos, Sociales y Culturales en colectivos vulnerados. Experiencias en La Pampa” es el resultado de las actividades de investigación del Grupo de Trabajo

¹ Abogada (UNLPam). Especialización en Derechos Humanos (en curso- FCEyJ-UNLPam). Diplomada en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Red Justicia). Diplomada en Ciencias Políticas con orientación en Políticas Públicas y Desarrollo (FILDSS). Diplomada en Genocidios y Violencias de Estado (en curso-UBA). Asistente de investigación en proyecto “Derechos Humanos, Sistemas Internacionales de Protección y Políticas Públicas. Retos desde La Pampa” (CICJ-UNLPam). Secretaria del Observatorio de Derechos Humanos (FCEyJ-UNLPam) Asistente del Programa Académico Institucional de Derechos Humanos (UNLPam). Email: ivanabarneix@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2135-5081>).

de Investigación “Derechos Humanos, Sistemas Internacionales de Protección y Políticas Públicas locales” de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa.

Reseño el libro teniendo en cuenta las siguientes apreciaciones. En primer lugar, conozco a las compiladoras y su compromiso por la educación e investigación en Derechos Humanos, lo que se ve reflejado en esta obra. En segundo lugar, me he incorporado recientemente al Grupo de Trabajo de Investigación “Derechos Humanos, Sistemas Internacionales de Protección y Políticas Públicas”, por lo que este libro significa ejemplo y punto de partida para continuar investigando la adaptación legislativa y operacionalización de derechos humanos en clave regional.

El libro está organizado en una introducción general y seis capítulos a modo de artículos independientes- cada uno con introducción, desarrollo, conclusiones y referencias bibliográficas propias-, pero que denotan una ilación conceptual y eje centralizado en los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA).

De la introducción se advierte la perspectiva crítica desde la cual se abordan las investigaciones del Grupo de Trabajo. En la misma se anticipa que la obra abordará, en sus distintos capítulos, cuestiones atinentes al reconocimiento normativo de los DESCAs en Argentina y en La Pampa, evidenciando contrastes y tensiones que dificultan su garantía y protección efectivas.

El capítulo 1 se titula “Lecturas jurisprudenciales evolutivas sobre la protección de los DESCAs, a través del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, y por ser el más extenso de la obra merece un mayor detalle.

Mediante su introducción y subtítulos, Esteban Torroba realiza un breve recorrido histórico del surgimiento de instrumentos internacionales y señala críticamente la separación categórica de los derechos humanos, producto de la visión occidental, que privilegió a los Derechos Civiles y Políticos por sobre los Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

El capítulo referencia los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, desde la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948) hasta la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016). De la misma manera, realiza un recuento histórico desde la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (1945), hasta los debates generados en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969), en torno a los precedentes del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la incidencia del principio de progresividad en la justiciabilidad directa de los DESCAs.

En esa línea, el autor del capítulo investiga y describe la exigüidad de jurisprudencia de la Corte IDH en casos de vulneración de DESCAs, detallando las formas de protección indirecta adoptadas por el Alto Tribunal Interamericano a través de normas del texto convencional sobre Derechos Civiles y Políticos y no el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre el final del capítulo Torroba analiza, mediante método cualitativo y técnicas de análisis documental, los antecedentes jurisprudenciales de la Corte IDH sobre DESCAs que han sido útiles para alimentar una lectura evolutiva de su protección, entre finales de los años 90 –cuando el Tribunal empieza a dar respuesta concreta a los primeros planteos de vulneración de DESCAs– y la actualidad.

El autor concluye que la resolución de los casos Lagos del Campo vs. Perú y Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, a través de las sentencias del 31 de agosto y 23 de noviembre de 2017, respectivamente, abrieron un nuevo panorama a partir de la declaración de incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos como fuente normativa directa de DESCAs. Postula, luego de un vasto análisis, que las lecturas jurisprudenciales evolutivas deberían asentarse de forma inmediata en el ámbito interno de los Estados, a fin de que contribuyan a transformar realidades sociales y políticas concretas.

En el capítulo 2, denominado “Los caminos de la concreción de derechos culturales en La Pampa. La declaratoria del Ex Centro Clandestino de Tortura y Detención Seccional I de Santa Rosa como patrimonio cultural”, Lucía Colombato continúa con el análisis crítico de los DESCAs, en particular de los Derechos Culturales como “declaración de principios desprovistos de garantías que los hagan efectivos” (p. 123).

La autora realiza aportes para definir los derechos culturales y analiza las dificultades generadas en torno a que el bien jurídico protegido es colectivo y no individual. En ese sentido, se explaya sobre las distintas definiciones doctrinarias de la cultura y asume la posición conceptual de “procesos culturales”, concluyendo que “la cultura es el espacio en el que se construye la hegemonía, pero también la zona en que nacen los procesos contrahegemónicos” (p. 128), donde individuos y grupos sociales se empoderan, y construyen y transmiten transgeneracionalmente referencias simbólicas.

En el capítulo, Colombato analiza los desarrollos recientes en el campo de los derechos culturales en referencia al derecho a la memoria y los insumos generados a partir de la Convención sobre la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005). Referencia normativa nacional y provincial que destaca el patrimonio cultural como derecho humano, y describe cómo los lugares de memoria, vinculados a la última dictadura militar argentina, ganaron presencia en espacios públicos para contribuir al desagravio de violaciones a derechos humanos y generar conciencia y garantía de no repetición.

En ese marco, desde un análisis regional, Colombato describe la incorporación al Registro Provincial de Patrimonio Cultural de dos sitios que tienen vinculación con la memoria de la última dictadura cívica militar: la Escuela N° 286 de Paso de los Algarrobos (Dictamen n° 22)¹⁴ y el edificio de la Ex Escuela Hogar (Dictamen N° 14) a la vez que estudia y desarrolla particularmente la experiencia de la incorporación del Ex Centro Clandestino de Tortura y Detención Seccional I de Santa Rosa al Registro Provincial de Patrimonio Cultural (Ley N° 2083).

Al final del capítulo la autora remarca la relevancia de los derechos culturales para la realización plena de los derechos humanos, y concluye que los desafíos futuros buscan llevar a los derechos culturales a otro nivel de desarrollo, fortaleciendo “su papel en la lucha frente a las desigualdades sociales culturalmente construidas” (p. 136).

En el capítulo 3, denominado “Derechos Sexuales, Reproductivos y No Reproductivos en La Pampa: el caso de la Guía ILE”, la autora Gina Paola Rodríguez problematiza el proceso de incorporación de los Derechos Sexuales, Reproductivos y No Reproductivos en La Pampa, como parte del derecho a la salud.

La autora comienza con la definición, alcance y contenido de estos derechos, para lo que retoma el esquema de Brown que los define como un concepto que incluye “1. La seguridad en la reproducción y los eventos relacionados con ella, 2. Anticoncepción y aborto, o aspectos de la opción no reproductiva, y 3. El libre ejercicio de la sexualidad” (p. 140). A su vez, incorpora en su análisis el proceso histórico en el que converge la demanda por el aborto legal y métodos anticonceptivos, y la demanda por el ejercicio de otras sexualidades.

En esa línea, Rodríguez procede a la reconstrucción, análisis y descripción de los hitos legislativos en la materia en La Pampa, como el Programa Provincial de Procreación Responsable creado mediante ley N° 1363 (1991) y la inclusión de prácticas quirúrgicas de infertilización en la regulación del ejercicio de actividades de salud, mediante Ley N° 2079 (2003), que fueron atravesados por conflictos con sectores denominados conservadores y religiosos. La autora concluye que en una primera etapa los derechos sexuales y (no) reproductivos en La Pampa se configuraron en torno a “la institución matrimonial y familiar y el control del cuerpo de las mujeres” (p. 147).

En el mismo sentido, el capítulo presenta un barrido histórico sobre el camino sinuoso y conflictivo del aborto no punible en La Pampa, iniciado con el proyecto de ley N° 2394 de 2007 y el veto del Poder Ejecutivo producto de pujas sociales y jurisprudenciales que giraron en torno a dicho proyecto la ley.

Sobre el final del capítulo, Rodríguez analiza el impacto del fallo FAL (2012) en la regulación del aborto no punible en La Pampa, y detalla las insuficiencias y restricciones del Protocolo de Aborto no Punible (Resolución Nº 656/2012), modificada y enmendada la Resolución Nº 1789/18, que creó la Guía Provincial de Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo. Luego de realizar un análisis de los movimientos en la política argentina que permitieron la Guía, se enfoca en los desafíos de su implementación.

La autora concluye el capítulo con un mensaje esperanzador en la materia, al determinar que, si bien persisten barreras formales e informales que ameritan una mayor acción estatal en materia de consecuencias administrativas, civiles y penales frente a casos de responsabilidad por obstrucción y/o falta de provisión de servicios, existen argumentos para concluir que “La Pampa se halla más cerca de garantizar los derechos sexuales y (no) reproductivos que otras provincias de la Argentina”(p. 160).

Por su parte, en el capítulo 4, denominado “Debates en relación con la puesta en funcionamiento del Sistema de Promoción y Protección Integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en la provincia de La Pampa”, la autora Cecilia Bertolé analiza el tenso proceso de adaptación legal, a nivel nacional y en la provincia de La Pampa, del Sistema de Promoción y Protección Integral de derechos de niños, niñas y adolescentes (NNyA).

Mediante técnicas de investigación cualitativa, Bertolé describe y destaca los avances normativos en materia de niñez en la provincia, como la ley Nº 2703 de 2013 que ha adherido al nuevo paradigma integral instaurado por la Convención de los Derechos del Niño, el “Protocolo de intervención en situaciones de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes” del año 2017 y la “Guía de procedimiento del Sistema de Protección, Promoción y Restitución de derechos de la niñez y adolescencia de la Provincia de la Pampa” de 2018.

En contraste, y como resultado de entrevistas a integrantes claves del Sistema en La Pampa, diagnostica y sintetiza en siete

puntos las dificultades en términos de exigibilidad de esos derechos, como ser la falta de capacitación de los actores del sistema y obstaculizaciones para implementación de los principios de descentralización, desjudicialización y corresponsabilidad.

El capítulo evidencia el argumento central del libro, en cuanto permite concluir que el reconocimiento normativo de derechos es sólo el primer paso para su garantía y goce efectivo; e invita a reflexionar sobre el camino que aún falta recorrer en torno a la construcción del sistema de promoción y protección integral en la provincia de La Pampa que coloque a niños, niñas y adolescentes en el centro del proceso.

En el capítulo 5, titulado “Acceso a la justicia de personas con discapacidad: un derecho humano fundamental y una garantía para el ejercicio de todos sus derechos”, la autora Eliana Mariel Ferrero describe los alcances del Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad y lo aborda desde un doble carácter.

En primer lugar, como derecho humano en sí mismo, detalla la regulación normativa en el derecho internacional, y posteriormente, adentrándose en la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, analiza normativa nacional e internacional y estándares jurisprudenciales y doctrinarios que determinan el acceso a la justicia como una garantía para el ejercicio de todos los derechos de las personas con discapacidad.

Desde ese doble enfoque, Ferrer evidencia las barreras arquitectónicas, comunicacionales y actitudinales que dificultan el acceso a la justicia de las personas con discapacidad y, con ello, la vigencia de otros derechos. En ese sentido, concluye con el detalle de instrumentos internacionales, como el “Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad: Propuestas para un trato adecuado” del EUROSOCIAL y las “Reglas de Brasilia”, que recomiendan la implementación de ajustes y buenas prácticas para la remoción de dichas barreras.

El libro culmina con el capítulo 6, que se titula “La conceptualización del sujeto de derechos en la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las

Personas Mayores. ¿Protección desde una perspectiva regional?”. En él, el autor Maximiliano Corroinca problematiza las definiciones sobre Personas Mayores, enmarcadas en un contexto global que se sintetiza como de menoscabo de derechos económicos sociales y culturales del colectivo elegido y escaso nivel de respuestas público-estatales en cuanto a políticas del cuidado.

Corroinca describe la visión de la vejez en los instrumentos normativos y estándares internacionales, analiza la perspectiva regional de la Convención, aprobada por ley 27360 del Congreso de la Nación, y adhesión mediante ley 3029 de la Provincia de La Pampa, y concluye en el carácter tuitivo de la Convención como preventivo, en función de las particularidades del colectivo estudiado, e invita a partir de “una disputa de sentido crítica en la búsqueda de definiciones tuitivas para la población, que garanticen y eventualmente promuevan el bienestar de sus derechos y prerrogativas” (p. 222)

En conclusión, el libro analiza la tensión entre reconocimiento normativo y goce efectivo de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, debido a las particularidades que reviste este grupo de derechos, tal como analizaron Torroba y Colombato. A su vez, las y los autoras/es Rodríguez, Bertolé, Ferrer y Corroinca analizan avances y retrocesos, pasados y actuales, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, mujeres y cuerpos gestantes, personas con discapacidad y adultos mayores, evidenciando la dificultad de acceso al goce de derechos de esos colectivos vulnerados.

Debe destacarse que el libro muestra el compromiso con la defensa y promoción de los derechos humanos por parte del Grupo de Trabajo y, al socializar los resultados de la investigación con esta obra, impacta de manera positiva en actuales y futuros investigadores de la región pampeana.



Escriben en este número:

ALADRO, Almendra

ALCALÁ RODRÍGUEZ, Andrés

ARAVENA, Facundo

BAILO, Gonzalo L.

BALBÍN, Adolfo Nicolás

BARNEIX, Ivana Romina

BARRIVIERA, Natalia Lorena

BELAUNZARÁN, Lucía

BERTONI, Noelia

BLANCO, Camilo

BUSSO, Matías

CABRAL, Pablo Octavio

CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar

CIANCAGLIINI TROLLER, Agatha

COMADIRA, Guillermo

COROLI, Antonela

CREDARO, Victoria

DEANTONI MOSCA, Erika

ETCHICHURY, Horacio Javier

FERNÁNDEZ, Guillermina

FERRARI YAUNNER, Majela

FERREYRA, Raúl Gustavo

FILIPINI, Jorge A.

FLAHERTY, Martina

GALVÁN, Ezequiel Rodrigo

GARCÍA CAICEDO, Sebastián Alejandro

GONZÁLEZ, Darío

GRACE, Jacqueline

HERRERA, Daniel

LASALVIA, Mía

MAGALHÃES, Juliana Paula

MANELLI, Matías

MARTÍNEZ, Carlos

MATEO, María Gabriela

MENESTRINA, Martín

NOVELLI, Fernando

NUGUER, Verónica

PINHO DE OLIVEIRA, Maria Fatima

PRESA, Diego Gabriel

RAFFO, Mariano

RIERA, Giuliana Denisse

RODRÍGUEZ ROMERO, Matías Germán

RODRÍGUEZ, Manuel

ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro

SIMIONI, María Victoria

TAGLIANETTI, Esteban F.

TOLEDO BARRIOS, Yaraí

TORRES, Miguel Agustín

ZALDIVAR MARRÓN, Sonia



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR