



PRIMAVERA 2017

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



PRIMAVERA 2017

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



STAFF EDITORIAL

EDITOR EJECUTIVO

Pablo Octavio Cabral

EDITOR GENERAL

Guillermo Raúl Moreno

EDITORES ASOCIADOS

José Ignacio López y María del Carmen Alemán

DERECHO PRIVADO

Rosario Echevesti

COORDINADORA

Marcela De Luca

CORRECTOR GENERAL

José Maitini

DIRECCIÓN DE ARTE

Nazarena Mazzarini

DIRECCIÓN LITERARIA

María Cecilia Rita Villegas

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Estudio melHibe

CONSEJO EDITORIAL

Víctor Ernesto Abramovich • Universidad de Buenos Aires

Luis Hipólito Alén • Universidad de Buenos Aires

Ricardo César Andreu • Universidad Nacional de La Plata

Gustavo Arballo • Universidad Nacional de La Pampa

Natalia Lorena Barriviera • Universidad Nacional de La Plata

Homero Bibiloni • Universidad Nacional de La Plata

Milay Burgos Matamoros • Universidad de La Habana, Cuba

Mario F. Cámpora • Universidad de Buenos Aires

Ángel Carballal • Universidad Nacional de La Plata

Franco Catalani • Universidad Nacional de La Pampa

Nicolás Cendoya • Universidad de la República, Uruguay

Guillermo Justo Chávez • Universidad Nacional de La Plata

Rodrigo Codino • Universidad Nacional de Avellaneda

Mario Coriolano • Universidad Nacional de La Plata

Solange Delanoy • Universidad Nacional de Rosario

Graciela de Ortuzar • Universidad Nacional de La Plata

Jesús Antonio de la Torre Rangel • Universidad Autónoma de Aguas Calientes, México

Enrique del Percio • Universidad de Buenos Aires

Diego Dolabjian • Universidad de Buenos Aires

Carlos Echevesti • Universidad Nacional de La Plata

Raúl Gustavo Ferreyra • Universidad de Buenos Aires

Leandro E. Ferreyra • Universidad de Buenos Aires

Lila García • Universidad Nacional de Mar del Plata

Juan Martín González Moras • Universidad Nacional de La Plata

Omar Heffes • Universidad de Buenos Aires

Víctor Eduardo Hortel • Universidad Nacional de La Plata

Juan Bautista Justo • Universidad Nacional del Comahue

Mariano Lovelli • Universidad Nacional de La Plata

Carolina Machado Cyrillo Da Silva • Universidade Federal do Rio de Janeiro

Fernando Maitini • Universidad Nacional de La Plata

Andry Matilla Correa • Universidad de La Habana, Cuba

Alejandro Medici • Universidad Nacional de La Plata

Enrique Javier Morales • Universidad Nacional de Formosa

Marcelo Pepe • Universidad Nacional de La Plata

Alicia Pierini • Universidad de Buenos Aires

Julián Portela • Universidad Nacional de La Plata

Carlos Raimundi • Universidad Nacional de La Plata

Esteban Rodríguez Alzueta • Universidad Nacional de Quilmes

Romina Ronda • Universidad Nacional de Cuyo

Johanna M. Romero • Universidad de Cuenca, Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez • Universidad Autónoma de Sal Luis Potosí, México

Alicia Ruiz • Universidad de Buenos Aires

Marcelo Saín • Universidad Nacional de Quilmes

David Sánchez Rubio • Universidad de Sevilla, España

Rodolfo Sosa • Universidad Nacional de La Plata

Juan Stinco • Universidad de Buenos Aires

Natasha Suñé • Universidad Nacional de La Plata

Ramón Torres Molina • Universidad Nacional de La Plata

Valeria Volponi • Universidad Nacional de La Plata

Antonio Carlos Wolkmer • Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil

Eugenio Raúl Zaffaroni • Universidad de Buenos Aires

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

LUZ MALA

Si hay algo que me gusta en la vida es dibujar y pintar. Lo hago desde que tengo uso de razón. Cuando trabajo me transporto a otro lugar, el tiempo se detiene y muchas veces me encuentro pintando cuando ya casi la luz del día se va despidiendo. Esta selección de obras forma parte de la muestra "Temporada de insomnio". En cada una de ellas busco crear una historia intimista, onírica y cotidiana.

Luz Mala nació en Octubre de 1977 en la ciudad de La Plata. Egresó de la Facultad de Bellas Artes como Profesora en Artes Plásticas orientación en Dibujo. Cursó estudios complementarios de grabado y arte impreso, pintura, escenografía, escultura, cerámica y restauración en vitral. Participó de intervenciones y convocatorias colectivas nacionales y locales algunas de sus obras han sido seleccionadas en diferentes concursos. Sus trabajos han participado en diferentes ediciones escritas. Formó parte del grupo de restauración de la cúpula de vitral en la Estación de Retiro-Mitre.

POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

FITTIPALDI, Matías

Poeta y psicoanalista. Oriundo de Ayacucho, reside en La Plata desde 1995. Ex residente y jefe de residentes de psicología Hospital "M.V.Larraín" de Berisso. Actualmente se desempeña en el Área de Salud Mental de PAMI-La Plata. "Pájaros como palabras" es su primer libro de poesía (Ediciones Axolotl). Publica habitualmente sus poesías en el blog www.mundoaxotl.blogspot.com.

Contacto: msfitti@yahoo.com.ar

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 | 15 |
| ENSAYOS | 21 |
| Sobre la paz relativa. Propósito de un constitucionalismo ciudadano | 23 |
| <i>Raúl Gustavo Ferreyra</i> | |
| Una retrospectiva científica | 55 |
| <i>Peter Häberle</i> | |
| Cultura del “control del miedo al delito” como estrategia de dominación del poder global ... | 70 |
| <i>Manuel Salvador Grosso García</i> | |
| Sistema de fuentes colombiano e implementación del Acuerdo de Paz | 91 |
| <i>Édgar Hernán Fuentes Contreras</i> | |
| La justificación ética y política de la punición de la instigación y la ayuda al suicidio en el ordenamiento jurídico argentino | 127 |
| <i>José Luis Ennis</i> | |
| Notas sobre igualitarismo y materialismo histórico .. | 146 |
| <i>Pablo Gres C.</i> | |
| La ciudadanía del Mercosur: desafíos para su implementación | 173 |
| <i>María Alejandra Perícola</i> | |
| Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos | 206 |
| <i>Laura Clérico</i> | |

| | |
|--|------------|
| Juez y parte: análisis de la medida para mejor proveer a la luz del principio dispositivo | 242 |
| <i>Fiorella Giantomasi</i> | |
| Justicia constitucional latinoamericana. Algunos desafíos temáticos, esencialmente en materia de derechos humanos | 255 |
| <i>Víctor Bazán</i> | |
| COMENTARIO A LEGISLACIÓN | 311 |
| Sanción de la Ley nacional 27.363. Visibilizando la violencia hacia las mujeres evitando revictimizar a la niñez con patrones estereotipados de género | 313 |
| <i>Verónica Amalia Cejas</i> | |
| El debilitamiento del principio de legalidad: la aplicación retroactiva del régimen prescriptivo regulado por las leyes 26.705 y 27.206 a delitos contra la integridad sexual suscitados previo a su entrada en vigencia | 336 |
| <i>Bruno Strassera</i> | |
| Abordaje legislativo de la propiedad comunitaria de los pueblos originarios en territorio bonaerense . . . | 358 |
| <i>Natalia Lorena Barriviera</i> | |
| Novedades legislativas | 374 |
| <i>Eduardo Baldi</i> | |
| COMENTARIO A JURISPRUDENCIA | 383 |
| Duelo de Cortes: El caso “Fontevicchia” y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 385 |
| <i>Román De Antoni</i> | |

| | |
|--|-----|
| Novedades de la Suprema Corte Bonaerense y la Corte Suprema Nacional | 408 |
| <i>Juan Francisco Díaz</i> | |
| Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 414 |
| <i>James Vertiz Medina</i> | |
| OPINIÓN | 423 |
| Cuestión de principios | 425 |
| <i>Daniel Bonjour</i> | |
| TRABAJOS DE GRADO | 431 |
| Derecho Humano a la educación: la educación inclusiva | 433 |
| <i>Evelyn Regina Zamboni</i> | |
| INVESTIGACIÓN | 451 |
| Patrimonio digital | 453 |
| <i>Jaime Alberto Díaz</i> | |
| ENTREVISTAS | 477 |
| Entrevista al Vicepresidente del Área Institucional de la Universidad Nacional de La Plata, <i>Dr. Fernando Tauber</i> | 479 |



EDITORIAL

Obra: *Reina Calabaza*
Artista: *Luz Mala*

Cruels comprobaciones

Entre las convicciones de la noche,
prefiero la de coleccionar
el ritmo sonámbulo de los recuerdos

los amores imposibles,
con sus migajas de espanto
y eterno resplandor

la celebración del deseo,
su rara curva
dibujada en el desfiladero
del sueño

las especias que esconden los goces,

todas criaturas exiliadas
de la vigilia y sus cruels
comprobaciones.

Autor: Matías Fittipaldi

Editorial

Iniciamos esta editorial con inmenso dolor por la reciente aparición del cuerpo de Santiago Maldonado en el Río Chubut y esperamos que el Poder Judicial de la Nación cumpla su rol de echar luz sobre esos hechos para, eventualmente, determinar responsabilidades y reparar a sus familiares.

La gravedad de la conducta del Estado respecto de los pueblos originarios que habitan el sur de nuestro país se ve potenciada por la represión del día 25 de noviembre pasado, perpetrada por fuerzas federales que dispararon con balas de plomo a varios mapuches que se resguardaban en montañas cercanas a la Ciudad de Bariloche, luego de una previa persecución frente al reclamo público por sus tierras. De los tres heridos de bala, uno de ellos, **Rafael Nahuel**, de 22 años de edad, falleció antes de ser trasladado al hospital de Bariloche.

Evidentemente las autoridades a cargo del Estado Nacional continúan estigmatizando y persiguiendo al pueblo Mapuche, sin dar cabal cumplimiento a lo dispuesto constitucionalmente como política pública para las comunidades originarias de nuestro país. Una excepción en dicha política pública, que se encuentra en una dirección opuesta, es la reciente sanción de la Ley Nacional N° 27.400, que prorrogó –luego de una extensa lucha– la suspensión de desalojos para pueblos originarios hasta el año 2021.

El segundo de los hechos que han conmovido a nuestro país es la desaparición del submarino ARA San Juan, aún no hallado al momento de escribir estas líneas. Nuevamente, será la Justicia quien deberá clarificar en un acontecimiento que enluta a nuestro pueblo, en un incidente que se ha cobrado 44 víctimas, los tripulantes de la embarcación. Es de destacar que la función primordial de la Armada es contribuir a la defensa de nuestra Nación, mediante la aplicación del Poder Naval, consolidando y garantizando la seguridad territorial, de los ciudadanos y del

Estado dentro de la jurisdicción de la Armada Nacional. Vaya nuestro reconocimiento y homenaje a aquellos compatriotas que han ofrendado su vida en tan alto deber.

Por otro lado, nos preocupa el nivel de presión del Poder Ejecutivo sobre los integrantes del Poder Judicial que no comparten su ideario, materializado mediante manifestaciones descalificatorias públicas y pedidos de renuncia –como el caso de la Procuradora General de la Nación– y a través del avance de procesos disciplinarios que tramitan en un Consejo de la Magistratura en el que el oficialismo hace sentir su peso político. Así se inician actuaciones contra determinados magistrados mientras que respecto a otros, sobre los que pesan denuncias iguales o más graves, no se los cuestiona. Observamos conductas del Poder Ejecutivo que, lejos de tender a una transparencia declamada, menoscaban la independencia del Poder Judicial y corresponde ponerlas en cuestión.

En el ámbito bonaerense, en particular, no podemos dejar de expresar nuestra preocupación por la suspensión del Juez en lo Contencioso Administrativo de La Plata, doctor **Luis Federico Arias**, cuya destacada actividad judicial siempre marcó su independencia de las autoridades estatales de turno y permitió, entre muchas causas relevantes, conocer la verdad sobre la trágica inundación que sufrió la Ciudad de La Plata en abril del 2013. No se lo acusa de corrupción, prevaricato o enriquecimiento en sus funciones, se lo persigue por intentar –a través de sus fundados fallos– que el Estado provincial y los Municipios se ajusten a derecho y, sobre todo, respeten los derechos fundamentales de toda la ciudadanía y en especial de aquellas personas que integran grupos vulnerables. Estas conductas del poder político tienden sombras sobre el Estado de Derecho, el sistema republicano y la democracia en la Provincia de Buenos Aires.

Es esencial en nuestra democracia el respeto por independencia del Poder Judicial, las garantías para sus miembros y, en particular, no ser perseguidos por el contenido de sus sentencias que, bajo los carriles procesales respectivos, pueden ser adecuadamente revisables por otros magistrados.

El gobierno de la Alianza Cambiemos, luego de obtener un respetable grado de apoyo en las últimas elecciones, puso en marcha una serie de reformas y políticas públicas en el ámbito laboral, previsional y tributario, que giran todas en torno a la precarización de la relación de trabajo, a la disminución de derechos y a la pauperización del sector pasivo de nuestra población. Todos estos puntos deben ser mirados con rigor desde la academia jurídica y, en particular, a tenor del principio de no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Momentos previos a cerrar esta nueva edición de la revista, recibimos la grata noticia de que en una Sesión de la Cámara de Diputados de la Nación, calificada como Histórica, sorpresivamente se sancionó la Ley de Paridad de Género (votada por una amplia mayoría –165 votos a favor y 4 en contra). Con esta nueva ley, las listas de las próximas elecciones deberán estar conformadas por un 50 por ciento de mujeres, intercaladas sucesivamente con los candidatos varones.

De otro lado, el pasado 25 de octubre se puso en marcha el proceso electoral en las 17 facultades que integran la UNLP. Estas elecciones definieron la integración de los Consejos Directivos de cada unidad y el Consejo Superior de la Alta Casa de Estudios.

De acuerdo con el cronograma dispuesto por Resolución de Presidencia 511/17, dicho proceso se inició con el claustro de profesores de las distintas facultades y colegios de pregrado dependientes de la Universidad, luego fue el turno de los estudiantes, más tarde los JTP (jefes de trabajos prácticos), auxiliares docentes y graduados, y por último los no docentes. Recordemos que el gobierno de la universidad, de las facultades, de los departamentos, institutos y escuelas superiores se constituye con la representación de los cuatro estados que componen la comunidad universitaria: docentes, graduados, estudiantes y no docentes (art. 47 del Estatuto de la UNLP).

Desde esta publicación queremos destacar la particular relevancia de estas elecciones, toda vez que, conforme los distintos resultados, se define la composición de la Asamblea

Universitaria, órgano supremo de la Universidad, que tendrá entre sus funciones la de designar al nuevo presidente de la UNLP para el período 2018-2022.

De esta forma, en el ámbito de nuestra querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales se realizaron las elecciones de todos los claustros (docente, JTP, auxiliar y graduados, estudiantes y no docentes), lo que constituye un evento institucional del cual queremos hacer una destacada mención.

En ese sentido, los resultados determinaron la nueva composición del Honorable Consejo Directivo de la unidad académica con Hernán Gómez, Gilda Maltas, Juan Ignacio Orsini, Karina Bigliardi, Natalia Lorena Barriviera, Manuela González y Sebastián Piana (docentes); Iván Daciuk y María Alemán (graduados y auxiliares docentes); Guillermo Moreno (JTP), Bernardo Teruggi, Franco Mainero, Juan Galliani, Anabela Recalde y Paula Soldi (estudiantes) y Sergio Yorlano (no docentes).

Al Honorable Consejo Superior, por su parte, irán Vicente Atela (docentes), Fernando Valdez (graduados y auxiliares), Florencia Fernández (estudiantes) y el futuro/a Decano/a.

Tal es así que en dicha unidad académica, ámbito en el cual ha nacido y se desarrolla ReDeA, tendremos el orgullo de contar en la conformación del nuevo Consejo Directivo con integrantes de la agrupación que impulsó la creación de nuestra querida revista. Se trata del grupo DDA (**Docentes de Derecho en Acción**) que desde hace tiempo viene trabajando en una nueva concepción del derecho, poniendo énfasis en su dimensión histórica y social. Una agrupación plural, abierta e inclusiva. Los consejeros electos son: **Natalia Lorena Barriviera** (Derecho notarial y registral); **Guillermo Raúl Moreno** (Historia Constitucional), **María del Carmen Alemán** (Derecho de Familia) y **Pedro Luis Sisti** (Introducción al Derecho - consejero suplente).

La asunción de los nombrados profesores de DDA nos provoca un inmenso orgullo a este colectivo del que forman parte. De esta forma, la participación de los **Docentes de Derecho en**

Acción en los órganos deliberativos de la Facultad –concretado por el voto de sus pares– nos alienta a profundizar el trabajo por la vida de nuestra institución, donde llevaremos todas las propuestas que hemos venido desarrollando.

Agradecemos a todos los que con su trabajo incondicional y *ad honorem* posibilitan que este proyecto académico, colectivo e inclusivo, siga en marcha, generando aportes concretos al campo jurídico y social. Destacamos también la valiosa colaboración de los profesores **Diego Dolabjian** y **María Alejandra Perícola**. Un reconocimiento especial a dos grandes profesores que nos acompañaron y lo seguirán haciendo con su bagaje de conocimiento, experiencia y calidez humana; al profesor y Director de la revista hasta el número anterior, Dr. **Alejandro Medici**; y al profesor Dr. **Raúl Gustavo Ferreyra**, quién desde hace un par de números se ha sumado a trabajar –con generosidad y ahínco– codo a codo con nosotros. Ambos elevan la calidad académica de ReDeA y prestigian nuestra publicación. ¡A los dos, muchas gracias!

Finalmente, en esta primavera que termina, podemos festejar un año completo, con sus cuatro estaciones, de presencia de la Revista de Derechos en Acción (ReDeA). Tal es así que con este número, cerramos la primera vuelta al sol de nuestra querida publicación.

El número del verano 2017/2018 los espera y queremos contar con ustedes.

STAFF EDITORIAL



Luz Mala

ENSAYOS

Obra: *Ludmila*
Artista: *Luz Mala*

Zona del sueño

En una zona de fulgor melancólico
vive el sueño,

de pasadizos secretos
y lluvias tiernas,
de sombras danzantes
que se agitan
cuando queremos alcanzarlas.

Ahí nace el viento,
ese que no sabe
de espejos.

Donde siempre seremos
huérfanos
del tibio resplandor
de un nombre.

Delicadas criaturas
sin dios
pululan ávidas.

Autor: Matías Fittipaldi

Sobre la paz relativa

Propósito de un constitucionalismo ciudadano

*Raúl Gustavo Ferreyra*¹

“L’architecture de la paix
Repose sur le monde entier”.

Paul Éluard: *Le Visage de la paix* (XXVI) (1951)

§ 1. Preámbulo

La existencia con vida y cognición nos ha sido impuesta a los seres humanos. La cabal comprensión del hombre brinda el más espléndido espectáculo en la maravillosa escena del mundo². Coexistir, por tanto, o existir con otros individuos en común sólo se hace factible en tanto pueda conjugarse una totalidad o mayoría de ciudadanos más poderosa que cada uno de los ciudadanos juzgados en su singularidad inalienable; conjugación, además, que deberá poseer como atribución el hecho indisputado de su unión mayoritaria frente a la individualidad arbitraria o discrecional que cualquiera de éstos desee ejercer. Llamase, pues, al poderío emergente de la congregación de las individualidades ciudadanas “Derecho constitucional” –que emerge del artefacto “constitución” y que nada tiene de natural– el cual autoriza una posible ordenación y un semejante desarrollo de la coexistencia comunitaria; y al poderío individual, “fuerza bruta”³. Reducir el ámbito del más fuerte, que nadie quedase librado a la fuerza bruta irresistible individual o

¹ Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA. Doctor en Derecho (UBA).

² Pico Della Mirandola, Giovanni: *Discurso sobre la dignidad del hombre*, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Letras Modernas, Mendoza, 1972, p. 41.

³ Freud, Sigmund: *El malestar en la cultura*, Madrid, Alianza, 2010, pp. 65, 86, 87.

a la franca y desvalida merced de los poderes fácticos, se reporta como el propósito de la lengua del Derecho constitucional, que debe articular la paz, único proceso que autoriza la coexistencia de ciudadanos con igual y semejante dignidad.

La idea básica propuesta en este texto descansa en comprender a la lengua del Derecho constituyente del Estado como un código para la paz. Tal Derecho constitucional, emanación fundamental de un orden jurídico específico, artefactual y estatal, debe aspirar a constituir la lengua que sostiene y desarrolla la unidad, en paz, de una comunidad determinada.

Hablar de una lengua del Derecho constitucional tiene sentido porque lo “humano” surge en la historia evolutiva del linaje homínido al que pertenecemos, al surgir el lenguaje⁴. En el ámbito de la existencia humana, el dominio de la realidad, en buena parte, puede quedar vinculado a la configuración del lenguaje⁵. Entonces, ejercer dominio sobre la producción y variación de las palabras del orden jurídico, aunque no define por completo el dominio de la realidad, se comporta como un agente para la creación, el mantenimiento o el cambio de las prescripciones jurídicas que lo componen.

Esa lengua, la lengua del Derecho constitucional, configura el texto fundamental para la existencia en paz de los ciudadanos y servidores públicos. Ambos, para lograr que rijan o que tengan eficacia los enunciados de la lengua constituyente del Estado, deben comprenderse en la escena del dominio lingüístico y deben producir una asociación recurrente, intensa y prolongada, en la aceptación y desarrollo de las determinaciones prescriptivas sobre la conducta humana. Así, en el marco de

⁴ Maturana, Humberto: “Lenguaje y realidad. El origen de lo humano”, en *Archivos de Biología y Medicina Experimentales*, n° 22, Santiago de Chile, 1989, pp. 77-81.

⁵ Una de las acepciones del vocablo “lengua”, según el Diccionario de la Real Academia Española, es “Sistema de comunicación verbal y casi siempre escrito, propio de una comunidad humana”. De acuerdo con la misma fuente, una de las opciones lexicográficas de “lenguaje”: “lengua (sistema de comunicación verbal)”. Asumo, desde luego, las diferencias que existen. No obstante, por motivos que el lector podrá comprender, empleo indistintamente las voces “lengua” y “lenguaje”.

una escritura sin despotismos, la realidad comunitaria se debe encontrar abierta al discurso que contiene las palabras constituyentes. La gobernanza de tal realidad, por lo tanto, queda remitida al consenso, mayor o menor, sobre el marco de referencia que ha de referirse o preferirse a la mutualidad de las determinaciones sobre la conducta humana. De manera coherente, pues, la existencia de los ciudadanos en la formación precisa de la lengua constituyente del Estado debería configurar el propio dominio de realidad.⁶

La filiación de estas escrituras laicas es de carácter normativista; quiero decir, que responde a un modelo de Derecho en el que solamente se reconoce como tal a toda combinación de enunciados normativos y no normativos producidos por el sujeto autorizado para crear o realizar el orden jurídico de que se tratare, cuya cualidad básica descansa en la coerción; así, pues, el Derecho debería consagrarse en la razón de la fuerza del Estado. Bien entendido, que esa comprensión se ejecuta en el ámbito de un “constitucionalismo ciudadano”, en el que la dirección suprema de la ordenación estatal que debe producirla reside en los ciudadanos que integran el pueblo, quienes por lo general poseen ideas diversas y en muchas ocasiones no coincidentes. La ejercen por representación (intermediada siempre por el sufragio y el representante) u, ocasionalmente, en forma directa. En sentido formal, un ciudadano es un elector porque puede participar en la producción de la suma regla, a

⁶ Desde el punto de vista normativo, al respecto hay dos simientes muy interesantes; una del siglo XVIII y otra del XX. En el art. 377 de la Constitución de Francia de 1795, se dispuso: “El pueblo francés deposita la presente Constitución en la fidelidad del Cuerpo legislativo, del directorio ejecutivo, de los administradores y jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, al efecto de los jóvenes ciudadanos, a la cordura de todos los franceses”. Por su parte, en el art. 41 de la Constitución de Colombia de 1991 se ordena: “En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Asimismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución”. Desde la dogmática científica, en la literatura especializada, la obra de Peter Häberle *Cartas pedagógicas a un joven constitucionalista* (Niedersachsen, Alemania, European Research Center of Comparative Law, 2013) constituye una obra erudita, original y francamente fundamental en la instrucción y educación del Derecho constitucional.

condición de que sea convocado y se confiera reconocimiento a determinados derechos básicos. Pese a la inexistencia del mandato imperativo, la ilusión de la democracia directa lleva a considerar que cada ciudadano tiene una “millonésima” cuota del poder para hacer la constitución, reformarla y, sobre todo, intentar una defensa contra los abusos de las autoridades constituidas a cargo de los poderes públicos y de los cada vez más emergentes poderes privados.

Aquí no se expone una teoría general de la paz, porque hay un consenso extendido sobre la ausencia de dicho cuerpo doctrinal. Sin embargo, no se puede dejar de aseverar que un orden jurídico constitucional dejaría de existir en el momento preciso que dejare de garantizar la paz social. El Estado constitucional es el único instrumento que puede disponer de la razón pública y de la experiencia humana (por intermedio de sus servidores públicos y ciudadanos) para procurar una pacificación relativa en la comunidad. Al Estado constitucional lo instituyen ciudadanos que deben ser considerados igualmente libres y también lo sostienen por intermedio del proceso de la democracia (un mero consenso general sobre reglas generales respecto de quien ha de gobernar) que abre, regula, capta y discierne la prevalencia circunstancial de un estado de opinión ciudadano mayoritario, hasta nuevo aviso⁷. Así, la norma constitucional, procesal por eminencia, puede ser una llave verdadera para instituir e ilustrar el proceso de la paz social.

Además, este texto no se desenvuelve sobre la descripción concreta de un orden jurídico en particular. El único aliento reconocible reside en mi “ciudadanía sudamericana”. Quizá pueda aportar un grano de arena fundado en mi naturaleza de

⁷ Debo admitir que la tesis primitiva “un representante para cada opinión, ergo, un ciudadano, un voto”, no resulta de fácil elaboración y desarrollo. Porque en nuestras frágiles democracias en América del Sud no es infrecuente que el elector-ciudadano sufrague inclinado hacia “lo menos malo” o “en contra de alguien” más que sintiéndose realmente orientado en su decisión política hacia alguien que lo represente. Posiblemente, en la anterior insinuación descansa una de las mayores debilidades de la democracia, que indica que ella es más una meta inalcanzable que un camino concreto e iluminado.

observador externo del orden político y jurídico de los Estados de América del Sud. No obstante, no soy neutral porque soy parcial, porque milito activamente hacia la paz relativa. La paz existe o la paz no existe; no es una epifanía o una revelación divina. Los hombres deben construirla y sostenerla con fundamentos y progresividad. Otras consideraciones serían anécdotas improbables o simples desvaríos.

Al respecto, las dicciones constitucionales de cada uno de los Estados sudamericanos son sumamente interesantes:

(i) El artículo 22 de la Constitución Política de Colombia de 1991 determina: “La *paz* es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”.

(ii) El artículo 4 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1998, disposición en la que se determina que sus relaciones internacionales se rigen por los siguientes principios: “VI. Defensa de la paz”.

(iii) En la Constitución de Ecuador de 2008, en el artículo 3 se dispone que son deberes primordiales del Estado: “... 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz...”.

(iv) Por su mágica antigüedad, se destaca también el milagroso *Preámbulo* de la Constitución federal de la Argentina, vigente desde 1853: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, (...) con el objeto de (...) consolidar la paz interior, (...) para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”.

(v) La República del Paraguay, en el artículo 145 de su Constitución de 1992, dispone que “... en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia (...) de la paz...”.

La paz respecto de la cual se escribe aquí es la “paz relativa”, en un doble sentido. Porque es “relativa” a una comunidad

determinada⁸, clarísima expresión de la soberanía política y la autodeterminación. En ese sentido, la paz interna constituye un presupuesto para la libertad, la igualdad y la solidaridad, porque al concentrarse en la coexistencia hace presuponer la futura existencia del resto de los bienes. Desde luego, se requiere de un Estado soberano para fijar los procesos que resuelvan los conflictos, en muestra de una clara de determinación del monopolio, concentración y disciplina de la fuerza⁹. Un Estado, además, que encierra y se arroga la administración legítima de la fuerza en un tiempo y espacio determinados. También la “paz

⁸ En septiembre de 2015, más de 150 jefes de Estado y de Gobierno se reunieron en la Cumbre del Desarrollo Sostenible en la que aprobaron la Agenda 2030. Esta Agenda contiene 17 objetivos de aplicación universal que, desde el 1 de enero de 2016, rigen los esfuerzos de los Estados para lograr un mundo sostenible en el año 2030. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) presentan la singularidad de sugerir, estimular y apoyar a que todos los Estados, ya sean que posean riqueza yacente o a crearse o sean desposeídos, a adoptar medidas para promover la prosperidad al tiempo que protegen el mundo. Los ODS no son jurídicamente obligatorios, pero se aguarda que los gobiernos los adopten como propios y establezcan marcos estatales para su concreción. En el “ODS” número 16 se establece: Promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas”.

Recuérdese, además, que en el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas (firmada el 26 de junio de 1945) se dispone que: “Los propósitos de las Naciones Unidas son: (1) Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz. (2) Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal. (3) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. (4) Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes”.

Las palabras son importantes para la existencia de los seres humanos, pero no son suficientes. Son numerosas las guerras desatadas desde 1945, las que todavía mantienen su degradante vigencia y peor todavía: los sujetos irracionales que persiguen que haya nuevas o se profundicen las actuales. ¡No por eso se debe renunciar al valor y la importancia de las palabras!

⁹ V. Kriele, Martín: *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 54-55.

es relativa”, porque en el Estado constitucional no desaparece la fuerza; precisamente, se espera que el Derecho construya la administración racional de la fuerza violenta que debe concentrar y monopolizar el Estado.

Para cumplir los objetivos planteados en este texto, he dispuesto una composición del discurso estructurada en tres secciones; así, en la sección 2, abrego sobre el concepto de paz y su vínculo con el Derecho, mientras que en la sección 3 sugiero una comprensión del proceso de paz en el marco del Estado constitucional. Por último, en la sección 4 ofrezco comentarios conclusivos en el marco del Epílogo.

§ 2. Sobre el concepto de paz y su vínculo con el derecho

2.1. Tesis básica

Dos afirmaciones contundentes: el Derecho es una creación humana; la paz, también; ambos poseen entidad artefactual.

El Derecho es, básicamente, un sistema¹⁰ de reglas sobre la fuerza, que se materializa por el discurso de los poderes estatales y constituye el medio más idóneo para perseguir un objetivo mínimo: la paz relativa, dado que se relaciona con una comunidad determinada de hombres. La paz, en el contexto descrito, es el estado de cosas en el que por convicción y determinación no se hace uso de la violencia sin regulación centralizada y monopolizada. Así, la producción del orden descansa, aunque sea en nimia medida, en la participación de ciudadanos igualmente libres, que quedarán sometidos al propio orden generado. Una comunidad puede vivir en paz relativa, o sumergida en un pozo de guerra de todos contra todos o de algunos contra la mayoría, o viceversa. O los hombres eliminan la guerra (externa o

¹⁰ Bulygin, Eugenio: “Sobre el problema de la objetividad del Derecho”, en AA.VV., Nancy Cardinaux, Laura Clérico y Aníbal D’Auria (coord.): *Las razones de la producción del Derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, 2006, p. 40.

interna), o la guerra que no cesa cancelará la vida humana en la Tierra¹¹. En este último caso, sin ser agorero ni trágico, “... se necesitarían algunos millones de años para que los moluscos del mar llegaran a producir algo semejante al hombre”¹². Ergo, el Derecho constituye una de las herramientas más específicas para intentar la resolución de las disputas.

2.2. *Debate mínimo*

Sucedió en tiempos inmemoriales y espacios finitos. Hubo un estado sin leyes sociales. En los principios de los tiempos y de los espacios en la Tierra, si el estado de naturaleza acaso existió y si acaso, como haya de ser comprobable que haya existido, fue un estado de cosas solamente gobernado por leyes naturales, que no fueron creadas por el hombre. Él puede dañarlas o mejorar algunos de sus efectos; pero nunca podrá una ley social regir la salida y puesta del sol, como tampoco podrá abolir o derogar la gravedad o la mecánica del calor y de la energía.

El Derecho procede directamente de la naturaleza humana. Significa el mayor invento para la ordenación de las comunidades humanas. En su interior, las constituciones son las tecnologías más desarrolladas que soportan toda la arquitectura del orden instituido jerárquicamente a través del escalonamiento gradual de enunciados normativos. El Derecho es un orden para la erradicación, eliminación o limitación máxima posible de la violencia como medio para afrontar los conflictos individuales o plurales

¹¹ Born, Max; Bridgman, Percy W.; Einstein, Albert; Infeld, Leopold; Joliot-Curie, Frédéric; Muller, Hermann J.; Pauling, Linus; Powell, Cecil F.; Rotblat, Joseph; Russell, Bertrand y Yukawa, Hideki: *Manifiesto Russell-Einstein: Una declaración sobre armas nucleares difundida a la prensa en Caxton Hall*, Londres, 9 de julio de 1955: “Invitamos a este Congreso, y a través suyo a los científicos del mundo y al público en general, a suscribir la siguiente resolución: ‘Ante el hecho de que en cualquier futura guerra mundial se emplearían con certeza armas nucleares, y que tales armas amenazan la continuidad de la humanidad, instamos a los gobiernos del mundo para que entiendan, y reconozcan públicamente, que sus propósitos no podrán lograrse mediante una guerra mundial, y les instamos, en consecuencia, a encontrar medios pacíficos que resuelvan todos los asuntos de disputa entre ellos’”, disponible en <http://www.filosofia.org/cod/c1955rus.htm>, consultado el 1 de febrero de 2016.

¹² Bobbio, Norberto: *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 13.

desatados en una comunidad de individuos. Al reglamentar el poder estatal y definir la libertad ciudadana, se puede erigir en un orden para conseguir la paz, una paz relativa. En pocas palabras, el Derecho, por un lado, es la sintaxis de la fuerza y, por otro, se puede constituir en una apropiada semántica de la paz. Su morfología siempre es positiva, entendida como la cosa que es, el hecho de la autoridad existente y que nos ahorra pensar en arengas metafísicas. La tarea del jurista se centra en la descripción y sistematización del orden jurídico, aunque también no debería dejar de insinuar, con “prepotencia de trabajo”¹³, su crítica para la futura reforma, derogación o abolición del objeto estudiado.

El principal conflicto a resolver en una comunidad resulta en no dañar al otro, o en que nadie resulte dañado, o en que todos puedan tener la certeza de que no serán objeto de daño por parte del otro; este sujeto de la otredad puede llamarse “ciudadano” o “poder estatal”. Se puede dañar al ciudadano porque se invade su esfera soberana de libertad o porque las autoridades creadas para el gobierno de la comunidad exceden o abusan de sus competencias férreamente regladas. Por eso, el único objetivo prioritario y mínimo que tiene el Derecho, su significado crucial, consiste en determinar, concertar y mantener la paz; no es la justicia ni el bienestar. Estos objetivos podrán ser posteriores, desde luego, pero el objetivo primordial del Derecho es la realización de la paz, porque sin paz es absolutamente imposible conseguir ninguna de las situaciones ideales en las cuales los seres humanos procuramos existir con dignidad¹⁴. La paz es el fin mínimo del ordenamiento jurídico¹⁵; esto implica

¹³ Arlt, Roberto: “Palabras del autor”, a *Los lanzallamas*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Editora, 1968.

¹⁴ Norberto Bobbio. *El problema de la guerra...*, ob. cit., pp. 96 a 97.

¹⁵ En 1872, R. Von Ihering, lo estableció en forma determinante: “...[L]a paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo”. Rudolf von Ihering: *La lucha por el Derecho*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1921, p. 2.

También merece recordarse el papel del Hans Kelsen. Así, en 1941 (*The Law as a Specific Social Technique*) renovó el anuncio de que: “[E]l Derecho es un orden que promueve la paz,

encuadrarse en el pacifismo jurídico. La paz es la condición necesaria para cualquier otro fin: libertad, igualdad o fraternidad. El Derecho, entonces, es una procura de ordenación de la paz relativa de una comunidad.

La propiedad distintiva de un “propósito” lo constituye el objetivo que se pretende conseguir, el ánimo de alcanzar un determinado fin. La acción deliberada, mejor dicho, el propósito de crear y realizar el Derecho puede consistir en la arquitectura básica para la paz comunitaria. Como he planteado, esta posición se encuadra en el pacifismo jurídico, dado que la paz es el estado en que no se hace uso de la violencia desregulada. Sin embargo, no puede pasarse por alto la cuestión de que el Derecho no es un instrumento neutral, ya que siempre su normativa y aplicación vienen precedidas de presupuestos filosóficos e ideológicos. Suele argüirse que el Derecho es un instrumento para el control social; a la vez, se revela como la herramienta de la que se sirve racionalmente el hombre para intentar disponer la paz en el marco de la coexistencia comunitaria.

Con el Derecho se puede procurar una paz relativa, no absoluta, porque priva al individuo o grupo de individuos del empleo de la violencia. Para ello, se diseñan órganos y se les atribuye competencia para la ordenación de la vida en la comunidad estatal. Una “paz” que se pueda definir como la “inexistencia” de una relación de conflicto caracterizada por el ejercicio de una violencia duradera y organizada¹⁶. En este lenguaje, la paz es ausencia de conflicto armado. No obstante, sin minimizarlo, prefiero la reflexión sobre la “paz” en cuanto ella “evita el mayor

en el sentido de que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones entre los miembros de una comunidad”. V. Kelsen, Hans: “El Derecho como técnica social específica”, en la obra *¿Qué es Justicia?*, Planeta, Buenos Aires, 1993, p. 160

Recientemente, E. Raúl Zaffaroni ha dicho: “[E]l Derecho siempre es lucha y es político y, si bien la paz no se gana con guerras, no es menos cierto que se gana con luchas, que no tienen por qué ser violentas, sino también jurídicas, como la denuncia, pues nuestra herramienta es el discurso, al que todas las dictaduras temen y por eso la reprimen”. E. Raúl Zaffaroni: “El totalitarismo plutocrático corporativo”, Página 12, edición del 12/8/2017, p. 40.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 164.

de los males, la muerte violenta”, y el bien al que aspira es el “bien de la vida”¹⁷, el mayor de los bienes. Por eso tiene tanta buena prensa, entre los estudios dogmáticos, apuntar a otro tipo de bienes: la justicia, el bienestar... Sin embargo, en realidad, la condición mínima reside en evitar este mal; se debe procurar su eliminación o al menos la ilusión de que podemos reducir a su máxima expresión la conflictividad armada, que trae consigo la muerte violenta y todo tipo de otros males y castigos depredadores o degradantes de la mismidad de la vida humana.

Una comunidad con leyes sociales es una sociedad que se orienta a la supervivencia y conservación del grupo social. En ese plan, se asigna a cada individuo un propio poder soberano, y se determina y delimita el poder de cada ciudadano con relación al poder propio de los demás. Nótese que una sociedad controlada íntegramente por el Derecho es un ideal inalcanzable, porque la observación y comprensión mundana de la realidad que se objetiva, sin prejuicios, lo contradice (en todos los tiempos).

En las letras que anteceden he aclarado que la paz procurada por el Derecho no es ausencia de fuerza; se constituye en el monopolio de la fuerza estatal, en favor de la comunidad por intermedio del Derecho. Una definición tomada de Luigi Ferrajoli describe el principio de la paz en estos términos: “... Si el uso de la fuerza no está disciplinado por normas jurídicas está prohibido. Y significa, por consiguiente, que el Derecho es la negación de la fuerza desregulada y que la fuerza desregulada es la negación del Derecho”¹⁸. Dentro de este plano maestro, la paz resulta ser la expectativa del uso no desregulado de la fuerza. La propuesta del Estado constitucional, por tanto, será instaurar leyes válidas y eficaces que hagan cesar el conflicto, regulen la fuerza, y que así nazca la paz. En definitiva, la paz no es ausencia de fuerza; se constituye en el monopolio de la fuerza estatal, en favor de la comunidad¹⁹.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 174.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi: *Principia iuris. Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2011, T. I, p. 445.

¹⁹ *Ibíd.* y loc. cit.

El principio de la paz, aun cuando expresa la expectativa negativa del no uso desregulado de la fuerza, inaugura con solidez el criterio de demarcación entre Derecho y “no Derecho”, pero merece ser completado, según refiere Luigi Ferrajoli. En efecto, para definir finalmente el concepto de paz en su vinculación con el Derecho será menester evaluar y señalar: i) la existencia de una garantía primaria, esto es, la prohibición del uso desregulado de la fuerza, y ii) la existencia, paralela, de una garantía secundaria de necesaria e inmediata complementación con la primera; consistente, en este caso, en la limitación del uso de la fuerza en la forma y condiciones normativamente previstas, con exclusividad y positividad a los casos en que tal prohibición es violada²⁰.

Ahora bien. Ligada la correspondencia entre “Derecho” y “paz”, es momento de meditar sobre la constitución, pieza fundamental del Estado. La constitución es una categoría jurídica única en la existencia con vida de los seres humanos. Se trata de un instrumento que aún no tiene 250 años (si computamos desde la Constitución de Filadelfia, son 230 años), mientras que el *Homo sapiens* cuenta con 250.000 años. Los seres humanos nunca han conocido una invención similar a la constitución. Hasta lo conocido y creado por los seres humanos, las constituciones son el máximo instrumento de ordenación de la vida comunitaria.

La constitución, al fijar determinados procedimientos, cumpliría la función responsable de la más alta alcurnia atribuible a las formas jurídicas o al Derecho: alentar la paz. Sus principios se dirigen hacia un objetivo procesal, porque la siempre tensa relación entre ciudadanos y Estado nunca es susceptible de resolver por entero y, por eso, se la canaliza o reconduce a determinados actos que alivien la rigidez. La prosa del Derecho constitucional, su expresión objetiva puesta en el mundo (que muchos apodan “positiva”), pretende determinar marcos para colaborar con las ilusiones sobre la esperanza de una

²⁰ Ferrajoli, Luigi: *Principia iuris...*, ob. cit., pp. 837 a 838.

coexistencia pacífica en la que todos los ciudadanos disfruten o puedan disfrutar del casi inalcanzable “bienestar general”, en una sociedad de ciudadanos iguales no sólo en libertad.

Sin Derecho constitucional –fluya de una ley fundamental escrita o que esta norma le confiera jerarquía suprema a instrumentos internacionales sobre derechos humanos dentro del propio orden jurídico estatal–, no hay Estado constitucional, porque aquél le confiere fundamento, en el arraigo o en la en la justificación o legitimación.²¹ Por eso, si todos los hombres vamos a coexistir con vida juntos, debemos aceptar las “letras sobre una tolerancia consistente y un respeto abnegado”, instituidas por lo general en la constitución, que instruyen el mejor mecanismo para la paz, porque implican la terminante prohibición de dañar al otro y el categórico estímulo de ayudarlo siempre que se pueda. Estas proposiciones, por cierto, se enmarcan en un contexto utilitario, en el que también se prohíbe “derramar sangre”²² o procurar que los procesos se orienten a que aquello no suceda. Así, se sustituye la lucha cuerpo a cuerpo por el debate cívico; en fin, se suprime “... el tiro de gracia del vencedor sobre el vencido por el voto y la voluntad de la mayoría que permite al vencido de ayer convertirse en el vencedor de mañana *sine effusione sanguinis*”²³.

Cada constitución contiene y dispone una forma singular y peculiar de fundamentar al Estado²⁴. Hay países que emplean poco más de 12.000 palabras para ordenar la totalidad de su código constitucional, como la Argentina. La Constitución de Paraguay

²¹ V. Ferreyra, Raúl Gustavo: “Manifiesto sobre el Estado constitucional. Reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la comunidad estatal”, 1ª parte, *Revista de Derecho Público*, n° 10, Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, pp. 37-124 Y “Manifiesto sobre el Estado constitucional. Reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la comunidad estatal”, 2ª parte, *Revista de Derecho Público*, n° 11, Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, pp. 109-182.

²² Popper, Karl: *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 190.

²³ Bobbio, Norberto: *El problema de la guerra...*, ob. cit., p. 19.

²⁴ Ferreyra, Raúl Gustavo: *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015, pp. 344 y ss.

de 1992 emplea más de 25.000 palabras. Otros ejemplos, como Ecuador, necesitan más de 54.000 palabras. Brasil requiere la utilización de más de 76.000 palabras. Colombia ha prescrito su ordenación fundamental del Estado mediante el empleo de más de 40.000 palabras. En consecuencia, cada comunidad posee un modelo propio y peculiar para transitar el camino al paradigma constituyente y, así, fundamentar al Estado.

Los “libros laicos”²⁵, es decir nuestras constituciones, como se dice, contienen diferentes modalidades para ordenar. Empero, la paz no puede insertarse con inocencia, porque es un acto informado de todo hombre que posee cabal conciencia de sus derechos. En la siguiente sección doy cuenta de un modelo teórico, cuya abstracción autoriza una aproximación a la fundamentación constitucional del Estado en directa implicación con la paz. Repito que se trata de una construcción centrada en la ciudadanía, en la inherente e irreplicable individualidad de cada ciudadano.

2.3. *Con forma de inventario*

- (i) La vinculación entre paz y Derecho es fértil, indispensable y necesaria.
- (ii) La paz es la condición necesaria para cualquier otro fin: libertad, igualdad o fraternidad. El Derecho no puede ser otra cosa o estados de cosas, entonces, que la orientación hacia la paz ordenada de una comunidad estatal.
- (iii) Los mandamientos del Derecho son elementales, pero el Derecho no tiene aptitud para contener o detener una guerra o conflicto con nombre semejante. La política hace al Derecho, motivo por el cual la decisión máxima es, al mismo tiempo, un esbozo de salvación. Se debe ejercer una

²⁵ Arriba, en el cuerpo principal, se desarrolla la afinada acuñación semántica anticipada por Valadés, Diego: “¿Qué hacer con la Constitución?”, en *Reforma*, México, 2 de febrero de 2016, disponible en www.reforma.com/aplicacioneslibre/editoriales/editorial.aspx?id=81220&md5=05567a7fe830663d1a4b14d63064c495&ta=0dfdbac11765226904c16cb9ad1b2efe&lcmd5=2ebc84d163eeaf4cb937892081ba9526, consultado el 17/7/2017.

rebelión cotidiana y ecuménica contra la guerra: la rebeldía humana se expresa con “un hombre que dice *no*”²⁶; en este caso, “*no* a la guerra”. Hay que detenerla.

(iv) Negarse a la guerra, repudiarla con energía y sin desmayo, significa abrir la existencia de la paz.²⁷

(v) El Estado constitucional es un estado con leyes sociales. Estas últimas, por intermedio del paradigma “constitución”, confieren su ordenación y fundamento básico. El Estado constitucional, fundado en una ley fundamental, puede prescribir, apropiadamente, los procesos para alcanzar, afianzar y desarrollar la paz comunitaria.

§ 3. Fundamentación constitucional del Estado

3.1. *Afirmación capital*

Todo “Estado constitucional”²⁸ se integra con 4 elementos: dos naturales (territorio y población) y dos no naturales (poder y constitución). En el Estado constitucional todo su Derecho debe ser Derecho autorizado y/o validado por la norma fundamental de su orden coercitivo puesta en el mundo por el poder constituyente que se debe ejercer, siempre, en representación de la ciudadanía; caso contrario, si no fuese ejercido en el escenario antedicho –la representatividad de la ciudadanía–, no se trataría de un orden que ejerciese cohesión y unidad en la comunidad, dado que se fundaría en una pura autocracia sin representación.

²⁶ V. Camus, Albert: *L'Homme révolté*, Paris, Œuvres, Gallimard, 2013, p. 854.

²⁷ La Costituzione della Repubblica Italiana de 1947 contiene una preciosa regla sobre la materia. Se ordena en el artículo 11: *L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*. Sobre el particular se puede leer, Celotto, Alfonso: *Costituzione Ragionata*, Roma, Nel Diritto Editore, 2016, p. 11-12.

²⁸ Bonavides, Paulo: *Curso de Direito constitucional*, 26ª ed., São Paulo, Malheiro Editores.

3.2. *La constitución, cuarto elemento del Estado*

Con tales precisiones, conviene considerar con firmeza que la constitución no es un ente perdido o que se le pueda desgajar para su conocimiento científico. Eventualmente, se le puede recluir para beneficiar un estudio dogmático y describir sus propiedades inherentes; se trata, pues, de una “comprensión interna”. Empero, paralelamente, se puede completar una “comprensión externa”: la modalidad concreta que asume el ente constitucional, el artificio o artefacto, para fundamentar al Estado.

3.3. *Las reglas constitucionales*

Teóricamente, desde dicha comprensión externa, el Estado podría quedar fundado por apelación a cuatro principios o reglas: subordinación, variación, distinción y acción. Ninguna de estas reglas o principios posee una realización absoluta; por eso son reglas “inacabadas” o reglas de realización progresiva, o reglas de realización relativa.²⁹

Los cuatro principios o reglas que surgen de la constitución reconocen una elaboración o factura inacabada, pero siempre por su regía vía se intentará fundamentar la regulación del Estado y/o la limitación de su poder.

3.3.1. *Regla sobre la subordinación*

La regla sobre la subordinación jurídica del Estado por intermedio de cada uno de los despliegues que la constitución dispone (supremacía normativa; relación con el Derecho internacional de los Derechos Humanos –DIDH–; control de

²⁹ No asumo la distinción fuerte y débil, respectivamente, entre principios y reglas. Nótese: no significa que la distinción no posea entero fundamento; simplemente, es preciso señalar que tiene un alcance y contenido explicativo bastante más reducido del que comúnmente se le asocia, dado que la mayor parte de los principios, tendencialmente, se comportan como las reglas, porque también son “Derecho sobre Derecho”, portadores de sana normatividad. Sigo, en general, la consistente tesis de Luigi Ferrajoli, expuesta en “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 11-50.

constitucionalidad y rigurosa juridicidad) persigue establecer la certeza, es decir, el “conocimiento seguro” por parte de la ciudadanía y los servidores públicos sobre la determinación del campo dominado por el Derecho y del otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas. Los ciudadanos y los servidores públicos deben realizar el Derecho de la constitución.

Con los alcances de sus prescripciones jurídicas, inevitablemente, hacen presuponer o representar que la certeza en el mundo estatal –pasado, presente y sobre todo porvenir– queda afianzada, se encuentra ligada, en fin, subordinada a una regla artificial: la constitución, que no tiene nada de orden metafísico. La certeza siempre es “... certeza de alguien respecto de algo”³⁰; en nuestro caso, nada más y nada menos que del hombre sobre el orden jurídico que fundamenta al Estado.

Gracias al empleo de la regla sobre la subordinación y sus despliegues, toda la vida comunitaria –la ciudadana en libertad y las tareas de los servidores públicos– debería quedar dominada por la ordenación constitucional. Aunque la certeza que puede alumbrar la normatividad constitucional no alcanza a constituir por sí misma y en su integridad todo un proceso de paz social, la previsibilidad congénita que arraiga la propia subordinación que establece la constitución para el resto del orden jurídico, sin dudas, favorece a su instauración y a su mantenimiento.

3.3.2. Regla sobre la variación

La constitución contiene una certidumbre: que su escritura metódica sólo podrá ser expandida, contraída o revisada, por el propio proceso detallado en su texto. Autoriza un solo lenguaje posible, por intermedio de un modelo autorreferente. El propio proceso de su cambio formaliza, sin temores, que la constitución puede ser reformada, con el debido respeto de sus determinaciones precisas, que nunca pueden ser entendidas como epístolas inútiles. De este modo, el artificio constitucional

³⁰ Bunge, Mario: *Diccionario de Filosofía*, “Certeza”, México, D.F., Siglo Veintiuno, 2001, pp. 213-214.

arraiga y afianza la estructura del Estado, al permitir el cambio de la regla suprema, que no es la copia ni imitación de ningún ente u objeto perfecto e ideal. Por eso corresponde habilitar la propia metamorfosis de la constitución.

Fuera de la canalización dispuesta en la constitución, no hay cambio autorizado. La autoridad creada por la constitución no debe disponer cambios fuera del proceso político y jurídico prescrito en la suma regla. El cambio es una posibilidad enorme en la vida de los hombres. Arraigar, entonces, el cambio constitucional a un proceso clave e indispensable consagrado, en modo autorreferente, también confiere certeza en las relaciones humanas.

Las bases que surgen de las previsiones sobre reforma constitucional no eliminan la irracionalidad. Sí confieren certidumbre a la variación normativa. Cambiar, con arreglo a reglas predisuestas, disuelve la ley del más fuerte o la fuerza bruta, que, conjunta o separadamente, desalientan cualquier proceso de paz por la violencia congénita y sin regulación que portan y transmiten.

3.3.3. Regla sobre la distinción de funciones

Para construir y mantener jurídicamente a esa personalidad colectiva que se apoda “Estado”, inevitablemente, unos hombres tendrán que dar órdenes, encontrarse facultados para mandar con atribuciones suficientes, y otros deberán obedecerlas, ya sea por leal convicción, o por otro motivo que influya y determine el estado de dominación.

El poder se distingue en “constituyente” y “constituidos”: Derecho constituyente y Derecho constituido. La constitución es producida y concretada en los “momentos constituyentes”; el resto de las reglas jurídicas de alcance general son creadas por el Congreso federal o el departamento ejecutivo; excepcionalmente, por el poder judicial.

En el seno de la constitución, la división horizontal del poder tiene lugar en la casa republicana: departamentos precisos, con

atribuciones excluyentes y bien determinadas, que se encargan de la producción o realización del Derecho.

La división vertical del poder tiene lugar ya sea por la vía del federalismo o del unitarismo; Brasil y la Argentina, por ejemplo, son modelos federales. Colombia, Paraguay y Ecuador instituyen modelos unitarios.

La división del poder, en el Estado constitucional, constituye la regla organizativa fundamental. Al mismo tiempo, se ha observado que si la premisa antropológica es la “dignidad humana”³¹, su consecuencia organizativa debe ser la democracia. Desde que no existe democracia sin división del poder, entonces, la vinculación es evidente. En los términos postulados, la regla sobre la división del poder justifica la existencia del Estado constitucional. Sin embargo, dividir el poder, desconcentrar las funciones y diseñar controles no asegura un proceso de paz. Por ello, la regla sobre la distinción de funciones y la correlativa generación de controles entre órganos –concretamente, una “gramática” del poder estatal– tiene por inocultable finalidad contribuir a la consecución de lo que cotidianamente parece imposible, o digno de una de las más fantásticas de las utopías: someter el poder al cumplimiento de reglas de juego jurídicas preestablecidas y, con ello, a una expectativa de concentración, regulación y administración de la violencia. Dentro del marco propiciado por la regla de distinción, se genera la ilusión de que no debería existir fuerza desregulada; empero, todos saben que allí donde existe un poder puede existir, también, un servidor dispuesto a ejercer una fuerza estatal no disciplinada por normas jurídicas. Así, la paz cuenta más como una utopía. Porque, allí donde existe un poder constituido, usualmente, existe un servidor público bien decidido a su abuso y corrupción, ya sea por la violación del orden de cosas constitucionales instituido o por apelación al estado de excepción o emergencia.

³¹ Häberle, Peter: *El Estado constitucional*, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 193.

3.3.4. Regla sobre la acción. Derechos fundamentales

Las constituciones pretenden sostener y conferir validez a los órdenes jurídicos que se generan a partir de ellas. Todas las constituciones tienen un legajo importante o inmenso de derechos fundamentales a los que se les confiere reconocimiento. Los derechos fundamentales insertados en las constituciones son líneas significativas para la acción estatal y ciudadana. Así, al trazar las líneas de acción respectivas, una paz interna comunitaria fundada en el desarrollo de los derechos fundamentales puede significar la negación de la violencia sin regulación ni disciplina en una comunidad organizada.³²

Concebir de este modo a los derechos fundamentales significa que ellos son derechos subjetivos; empero, también, normas objetivas del orden que disciplinan y sostienen. La comprensión objetiva de los derechos fundamentales los emplaza, objetivamente, como líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal para la consecución, mantenimiento y desarrollo de una coexistencia comunitaria en paz.

Veamos una descripción jurídica. La Constitución de la Argentina reglamenta los derechos fundamentales, básicamente, en: (a) su *Primera Parte, Capítulo Primero: “Declaraciones, derechos y garantías”*; *Capítulo Segundo: “Nuevos Derechos y Garantías”*; y (b) su *Segunda Parte, Título Primero, Sección Primera, Capítulo Cuarto: “Atribuciones del Congreso”, art. 75, inc. 22*³³). Sin lugar a dudas, la nomenclatura constitucional

³² Las tesis sobre los derechos fundamentales como directivas básicas del orden jurídico fue adelantada y desarrollada por el autor. V. Ferreyra, Raúl Gustavo: Enfoque sobre el mundo jurídico. Constitución y Derechos Fundamentales”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 11, n° 21, Academia. pp. 243-282. Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2013.

³³ Por intermedio de la reforma constitucional de 1994 se dispuso en el art. 75, inc. 22: “... Corresponde al Congreso (...) inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de

citada, constituye la directiva fundamental para que los poderes constituidos, en ejercicio de sus tareas inherentes, determinadas y específicas, pueden lograr el afianzamiento de la paz social.

3.4. Con forma de inventario

(i) Los animales se encuentran en el mundo; probablemente sean “felices mientras tengan salud y suficiente comida”³⁴. El hombre, en forma bien diferenciada y distinguida de aquéllos, pretende la comprensión y segura observación mundana. El hombre, con la guía de su razón siempre imperfecta y el respaldo en su experiencia siempre susceptible de verificación, intenta ejercer y desarrollar cierto tipo de dominio sobre el mundo para que éste sea, quizá, más acogedor y también objeto de transformación. La naturaleza, en suma, configura un mundo dado o presentado al

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. A su vez, la ley 24.820 –publicada en el BO del 29/5/1997– otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución federal. Por su parte, la ley 25778, publicada en el BO el 3/9/2003, otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por ley 24.584. Por su parte, la ley 27.044 publicada en el BO del 22/12/2014 dispuso otorgar jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). En consecuencia, hoy son 14 los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional.

³⁴ Russell, Bertrand: *La conquista de la felicidad*, Barcelona, De Bolsillo, 2003, p. 21.

hombre; éste, con sus invenciones y descubrimientos científicos, artísticos, intelectuales o tecnológicos trata o intenta, en general, de mejorar las condiciones iniciales al construir otros “mundos artificiales”³⁵. El Estado, el Derecho y la constitución son entes artificiales; también, naturalmente, la asociación que da lugar a la mancomunidad: “Estado constitucional”.

(ii) Cada Estado tiene una historia detrás y cada historia estadual es única. Para la existencia de la vida de los hombres una forma de ordenación es absolutamente necesaria para el control responsable de la paz, aunque esa forma no imponga necesariamente un Estado.

(iii) El artificio constitucional constituye el cuarto elemento del Estado. Se ilustra un enfoque original: la conexión de la constitución con el ente que fundamenta, el Estado. Significativamente, el Derecho que emana de la constitución, o cuya validación ella con la más alta jerarquía promueve y protege, comprende el cuarto elemento, definido o caracterizado como fundamental del Derecho del Estado.

(iv) En el Estado ordenado con fundamentos en una constitución, su constitucionalización nunca es cabal ni totalizadora. Las reglas constitucionales que fundamentan al mencionado Estado prescriben con bastante suficiencia: la subordinación certera de su orden jurídico, la autorización detallada para su cambio formalizado, la distinción de las funciones controladas de sus poderes gubernativos y notable literatura sobre la acción de sus derechos fundamentales. Tales reglas constitucionales, al fijar determinados procedimientos singulares, cumplirían la función responsable de la más alta alcurnia, atribuible a los procesos jurídicos: alentar la paz. Precisamente, en principio en el Estado constitucional, la constitución cumple un rol eminentemente procesal, porque la tensión entre individuo y Estado, el conflicto entre ciudadano y autoridad, imposible

³⁵ Bunge, Mario: *La ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1977, p. 9.

de resolver con rasgos definitivos, se disuelve a favor de determinados procedimientos que subordinan la actuación estatal al Derecho de la constitución.

(v) En las letras anteriores no persigo un tipo ideal de estado constitucional. Sólo guardo la expectativa de que la descripción del “modelo normativo determinado” pueda ser objeto ulterior de una ampliación y tipificación, por ejemplo, en América del Sud.

§ 4. Epílogo

Primero. Suele creerse que la lengua del Derecho constitucional alcanza una condensación más elevada o será mejor identificada por las ordenaciones que se prescriben en su “expreso y propio decir (lo que explícitamente ordenan), que por el mundo que espacialmente se encuentra fuera de ellas, que queda sin el gobierno de las prescripciones de su fluir lexical; esto es, sin dicción constituyente, el mundo no jurídico. Por mi parte, sostengo la lengua del Derecho constitucional puede ser un código para la paz. Su texto o escritura es la literatura seglar³⁶ de los ciudadanos que integran el pueblo de la comunidad estatal. La lengua escrita del Derecho constitucional es fundamental: marca precisamente el ámbito de actuación de los ciudadanos y servidores públicos. La referencia del Derecho constituyente del Estado se encuentra allí: dentro de los 4 márgenes que contienen las letras constitucionales. La lengua prescriptiva de la constitución no es una flor a disposición semántica del servidor público. El único fruto jugoso y robusto del Derecho constitucional surge, en el preciso momento, en

³⁶ Los enunciados normativos siempre conducen al ciudadano o servidor público a un sitio de mayor reverencia o menor “religiosidad”. La Constitución de Francia de 1958, en su art. 1, define con sobriedad y rotundidad eminente la tajante separación entre “la Iglesia y o cualquier culto religioso” y el Estado constitucional: “*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale*”. Resulta innecesario mencionar mi elección por esta fórmula normativa tan preciosa. He aprendido que “los estados de cosas vitales” deben ser pronunciados al comienzo de cualquier discurso; en tales condiciones, pues, a la laicidad del Estado, la cabecera, le corresponde por derecho propio.

que con voces propias, ciudadanos y servidores cumplen y realizan sus órdenes. Pensar que el lenguaje para la ordenación comunitaria no se encuentra, en esencia, en la constitución, significa colocar a la ciudadanía colgada del barranco de polvo y piedra que maneja la autoridad despótica y arbitraria.

Segundo. El Derecho constitucional fundamenta al Estado y debe cumplir un servicio supremo: con sus procesos formales, debe articular y mantener el constituyente supremo de la paz. Porque sin paz no habrá ni libertad ni justicia.

Tercero. Hay palabras con las que nadie desea quedar nunca ligado, por ejemplo, “guerra”, “terror”, “racismo”, “muerte”, “contaminación”. Sin embargo, hay otras que generan el deseo de que todas las personas se encuentren inclinadas a discurrir sobre ellas: “tolerancia”, “maternidad”, “protección ambiental” y, por supuesto, “paz”. Con excepción de algunas teocracias islámicas o algunos jeques asiáticos, resulta imposible encontrar un sistema de ordenación estatal que no pregone, no programe, no estimule o de cualquier forma rinda pleitesía y tributo a la paz; aunque ello, desgraciadamente, en la vida cotidiana no suceda. Sin embargo, debe admitirse, que, en paralelo, hay Estados que pregonan la paz pero declaran la guerra e invaden países nuevos cada año; justamente, buscan reforzar su propio poder imperial y maximizar la concentración de la riqueza de bienes yacientes o a crearse, aunque pregonen otra cosa y quieran hacer creer que se encuentran en posesión de la razón absoluta, cuando en realidad con sus ideas y máquinas desarrollan una ideología bélica y asesina.

Cuarto. Reproduzco una cita que siento irresistible, perteneciente a Aleksandr Herzen: “con la violencia y con el terror se difunden religiones y políticas, se fundan imperios autocráticos y repúblicas inescindibles, con la violencia se puede destruir y despejar el lugar, nada más”³⁷. Obviamente: me refiero a una violencia sin legitimación ni regulación, tal como se esboza más arriba en la sección §2; concretamente: el “No Derecho”. Por

³⁷ Herzen, Aleksandr L.: *A un vecchio compagno*, Turín, V. Strada (ed.), Eunadi, 1977, p. 6.

eso, corresponde aquí insistir: el Derecho es instrumento para instituir y conservar un determinado orden del Estado. Fuera de la fundación o desarrollo del Derecho en la regulación del orden estatal, solamente, queda una esfera sin Derecho, puramente la anarquía de la violencia sin domesticación.

Quinto. La violencia sin regulación ni administración se acerca más y más a una suerte de “sepulturera de la historia”³⁸. La paz es una conquista; por lo cual, una vez conquistada, habrá que desarrollarla y mantenerla, porque se la puede perder nuevamente.

Sexto. Erasmo de Róterdam, uno de los “pensadores mayores” en toda la historia de la humanidad, creyó que la paz se encontraba en la naturaleza. Asustado por el flagelo de la guerra, escribió probablemente hace casi 500 años un encomio con cita de Silio Itálico: “Paz, la mejor de las cosas que la naturaleza dio al hombre”³⁹. Juzgo que es una lástima imperecedera que la concordia no se encuentre en la naturaleza o en la condición natural del hombre como propuso Erasmo, dado que la naturaleza de la paz es artefactual, un objeto de creación totalmente humana. Eso sí: estoy convencido y comparto con el genio humanista citado de que es el mejor de todos los estados de cosas en el que puede desarrollarse la existencia vital de los hombres.

Si maldito ha de ser el que sea que haya inventado la guerra⁴⁰, sin postular ninguna moral objetiva, deberían ser “benditos” quienes procuren su ausencia o su finalización. El *Homo sapiens*, como especie animal, tiene una edad aproximada de 2.500 siglos, aunque los cimientos de sus progresos en los últimos cinco han sido posiblemente muy superiores que

³⁸ Bobbio, Norberto: *El problema de la guerra...*, ob. cit., p. 20.

³⁹ V. Erasmo de Róterdam: “Querella de la paz. De cualesquiera pueblos echada y derrotada”, en *Obras escogidas*, Buenos Aires, Aguilar, 1964, p. 972.

⁴⁰ Marlowe, Christopher: *Tamburlaine the Great*, Part. I, Act II, Scene IV, “Accurs’d be he that first invented war”, disponible en http://www.gutenberg.org/files/1094/1094-h/1094-h.htm#link2H_4_0010, consultado el 18/7/2017.

durante los 2.495 anteriores. El desarrollo, perfeccionamiento y expansión de la escritura ha sido fenomenal para depositar y transmitir conocimientos. Pese a ello, sigue vigente el problema inflexible y espantoso: “¿Hemos de poner fin a la raza humana, o debe la humanidad renunciar a la guerra?”⁴¹. No hay oposición más radical e inspirada; la continuidad de la vida del hombre podría alentar un mejoramiento de las condiciones sobre su frágil existencia, porque su opuesto –el conflicto armado–, por conocido, no deja de contener nuestra rebelión hacia sus estremecedores resultados: cadáveres, violaciones, torturas, desplazamientos, pobreza y exclusión.

Séptimo. Antes de la caída del telón para este ensayo deseo recordar otra vez a nuestro humanista: “Solamente al animal humano fuele dada la palabra, principal conciliadora de amistades”⁴². Cuánta afinidad con los propósitos de este texto en el que la escritura intenta fundirse con el análisis jurídico. No hay nada subrepticio en este escrito. Apenas palabras que intentan ordenarse hacia la paz⁴³. La paz de una República, con sus ciudadanos entregados a la benevolencia mutua y a la concordia emergente de los significados racionales de sus palabras.

Octavo. Pretendería que mis palabras, a falta de cualquier otra consideración, fuesen interpretadas bajo el sello de una sola posesión e intransigencia: sublevación total, insubordinación completa, desobediencia absoluta y rebelión terminante contra la guerra o cualquier conflicto armado o semejante, interno o externo, que cancele la vida humana, como lo hizo y lo hace el

⁴¹ V. Russell, Bertrand; Einstein, Albert et al.: *Manifiesto Russell-Einstein...*, ob. cit.

⁴² Erasmo de Róterdam. “Querrela de la paz. De cualesquiera pueblos echada y derrotada”, ob. cit., p. 968.

⁴³ La lengua puede ser herramienta para la paz; empero, el poder de la lengua, también, se puede emplear para la guerra. De hecho, lamentablemente, la última conjetura la realidad la confirma todos los días. La existencia humana es breve, finito, siempre precedera por la misma materialidad del nacimiento del hombre. Las preguntas sobre la naturaleza del tiempo nos sobrecogen ante la maldición de la guerra. El tiempo constituye la estancia intermedia entre la inescrutable inexistencia de la nada y la desgarradora incerteza e inhospitalidad de la eternidad; por tanto, la guerra desarrollada en el tiempo de la existencia determina al hombre frente a la crueldad que le deparará la nada.

encuentro violento, la beligerancia armada entre los hombres. Por todo ello, este texto puede ser acusado de parcialidad, ya que mi rebeldía contra la guerra no tiene cura ni conciliación racional.

Noveno. Todos los objetos tecnológicos inventados por el hombre poseen un “manual de usuario”. La constitución del Estado resulta también un objeto tecnológico que, sin embargo, no contiene un manual de uso, porque ella misma es el “manual del ciudadano” para el desarrollo y mantenimiento de un constitucionalismo en procura de paz.

El Estado constitucional, quizá, signifique una ideación infinitamente más potente que su apropiada concreción en la realidad política comunitaria. Sin embargo, para vivirlo a pleno hace falta, entre otras actividades, la pura pedagogía constitucional. Hace años se ha dicho que una “constitución no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Estado constitucional”⁴⁴. En ninguna de las líneas anteriores apelé al juego de palabras, porque juzgo relevante la cruda descripción, sin la complaciente veneración en que incurren ciertos intérpretes que creen posible un inexistente culto oficial a la constitución, olvidando la más genuina posibilidad entregada por la “sociedad abierta”⁴⁵: o todos realizamos el Derecho constitucional, o el Derecho constitucional es simplemente una nueva forma arbitraria e irracional de dominación. Tampoco ahora jugaré con las palabras. Bastará, por eso, una afirmación, con igual pureza teórica que la perseguida en la sección 2: sin constitución, no hay Estado constitucional, porque las cuatro reglas aquí reportadas fomentan la ilusión de que los ciudadanos sean efectivamente iguales en libertad y el poder constituido constituya una zona de competencias limitadas sometidas al control racional.

⁴⁴ Loewenstein, Karl: *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 161.

⁴⁵ Häberle, Peter: “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, n° 11, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008, pp. 29-61.

El Estado constitucional representa a la comunidad política soberana. Él mismo es un ente autorreferente. La regulación, administración y planificación de la fuerza del ente estatal se realiza por intermedio de un orden jurídico, que desde su primacía muestra una constitución, instrumento que debería contener la decisión formalizada, incontestable y unida de los ciudadanos que integran el pueblo. La constitución, por tanto, define un sistema de poder excluyente para toda la comunidad. Una ordenación que resuelve, jurídicamente, la validez de la totalidad de las normas que se le subordinan y que nacen en la fuente estatal. A su vez, el orden constitucional también decide la autorización para la aplicación eventual de las normas que provienen de fuente extranjera y, por ende, se las emplace en la cúspide del sistema estatal. La apuesta por este tipo o modelo de orden constituyente del Estado implica, además, la negación de cualquier otro orden que pretenda afectar su supremacía lógica, que siempre existirá en la realidad política, porque se trata de una trama insuperable. En suma, el proceso de disciplina, regulación y aplicación de la violencia, en este tipo de Estado, se decide, básicamente, por el instrumento constitucional. Con la configuración de este poder constitucional, el presupuesto primero de la comunidad política, la paz, lograría un criterio de razonable efectividad, a condición de que los ciudadanos participen activamente en el nacimiento, en el desarrollo y en la profundización de tal constitucionalismo.

Décimo. La conservación de la existencia de la vida humana configura la idea principal que desarrollo en estas escrituras. Para ello, la eliminación radical de la guerra constituye “nuestro problema supremo”⁴⁶. No existe ninguna otra idea que tenga mayor supremacía a la expuesta. Por de pronto, aquí, no se concentran soluciones. Sí, juiciosamente, directivas básicas para la edificación de la vida comunitaria en paz. Dentro de ese panorama, todas las constituciones de cada uno de los Estados de América del Sud poseen piezas muy interesantes para la

⁴⁶ V. Kelsen, Hans: *La paz por medio del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 47.

construcción duradera y estable de una paz relativa en cada comunidad.

Nótese que se ha sobrestimado respecto de la utilidad de nuestras constituciones. Ellas, con sus textos genuinos, no deberían contener ni presuponer ningún acto de magia; al contrario, por lo general, sus prescripciones deben elaborarse y enfrentar, dado que los sudamericanos no estamos solos en el mundo, a poderes hegemónicos, salvajes y planetarios, portadores de perturbadoras ideas neocoloniales⁴⁷ que solamente pretenden más dominación y más injusticia. Nuestras constituciones deberían quedar enteramente libres del mito y la metáfora. También, por supuesto, de la plegaria y de la magia. Así, quedaría más libre el camino para la discusión racional y el diálogo, aunque, desde luego, el pesimismo debería aumentar si se ha de conjurar a la hegemonía del neocolonialismo.

El mejor modo para preparar el presente e iluminar un porvenir reside en disponer de la lucidez suficiente para actuar con energía y reunir, definitivamente, la idea ciudadana de que las constituciones, en principio, son “manuales para una procura de paz relativa comunitaria”. Ciertamente, la vida política de cualquier comunidad se desenvolverá, siempre, sobre un imaginario de conflictos ciudadanos, cuya totalidad jamás serán resueltos por completo. Quizá, entonces, pueda parecer poco ambicioso postular un “constitucionalismo ciudadano” que simplemente procure una paz relativa. Por amor a la verdad, pienso que es una condición necesaria para la existencia de la vida humana con dignidad. La necesidad, pues, de este tipo de “constitucionalismo ciudadano” nos permite ilusionar en procedimientos para evitar y regular los conflictos. Puede ser criticado, con rigor, porque no enfrenta con decisión a la desigualdad, cuya persistencia o aumento corroerá las mínimas bases de la paz social. Pero no podrá decirse sobre él que no autorice a que cada ciudadano es cuanto individualidad insobornable, cuya

⁴⁷ V. Zaffaroni, E. Raúl: *El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo, 2015, pp. 24-25.

presencia erguida y sin encoger ilumina la medida de todas las cosas que son y de las cosas que serán; me refiero, concretamente, a los estados de cosas constitucionales que presuponen la paz. Ciudadanos que decidan a la luz del día, condición básica para llevar su propia existencia en paz.⁴⁸

La paz comunitaria es el resultado de la sujeción de los ciudadanos a la fuerza regulada e irresistible, encerrada y dispuesta por el orden instaurado por el artificio constitucional. No hay nada natural en esto, porque es todo es obra de un artefacto, la constitución. Sin embargo, constituye un segundo paso del constitucionalismo ciudadano la escandalosa, escalofriante, perversa e inhumana desigualdad que afecta a los ciudadanos de la abrumadora mayoría de los Estados sudamericanos, respecto de la riqueza y los bienes (yacentes y creados), la cual privilegia con injusticia a una notable, reducida y escogida minoría⁴⁹.

⁴⁸ La tesis sobre la igualdad fue desarrollada y fundada por el autor. V. "Gobernar es igualar. Isonomía, igualdad de oportunidades y justicia social en la Argentina". *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 14, número 28, 2016, pp. 185-227. Buenos Aires, Argentina. Este ensayo sobre la paz comunitaria, ciertamente, se vincula con el citado estudio sobre la igualdad y en algún sentido erigir un lenguaje constituyente, con voz propia, dentro de la teoría constitucional. Obviamente, ambos textos se empalman y complementan.

⁴⁹ El "Preámbulo" de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1919) sintetiza, en un texto difícil de superar por su hondura y su extremo cuidado, la ligazón entre coexistencia pacífica e inclusión social. Así, se lee y aprecia: "*Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social...*". En 1944, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia en su 26ª reunión, adopta, la *Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros*. Allí, en el apartado II) se dispuso: "*La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma que: (a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; (b) el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional; (c) cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental; (d) incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero;*

Si no se pretende quebrar la armonía y el equilibrio de la paz alcanzada como presupuesto fundamental del constitucionalismo, se deberá enfrentar el problema de la desigualdad. Porque el contra-paradigma de la desigualdad en los bienes y en la riqueza dibuja e instala una diversidad que tarde o temprano, siempre, termina por estallar en detrimento de la paz alcanzada, aquí, con injusticia social.

En las líneas anteriores quizá existe un germen de verdad. Si fuese así, será porque alguna razón y experiencia me pueden alumbrar en la existencia cotidiana, al igual que a todos los hombres, dado que son las fuentes del conocimiento científico. Nada de lo sostenido reposa en la fe.

No hay explosión más insensata que la ausencia de la paz. No hay experiencia más atroz que la guerra. La negación de la paz deshumaniza a los hombres y los convierte en ineptos para una existencia con vida digna. Sin paz, la Tierra se convierte en un sitio carente de hospitalidad. El mal que causa la guerra, la disputa bélica duradera y desalmada, resulta incurable y de imposible perdón. Siempre coloca al hombre en un camino sin fin.

La perspectiva laica desplegada en esta pieza posee un arraigado sentido del límite, porque no creo en ninguna divinidad providente metafísica de la paz y que cure al hombre del mal de la guerra. La experiencia de esta última vuelca al hombre como un ser incivilizado, enfermizo, marchito, nulo y efímero. Intuyo, por eso, que únicamente la paz puede atesorar la verificación y consagración de la hipótesis o afirmación capital: la concreta posibilidad de llevar adelante un plan de existencia de vida digna con cognición suficiente, en este tiempo y espacio de nuestro mundo.

y (e) al cumplir las tareas que se le confían, la Organización Internacional del Trabajo, después de tener en cuenta todos los factores económicos y financieros pertinentes, puede incluir, en sus decisiones y recomendaciones, cualquier disposición que considere apropiada". (El autor agradece a Mario E. Ackerman su valiosísimo comentario respecto de las normas de la OIT y su relación con la paz y la justicia social).

Así pues, la noción que echo a andar ciertamente concentra una expectativa de generalidad para América del Sur: la constitución, pese a ser nuestro único relato imperfecto, configura el único artefacto contundente que con sus procesos orientados a la paz puede dar respuesta a la evitación de la guerra, un mal que arroja al hombre al mundo como un mero ente bípedo, irracional, inexperto e implume. No es un misterio: nuestra única “providencia” es la constitución y sus procesos, cuya religiosidad –“exactitud en hacer o cumplir algo”– acerca a la paz al hombre y a la comunidad que cada uno de ellos, con soberana individualidad, debe determinar y merece su inclusión sin discriminación arbitraria.

Una retrospectiva científica¹

*Peter Häberle*²

Prólogo

Esta retrospectiva científica surge a partir de la propuesta de una nueva revista latinoamericana. De todas formas, el autor no quisiera escribir una “autobiografía” del estilo habitual, tal como lo ha hecho durante décadas en su calidad de editor del “Jahrbuch des öffentlichen Rechts” para otros autores. Por cierto se infiltran en todos los trabajos científicos elementos autobiográficos, en especial si se trata de un autor de edad avanzada. Algunas cuestiones ya se expresaron en las “Pädagogische Briefe an einen jungen Verfassungsjuristen” (2010, dos ediciones posteriores en lengua española). Lo mismo vale para la colección de entrevistas a este autor, que muy amablemente publicó el colega *D. Valadés* (Conversaciones Académicas con Peter Häberle, 2006). Asimismo ha sido productivo el escrito a cargo de *D. Valadés*: “Peter Häberle: Autorretrato de un jurista universal a los ochenta años de edad” en: Memoria del Colegio Nacional, 2014, pp. 311-325. También el intento que sigue es solamente un mosaico en una larga vida dedicada a la investigación.

¹ La traducción fue realizada por Irene Weinmann de Knoop, Traductora Pública de Alemán (Universidad de Buenos Aires) y la Lic. Sylvia Lenz, Docente de la Facultad de Ciencias Sociales (Universidad de Buenos Aires).

² Doctor en Derecho por la Universidad de Friburgo. Catedrático en las Universidades de Friburgo, Mannheim, Marburgo y Bochum. Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejerce actualmente sus tareas docentes e investigadoras. Publicó más de 50 libros sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía del Derecho y temas afines y cerca de mil artículos, ensayos y notas en libros colectivos, revistas y periódicos de Alemania y del extranjero. Doctor honoris causa múltiple en Universidades europeas y latinoamericanas, entre ellos por la Universidad de Buenos Aires.

La primera palabra es un agradecimiento: a los maestros y mentores del autor, que lamentablemente ya han fallecido: a *K. Hesse* y *H. Ehmke*, a *G. Dürig* y *J. Esser*. En el transcurso de los años, el autor debe lo fundamental a estas grandes personalidades, o mejor dicho, a sus conocimientos, a raíz de los cuales hoy han alcanzado el status de “clásicos”.

I. La garantía del contenido esencial del art. 19, inc. 2 GG³

La tesis de Friburgo, cuya primera edición data de 1962 y la tercera de 1983 –en la actualidad traducida a varias lenguas– puede caracterizarse de la siguiente manera a partir de sus postulados principales: la teoría del doble carácter de los derechos fundamentales (la dimensión subjetiva y de derechos individuales y la dimensión objetiva e institucional), la idea de la “función social” de los derechos fundamentales, así como la irrenunciable configuración ajustada a un modelo ideal de *todos* los derechos fundamentales realizada por el jurista democrático. La así llamada teoría del contenido esencial absoluta (“nodal”) y la relativa (principio de proporcionalidad) se conectan entre sí. Entre tanto, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales ha hecho carrera casi a nivel mundial: como “garantía de contenidos nodales” en Suiza, como garantía de la “sustancia” en muchas constituciones más antiguas y más nuevas, por ej., en Europa del Este, en Serbia (2006) y por último en Túnez (2014). También la jurisprudencia se preocupa en muchos países por la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional de Austria, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Este primer libro del autor en 1962, ha sacado provecho de esto. También hay que recordar la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Carta Magna europea (2000): art. 52, inc. 1.

³ Grundgesetz: Constitución alemana

II. El interés público como problema jurídico

La disertación⁴ de Friburgo de 1970 (2ª edición 2006, 3ª edición en formato de e-book, 2015) debería ser en primera instancia un tema de comprensión práctica. Con numerosos análisis de legislaciones y jurisprudencias, el autor intenta acercarse al viejo concepto del bien común, más precisamente del interés público. De esta manera se elabora una tipología del bien común que indaga en qué contexto aparece el topos “interés público” en muchas leyes (por ej. como circunstancia de competencia o como circunstancia excepcional). Lo mismo vale para el análisis pormenorizado de la “jurisprudencia del bien común” en muchos tribunales. Se propone la siguiente tesis: “salus publica e processu” (logro del bien común a partir de un proceso pluralista), lo cual últimamente ha sido adoptado con frecuencia. Trasfondo de esto es la teoría del bien común pluralista de autores como *E. Fraenkel*, un clásico. Se trata de una “analogía del bien común” así como del interés público como topos pretoriano utilizado de manera “libre” en la jurisprudencia. Aquí ya se vislumbra una teoría de lo público, que se refiere en especial a la administración pública (puesta en práctica, en parte, en las nuevas leyes sobre la libertad de información): la administración se vuelve pública.

III. Los derechos fundamentales en el Estado prestacional

Esta colaboración para la jornada sobre teoría del derecho público en Ratisbona en 1971, publicada en 1972, fue en su momento un riesgo. Correspondientemente controversial fue la muy fructífera discusión, que puede leerse en VVDStRL⁵ 30 (1972), p. 43 y ss. Innovaciones significativas para aquellos

⁴ En el original “Habilitationsschrift”: Disertación escrita con la que se obtienen los méritos académicos para acceder a una cátedra en la universidad.

⁵ „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“: publicaciones de la asociación de profesores de derecho público alemanes.

tiempos son: *todos* los derechos fundamentales son derechos fundamentales sociales en sentido amplio, los derechos fundamentales deben mostrar su eficacia, no solo ser resguardados. Se trata de las reales condiciones para el uso de los derechos fundamentales, una realización óptima de los derechos fundamentales. De gran ayuda resulta la novedosa noción de “política de los derechos fundamentales”. La teoría del status de *G. Jellinek* se debe poner “patas arriba”, es decir que se debe comenzar por el “status activus” del ciudadano. En el Estado prestacional se lo debe complementar con el “status activus processualis”. Esta idea de los derechos fundamentales como proceso se ha extendido en diversos escritos y hasta en el BVerfG⁶ (cf. con el voto en disidencia de Simon y la propia jurisprudencia del BVerfG). La teoría de la protección de los derechos fundamentales a través de la organización y los procedimientos, es hoy en día un aspecto fundamental para una interpretación *multidimensional* de los derechos fundamentales también fuera de Alemania. En ese entonces resultó novedosa además la teoría de los “deberes relativos a los derechos fundamentales” a cargo del Estado y de la “salvedad de lo posible” en lo que refiere a los derechos fundamentales prestacionales. El BVerfG desarrolló más tarde, paralelamente, la dogmática de los deberes de protección del Estado con relación a los derechos fundamentales. *K. Hesse* ya sostiene todo esto como un desarrollo clásico en “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, 20^a edición, 1995. En la actualidad resulta prácticamente imposible abarcar la cantidad de literatura alemana sobre derechos fundamentales (precisamente *L. Michael / M. Morlok*, “Grundrechte”, 5^a edición 2015). La tesis temprana del autor acerca de Alemania como “Estado de derechos fundamentales” ya no es utópica. Gran parte de la buena dogmática y pretórica de los derechos fundamentales también se ha introducido en la jurisprudencia de los dos Tribunales Constitucionales europeos, es decir, el

⁶ “Bundesverfassungsgericht”: Tribunal Constitucional alemán.

EuGH⁷ de Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. La tesis posterior del autor acerca de la democracia como consecuencia organizativa de la dignidad humana (1987), ya se menciona aquí.

IV. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”

El siguiente paso fue y es la idea de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales (*Juristen Zeitung* 1975, p. 297 y ss.). También esta teoría fue discutida, en parte de manera controversial, hasta el día de hoy, pero tuvo mucha resonancia especialmente en Brasil, gracias al profesor *G. Mendes*. En síntesis: quién vive la norma, la (co)interpreta. No solo los propios juristas, sino todos los ciudadanos de una comunidad política participan de los procesos de interpretación. Este enfoque se sustenta desde lo filosófico en la filosofía del “espíritu abierto” de *K. Popper*, mientras que desde la historia de la cultura serían relevantes las ideas del protestantismo: las palabras del reformador *M. Luther* acerca del “sacerdocio de todos los creyentes”. El autor tomó conciencia de esto con posterioridad. Desde la carta de lectores hasta la presentación de un recurso de amparo constitucional ante el BVerfG, el ciudadano alemán se encuentra involucrado en los procesos pluralistas de las interpretaciones de los derechos fundamentales. Más tarde, esta teoría pudo ampliarse a la Europa del Consejo de Europa, en especial de la EMRK⁸. En la actualidad hasta resulta relevante para el derecho internacional público: en la medida en que los tribunales internacionales, como el Tribunal Penal Internacional, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, los Tribunales de las Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia avanzan a nivel mundial y se establecen como “Tribunales Constitucionales”, en esa medida, se involucran actores como las organizaciones no gubernamentales (ONGs) o reconocidos maestros del derecho

⁷ “Europäischer Gerichtshof”: Tribunal europeo.

⁸ “Europäische Menschenrechtskonvention”: Convención Europea de Derechos Humanos

internacional público en la interpretación de los principios del derecho público internacional, en carácter de constituciones parciales. Pero la autodisciplina metódica de los jueces del derecho público no se abandona con esto. Más bien se plantea el interrogante acerca de los “actores” reales de las comunidades jurídicas.

V. La constitución como proceso público

Este título del libro de 1978 (3ª edición 1998), solo pudo escribirse gracias al sustento teórico de las “Arbeiten zum Öffentlichen” de *R. Smend* y *J. Habermas*. En el marco de la “tríada republicana de las esferas” se distingue entre la esfera de lo estatal (por ej. el Parlamento), lo público (por ej. los grupos pluralistas en la sociedad) y lo privado (en especial la protección de la privacidad, como en el caso de la protección de datos). Las tres esferas se encuentran en interacción recíproca. Puede pensarse en el aspecto público de la libertad de religión (procesiones de las iglesias) o de la libertad de manifestación (por ej. manifestaciones sin represión en la vía pública). El aseguramiento de zonas de protección privadas en vista de los nuevos medios es una tarea actual de la política de los derechos fundamentales (palabra clave: Carta de los Derechos Fundamentales digital, protección de datos digitales).

La palabra clave referida a la Constitución como proceso público (ya esbozada en 1969 por el autor) es una contribución a la comprensión de la Constitución. No es solamente el orden jurídico fundamental del Estado (*W. Kägi*), sino también estímulo y barrera (*R. Smend*) así como norma y tarea (*U. Scheuner*), y finalmente también un proceso público. Con exactitud se expresa esto en los casos de la jurisprudencia alternativa del BVerfG, cuando un voto en disidencia constitucional temprano se torna al cabo de muchos años en mayoría constitucional, como sucedió muchas veces en el BVerfG alemán y tempranamente en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por eso es tan importante la posibilidad de votos en disidencia constitucionales, tal como es utilizada en algunos estados constitucionales

latinoamericanos como, por ejemplo, en Brasil y en Perú. Esta interpretación de los votos en disidencia es parte del gran tema “Tiempo y Constitución” (1974).

La reflexión sobre lo público se refleja también en la idea de la “res publica” en el sentido de Cicerón: “res publica - salus publica”. Esto también está presente en el concepto “libertad pública” vigente en España y Francia. Con vistas al futuro europeo hasta podría arriesgarse la idea de “res publica europea”, siempre y cuando la UE encuentre la salida a la actual crisis: como una Europa solidaria y social. La dimensión del Estado social de la UE en ocasiones lamentablemente fue descuidada por las duras medidas de ahorro, especialmente de parte de Alemania hacia otros países como Grecia y Portugal.

VI. El derecho constitucional eclesiástico

En 1976 el autor se anima a cuestionar en una revista (*Deutsche Öffentliche Verwaltung* 1976, p. 73 y s.) el concepto muy alemán de “Derecho eclesiástico estatal”. Y se impuso, a pesar de que el art. 137, inc. 1, de la Constitución de Weimar en conexión con el art. 140 GG dice expresamente: “no hay una iglesia estatal”. En mi opinión también se deduce de esto, que no existe un derecho eclesiástico estatal. El nuevo concepto de derecho constitucional eclesiástico en 1976, también debe ser valorado en el contexto de una realidad social en Alemania, donde el islam cada vez tiene mayor peso. Sin embargo, éste tampoco se concibe a sí mismo como una “iglesia”. Esto es válido especialmente para Francia, donde el islam ya es la segunda religión después de la iglesia católica. Justamente en el contexto comunitario europeo en el que las iglesias y las distintas comunidades religiosas se encuentran separadas en principio y donde en todo caso se prevén puntualmente formas cooperativas (¡concordatos!), resulta adecuado el viejo concepto de derecho constitucional eclesiástico.

En este contexto también se inserta el tema de los principios constitucionales como metas educativas (1981). Las

Constituciones más nuevas entienden a los derechos humanos de manera explícita como metas educativas (¿vieja Constitución de Perú, Constitución de Guatemala?). En Alemania son las Constituciones de los Länder las que norman un canon de metas educativas, por ejemplo, con relación a la dignidad humana del otro, con respecto a la conciencia democrática y también al respeto por el medio ambiente y la naturaleza. Aparece aquí la “interpretación constitucional pedagógica” como parte de la cultura de los derechos fundamentales. Todo esto se corresponde con una “cultura de la libertad” (1991).

VII. La interpretación constitucional a partir de las ciencias culturales

En 1982 el autor desarrolló su enfoque desde las ciencias culturales a partir de esta palabra clave. Para ello pudo apoyarse en *H. Heller* (*Staatslehre als Kulturwissenschaft*, 1934). En su segunda edición este libro presentó una considerable ampliación (1998). Otro escalón en el avance científico lo representa el volumen “*Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur, Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre*“ (2013). No se trata solamente de la Constitución y la cultura, sino de la interpretación de la Constitución “como cultura”. La cultura es el *primer* elemento del Estado de un total de cuatro elementos del Estado en total (población de un Estado, territorio estatal y poder estatal). Además se distingue entre la cultura superior (de lo verdadero, bueno y bello), la cultura popular (por ej., tradiciones de los pueblos) y la subcultura (culturas alternativas, como los Beatles). De acuerdo con el concepto de cultura pluralista, estos campos se encuentran en una interrelación variable, como muestra justamente el ejemplo de los Beatles, cuya *partitura* hoy en día se concibe casi como las partituras clásicas de *J. S. Bach*. También el respeto cultural ante los “espíritus arbóreos” de los pueblos indígenas pertenece a esta categoría. La idea de concebir a la Constitución como cultura provocó muchas controversias. Pero justo en América

Latina ha tenido una respuesta positiva. Esto se demuestra en las decisiones de los altos tribunales en Argentina y Colombia. En Alemania recién se tomaron décadas más tarde las ideas de 1982 (sobre esto véase A. Voßkuhle/ T. Wischmeyer, “Der Jurist im Kontext. Peter Häberle zum 80. Geburtstag“, JÖR 63 (2015), p. 401 y ss.; y recientemente J. Krüper, „Konjunktur kulturwissenschaftlicher Forschung in der Wissenschaft vom öffentlichen Recht“, en: A. Funke et. al. (editores), „Konjunkturen in der öffentlich-rechtlichen Grundlagenforschung“, 2015, p. 125 y ss.

Siendo el libro de 1982 en algún sentido la parte general de la teoría, fue en los años posteriores en los que el autor se dedicó con plena conciencia a “partes especiales”, es decir, campos de aplicación específicos de la interpretación desde las ciencias culturales. Se habla de una “tetralogía”: garantías de los feriados (1987), himnos nacionales como marcas de identidad culturales de los Estados constitucionales (1ª edición 2007, 2ª edición 2013), banderas nacionales (2008) y la cultura de la conmemoración (2011) son manifestaciones de una comprensión de la Constitución como cultura. Un atajo busca la pequeña monografía “Der Sonntag als Verfassungsprinzip” (1ª edición 1988; 2ª edición 2006), cuyas ideas también fueron recogidas por el BVerfG.

El autor se pregunta ¿por qué es justamente *América Latina* la que está tan interesada en la interpretación desde las ciencias culturales de 1982/1998/2013? – esto no sólo se muestra en la amable invitación de hoy del profesor *Bolonbas*. Los jóvenes Estados constitucionales en América Latina luchan por su cultura, deben reconocer a los pueblos indígenas como “primeras naciones” (como actualmente en Canadá). Gracias a su rica diversidad idiomática y su unidad en el origen romano, más precisamente románico, son especialmente sensibles a lo cultural. Además, a través de su autoconsciencia y su identidad, pueden lograr cierto distanciamiento del predominio de lo anglosajón representado por los Estados Unidos.

La interpretación desde las ciencias culturales es aún más importante al vivir en un mundo globalizado. Aquí se precisa

aún más de la reflexión acerca de las identidades culturales de los pueblos, los aspectos urbanos y los paisajes culturales, ya que de lo contrario se alcanzaría un aburrido igualitarismo. En especial la cada vez más extensa mercantilización de casi todos los ámbitos de la vida hasta alcanzar a las universidades alemanas, exige la pregunta por la creación de una unidad a partir de la cultura y la fundamentación de las sociedades abiertas. Esto sólo es posible de lograr desde la cultura. Especialmente los preámbulos de las Constituciones son un objeto idóneo para la apertura de la capacidad normativa gracias a la interpretación desde las ciencias culturales. En este aspecto son comparables a los prólogos en la literatura y las oberturas en la música. Ellos procesan la historia y el presente y desarrollan futuro en forma de pequeñas utopías, como lo fue en su momento la reunificación de Alemania o como lo es hoy la justicia social. Redactadas en un lenguaje cercano al pueblo y festivo, muchas veces se convierten en un “acontecimiento textual”. Esto lo demuestran los logrados preámbulos, desde el GG alemán hasta la nueva Constitución de Polonia, desde la Constitución de Portugal hasta la de Brasil. El estudio “Klassikertexte im Verfassungslieben” (1981) no está alejado de esto. Clásicos como Locke, Montesquieu y Kant son texto constitucional en sentido amplio. Leemos muchas constituciones “con sus ojos”. También mi tesis de la imprescindible “ración de utopía” en las constituciones debe ser mencionada aquí. Ejemplos de esto fueron en su momento la reunificación de Alemania como misión, plasmada en la GG de 1949 y realizada en 1989/90, o la cláusula del Estado social con el imperativo de la “justicia social”.

VIII. La interpretación científica contextual

La misma fue propuesta en 1979 y profundizada en 2001 en el “Handbuch des Schweizerischen Verfassungsrechts”. Ninguna Constitución sin contextos culturales, ninguna interpretación constitucional sin la explicación a partir de una “profundización del pensamiento”. Se trata de la interpretación a partir del contexto. Esto solo se logra después de un arduo trabajo con

los textos. ¡Ningún texto sin contexto! En Alemania este enfoque ha tenido trascendencia, muchas veces hasta fue tomado sin establecer referencias.

IX. El derecho comparado como quinto método de interpretación

Si se parte de los cuatro métodos de interpretación enunciados por *F. C. v. Savigny* en 1840, es posible entronizar hoy en día al derecho comparado como el “quinto” (*Juristen Zeitung* 1989). Esta idea fue recogida con rapidez, por ej., por la Corte Suprema de Liechtenstein (...). Principalmente en Alemania dio lugar a una discusión que continúa vigente hoy en día. La mayoría de los jueces en la Suprema Corte de los Estados Unidos aún rechazan la comparación de las constituciones, mientras que muchos tribunales constitucionales en Europa se preocupan por lograr una visión más comparativa. Esto se puede comprobar especialmente en los votos en disidencia constitucionales, ya que deben luchar por una mayor legitimación. También el BVerfG se preocupa –por supuesto aún de manera reservada– por la aplicación de la comparación de las constituciones. En la Europa de la UE como “comunidad constitucional” esto es especialmente urgente y fructífero. El principio de la proporcionalidad, por ej., ha iniciado una marcha triunfal casi a nivel mundial –partiendo de Alemania. Se trata de procesos de acogida generales y específicos. Así se tornó exitosa también fuera de Europa la idea de pluralismo en el derecho de los medios de comunicación a partir de la jurisprudencia del BVerfG.

X. El paradigma de los niveles de texto

En este contexto se inscribe el *paradigma de los niveles de texto*, propuesto por el autor por primera vez en 1989 (FS Partsch, 1989, p. 555 y ss.). El mismo refiere a lo siguiente: el modelo del Estado constitucional se desarrolla a nivel nacional, regional y universal a través de una reescritura de textos constitucionales, que se van enriqueciendo con aportes de la ciencia, praxis, y

literatura. Lo que hoy en día todavía es un simple texto constitucional en un Estado constitucional, puede devenir mañana en un Estado constitucional vecino en nuevos textos gracias a la jurisprudencia y la *realidad* constitucional (“Actualización” como en Suiza: 1999). Esto también vale hacia el interior de un Estado federal. En este sentido, las constituciones de Alemania del Este trasladaron a textos después de 1989 lo que el BVerfG había juzgado previamente, por ejemplo en lo relativo al pluralismo en el derecho de los medios de comunicación. Especialmente los artículos referentes a los partidos políticos son interpretados en Europa como proceso de producción y recepción en el sentido del paradigma de los niveles de texto (al respecto véase M. Morlock en: A. Blankenagel y otros (editores), “Den Verfassungsstaat nachdenken”, 2014, p. 135 y ss.).

XI. El Estado constitucional cooperativo a partir de la cultura y como cultura

La anteúltima etapa de las preocupaciones científicas del autor se presenta en el libro de 2013, ya mencionado en el título. La idea de un Estado constitucional cooperativo ya fue elaborada en 1978⁹; las variadas formas de cooperación, que en la actualidad se pueden comprobar a nivel regional y universal, fueron conceptualizadas allí. Todo esto ocurrió a la luz del enfoque basado en las ciencias culturales y fue probado a través de nuevos textos constitucionales. A esto se sumó la mirada universal. Sin embargo solo se la señaló como “estudio preliminar”. La próxima generación deberá elaborar la cuestión de cómo se interrelacionan el derecho público internacional y el derecho constitucional nacional. Por un lado, el derecho público internacional se constituye en muchas nuevas constituciones, especialmente en Suiza, de manera expresa en el valor fundamental del Estado constitucional. Por otro lado, el derecho internacional público cada vez incorpora más fuertemente al

⁹ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. pp. 68-77.

derecho constitucional de los estados nacionales: a través de sus constituciones parciales como la Carta Magna de las Naciones Unidas y los textos universales sobre derechos humanos. Se habla de las constituciones parciales, porque se trata de altos valores que se encuentran preestablecidos. Las acciones recíprocas son evidentes: se habla por ejemplo del “Estado de derecho en el derecho internacional público” (*M. Kotzur*). El autor se esfuerza por demostrar cuán intensiva y extensivamente ganan terreno los tribunales internacionales, de manera que ya pueden ser referidos como tribunales constitucionales (parciales). Además también está cobrando importancia a nivel nacional y universal el derecho procesal constitucional. La tesis del autor (1976) acerca del derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado (especialmente vital en Perú y Brasil) corresponde aquí (palabra clave: *amicus curiae*, audiencias públicas). También el derecho procesal de los tribunales internacionales puede ser activado (en especial el BVerfG alemán, gracias al recurso de amparo, es un “tribunal ciudadano”, lo mismo vale para el “habeas corpus” en los tribunales constitucionales latinoamericanos).

XII. Teoría constitucional europea

En 2001/2002, justo antes de su nombramiento como profesor emérito en Bayreuth, el autor se anima a proponer una “Teoría constitucional europea”, que no existía de esa manera ni en su forma ni en su contenido. Mientras tanto ya ha alcanzado su séptima edición (2011) y actualmente será ampliada y actualizada en una octava edición en un trabajo conjunto con mi alumno *M. Kotzur*. El tema es sumamente actual a raíz de las numerosas crisis en la Europa de la Unión Europea. En la actualidad, el egoísmo de los Estados nacionales regresa de manera explícita. Comprender a Europa como una comunidad pacífica y jurídica, es más urgente que nunca. En la crisis griega tuvo demasiado protagonismo la Europa económica. Los estudios sobre Europa deben concentrarse más aún en el humus cultural de esta Europa. Se trata de una Europa de la diversidad cultural y

progresiva unidad. Es necesario distinguir entre la Europa como concepto *geográfico* (¿comprendiendo también a Turquía y a Rusia?), Europa como diversidad y unidad *cultural* y la Europa del *derecho constitucional*: justamente la Teoría constitucional europea. Estos tres conceptos se encuentran relacionados, pero se los debe diferenciar. Hasta el momento se encuentra intacta la Europa en sentido amplio, es decir la Europa del Consejo Europeo y de la Convención Europea de los Derechos Humanos (1950). La Europa en un sentido más acotado de la Unión Europea se encuentra en este sentido en una crisis, de la cual ojalá salga fortalecida: a través de la nueva reflexión acerca de la solidaridad europea y la Europa social y cultural. La gran narrativa es: Europa como comunidad pacífica y jurídica. Por más limitadas que sean las posibilidades de la ciencia con relación a los acontecimientos y los poderes geopolíticos (como ejemplos en los que se viola el derecho internacional público piénsese en la anexión de Crimea por Rusia y en el conflicto en Siria), el jurista europeo debe continuar sosteniendo con convicción la meta de la unidad europea.

También en otros lugares del mundo quedan pendientes procesos de unificación análogos: piénsese en América Latina y en las regiones del Pacífico. El autor desearía tanto que las florecientes comunidades científicas nacionales y los tribunales superiores en América Latina hagan lo necesario para unificar sus regiones: con los instrumentos del Estado de derecho democrático, del Estado social, del Estado medioambiental y de la reflexión acerca de una cultura en común.

Comentario final

Esta retrospectiva académica quizás demasiado breve, solo puede ser muy fragmentaria. Faltan palabras claves, como por ejemplo el concepto de “derecho constitucional europeo común” (1991), la teoría del pensamiento de lo posible (1978), acompañando al pensamiento de lo real y lo necesario, o la monografía “Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat”,

1981, así como “Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat” (1995). Las innovaciones científicas del autor se debieron desde mediados de los 80 especialmente a sus contactos con el exterior. Sin los 20 años de continua actividad como docente invitado de filosofía del derecho en St. Gallen (1981 hasta 1999), sin las regulares invitaciones en Roma (1987 hasta hoy gracias a *A. Cervati*, *P. Ridola*, *A. D’Atena* y *F. Lanchester*) sin los contactos vitales con la nueva escuela de derecho constitucional de Granada (bajo la dirección del profesor *F. Balaguer*) y sin las amistades académicas con los colegas latinoamericanos como el profesor *G. Mendes*, profesor *I. Sarlet*, profesor *R. G. Ferreyra*, profesor *E. R. Zaffaroni*, profesor *D. Belaunde* así como los profesores *C. Landa* y *D. Valadés*, el “*work in progress*” del autor no sería lo que es hoy. Así como las ciencias del derecho constitucional son la tarea más bella de un pedagogo (en especial en el seminario, en la tradición de *R. Smend* y *K. Hesse*) que continúa en la búsqueda de la verdad, la amistad científica es el bien máspreciado para nosotros, los mortales, en la vejez. Por esto mi agradecimiento debe ser la última palabra: también en este lugar y en este momento.

Cultura del “*control del miedo al delito*” como estrategia de dominación del poder global

*Manuel Salvador Grosso García*¹

Globalización y cultura del control del delito

Lo que propongo con el título es que el *control del miedo al delito* en las sociedades contemporáneas ha dejado de ser una estrategia represiva del Estado, para convertirse en uno de los rasgos más característicos de la cultura en la modernidad tardía. Controlar el delito se ha vuelto un asunto cotidiano, que atañe cada vez más a más personas. El *control del delito* es hoy un aspecto esencial en las agendas políticas²; forma parte de las propuestas de campaña de los candidatos y es uno de los factores más importantes de las políticas públicas; resulta decisivo en las encuestas de opinión, en las intenciones de voto de los electores y en los índices de popularidad de los gobernantes. La gente quiere saber qué van a hacer los políticos con la criminalidad.

Controlar el delito se ha convertido en elemento esencial de nuestra cultura cuando menos desde finales de la década de los 70 del siglo XX³ en los Estados Unidos y se expande por el mundo tras la caída del muro de Berlín como punta de lanza del neocolonialismo capitalista de la globalización⁴. Mientras la tendencia de finales de los 60, era hacia la abolición, el derecho penal mínimo y el uso alternativo del derecho, que provocan

¹ Filósofo y abogado, profesor de derecho penal y teoría del derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

² Garland, D. (2001). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa. 2004.

³ Wacquant, L. (1999). Ed., Cit., pp. 21 y ss.

⁴ Bauman, Z. (1998) *La globalización. Consecuencias humanas*. México; Argentina; Brasil; Colombia: Fondo de Cultura Económica. 2008, pp. 66 y ss.

una significativa reducción de la criminalización; el proceso se revierte inesperadamente durante los 80 con las políticas de guerra a las drogas y lucha contra la criminalidad organizada, hasta llegar al punitivismo de hoy, movido por una sensación generalizada de inseguridad y el populismo punitivo, que adquiere una nueva dimensión con la globalización, caracterizada por la descentralización, la transnacionalización y la corporativización también de la criminalidad y su control y adquiere nueva forma con la *virtualización*, gracias a la web y las *redes sociales*.

Del panóptico al sinóptico

La globalización y las nuevas estrategias de control, dejan obsoletas tanto las estructuras simbólicas de la modernidad, como las categorías que la ciencia utilizó para interpretarlas. El exitoso modelo del *panóptico* de Jeremías Bentham⁵, que describe y explica el control en las emergentes sociedades modernas de su tiempo con simplicidad, elegancia, precisión conceptual y con gran capacidad para transparentar como ningún otro la esencia del control de su tiempo sedujo a los estudiosos durante dos siglos⁶ y mantiene atrapados a muchos que se empeñan obsesivamente a mantenerlo como “*metáfora ineludible*” y pretenden caracterizar el estado actual de la sociedad global como un *híper-panoptismo*: “Se trata de un panóptico consumista basado en ventajas y beneficios efectivos cuya peor sanción es la exclusión”⁷.

Esta visión es a mi juicio errada; la idea de panóptico se refiere al control mediante una observación que pone a la vista lo que antes era oculto, transparentándolo todo y haciéndolo accesible para poder “*ver con sólo una ojeada, todo lo que allí sucede*”⁸ y de “imponer la disciplina mediante la amenaza

⁵ Bentham, J. (1791). *El panóptico*. Madrid: La piqueta.

⁶ Foucault, M. (1975). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. México: Siglos XXI.

⁷ Whitaker, R. (1999). *El fin de la privacidad*, Barcelona: Paidós, pp. 58-60.

⁸ Bentham, J. (1791). Ed., Cit., p. 14.

siempre real y tangible del castigo”⁹. El panóptico transmitía la idea de que nadie podía ocultarse de los ojos vigilantes del estado que todo lo veía, ya no había espacios vedados, lo privado dejaba de serlo y se ponía a la vista. El panóptico servía como modelo explicativo del control planetario que *operaba* a nivel local y ejercía una *micro física* del control individual, porque penetraba en la mente del individuo, le aseguraba un lugar y le suministraba un modelo de comportamiento establecido disciplinariamente; se trataba de una forma de control localizado que se correspondía con una estrategia de dominación localizada, que satisfacía unas demandas individuales y colectivas de superación de las angustias generadas por la incertidumbre y la vulnerabilidad de un mundo en el que las leyes inexorables del mercado lo controlaban todo¹⁰.

Hoy, las cosas son muy distintas; si bien la cultura de la vigilancia se ha impuesto a nivel planetario, el panóptico ya no representa ni explica la cultura de nuestro tiempo¹¹. Las incertidumbres y vulnerabilidades en la sociedad globalizada son las mismas que tenía el humano moderno, medieval o primitivo; pero se expresan de forma diferente en el contexto global en el que se manifiestan. Los mecanismos globales de comunicación y los accesos al mundo virtual, han invertido la lógica panóptica. En la sociedad de la comunicación globalizada no son unos pocos los que nos vigilan a todos, sino muchos los que vigilan a unos pocos, con lo cual se produce una reversión del proceso que produjo la modernidad hacia una especie de medievalización de la vigilancia. La modernidad significó abandonar un modelo en el que *los más vigilaban a los menos*, para pasar a otro en el que *los menos vigilan a los más*¹². En la sociedad

⁹ Bauman, Z. (1998). Ed., Cit., p. 66.

¹⁰ Fromm, E. (1941). *El miedo a la libertad*. Barcelona: Paidós, pp. 282 y ss.

¹¹ Re, L. (2004). “Panopticon e disciplina ¿possono ancora serviré?” En, Santoro, E. Ed., Cit., pp. 423-448.

¹² Mathiesen, T. (1997). “The Viewer Society: Michel Foucault’s Panopticon Revisited”. En *Theoretical Criminology*. Oxford, 1, 2, 1997, pp. 215-234.

medieval el poder nacía de la exhibición, la ostentación del lujo y los privilegios de los señores ante el vulgo ignorante y pobre (*los más observando a los menos*)¹³; en la modernidad en cambio, son las élites las que vigilan al pueblo (*los menos observando a los más*).

En el mundo globalizado virtual de la información y la hipercomunicación, todo se transparenta en las redes y se pone a disposición de todos, la vigilancia se vuelve a poner en manos de los más, se reinvierte la dirección de la vigilancia y de los vigilados y la manera como se asume el vigilar, tanto para el que vigila como para el vigilado. *Ser vigilado* es hoy un privilegio en vez de una mácula y *ser vigilante* es la manera como se incorporan los individuos a la sociedad. En las sociedades de la comunicación global, la observación se vuelve *sinóptica*, fragmentaria, individual y ubicua. La *vigilancia sinóptica* la ejercen los individuos hacia determinados focos móviles desde cualquier parte, hacia cualquiera y por muy variados instrumentos (la televisión, las redes virtuales, los teléfonos celulares, la internet, etc.), ni el observado ni el observador están localizados en parte alguna, están en todas partes y en ninguna.

Esta es una diferencia fundamental con el *panóptico*, que era un dispositivo de vigilancia ubicado, centralizado y localizado, en el que se ubicaba y localizaba a las personas; en el *sinóptico* se busca justamente lo contrario: se pretende *descentrar* tanto al observador como al observado, pero se lo observa no con el fin de localizar al observado y atarlo, sino para provocar que se movilice y se haga ubicuo, también es diferente la estrategia que se utiliza: mientras en el panóptico se *coaccionaba* al vigilado para que se *sometiera a la vigilancia*, en el sinóptico se *seduca* a los observadores *para que observen* y se incorporen a las redes de observación, el objetivo del control no son los *observados* sino en *observadores*¹⁴.

¹³ Bourdieu, P. (1994). *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama. 1997.

¹⁴ Bauman, Z. (1998). Ed., Cit., p. 71.

Los que son observados son un grupo privilegiado de personas a las que por determinadas características o consideraciones sociales se las coloca para ser observadas, observamos a los famosos, los deportistas, los artistas, los políticos, a los que provocan escándalo, admiración o desprecio, tragedia, miedo o deseo y demandan ser observados, a las masas se las invita a que sean observadoras, no observados; la movilidad de los observadores, su facilidad para acceder a las redes, tiene la finalidad específica de que puedan observar y la lógica que rige dichas observaciones es autopropulsada, una persona o suceso seducen para ser observados con el principal o el único argumento de que han sido observados muchas veces: *lo debes ver porque muchos lo han visto*, porque es viral; pero la semántica de esta expresión se ha invertido: *viral* significa algo de lo que me debo contagiar. El estándar que mide el éxito en el mundo virtual, es la cantidad de veces que he sido observado.

Se trata entonces de una cultura en la que la vigilancia es reemplazada por la exhibición; la coacción por la seducción y la ubicación por la movilización. Así pues, *lo que hay en la web no es un panóptico*, se trata de una *red de sinópticos* que tienen en común el mirar y juntos forman una audiencia de datos que se mide por *instantes* y no por *estancias*. Dentro de esta lógica, lo que angustia no es la probabilidad de ser vigilado sino la de no serlo; las personas no son ya transparentadas por otros, lo hacen a sí mismas y con gusto, se desnudan y se exponen en la web suministrando sus datos para que sean accesibles a cualquiera, suben imágenes de su vida cotidiana o montan sus selfis para exhibirse, muestran todo lo que creen que es una imagen de lo que son, para que los vean y los conozcan y los tengan en cuenta, los visiten en su portal...*los vigilen*. En esta nueva lógica de *auto-vigilancia*, cada individuo está dispuesto a hacer valer su capacidad para vigilarse mediante su auto-exposición se trata de un acto que el periodista Alberto Gayo denominó *pornóptico*¹⁵.

¹⁵ Gayo, A. "Menos lentes de contacto, soy pornóptico". En, *Interviu. Blogs int.* Publicado el 13 de junio de 2012. Disponible en: <http://blogs.interviu.es/responsablelaempresa>

Semejante forma de auto-vigilancia es muy semejante a las formas primitivas de control de la sociedad totémica, justamente ese tipo de estructura inconsciente era la que se arraigaba en la mente de los humanos primitivos que incorporaban el *tótem* como un símbolo que provocaba el *horror* compulsivo e inconsciente a *violar el tabú*. En las sociedades primitivas no existían las instituciones específicamente dedicadas al control, no porque dichas sociedades no fueran capaces de crearlas, sino porque no eran necesarias; una vez interiorizado el tabú, éste operaba como un *automatismo psíquico* que hacía que el individuo se controlara así mismo¹⁶, que él mismo se impusiera los límites y se comportara de acuerdo con la restricción, que era para él una *insoportable carga*, que periódicamente liberaba en la fiesta totémica¹⁷.

La fiesta totémica era un mecanismo de descarga de los impulsos reprimidos, de *transferencia del mal* mediante el rito sacrificial que era el eje de la fiesta¹⁸. Lo que la conecta directamente con el *sinóptico* actual, es la manera tan semejante como opera: se trata de un acto de *enmascaramiento que desenmascara*. Al igual que en la fiesta totémica o el carnaval¹⁹, en la red el individuo se coloca una máscara que cubre su rostro, pero al hacerlo muestra otra faz de él mismo que se mantiene oculta y reprimida, que en ese ambiente se puede exhibir sin tapujos y ataviado de ella da rienda suelta a sus deseos reprimidos más recónditos. En la web, al igual que en fiesta totémica, el individuo se desnuda en medio de una especie de *anonimato pornográfico totémico*²⁰, exhibe las partes más ocultas de sí bajo

anunciadora/2012/06/13/menos-lentes-de-contacto-soy-pornoptico/. Última visita, 31 de marzo de 2017.

¹⁶ Freud, S. (1922). *Obras completas*. Madrid: Biblioteca Nueva. Tomo II, pp. 1758 y ss.

¹⁷ Radcliffe-Brown, A. R. (1939). *Estructura y función en la sociedad primitiva*. Barcelona: Península. 1972, pp. 215 y ss.

¹⁸ Frazer, J. G. (1890). *La rama dorada*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 608 y ss.

¹⁹ 19 *Ibidem.*, pp. 684 y ss.

²⁰ Han, B-Ch. (2012a). *La sociedad de la transparencia*. Buenos Aires: Herder, pp. 47 y ss.

un nuevo rostro, con una nueva imagen, con una identidad que es distinta de la que usa en la vida cotidiana pero que es tan real y tan suya, o tal vez más real y más suya que la que siempre muestra en sus relaciones físicas²¹.

Cárcel como exclusión radical

Pero si bien el panóptico ya no representa a la sociedad y hemos entrado en la era de un *sinóptico totémico pornóptico*, esto no significa que haya desaparecido. El panóptico “está vivo y goza de buena salud”²², sólo que ya no cumple la función que tenía en el pasado. El panóptico se coloca hoy en la frontera del autocontrol por seducción y funciona como mecanismo de segregación y exclusión, es un dispositivo de aislamiento que *separa para vigilar* a determinados grupos humanos, sometién-dolos a una severa rigidez e incomunicación. Se trata de una auténtica contracara del *sinóptico*; el panóptico no *controla el delito*²³ sino a los delincuentes: mientras el *sinóptico* asume la tarea central del control social global generalizado de los *prosumidores* del capitalismo global, el panóptico se hace cargo de los desechos de ese proceso, de los *no seducibles*, de los que no pueden ingresar o son expulsados del sistema descentrado de la vigilancia móvil, que, al no incorporarse a los flujos móviles de la producción y el consumo del mercado global, deben ser *localizados* para poderlos vigilar.

En el mundo globalizado de la movilidad, el panóptico es periférico porque es localizado²⁴; ejerce la vigilancia localizada de personas localizadas, por personas localizadas; allí se lleva a los excluidos, a los que son puestos al margen. Para estos marginados que deben ser vigilados de una manera distinta se reserva el panóptico en dos locaciones: los *guetos* y las

²¹ Freud, S. (1922). Ed., Cit., Tomo II, pp. 1796 y ss.

²² Bauman, Z.; Lyon, D. (2013). Ed., Cit., p. 64.

²³ Christie, N. (1993). *La industria del control del delito*. Buenos Aires: del Puerto, pp. 21 y ss.

²⁴ Re, L. (2004). Ed., Cit., pp. 430 y ss.

*cárceles*²⁵. En el gueto, los individuos viven sin muros ni rejas, pero en una condición deficitaria de casi todo: de viviendas, de servicios públicos, de espacios públicos, de vías, de escuelas, de hospitales, de alimentos, de trabajo, de oportunidades, de seguridad, etc.²⁶; lo único que tienen en abundancia es vigilancia.

El discurso oficial es que la sociedad del mundo posindustrial del bienestar y el consumo ilimitado, brinda a todos la oportunidad de acceder a todo y si alguien no lo consigue es porque no quiere; la máxima del neoliberalismo mercantilista global es que *los pobres son pobres porque quieren*²⁷. Y todos aquellos que por alguna circunstancia desafortunada se reubican en esos espacios de marginalización, deben asumir su situación de *fracaso personal* del que sólo ellos son responsables²⁸. Al gueto llegan los fracasados, se trata de un *precariado* al que se accede desde distintos niveles sociales; quienes están allí no son los proletarios, sino los que no logran serlo o han dejado de serlo, también pueden ser exbanqueros caídos en desgracia, o adictos que perdieron su empleo o su seguro y se ven condenados a vivir a cielo abierto en un mundo de fronteras trazadas por calles y laberintos de concreto, edificaciones vacías o vías férreas abandonadas, o en zonas periféricas de la ciudad globalizada que aleja aquello que no puede absorber²⁹.

Las cárceles en cambio, se ubican detrás de los muros, fuera de la vista del público, a puerta cerrada. Se trata de una forma *civilizada* de controlar³⁰ que subtrae al reo de la mirada

²⁵ Wacquant, L. (2006). *Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado*. México: Siglo XXI.

²⁶ Wacquant, L. (2006). Ed., Cit., p. 147.

²⁷ Wacquant, L. (1999). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial. 2008.

²⁸ Ramanauskas, R. (2009). *La trampa del sueño americano*. Buenos Aires: Aguilar.

²⁹ De Sousa Santos, B. (1995). “Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. En, De Sousa Santos, B. (2003). Ed., Cit., pp. 125-165

³⁰ Pratt, J. (2002). *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Barcelona: Gedisa. 2006, pp. 33 y ss.

de todos y lo coloca bajo la mirada de pocos. Pero esos pocos son personajes anónimos que al igual que sus vigilados se neutralizan bajo un uniforme y un código, sin nombre ni individualidad; simples componentes mecánicos de un sistema que vigila anónimamente; ya no se trata de exponer al condenado, se trata de excluirlo abiertamente, de sacarlo de los flujos móviles de la información virtual y de la autoexhibición del pornóptico; el panóptico ahora hace anónimas a las personas, las anula, las despersonaliza en la neutralidad de los calabozos posmodernos preñados de toda clase de dispositivos de encierro y aislamiento, rejas de aislamiento, puertas de seguridad, vidrieras blindadas, corredores de distribución y cámaras que lo filman todo³¹.

Miedo al delito como estrategia del *control penal*

¿Cuáles son los criterios para transferir a las personas del *sinóptico al panóptico*? Zigmund Bauman afirma que “La incertidumbre y la vulnerabilidad humanas son los cimientos de todo poder político” y el poder penal es uno de ellos³². Los rápidos procesos de transformación tecnológica y de vertiginoso acceso a la información y a los espacios virtuales, ponen al descubierto la fragilidad de las certezas sobre las cuales se había construido la modernidad. Abocados a esa nueva realidad, la reacción de todos es de desconcierto y asombro, pero también de temor, el desconocimiento de ese nuevo universo genera incertidumbres y hace sentir a las personas más vulnerables ante nuevos riesgos reales o imaginarios y provoca que reaccione contra ello demandando seguridades y certezas. Las agencias estatales responden criminalizando para satisfacer las demandas de seguridad ciudadana y ganar adhesiones, creando la falsa idea de que hacen algo por la comunidad. Ahora los poderes ya no tienen que *controlar el delito*, sino el *miedo al delito*.

³¹ Ibídem., pp. 67 y ss.

³² Bauman, Z. (2011). *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*. México; Buenos Aires, etc.: Fondo de Cultura Económica, p. 75.

Detrás de las aparentes decisiones de la comunidad a favor de la criminalización, operan sofisticados mecanismos de *control del miedo*. Pasamos de un poder penal basado en el *control del delito*, propio de las *sociedades localizadas modernas*; a uno del *control del miedo al delito* característico de las actuales *sociedades móviles globalizadas*.

No es que la estrategia de usar el *control del miedo* como mecanismo de dominación no es nueva, ella ha estado detrás de todas las expresiones del poder punitivo desde tiempos ancestrales: está en las tribus totémicas que controlaban el *horror al incesto* y al *parricidio*³³; igualmente en las formas religiosas con un dios omnipotente que todo lo controla y que a la vez que castiga también cobija y le da sentido a la existencia con un destino más allá de la muerte³⁴. Ese mismo *control del miedo* sustenta la idea moderna del leviatán artificial todopoderoso que pretende brindar certezas definitivas a la incertidumbre y la vulnerabilidad³⁵. Lo novedoso del control de hoy es que estos temores ya no se encubren, ahora se muestran desnudamente, no se recurre a los subterfugios de los discursos morales o racionales de antaño para justificarlos. La sociedad global se muestra menos pudorosa a la hora de expresar el miedo al delito, lo hace abiertamente y sin tapujos, es *pornóptica*.

¿Qué es lo que provoca que la sociedad esté hoy más dispuesta a identificarse con la víctima del delito que con el delincuente y reivindique los derechos de la primera y el severo castigo del segundo? Esto parece estar directamente emparentado con el fracaso del estado social benefactor. Los discursos oficiales afirman que, si la prosperidad no alcanza a todos, si la industria se paraliza y las clases medias se arruinan, no es por culpa de la voracidad del capitalismo sino por culpa de la

³³ Freud, S. (1922). Ed., Cit., Tomo II, pp. 1747 y ss.

³⁴ Nietzsche, F. (1887). *La genealogía de la moral. Un escrito polémico*. Madrid: Alianza. 1972, pp. 21 y ss.

³⁵ Pratt, J. (2002). Ed., Cit., pp. 15 y ss.

criminalidad, sobre todo la organizada y la transnacional, por el contrabando y el terrorismo. Con ese argumento, la política de *lucha contra la pobreza* se sustituye por la de *lucha contra la criminalidad*³⁶. A ello se suma la expansión del temor a la destrucción de la humanidad por el posible uso de armas nucleares, que se alimentó a todo lo largo de la guerra fría y últimamente a la amenaza de extinción de la vida planetaria, por causa del calentamiento global, fomentada por los movimientos ecológicos. Todo ello condujo a lo que Ulrich Beck llamó *sociedad del riesgo*³⁷, que genera una nueva forma de temor difuso, inubicable y generalizado, provocando la *cultura del miedo virtual*³⁸ o *miedo líquido*³⁹ de la globalización.

Si el delito es la explicación del fracaso de las políticas del bienestar, el *control del delito* se convierte en una de las preocupaciones domésticas *más urgentes* de los ciudadanos del mundo globalizado⁴⁰. El nacimiento del siglo XXI viene acompañado de una política de *tolerancia cero* a la criminalidad y la implementación de medidas gubernamentales ultrarepresivas que implicaron una toma de las calles de las principales ciudades por las fuerzas policiales públicas y privadas. La reacción social frente a estas medidas fue de beneplácito bajo la sensación de que por fin alguien estaba haciendo algo para *controlar el delito*⁴¹. La política de *tolerancia cero* desembarca directamente de Nueva York a América Latina una década después cuando Bill Bratton, llega a Buenos Aires como asesor del gobierno de

³⁶ Garland, D. (2001). Ed., Cit., pp. 34 y ss.

³⁷ Beck, U. (1986). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós. 1998.

³⁸ Han, B.-Ch. (2013). *Topología de la violencia*. Barcelona: Herder. 2016., pp. 7 y ss.

³⁹ Bauman, Z. (2006). *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*. Barcelona; Buenos Aires: Paidós. 2007.

⁴⁰ Ibídem., p. 134.

⁴¹ Wacquant, L. (1999). Ed., Cit., pp. 11 y ss.

la ciudad⁴². Resulta muy significativo que la tolerancia cero, que fue una política de la ultraderecha norteamericana, es adoptada en Latinoamérica por un reconocido líder de la izquierda.

Necesidad de un nuevo enfoque

Lo que esta descripción pone de manifiesto es que la *cultura del control del delito*⁴³ es más que simplemente una *estrategia política*. El control del delito en la actualidad, forma parte del patrimonio simbólico de nuestra época como uno de sus componentes más característicos, por lo que su fenomenología no puede comprenderse y explicarse desde los limitados marcos de la teoría jurídica⁴⁴, la criminología o política criminal modernas⁴⁵. Si queremos hacer un análisis más adecuado, necesitamos reorientar el análisis hacia modelos más amplios como la filosofía del castigo⁴⁶, la antropología, la historiografía y la teoría de la cultura⁴⁷, e indagar por el papel que este fenómeno cumple en los procesos de formación social. No se trata de que las cosas sean muy diferentes hoy que ayer; lo que está cambiando es la manera como la sociedad percibe y asume la cuestión. De algún modo, lo que está haciendo la sociedad es recuperando para sí unas competencias que siempre le pertenecieron y que le fueron arrebatadas con el advenimiento del estado-nación⁴⁸,

⁴² “Tolerancia cero” para Buenos Aires. Bill Bratton: el creador de la reforma de seguridad de Nueva York vino a trabajar en un proyecto similar para Nueva Dirigencia. *La Nación*. Lunes 17 de enero de 2000.

⁴³ Garland, D. (2001). Ed., Cit., pp. 65 y ss.

⁴⁴ Garland, D. (2001). Ed., Cit., pp. 227 y ss.

⁴⁵ Garland, D. (1991). “Perspectivas sociológicas sobre el castigo”. En, *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad de los Andes; pontificia Universidad Javeriana; instituto Pensar. 207, pp. 123-203.

⁴⁶ Von Hentig, H. (1954). *La pena. Formas primitivas y conexiones culturales*. Madrid: Espasa-Calpe. T. I., pp 16 y ss.

⁴⁷ Hendler, E. S. (1994). *Las raíces arcaicas del Derecho penal*. Buenos Aires: Del Puerto. 2006.

⁴⁸ Hendler, E. S. (1995). Ed., Cit., pp. 17 y ss.

la cuestión criminal fue algo que siempre le perteneció a la comunidad y que la modernidad le quitó para entregársela al estado, convirtiéndola en un asunto legal, técnico y racional que se dejó en manos de los juristas y se excluyó de la comunidad, produciendo una ruptura cultural que hoy se está recuperando.

Este despojo trajo como consecuencia la exclusión de los protagonistas del conflicto y de la comunidad afectada con él, dejando todo a manos de los políticos, los abogados y la tecnocracia policial y judicial que convierte los hechos en un artificio de formalismos y rituales donde cada uno de los actores representa su rol a través de un lenguaje artificial basado en tecnicismos legales en el que el caso se despoja de la *realidad real* para recrearse en una *realidad procesal*. Y lo que se debate y decide es el *caso artificial* fabricado en el proceso a partir de esa lógica artificial. El efecto de esto es la exclusión del procesado y la víctima de la comunidad: al procesado lo confinan en una celda inhumana y cruel, donde pierde de su libertad, su familia, sus seres queridos, sus vínculos comunitarios, obligándolo a permanecer por un tiempo, luego del cual lo dejan salir con el estigma de la prisión. Por su parte las víctimas son dejadas de lado, ignoradas por completo y abandonadas a su suerte. Al final, ni el procesado, ni la víctima ni la comunidad sienten que se haya resuelto el conflicto y, por el contrario, comprenden que la intervención del sistema penal lo que hace es incrementar las dosis de violencia a cambio de nada; creando la sensación generalizada de que todo ha sido inútil.

Esa lógica del sistema es en buena medida la responsable de la sensación generalizada de inseguridad, desamparo y denegación de justicia de la comunidad. Su incapacidad para darle solución a los conflictos se evidencia en los desmesurados incrementos de la criminalidad en las calles, la corrupción política y la embestida brutal del crimen organizado en todas sus formas de expresión; las descomunales tasas de impunidad, la insoportable lentitud del sistema para resolver los casos, debida a la cantidad de subterfugios legales en los que se sumerge el proceso, prolongando indefinidamente los casos, multiplicando

con ello las sensaciones de incertidumbre y vulnerabilidad: la gente siente que estamos en manos de la criminalidad y el estado es incapaz de hacer algo al respecto. Del otro lado están las personas que sufren el impacto de un sistema perverso, arbitrario e injusto que los convierte en chivos expiatorios de esa orfandad de justicia, imponiéndoles toda clase de abusos: una detención preventiva que opera como pena anticipada; el cada vez más drástico recorte de garantías procesales y el incremento desmesurado de las penas; los terribles índices de hacinamiento carcelario y la corrupción generalizada del sistema, con la consecuente vulneración de todos sus derechos. En el medio está la comunidad que pierde a los protagonistas del conflicto, debilitando su tejido social y su patrimonio simbólico; el clima de inseguridad generalizada que producen el punitivismo y la impunidad, rompe los vínculos entre sus miembros, genera desconfianza y temor y fomenta la violencia. La ciudadanía se siente cercada por el delito y los marginados son el objeto de sus ataques; los vínculos de vecindad, localidad, tradición e historia común, se ven socavados por la avalancha globalizadora que los pulveriza, la comunidad se destruye paulatinamente.

Es contra esa manera de hacer las cosas que se rebela la comunidad de finales del siglo XX. Los movimientos sociales, las organizaciones cívicas y la comunidad en general; reaccionan ante el fracaso del Estado en su pretensión de resolver satisfactoriamente la cuestión criminal y comienzan a reapropiarse de ella y asumirla como suya. La gente está cansada de la ineptitud del estado, de la inoperancia del sistema penal, de su arbitrariedad y su injusticia y se manifiesta en contra de todo ello demandando un cambio radical, planteando una nueva sensibilidad. La gente ya no quiere que sean los políticos los que decidan autónomamente sobre que conductas criminalizar, a quién perseguir y que penas imponer, atendiendo solamente a sus conveniencias y les exige que tomen otras actitudes; la ciudadanía comienza a tomar parte de manera significativa en estas cuestiones y a tomarle cuentas a jueces y abogados. Y la consecuencia lógica inmediata de estas reacciones es el

incremento de las medidas de ley y orden. Pero esa reacción no es la consecuencia de una manipulación del poder político que pretenda criminalizarlo todo, como lo afirman los defensores del liberalismo penal y los representantes del marxismo que ven conspiraciones punitivas por todas partes.

La verdad es que existe un auténtico incremento de la criminalidad, principalmente de la criminalidad organizada, transnacional y económica que genera criminalidad agregada como la que se deriva del tráfico de armas, el contrabando de drogas, la trata de personas, la delincuencia financiera, y la corrupción generalizada de los poderes públicos. Por su parte los movimientos sociales han puesto en evidencia formas de criminalidad que antes permanecían ocultas, como la violencia de género, el abuso de los menores, la criminalidad corporativa, la sistemática destrucción de los recursos naturales etc., todo lo cual impacta la percepción social de la criminalidad como un desmesurado incremento de los delitos. Pero todo ello también pone en evidencia como el sistema penal se encuentra pervertido y desviado, dedicándose a la persecución de formas de criminalidad que impactan mucho menos y de forma menos grave a la comunidad pero que resultan muy rentables a los intereses de los poderes políticos cooptados por las estructuras criminales del capital transnacional interesadas en desviar la atención de los auténticos crímenes y ocupando el sistema en la persecución de los delitos de los marginados y los excluidos.

Este resurgir del interés público por el control del delito es sintomático de un conjunto de transformaciones que se están produciendo en la sociedad, particularmente con los procesos de globalización, informatización e hipercomunicación que han ido disolviendo los parámetros de distribución geopolítica de los poderes mundiales, rompiendo las fronteras y las distancias de los estados-nación y generando nuevos escenarios no sólo de configuración del poder, sino de la consciencia y la identidad de los individuos y las comunidades que ahora ya no se identifican a partir de las construcciones ideológicas impuestas verticalmente por los poderes centralizados, sino horizontalmente y a partir

de espacios creados por las propias comunidades, con visiones comunes de mundo, de intereses y necesidades, pero por sobre todo con la búsqueda de una identidad construida por ellos mismos y no impuesta desde fuera por estereotipos preformados de las ideologías e intereses económicos y políticos que conformaron las obsoletas estructuras de la modernidad decadente, con sus modelos consumistas y sus estrategias de control.

La alternativa republicana

Lo que todo este proceso está demandando, son nuevas alternativas de sociedad, nuevas formas de organización social y política más incluyentes e igualitarias, y reclaman de los agentes del poder político un mayor y más serio compromiso con la comunidad que representan. Ni las explicaciones, ni las propuestas que se elaboran desde el liberalismo y el marxismo, las ideologías paralelas de la modernidad, tienen capacidad de respuesta para estos nuevos desafíos. La concepción liberal individualista de un sujeto atomizado, autónomo y egoísta con su modelo del *Estado-nación*, con su centralización del poder, su democracia representativa y sus instituciones burocráticas corruptas, es incapaz de responder a los nuevos retos de la sociedad globalizada. De igual modo el marxismo con su concepción colectivista de sociedad que anula al individuo y sus libertades y pretende imponer la tiranía burocrática de partido único a nombre del proletariado, resulta también obsoleta frente a las nuevas realidades. La caída del muro de Berlín significó no sólo el fin del marxismo real con sus regímenes antidemocráticos de anulación de las libertades, sino también del capitalismo y del Estado social benefactor y abrieron el campo para una nueva forma de sociedad.

Como alternativa al agotamiento de las ideologías paralelas de la modernidad, se ha venido consolidando en los movimientos intelectuales y políticos una visión que pretende rescatar los valores esenciales de la forma republicana de gobierno y una sociedad basada en la vida comunitaria y el rescate de las

virtudes cívicas⁴⁹. Esta tendencia toma como base las formas republicanas de sociedad desarrolladas en la antigua Roma, las repúblicas italianas del norte de Italia durante el renacimiento descritas por Maquiavelo y las primeras formas de gobierno democrático de las colonias estadounidenses y los pueblos comuneros del imperio romano, la cultura mozárabe; y los comuneros de las colonias de la América hispánica. Esta concepción se basada en los principios del autogobierno⁵⁰ y la libertad igualitaria de todos los miembros de la comunidad y asume que es esa comunidad la que debe tomar las decisiones que afectan a todos; en ella, se entiende que el poder político reside esencialmente en la comunidad y que esa comunidad delega transitoriamente ese poder en unos fideicomisarios que la representan y en su nombre ejecutan sus decisiones.

En esta visión, ni el Estado ni ninguno de los poderes que lo integran tienen poder de decisión, ni autonomía, son meros delegatarios de la colectividad que expresan institucionalmente su voluntad, no se trata entonces de una forma representativa de gobierno, sino de un poder delegado o fideicomisario⁵¹, en el que el gobernante ejerce un mandato y no una representación. El modelo teórico de organización política de esa perspectiva es la *democracia deliberativa*⁵² que implica como primer presupuesto de legitimidad y validez de cualquier decisión la participación directa de la comunidad en la toma de las decisiones que la afectan⁵³. En ella, se exige que la comunidad disponga de

⁴⁹ Dahl, R. (1999). *La democracia*. Barcelona: Ariel. 2012, pp. 33 y ss.

⁵⁰ Skinner, Q. (1978). *Los fundamentos del pensamiento político moderno. I. El renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica. 1993, pp. 31 y ss.

⁵¹ Pettit, Ph. (1997). *El republicanismo. Una teoría de la libertad y del gobierno*. Barcelona: Paidós, pp. 256 y ss.

⁵² Nino, C. S. (1996). *La constitución de la democracia deliberativa*, Buenos Aires: Gedisa. 1997.

⁵³ Para un análisis más detallado de estas reformas, y una propuesta de reforma estructural futura vid., Gargarella, R. (coord.). (2011). *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: siglo XXI.

unos espacios de deliberación previos a toda toma de decisiones políticas y que puedan intervenir todos sus miembros y ser escuchados y tenidos en cuenta en condiciones de igualdad.

Para que un real autogobierno sea posible, cada uno de los miembros de la comunidad debe ser asumido como uno, contar como uno y poder expresar su querer en cuanto tal; lo que, necesariamente, implica que todos sean considerados como iguales, cosa que en el caso de los romanos era un hecho y no era algo que se postulara teóricamente⁵⁴. El pueblo de Roma era un pueblo de hombres que se veían a sí mismos como libres e iguales, porque de hecho lo eran y cuando ese conjunto de pastores, renegados, descastados y forajidos, concurren a la fundación de la ciudad y organizaron sus primeros gobiernos, eran ellos mismos los que, como individuos libres, cada uno con sus propios intereses y por sus propios motivos y creencias, deliberaban como iguales sobre la mejor forma de autogobernarse.

Lo anterior significa que puede existir un derecho penal que no sea arbitrario, discriminatorio y excluyente⁵⁵. Para que ello sea posible se requiere que la comunidad se apropie del derecho penal y lo asuma como suyo, que demande de los poderes políticos que sea la propia comunidad y sólo ella la que tome las decisiones sobre lo que quiere prohibir como delito y cuáles son las penas que quiere imponer, esto sobre la base de que las leyes que definan estas cuestiones son leyes que la propia comunidad se da para sí misma, que van a afectar a sus miembros como individuos pero como parte de la propia comunidad, es decir que tanto el infractor como el afectado con las infracciones, será siempre un miembro de la comunidad y que todo lo que a ellos afecte, afecta también a toda la comunidad. Ello implica una ruptura con la verticalidad de las relaciones de poder de la modernidad y una apuesta por la

⁵⁴ Tito Livio. (27-25 a.C.). *Historia de Roma desde su fundación. Obra completa. Vol. I: libros I-III*. Madrid: Gredos. 1997.

⁵⁵ Braithwaite, J.; Pettit, Ph. (1990). *No sólo su merecido. Por una justicia que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI. 2015., p. 108.

horizontalidad del poder de todos en condiciones de igualdad de la tardomodernidad o la posmodernidad, o la modernidad líquida como indistintamente se llama nuestra condición actual.

El derecho penal deja de ser arbitrario cuando son sus propios destinatarios los que lo deciden⁵⁶. Esto no significa que el derecho penal vaya a desaparecer como ilusoria e ingenuamente lo pregonan los idealistas románticos del liberalismo y el marxismo. El castigo ha formado parte de la cultura de la humanidad desde sus orígenes y es seguro que va a perdurar mientras la humanidad exista; lo que es esperable es un derecho penal que se adecue a las auténticas necesidades de la propia comunidad. Muy seguramente en el futuro habrá un tratamiento diferenciado de los conflictos atendiendo a su naturaleza e intensidad; la propia comunidad será la que decida cómo responder a un ataque grave a un valor esencial como la vida o la integridad sexual, o ante una defraudación patrimonial, y muy seguramente las respuestas no serán las mismas; en este proceso cada comunidad decidirá según sus necesidades y conveniencias.

Lo que se perfila actualmente en el mundo es la combinación de ambas; mientras se consolidan los poderes regionales como los de la Unión Europea, la Confederación Asiática, el Mercosur y otras formas de regionalización e integración horizontal de los poderes políticos transnacionales; emergen los poderes de las comunidades autoconformadas, las nuevas repúblicas de hoy no tienen fronteras físicas ni ejercen su dominio sobre un territorio, se conforman en el universo virtual, se auto-conforman y auto-regulan de acuerdo con sus propias necesidades e intereses y a ellas se ingresa por decisión voluntaria y no por imposición violenta de un leviatán: Facebook es una república con 1.390 millones de miembros en el mundo, You Tube tiene 1.000 millones, Google tiene 540 millones, Twitter 288 millones; ningún estado-nación del mundo ha aglutinado en forma voluntaria tal cantidad de ciudadanos.

⁵⁶ Duff, A. 1998). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo XXI. 2015.

Esas repúblicas las conforman usuarios voluntarios, nacieron de la decisión deliberada de cada quién y todos ellos permanecen en la comunidad porque quieren y hasta que quieran; nadie los fuerza a estar allí, conforman sus propias repúblicas de manera autónoma. Los que afirman que las organizaciones sociales y políticas basadas en el auto-gobierno de la propia comunidad sólo era posible en las pequeñas comunidades de la antigüedad, donde todos podían deliberar y decidir en tiempo real, tienen que revisar sus postulados a la luz de la realidad de la web; hoy en día se conforman comunidades en torno a intereses comunes a nivel planetario en términos de horas y podemos constatar la posición de millones de personas en tiempo real y sobre cualquier asunto que se someta a discusión, sin importar en qué lugar del mundo se encuentren sólo enviando un mensaje por las redes lo que quiere decir que hoy como nunca es posible la deliberación democrática horizontal y en tiempo real para la toma de decisiones públicas.

Otra cosa es que las estructuras e instituciones de los Estados-nación sean por completo inapropiadas para ese nuevo desafío democrático republicano y comunitario. Se hace inminente una nueva revolución política que dé al traste con esas obsoletas instituciones y que de paso a otras que sean más adecuadas a las nuevas realidades. Pero ello no es algo que se prevea para un futuro cercano; está ocurriendo ahora, la primavera árabe del 2011 se inició con una convocatoria por las redes sociales y muchos otros movimientos multitudinarios tienen diariamente origen en la utilización de esos nuevos espacios de participación y deliberación. Si podemos hacer clic en “*me gusta-no me gusta*” de la canción de moda o un video viral, también podemos hacerlo sobre si queremos despenalizar el aborto o abolir la prisión preventiva o incrementar las penas para los corruptos; podemos exigirles a los políticos que consulten a sus electores sobre si están de acuerdo con que vote una ley en uno o en otro sentido en tiempo real y una vez informada la comunidad sobre ello y exigirles que respeten la decisión de sus electores.

Estos son los desafíos que le plantea la modernidad líquida a las formas de organización política de nuestras sociedades y a las estructuras jurídicas que pretenden darle forma. La web nos brinda hoy la posibilidad de volver a ser una república en la que la comunidad puede autogobernarse, también decidir qué derecho penal quiere y cómo lo quiere, lo que tenemos que hacer es hacer uso de los instrumentos que esas tecnologías nos brindan y ponerlos al servicio de nuestros propios intereses como comunidad, ya la red nos ha vinculado como comunidades autónomas que nos autogobernamos en muchos aspectos, lo que tenemos que hacer es expandir esos dominios hacia el campo político y hacer uso de ellos para lograr un derecho penal más democrático, más justo y más igualitario, pero sobre todo, un derecho penal al servicio de la comunidad.

Sistema de fuentes colombiano e implementación del Acuerdo de Paz¹

Édgar Hernán Fuentes Contreras²

Introducción

El ordenamiento jurídico como un conjunto de normas jurídicas organizadas y jerarquizadas o, en términos del propio Hans Kelsen, como un *sistema escalonado* (Kelsen, 1997, p. 232) o *piramidal*³, según la diagramación de Adolf Merkel⁴, ha permitido que se pueda entender el Derecho como una edificación dinámica y que encuentra su fundamento en elementos propios o internos.

Es, en ese sentido, que dicha teorización nos ha permitido reducir y contemplar a aquello de lo que se ocupa del Derecho

¹ Artículo de investigación vinculado con el trabajo efectuado para la tesis doctoral del autor y, asimismo, realizado como resultado parcial de investigación dentro del proyecto “*Relación de doble vía entre las instituciones y el proceso de paz de la Habana: Perspectivas desde las ciencias sociales. Fase I*”, identificado con el código 773-13- 16, está adscrito al Grupo de Investigación “Derecho y Globalización” de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

² Doctor en Derecho Constitucional, con mención internacional, de la Universidad de Sevilla (España). Abogado de la Universidad de Antioquia. Máster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Máster oficial en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España) y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Director del Área de Derecho Público y miembro del Grupo de Investigación “Derecho y Globalización” del Programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: edgar.fuentes@utadeo.edu.co; edherfucon@gmail.com.

³ “La necesidad de acudir a esta cadena de validez para explicar la existencia de una norma jurídica, es lo que ha llevado a asimilar la concepción de Kelsen del ordenamiento jurídico a la imagen de una pirámide”. (Peña Ayazo y Bonorino, 2006, p. 37).

⁴ “[...]. Kelsen declaró abiertamente: “El mérito de haber reconocido y representado el orden jurídico como un sistema genético de normas jurídicas que avanzan de forma concreta y por escalones desde la Constitución, a través de la ley, la disposición y otros escalones intermedios, hasta llegar al acto jurídico individual de ejecución, le corresponde a Adolf Merkel””. (Mayer, 2005, p. 244). Sobre el tema véase, por ejemplo, además: (Kucsko-Stadlmayer, 2005).

en términos de validez jurídica, es decir, si una determinada norma, que existe, puede ser calificada como jurídica por pertenecer o no al sistema. Así las cosas, lo que puede ser catalogado como *jurídico* provendrá, esencialmente, de que se sigan ciertos parámetros normativos previos e internos que determinaran tanto el contenido (aspectos materiales) como asuntos formales derivados del quién puede hacerlo (competencia/capacidad), como puede efectuarse (procedimiento) y de qué manera se hace (forma). Dichas limitaciones preexistentes permiten que los preceptos que buscan ingresar al ordenamiento jurídico encuentren sustento en aquello que se ha denominado como *fuentes del derecho*.

Ajeno, por cuestión de extensión, a la diversidad de clasificaciones y las explicaciones que éstas pueden tener, se ha entendido aquí que el sistema de fuentes jurídicas será el encargado de dosificar la labor jurisdiccional, tanto en su expresión amplia de la *iurisdictio* o “decir el derecho” y su versión más estricta que se vincula con la definición de casos concretos mediante la administración de justicia. Será, en esa medida, que los operadores jurídicos no pueden hacer caso omiso a la estructuración de las fuentes jurídicas y, además, conocer las relaciones existentes entre cada una de las normativas que hace parte de éste. Sin embargo, siendo el derecho producto cultural, existirán particularidades propias de cada uno de los ordenamientos jurídicos locales, por lo cual se haría notoria la relevancia que tendría la comprensión de las fuentes normativas en los sistemas en concreto.

En ese sentido, el presente artículo ha querido encargarse de hacer una revisión del sistema jurídico colombiano y las fuentes que lo conforman, teniendo como referencia que el mismo, con la Constitución Política de 1991 –en adelante CP–, ha creado una interconexión entre el orden nacional y las disposiciones internacionales a través de un *monismo moderado* (Cfr. Corte Constitucional, C-400 de 1998) y la aceptación de la categoría del bloque de constitucionalidad (Cfr. Fuentes, 2010; Uprimny, 2006; Olano, 2005; Estrada, 2007).

Con todo, la interconexión presentada no será la única prevista, en la actualidad, para el sistema de fuentes colombiano; esto debido a que existe, después de 2016, un proceso postconflictual que ha ocasionado que se incorporen –y sigan incorporándose– elementos normativos transicionales, que reconfiguran el ordenamiento.

De tal forma, se sostendrá aquí una proposición de que, a partir del Acto Legislativo No. 01 de 2016 y el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera –en adelante Acuerdo Final o Acuerdo de Paz–, se ha creado un nuevo orden normativo que responde a un proceso de transición, pero no por ello transitorio, lo cual requiere un proceso de comprensión e integración.

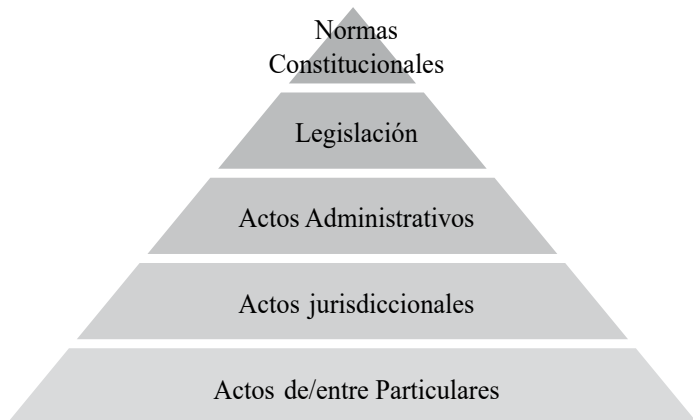
Empleando, entonces, una metodología descriptiva y correlacional, durante tres acápites se expondrá el estudio del ordenamiento jurídico colombiano y la demostración de la proposición aludida, la que nos llevará a observar que el ordenamiento jurídico, después de 2016, deberá ser entendido como una intercepción entre tres subsistemas: el internacional, el nacional permanente y el nacional transicional. En el primer apartado, se hace un recorrido de las fuentes principales y criterios auxiliares en concordancia con la CP; para posteriormente, hacer revisión del Acto Legislativo No. 01 de 2016 y las normas que éste ha propuesto integrar y valorar relacionadas con el Acuerdo de Paz. En un tercer espacio, se acudirán a los criterios de armonización entre los sistemas, para finalizar con las respectivas conclusiones.

I. Panorama del sistema de fuentes colombiano a partir de la CP

La aparición de la CP, sin duda, ocasionó un cambio significativo en la forma de comprender la relación entre las diversas piezas normativas que conforman el ordenamiento jurídico colombiano. Por ende, se configuró un nuevo orden escalonado en lo que respecta a las fuentes principales y se integraron los llamados criterios auxiliares de interpretación.

Con cierta similitud a otros sistemas constitucionales, el sistema de fuentes de Colombia posterior a 1991 estaría organizado así:

Ilustración No. 1. Sistema normativo como sistema de fuentes



Pese a que dicho orden jerárquico-funcional no es necesariamente omnicompreensivo de la totalidad de expresiones jurídicas que pueden darse en el ordenamiento colombiano, nos sirve de parámetro inicial para efectuar el estudio propuesto, dando especial atención a los escalones superiores del sistema e integrando los llamados criterios auxiliares.

A. Normas Constitucionales

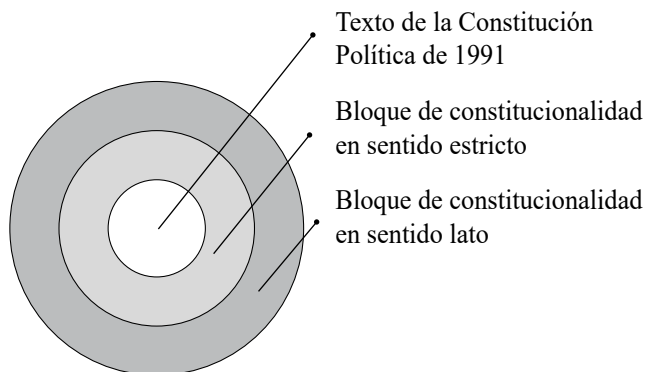
Si bien suele ser recurrente emplear el término “Constitución” en lugar de “normas constitucionales”, la inserción de la categoría bloque de constitucionalidad, desde 1994⁵, y la

⁵ La categoría del «*Bloque de Constitucionalidad*» se empieza a configurar, para Colombia, desde 1993, cuando, mediante salvamento de voto a la sentencia C-488 de 1993, por primera vez se hace alusión explícita a dicha categoría. Posteriormente, y antes que se asuma como categoría, existen dos alusiones más en los salvamentos de voto de las sentencias C-089 y C-372 de 1994. Será con la sentencia C-555 de 1994, el bloque surgió en los considerandos de las sentencias de la Corte Constitucional y para 1995, el concepto de *bloque de constitucionalidad* se institucionalizó, mediante la sentencia C-225 de 1995.

señalización, por parte de la doctrina constitucional, de dos sentidos del bloque de constitucionalidad⁶, genera una necesidad de establecer una expresión que refleje la práctica normativa y que exprese, de modo más incluyente, que no solo el ejemplar o libro denominado como Constitución se encuentra en ese primer escalón normativo. Así cuando se hace mención a las *normas constitucionales* o si se prefiere a la Constitución material, se está procurando integrar tanto a la Constitución formal como aquellas normas que se “*escapan*” de la codificación efectuada, pero que no por ello pueden considerarse que no tengan el mismo rango y valor de la Constitución compilada. En términos de la Corte Constitucional, se estaría aludiendo, entonces, al llamado *bloque de constitucionalidad en sentido estricto*.

Por su parte, al bloque en *sentido lato* acobija a las normas que sirven de parámetro constitucional, solo que no por ello tendrán siempre rango de Constitución. Por consiguiente, se puede decir que la tríada conformada por Constitución-Bloque stricto sensu-Bloque lato sensu, puede ser entendida como tres círculos concéntricos así:

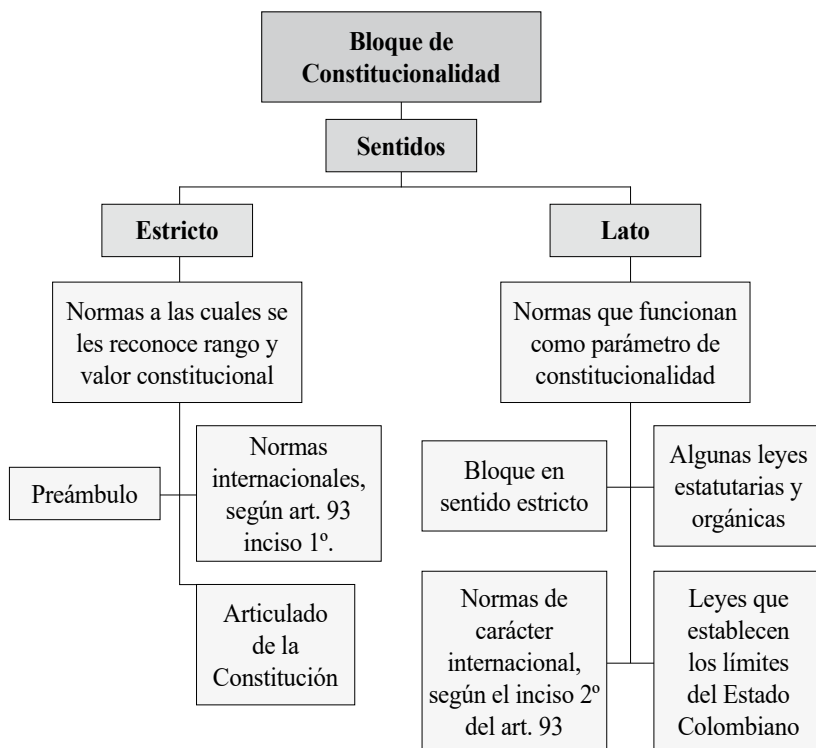
Ilustración No. 2. Distinción de los sentidos del bloque de constitucionalidad en Colombia



⁶ Distinción efectuada por la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-191 de 1998.

Debe recordarse que la identificación de las normas con rango constitucional estará derivada de la existencia de una cláusula de remisión constitucional que, al tiempo, se encargue de equiparar la norma beneficiada con la remisión con el valor de la propia Constitución. En ese contexto, para el caso colombiano, solo existe, en principio, una norma constitucional permanente que cumpla dichas características⁷.

Ilustración No. 3. Distinción de los sentidos del bloque de constitucionalidad en Colombia



⁷ Se hace alusión al inciso primero del art. 93 CP, que les otorga valor constitucional a ciertas normas internacionales de derechos humanos.

Ahora, las normas que son catalogadas como parámetros constitucionales integran no solo las normas con rango, sino que también otras que, en la práctica, sirven para ejercer el control de constitucionalidad. También conocidas, en algunos sistemas locales, como *normas interpuestas*, harán referencia a normas que, adicionales a aquellas con rango de Constitución, por remisión constitucional o por ejercicio de una interpretación armónica y sistemática sirven para establecer la constitucionalidad de una norma.

La anterior distinción ha provocado que, en el caso colombiano, la Corte Constitucional haya establecido toda una doctrina del bloque de constitucionalidad que puede ser resumida sucintamente, en sus dos sentidos, con la clasificación expuesta en la ilustración nro. 3.

B. Legislación

Por debajo de las normas constitucionales se tendrá la *legislación*⁸, la cual se compone por dos tipos de piezas normativas: una de ellas será la ley como sinónimo de la producción del Legislador General o ley formal, y la otra engloba aquellas normas que, sin ser formalmente leyes, tendría la misma ubicación, fuerza y valor de las leyes formales, a estas últimas se les nombra leyes materiales.

Así las cosas, la legislación no solo está conformada por las leyes del Legislador General, sino al mismo tiempo por la producción del Legislador Extraordinario o Excepcional, el cual ha sido habilitado directa o indirectamente por la CP. La habilitación constitucional indirecta o *delegación legal* se deriva del reconocimiento constitucional de la posibilidad de que Legislador General conceda a un órgano distinto la facultad de dictar

⁸ En la categoría de actos jurisdiccionales se han incluido todas las providencias sin importar el orden funcional de los jueces ni la jurisdicción a la cual están inscritos. Con todo, debe hacerse la salvedad que, dado sus efectos, existirían ciertas sentencias de la Corte Constitucional que podrían incluirse al mismo rango que las normas que son objeto de su control. Sobre el tema véase: (Olano, 2004).

normas con rango de ley. Ahora, en lo referido a la habilitación constitucional directa o *delegación constitucional* se presenta cuando el Poder Constituyente (Primario o Secundario) permiten que un órgano diferente al Legislador General, dentro de circunstancias especiales o en cualquier momento, *legisle* sin intermediación de la ley formal.

Respecto al primer tipo de delegación, bajo la CP se tiene la creación de los llamados decretos leyes, mientras que en las delegaciones constitucionales tenemos, como normas relevantes, los reglamentos constitucionales (producidos con un carácter transitorio), los decretos supletorios (generados con la legislación por prescripción, específicamente en el caso del presupuesto anual y el plan nacional de desarrollo) y los decretos legislativos (producidos durante Estados de Excepción). Sin embargo, a las anteriores disposiciones debemos agregar aquellas normas expedidas por el Ejecutivo que la Corte Constitucional ha establecido su competencia para estudiarlas, incluso pese a no estar expresamente dispuestas en el art. 241 CP⁹.

Frente a las leyes formales, debe señalarse que pueden tener diferentes tipologías, debido a la libertad configurativa del legislador. Es por ello que no existe una única forma de clasificación de las leyes al no existir una categorización expresa en la CP respecto a ellas¹⁰. No obstante, podrían diferenciarse los siguientes tipos de leyes: orgánicas, estatutarias, aprobatoria de tratado, de interpretación, marco, código, amnistías e indultos, de facultades extraordinarias, de presupuesto anual,

⁹ Como es sabido la competencia de control constitucional de los actos del Ejecutivo estarán en cabeza de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, teniendo como referencia los arts. 241 y 237.2 CP. De tal modo, sería objeto de control del Consejo de Estado, todas aquellas normas dictadas por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Sobre el tema, véase, por ejemplo, las sentencias: (Corte Constitucional, C-173 de 2014; C-049 de 2012).

¹⁰ Entre las diversas tipificaciones de la ley, la más amplia la realiza el profesor Marco Gerardo Monroy Cabra, quien habla de 27 tipos de ley, teniendo como punto de referencia el texto de la CP, dando énfasis al art. 150. En: (Monroy, 2002). Respecto al tema véase, también, las clasificaciones de: (Charry, 1993; Blanco, 2013; Sierra Porto, 1998; Quinche Ramírez, 2009).

del plan nacional de desarrollo, singulares, de honores, de convocatorias, sobre restricción a los límites del derecho de circulación en San Andrés Isla, de monopolios económicos, de expropiación por razones de equidad, sobre división general del territorio, sobre la estructura de la administración nacional, de autorizaciones especiales, sobre el Banco de la República, sobre propiedad industrial, patentes y marcas, propiedad intelectual, sobre rentas nacionales, gastos de la administración y contribuciones fiscales, que confiere facultades especiales a asambleas departamentales y ordinarias.

C. Actos administrativos

En un tercer espacio se tendrán los *actos de la Administración Pública*. En contraste con la labor legislativa, la actividad de la Administración no es una actividad regulativa plena, dada que la competencia normativa de la administración está limitada por la Constitución y la legislación, no pudiendo usurpar espacios que no se han concedido, en garantía del principio de legalidad; éste limita las actuaciones de la administración a lo explícitamente permitido y crea una relación de subordinación entre la ley y los actos administrativos. En otros términos, estos últimos no pueden ejecutar la Constitución.

Si bien pueden existir actos administrativos que no ejecutan la ley, esto se debe a que median otros actos administrativos sí desarrollantes de la ley, y debido al principio competencial entre los diferentes órganos de la administración. Precisamente, por ello los actos de la administración pueden tomar diferentes formas tales como decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, entre otros, incluso podrá existir un acto administrativo en formas verbales, dependiendo de la función, el órgano y el marco territorial donde son producidos; siendo determinante para ser catalogados de tal modo que se realicen en cumplimiento de funciones administrativas y que se manifiesten como una decisión unilateral de voluntad de quién las ejerce, con efectos jurídicos.

D. Normativa restante

Los dos tipos de normativas restantes son los actos jurisdiccionales y los actos entre/de particulares. En lo que respecta a los actos jurisdiccionales, en Colombia, han sido denominados genéricamente como providencias. Las providencias podrán ser de dos clases: por un lado, las *sentencias*, que son las encargadas de resolver el litigio, es decir, resuelven la controversia y poner fin al proceso judicial¹¹. Por otro lado, estarán los *autos* que ayudan al avance del proceso, sea por toma de decisiones no relacionadas con el fondo directamente, llamados autos interlocutorios, o abriendo o cerrando etapas para dar trámite al proceso, conocidos como autos de trámite o de sustanciación¹².

Finalmente, el último espacio aquí formulado se reservó para los llamados actos de/entre particulares, donde se incluyen los hechos, actos y negocios jurídicos, y que, por tanto, serán relacionados con, en términos amplios, con su carácter unilateral, bilaterales y/o plurilateral. Dichos actos serán fuentes de obligaciones para los participantes en su formación y para los terceros interesados, teniendo como límites los requisitos de existencias, validez y eficacia de los mismos.

E. Criterios auxiliares

El art. 230 CP, además de establecer el sometimiento al “imperio de la ley”¹³, enumera unos criterios auxiliares que deberán

¹¹ Salvo en los casos de sentencias inhibitorias, las cuales no resuelven el proceso, sino se abstienen de conocer el fondo del asunto. Conjuntamente, serán ajenas a la definición general de sentencias aquellas que se provocan dentro de la llamada jurisdicción voluntaria, debido a que en la misma no hay realmente un hay litigio, debido a que no busca resolver un litigio, ni controvertir, sino que se pretende que el juez efectúe una declaración.

¹² Estos actos no dan cierre a un proceso o resuelven litigios, salvo cuando por medio de auto interlocutorio se admite y convalida una conciliación extrajudicial.

¹³ Dicha disposición, como la propia Corte Constitucional ha asumido, no emplea el término “ley” desde una perspectiva restrictiva. En este sentido, véase: (Corte Constitucional, C-486 de 1993; C-836 de 2001; C-539 de 2011; C-634 de 2011). Incluso, durante los primeros años

ser seguidos en la labor jurisdiccional. Ello ocasiona que la CP cambie la estructura a la anterior regulación. Precisamente,

El tema de las fuentes, bajo el espectro de la Constitución de 1886, tiene jerarquía legal y no constitucional. Las fuentes formales del derecho colombiano están consagradas, de manera general, en los artículos 4º del C. C.; 5º de la Ley 57 de 1887; 8º y 13 de la Ley 153 de 1887; 4º, 5º y 37, numeral 8º del C. de P. C. En derecho laboral las fuentes están determinadas en el Art. 19 del C. 8. del T. Las fuentes formales del derecho colombiano, en general, son la ley, la costumbre, la doctrina constitucional y los principios generales del derecho sustancial y procesal (Fonseca, 1992, p. 34-35).

La clasificación, bajo la Constitución de 1886, de las fuentes del derecho se construía con base en la división de fuentes principales y subsidiarias, según lo establecido en el Capítulo IV, Título Preliminar del Código Civil: Las principales se tomaban como aquellas que deben ser empleadas directamente para resolver una situación o problema jurídico, al ser consideradas como obligatorias y vinculantes para los casos concretos, y las subsidiarias o complementarias son aquellas que servirán para definir un caso ante la ausencia de regulación precisa de las fuentes principales, funcionando, entonces, como supletorias y con el fin de que siempre haya una respuesta normativa. De conformidad, con la ley 153 de 1887, en sus arts. 8 y 13, las fuentes supletorias serían: la analogía, y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales de derecho y la costumbre. Con la entrada en vigencia de la CP, el art. 230 se establecerá el concepto de criterios auxiliares, los cuales se diferencian en su uso de las fuentes subsidiarias, dado que estos criterios se emplean, aunque no como fuente directa, tanto para resolver casos concretos como para la ejecución de labores interpretativas genéricas. Justamente, la Corte Constitucional dirá que:

de la Corte Constitucional, dicha sometimiento incluía, también, a la costumbre. No obstante, en 2015 rectificará su posición en la sentencia C-284 de 2015.

Al lado de estas tres fuentes del derecho –Constitución, ley y costumbre– la Carta prevé la existencia de cuatro criterios auxiliares de la actividad judicial. La segunda frase del artículo 230 reconoce como tales a la doctrina, a la equidad, a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho. Tales criterios, según lo ha entendido esta Corporación, son recursos para la interpretación que, dada su calificación constitucional, nacen despojados de toda posibilidad para “*servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales*”. Se trata pues de recursos interpretativos que pueden contribuir a la fundamentación de las decisiones, pero nunca ser la razón de las mismas.

El señalamiento de esos criterios en el artículo 230 es, según lo precisó la Corte, meramente enunciativo, de forma tal que no se encuentran excluidos “*otros criterios que sean indispensables en relación con la materia sujeta a su decisión y que a este respecto revistan utilidad como apoyo de la misma*” (Corte Constitucional, C-284 de 2015).

Por ende, el sistema normativo colombiano contendría, para efectos de la interpretación, tanto las fuentes formales como los criterios auxiliares, que no serían restrictivos a los cuatro enunciados en el art. 230 CP, sino que pueden ser integrados por formas adicionales y herramientas como la analogía, la costumbre, entre otras.

II. Sistema normativo para la implementación del acuerdo de paz

El conflicto interno colombiano sufrió un episodio determinante durante el gobierno de Juan Manuel Santos, cuando se dio inicio al proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo –en adelante FARC-EP–, basado en el “Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, firmado en agosto de 2012, y que estableció una agenda de cinco puntos

sustantivos y un punto procedimental con la idea de conseguir la finalización negociada del conflicto armado colombiano. En el marco del acuerdo, fueron adelantadas las negociaciones en Oslo y La Habana desde del 18 de octubre del 2012, que culminarían con el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, el cual tuvo dos versiones: la primera de ellas fue firmada el 26 de septiembre de 2016 en Cartagena, con base al pacto del 24 de agosto de 2016; y la segunda versión fue causada debido a que la refrendación popular directa, mediante plebiscito¹⁴, no fue posible debido a los resultados de la votación efectuada el 02 de octubre de 2016¹⁵, lo que provocaría el replanteamiento de dicho acuerdo y que, finalmente, se aprobara el 12 de noviembre de 2016 y se firmaría, en Bogotá, D.C., el 24 de noviembre de 2016. Esta última versión del acuerdo sería refrendada por parte del Congreso de la República, mediante su ratificación por el Senado de Colombia y la Cámara de Representantes, el 29 y 30 de noviembre de 2016, respectivamente.

No obstante, la construcción del Acuerdo de Paz, como proceso político, hizo necesario el establecimiento de una estrategia normativa para que este acuerdo pudiese ser integrado al ordenamiento jurídico y, así, adquiriera una fuerza vinculante que le diese viabilidad tanto institucional como jurídica. Guiado por dicho fin, el Gobierno Nacional, mediante el Ministro del Interior, radicaría el 15 de septiembre de 2015 el proyecto de acto legislativo No. 157/15 en Cámara de Representantes y 04/15 en Senado, el cual buscaba que se reformara transitoriamente la CP en busca de un procedimiento legislativo

¹⁴ Respecto al plebiscito, véase: (Ley estatutaria 1806 de 2016; Decreto 1391 de 2016; Corte Constitucional, C-379 de 2016).

¹⁵ De conformidad con el boletín nacional 53 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, habiendo sido informadas el 99,98% de las mesas y con una votación, conforme al censo electoral, del 37,43%, se obtuvieron un total de 6.377.482 votos por el “Sí”, es decir, el 49,78% de la votación y 6.431.376 votos por el “No”, para un total del 50,21% de los votos válidos depositados. Véase: (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2016). Asimismo: (Corte Constitucional, C-160 de 2017).

especial para la paz y se le otorgasen al Gobierno facultades extraordinarias provisionales para dictar decretos con fuerza de ley. Originalmente compuesto de tres artículos, el proyecto sustentó su conveniencia en tres argumentos fundamentales: Por un lado, los adelantos, en tres puntos, de la agenda propuesta para el proceso; como segundo argumento, se indicó que las experiencias internacionales que fracasaron en este tipo de procesos tuvieron su debilidad al no tener previstas herramientas ágiles para la implementación de lo acordado; y, finalmente, se expuso la necesidad de ofrecer elementos, a la contraparte, de credibilidad para lo que restaba del proceso, frente al cumplimiento de lo pactado. Por ello, era necesaria, entonces, la generación de un acervo jurídico real y efectivo que impulsara el proceso una vez éste se diera finalizado. De tal modo, y “*si bien resulta[ba] imposible predecir si se [llegaría] a la firma de un Acuerdo Final que ponga fin al conflicto armado, lo cierto es que el Gobierno [consideraba que tenía] que estar preparado para este escenario*” (Proyecto de acto legislativo No. 157/15 en Cámara de Representantes y 04/15 en Senado).

El proyecto fue aprobado, con modificaciones, el 28 de junio de 2016 y publicado en el Diario Oficial No. 49.927 del 7 de julio de 2016, teniendo como contenido cinco artículos los cuales trataban los siguientes puntos:

- (1) Parámetros del procedimiento legislativo especial para la paz;
- (2) La disposición de facultades extraordinarias presidenciales para dictar normas con fuerza de ley;
- (3) Señalización de recursos dentro del Plan Plurianual de Inversiones del Plan Nacional de Desarrollo, por 20 años, para efectos de la implementación del acuerdo y cerrar las brechas sociales, económicas e institucionales en busca de garantizar la paz;
- (4) Naturaleza del acuerdo y de la ley aprobatoria del mismo y su control constitucional; y

(5) Vigencia condicionada del acto legislativo a la refrendación popular.

La refrendación popular indirecta de la segunda versión del acuerdo, efectuada por parte del Congreso, ocasionó que se pudiese satisfacer la condición suspensiva que limitaba la vigencia del acto legislativo, con lo cual se permitió la formulación de nuevos tipos de piezas normativas y de fuentes jurídicas para el sistema jurídico colombiano, que tendrían, como características compartidas, en principio, el carácter transicional y la obligación de estar dirigidas a la implementación del acuerdo de paz firmado con las FARC-EP. Para dichos efectos, el propio acto legislativo dispuso un plazo de seis meses, contados a partir de la entrada en vigencia del acto legislativo y prorrogables por otros seis meses, mediante comunicación formal del Gobierno Nacional al Congreso de la República, para que se completaran las labores respectivas y/o cesaran las facultades extraordinarias y especiales otorgadas. Así, el Acto Legislativo No. 01 de 2016, contemplará o se relacionará con las siguientes normas:

A. Actos legislativos para la implementación del Acuerdo de Paz

Referenciados en el art. 1° del acto legislativo objeto de estudio, se establecen como una nueva manera de modificar el texto constitucional, diferente a las previstas originalmente por la CP. Como se sabe, la CP en su título XIII contemplará al acto legislativo como la única forma idónea, jurídicamente hablando, para efectuar el procedimiento de reforma. Sin embargo, para que estos nazcan a la vida jurídica podrán tener su origen en cualquiera de las tres modalidades señaladas en dicho título constitucional; a los cuales, se le agregaría una cuarta de acuerdo a lo referenciado en el Acto Legislativo 01 de 2016 (Cfr. Corte Constitucional, C-699 de 2016).

Así las cosas, para reformar la CP deberá efectuarse siempre por medio de estos actos con los siguientes orígenes y procedimientos:

Tabla No. 1. Formas de producción de los Actos Legislativos en el marco de la CP

| Producción de Actos Reformatorios de la Constitución de 1991 | | | |
|--|--------------------------|---------------------------------|--|
| Tipo | Modalidad | Competente | Procedimiento |
| Ordinaria | Legislador General | Congreso de la República | Se desarrolla con cierta similitud a la formación de las leyes formales, salvo que se ejecuta mediante 8 debates y no requiere sanción presidencial, entre otras particularidades. |
| | Referendo constitucional | Pueblo | Implica la formación, en primera instancia, de una ley de convocatoria a referendo, que tendrá un control automático por parte de la Corte Constitucional. Posteriormente, se desarrollan las etapas relacionadas con las votaciones y escrutinio. Una vez consolidados los resultados y siempre que se haya pasado el umbral del 25% del censo electoral frente a la participación, y además se tenga votación favorable, el Presidente dicta el llamado acto legislativo, que incluye el artículo reformado (arts. 47-48 ley 134 de 1994). |
| | Órgano especializado | Asamblea Nacional Constituyente | Requiere una ley de convocatoria de la Asamblea que tendrán control automático de la Corte Constitucional y que se somete a votación popular para que se confirme el llamado a la Asamblea. Dicha ley señala la competencia, el período y la composición de dicho órgano. Para aprobar la convocatoria a la Asamblea se requiere, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. Convocada la misma, se elegirá sus integrantes por voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. La Asamblea adoptará su propio reglamento, y dictará los actos reformatorios correspondientes. |

| | | | |
|--------------------|--------------------|--------------------------|--|
| Transitoria | Legislador General | Congreso de la República | <p>Se estableció con el acto legislativo No. 01 de 2016, con el fin de la implementación del Acuerdo de Paz y estará sometido al procedimiento legislativo especial para la paz. Estos actos tendrán iniciativa exclusiva del Gobierno nacional y siempre tendrán un contenido direccionado a facilitar y asegurar la implementación y desarrollo del Acuerdo Final. Asimismo, tendrán trámite preferencial y, por tanto, tienen prelación sobre cualquier asunto. Estos actos serán tramitados en una sola vuelta de 4 debates y no en 2 vueltas con 8 como los actos legislativos ordinarios. El tránsito del proyecto entre una y otra Cámara será de 8 días y deberán ser aprobados por mayoría absoluta.</p> <p>Estos actos, además, tienen control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia, a diferencia de los que se producen dentro de la tipología ordinaria que deberán realizarse siempre que haya demanda (art. 241.1 CP). Al igual que todos los actos legislativos, el control de constitucionalidad se hará solo por vicios de procedimiento en su formación, pero para estos, los términos de revisión se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados.</p> |
|--------------------|--------------------|--------------------------|--|

En este marco, los actos legislativos producidos por el Congreso con la finalidad de implementar el Acuerdo Final se distancian, como actos reformativos y como modalidad, de las diferentes formas de reformas a la CP, incluyendo a aquella que tiene el mismo órgano competente para producirla. Conjuntamente, deberá recordarse que estarán caracterizados, además, por un plazo constitucional para ser producidos de seis meses y que puede ser prorrogado por otros seis. En todo caso, dichos

actos legislativos en su vigencia o aplicabilidad, al encontrarse sometidos a una condición por el objeto de regulación, no serán permanentes en sí, lo que obligaría a la Corte Constitucional, en el ejercicio del control, a tener en cuenta dicho aspecto para analizar la posible sustitución.

B. Acuerdo Especial

Según lo dispuesto en el art. 4 del Acto Legislativo No. 01 de 2016, dicho acuerdo final o Acuerdo de Paz tiene la naturaleza de un “acuerdo especial”¹⁶ en los términos del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. En esta medida, dentro de la variedad de normas existentes a nivel internacional¹⁷, el Acuerdo Final deberá ser entendido como un acuerdo internacional de carácter simplificado.

Según lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, se tendrá que un tratado es: “[...] *un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”. Definición similar a la expresada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, cuando en su art. 2.1.a). Con todo, esta definición incluye diversos tipos de normas internacionales que reciben denominaciones diferentes (Cfr. Trejo García, 2006), pero que están basadas en el acuerdo de los intervinientes y que están compuestas de uno o varios documentos, los cuales obligan los

¹⁶ Para una posición sobre los acuerdos de paz y su naturaleza, véase a: (Roucounas, 1998).

¹⁷ Desde el derecho positivo internacional se ha consolidado el sistema de fuentes mediante la formulación efectuada por el art. 38.1. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya; el cual incluye cuatro elementos básicos para la resolución de controversias internacionales: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares; b. la costumbre internacional; c. los principios generales de derecho internacional; y d. las decisiones judiciales y la doctrina, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Para una visión de mayor extensión, véase: (Gómez Zuluaga, 2006).

sujetos suscriptores; siendo, por tanto, normas formales y solemnes mediante las que se adoptan preceptos vinculantes para las partes que los suscriben, en ejercicio de su soberanía, autodeterminación y capacidad para obligarse.

Ahora, en términos de mayor restricción, el *tratado internacional* se vislumbra como un producto de un proceso complejo de formación que involucra, como mínimo, una negociación, adopción del texto del tratado, firma y ratificación del mismo; mientras, los *acuerdos simplificados*¹⁸ serán definidos como tratados internacionales no formales, debido a que tienen un proceso de implementación más ágil y están caracterizados porque “*ostentan un régimen jurídico semejante al de los tratados solemnes en su validez, eficacia, efectos, ejecución, interpretación y extinción*” (Quinche Ramírez y Abello Galvis, 2006, p. 22), pese a que su proceso de adopción se culmina con la suscripción del mismo por parte del Presidente de la República como director de las relaciones internacionales y sin la necesidad de ser objeto de ley. Por ende, estos últimos se establecen como disposiciones que versan sobre asuntos de un tratado solemne general o marco que fue previamente perfeccionado mediante el procedimiento constitucional. En este sentido, resultan similares a lo que sería, internamente, decretos de tipo reglamentario, debido a que los *acuerdos simplificados* ejecutan un tratado internacional ya incorporado.

Estos acuerdos simplificados podrán ser objeto de control por parte de la Corte Constitucional cuando dichas normas contengan preceptos que por su naturaleza, finalidad y contenido debieron haberse incorporado como tratados solemnes (Cfr. Corte Constitucional, C-1258 de 2000; C-269 de 2014) y cuando se interpone acción pública de inconstitucionalidad frente a dicho tipo de normas.

¹⁸ Sustentados en la normatividad internacional, por ejemplo, en los arts. 12 y 13 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986.

De tal manera, tendríamos que el Acuerdo de Paz sería un acuerdo simplificado, pero que tendrá una serie de características distintivas respecto a otros acuerdos simplificados, según lo previsto en el propio acto legislativo. Justamente, y en primera instancia, se afirma que, una vez se encuentre firmado y en vigencia, el Acuerdo de Paz entra a ser parte integrante del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, y, por tanto, a tener rango constitucional, lo que genera, como también se nombra en el acto legislativo, que sirva de parámetro para los juicios de constitucionalidad posteriores. Adicionalmente, se dispondrá que existirá una ley para aprobar el Acuerdo Final.

No obstante, dicha particularidad del acuerdo sería derogada con el Acto Legislativo No. 02 de 2017, mediante el art. 2. Este acto reformativo, igualmente, dispone una nueva mención al acuerdo que estaría más acorde a su naturaleza de acuerdo simplificado y, al mismo tiempo, racionaliza su vínculo con el bloque de constitucionalidad; puntualmente, se dispondrán que: 1) Solo los contenidos, en desarrollo del derecho a la paz, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la CP y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, es decir, que podría asumirse su pertenencia al bloque de constitucionalidad pero solo en un sentido lato; y 2) La existencia de una obligación de cumplimiento de buena fe de lo acordado, por parte de las instituciones y autoridades estatales, con el fin de preservar los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.

C. Leyes

En el marco del Acto Legislativo No. 01 de 2016 se plantearon, también, modificaciones tanto formales como materiales a la legislación en su expresión formal. De tal manera, se formularían tipos de leyes diferentes a las que ordinariamente

se contemplan en la CP. Si bien dichas modificaciones serían transicionales, permiten que hablemos de dos tipos de leyes relacionadas con el Acuerdo de Paz: por un lado, la ley *aprobatoria del acuerdo final* y, por otro lado, las leyes *de implementación del acuerdo de paz*.

La *ley aprobatoria del acuerdo final* fue establecida en el derogado art. 4 del acto legislativo estudiado, la cual debía darse bajo las formalidades que conformarían el “procedimiento de ley aprobatoria del Acuerdo Especial”. Dicho procedimiento, estaría guiado por los siguientes requisitos:

- Deberá responder al procedimiento pautado para una ley ordinaria. Por tanto, deberá hacerse la radicación del proyecto ante la Secretaría del Senado, al ser un asunto de relaciones internacionales, teniendo posteriormente lugar la publicación interna en la Gaceta del Congreso. Después irá la etapa deliberatoria, empezando por los debates en las Comisiones Constitucionales Permanentes del Senado y Cámara, que se harán de manera conjunta. Una vez aprobado el proyecto en dichas comisiones, se pasaría a los debates en plenarias. El tránsito del proyecto entre comisión y plenaria será de ocho días¹⁹.
- Adicionalmente, dicha ley tendrá un control de constitucionalidad automático previo a la sanción presidencial y a su publicación en el Diario Oficial. Dicho control estará en cabeza de la Corte Constitucional²⁰.
- La presentación y radicación del proyecto estará en cabeza del Gobierno, el cual lo hará de manera inmediata, una vez firmado y aprobado el acuerdo final.

¹⁹ Las votaciones eran, según lo establecido originalmente en el acto legislativo, únicamente de aprobación o desaprobación de todo el texto. Dicha exigencia fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-332 de 2017.

²⁰ En el acto legislativo estudiado no se alude a la naturaleza de los vicios que podrán ser controlados por parte de la Corte Constitucional, sin embargo, parece coherente que se trate de vicios de la misma naturaleza que los que la Corte puede controlar en las leyes aprobatorias de tratados.

Conjuntamente, estará contemplada la competencia para dictar las *leyes de implementación del acuerdo de paz*. Dichas leyes estarían sometidas al *procedimiento legislativo especial para la paz*, también denominado como procedimiento de “tránsito rápido” o “fast track”. En este procedimiento habrá iniciativa exclusiva del Gobierno, lo cual no evita que los proyectos de ley, como los proyectos de acto legislativo, puedan tener modificaciones sin que se cuente con el aval previo del Gobierno Nacional²¹. Asimismo, la tramitación de estos proyectos de ley tendrá carácter preferencial.

Estos proyectos, y los de acto legislativo, podrían ser tramitados en sesiones extraordinarias. El primer debate de estos proyectos se desarrollará siempre en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes respectivas. El segundo debate tendrá lugar en las plenarias de cada una de las Cámaras. En desarrollo de dichos debates, los proyectos seguirán siendo aprobados con las mayorías previstas por la CP y ley orgánica del Reglamento del Congreso –en adelante LORC– según la naturaleza de su contenido. Terminado el proceso de elaboración de las leyes habrá un control de constitucionalidad automático y posterior, salvo cuando se refieran a temas relacionados con leyes estatutarias, las cuales mantienen un control automático previo. Para el ejercicio de dicho control, los plazos se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados²². Finalmente, en lo no establecido por el acto legislativo No. 01 de 2016 respecto al procedimiento legislativo para este tipo de leyes, se aplicará las normas constitucionales y del LORC.

Esta tipología de leyes, al igual que los actos legislativos relacionados con dicho tema, tendrá un título que corresponda

²¹ Originalmente, el acto legislativo contemplada que se requería el aval del Gobierno para efectuar modificaciones a los proyectos tramitados sobre el tema. Ver: (Corte Constitucional, C-332 de 2017).

²² El procedimiento de control constitucional quedó reglamentado para dichos fines mediante el Decreto-Ley 121 de 2017.

a su contenido, precediendo la fórmula: “*El Congreso de Colombia, en virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, DECRETA*”.

Por último, debe recordarse que estas leyes tendrán un contenido restringido, debido a que las temáticas tratadas por dichas leyes deberán buscar y relacionarse con el objeto de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final.

D. Decretos con fuerza de ley y decretos reglamentarios

Al tiempo de las leyes formales, el acto legislativo también contempló leyes materiales con el fin de implementar el Acuerdo Final. Dichas normas serían creadas en razón a las facultades extraordinarias que otorgó el acto legislativo al Presidente. En ese contexto, en su art. 2, el acto legislativo dispuso que, dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del acto en cuestión, el Presidente quedaba facultado para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final. Estas facultades no podrían ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos, y los decretos producidos tendrían control automático posterior por parte de la Corte Constitucional²³.

Debe recordarse que si bien su regulación resulta similar a las reglas establecidas para los decretos leyes provenientes de la delegación legislativa del art. 150.10 CP, lo cierto es que estos decretos con fuerza de ley, los producidos en razón al acto legislativo, serían reglamentos constitucionales similares a aquellos dictados en razón a facultades otorgadas por otras reformas constitucionales.

²³ El procedimiento de revisión constitucional se surtiría dentro de los dos meses siguientes a su expedición. Dicho control respondería a vicios formales y materiales, de conformidad, analógica, con el art. 241.5 CP.

Del mismo modo, debe hacerse hincapié en que estos reglamentos constitucionales tienen un control constitucional automático y poseen un objeto de regulación relacionado con la implementación del acuerdo de paz, lo cual será otra razón de distanciamiento con los decretos leyes del art. 150.10 CP, que tendrán un control constitucional por acción y objeto totalmente diferente. Así, la Corte ha dispuesto que:

El control de constitucionalidad de los decretos leyes expedidos con fundamento en el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016 es: (i) *jurisdiccional*, en la medida en que es un control jurídico de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional; (ii) *automático*, porque se activa con el envío del Decreto Ley por el Presidente de la República; (iii) *posterior*, por cuanto se realiza después de su expedición; (iv) *participativo*, dado que cualquier ciudadano puede intervenir en el proceso de constitucionalidad; (v) *único*, en virtud del principio de cosa juzgada constitucional; (vi) *formal*, en tanto verifica que el Decreto Ley cumpla con los requisitos de procedimiento y competencia, y, (vii) *material*, porque implica un análisis constitucional de fondo de su articulado. Además, este control constitucional parte de dos presupuestos. Primero, su objetivo es, como en todos los demás asuntos, garantizar la supremacía e integridad de la Constitución. Segundo, parte del reconocimiento de que los actos normativos objeto de control son producto del ejercicio de una especial habilitación legislativa al Presidente en el contexto y para lograr los objetivos propios de la transición política. (Corte Constitucional, C-554 de 2017)²⁴.

²⁴ En dicho marco, la Corte Constitucional ha reconocido, además, la necesidad de comprobar que estos decretos cumplan con los requisitos de conexidad objetiva, estricta y suficiente y la necesidad estricta (C-160 de 2017; C-253 de 2017; C-469 de 2017; C-470 de 2017; C-607 de 2017; C-608 de 2017). En todo caso, en sentencia C-554 de 2017, se ha reconocido que no es uniforme la metodología empleada por la Corte Constitucional para valorar estos decretos; teniendo variaciones en: (i) su esquema, (ii) las denominaciones de los requisitos, y, (iii) el orden de su análisis. No obstante, se han catalogado dichas variaciones solo como modificaciones formales. En ese sentido, el control se ha centrado en

Ahora, y pese a no haber una mención específica en el acto legislativo, se entiende que el Presidente de la República, siguiendo el art. 189.11 CP, podrá hacer uso de la potestad reglamentaria respecto a la legislación que se dicte. De ese modo, será el encargado de especificar y ejecutar las normas con rango de ley que dicte el Congreso de la República, como Legislador General, y/o el Gobierno, como Legislador Extraordinario, con el fin de implementar el Acuerdo Final.

Estas normas reglamentarias no tendrían una formalidad especial más allá de su título y competencia por su vínculo con la legislación especial. Además de ello, debe aclararse que estos decretos adquirirían una restricción en su vigencia y en su objeto de regulación, dado el carácter transicional que se espera de éste sistema.

Respecto a su control constitucional, éste corresponderá a las normas de su misma naturaleza, es decir, mediante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, salvo cuando dicha reglamentación se ejecute por medio de los llamados decretos híbridos o mixtos²⁵, que en tal caso habría control directo por parte de la Corte Constitucional.

E. Providencias de la Jurisdicción Especial

De conformidad con el acto legislativo No. 01 de 2017, a las cuatro jurisdicciones establecidas en el art. 116 CP, será sumada una más de carácter transitoria denominada la Jurisdicción Especial para la Paz –en adelante JEP–. Esta jurisdicción

la observación del cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Formales: (i) que la adopción del decreto implique la intervención del Presidente de la República y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo correspondiente, (ii) que el título corresponda al contenido, (iii) que se invoque expresamente la facultad que se ejerce; y (iv) que esté motivado. 2. Competenciales y Materiales: (i) la temporalidad; (ii) que no verse sobre algún asunto o tipo de acto normativo expresamente excluido de su competencia; (iii) la conexidad objetiva, estricta y suficiente; y, finalmente, (iv) la necesidad estricta. (Corte Constitucional, C-554 de 2017).

²⁵ Sobre el asunto, véase entre otras sentencias: (Corte Constitucional, C-918 de 1999; C-969 de 1999).

ostentará autonomía administrativa, presupuestal y técnica, con el fin de administrar justicia de manera transitoria y preferente sobre las demás jurisdicciones respecto a las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, y en especial frente a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos. En consecuencia, se instaura esta jurisdicción con fines, especialmente, de ejercer la persecución penal de conductas consideradas delictivas que se delimitan temporal, personal y materialmente en relación con el conflicto armado.

La JEP hará parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición²⁶ y tendrá como objetivos 1) la satisfacción y protección de los derechos de las víctimas; 2) ofrecimiento de verdad a la sociedad colombiana; 3) la contribución institucional y fáctica a la paz estable y duradera; y 4) la adopción de decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno. Justamente y en esencia, en ejercicio de este último objetivo la JEP dictará providencias y resoluciones, de acuerdo a su conformación y el procedimiento iniciado²⁷.

²⁶ Este sistema estará compuesto por los siguientes mecanismos y medidas: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición.

²⁷ La JEP estará compuesta por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, la Sala de Definición de las situaciones jurídicas, la Sala de Amnistía o Indulto, el Tribunal para la Paz, la Unidad de Investigación y Acusación, y la Secretaría Ejecutiva. El Tribunal para la Paz es el órgano de cierre y la máxima instancia de la JEP, y estará conformado por dos secciones de primera instancia, una sección de revisión de sentencias, una sección de apelación y la sección de estabilidad y eficacia. Las Salas de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; de definición de las situaciones jurídicas; y de amnistía o indulto desarrollarán actividades primordialmente cuando haya existido un reconocimiento de verdad y responsabilidad. Por su parte, la Unidad de Investigación y Acusación será la encargada de realizar las

Así las cosas, las resoluciones y/o providencias de la JEP tendrán una naturaleza jurídica y tendrán su sustento, principalmente, en las normas contempladas en el Código Penal, en el derecho internacional de los derechos humanos, en el Derecho Internacional Humanitario y/o en el Derecho Penal Internacional, siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad. Dicha configuración institucional y normativa hará que los pronunciamientos de esta jurisdicción tengan los efectos de cosa juzgada al igual que con las otras jurisdicciones y, por el objeto de conocimiento, una vinculación, fundamentalmente, *inter partes*.

III. Interrelación de los sistemas de fuentes en el ámbito del ordenamiento colombiano

La presentación efectuada muestra con claridad que el ordenamiento jurídico colombiano se presenta como un sistema complejo de interacción, donde mínimamente, cohabitaban dos sistemas normativos²⁸: uno local estructurado con la CP, y otro de índole internacional. Dichos sistemas parecían acoplarse, como se dispuso, desde la concepción de un modelo monista moderado y con la figura del bloque de constitucionalidad, lo que generaba una cierta armonización entre ambas normativas. Empero, el acto reformativo constitucional 01 de 2016 diversificó las piezas normativas del sistema local.

Evidentemente, el reconocimiento de (1) un procedimiento adicional de reforma constitucional y uno nuevo para producción de leyes vinculadas con el acuerdo; (2) la señalización de competencias especiales al Gobierno nacional para actuar

investigaciones correspondientes y adelantar el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz cuando no haya reconocimiento de verdad y responsabilidad.

Debe recordarse que en la JEP se adelantarán dos tipos de procedimientos: uno en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad y otro cuando exista ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad.

²⁸ Ello sin hacer alusión, por ejemplo, al sistema de derecho propio del cual se harían acreedores los indígenas y su jurisdicción.

como Legislador Transitorio y Extraordinario, mediante la producción de decretos con fuerza de ley, categorizados como reglamentos constitucionales; y, (3) en el ámbito institucional, el surgimiento de nuevos órganos con el objetivo de esclarecer lo acontecido en el conflicto, la reparación integral de las víctimas y la búsqueda e identificación de personas desaparecidas, generaría nuevos vínculos y un nuevo sistema jurídico que deberá ser acoplado para la comprensión del ordenamiento jurídico colombiano.

La inserción de reformas constitucionales y leyes en su sentido formal y material, harán de éstas un punto de referencia para el cumplimiento de las funciones administrativas y jurisdiccionales. Como consecuencia, se tendrá que el sistema de fuentes transicional no será meramente simbólico, sino que vinculará a la totalidad de órganos estatales que tengan como función la aplicación de dichas normas; además, de que, al ser dichas piezas de primer nivel en el orden de las fuentes formales, obliga a la totalidad de instituciones y particulares, en sus diferentes roles, a su acatamiento.

Si bien es asumible que las normas y competencias vinculadas con la implementación del Acuerdo Final tienen una vigencia condicionada, un objeto específico de regulación y un carácter transicional, ello no evita que sus efectos puedan adquirir una permanencia respecto a situaciones jurídicas que se consolidarían en el marco de su validez y vigencia, es decir, que crearan derechos adquiridos y formularan una certeza jurídica. En esa dirección, no se expresan simplemente como disposiciones momentáneas y como expresiones suspensivas. Por ende, estas disposiciones deberán interconectarse con las fuentes jurídicas existentes y con las competencias que serán ejercidas para aspectos no relacionados con el Acuerdo de Paz. De ahí que se provoque una relación tripartita entre normativas internacionales, nacionales “permanentes” y las transitorias. Adicionalmente, dicha interrelación estaría mediada por un entorno vinculado con los criterios auxiliares para efectos de interpretación, los cuales no son exclusivamente locales.

Entendiendo lo anterior, la pregunta sería: ¿cómo poder armonizarlos entre sí para el cumplimiento de las funciones de creación normativa? Dicha indagación se produce en ocasión a la coexistencia de los mismos y a la necesidad de resolver futuros conflictos normativos. Ciertamente, existe el deber de que estos sistemas compartan espacio y lo cierto es que no basta con una interpretación tradicional. Será preciso, en ese sentido, admitir que la interpretación requerida será aquella que se ha denominado, en el ámbito internacional, como interpretación conforme; esto debido a que las relaciones entre estos sistemas normativos no responderían necesariamente al ejercicio de formas tradicionales de solución de conflicto normativos, sino que requieren modulaciones sistemáticas, evolutivas e integrativas. Por ello, se tendría la necesidad de superar, en cuanto sistemas se refieren, criterios de jerarquía, cronología y de especialidad²⁹, e incluso de prevalencia. Si bien, este último normalmente es empleado cuando existen diversos sistemas en interacción, en el caso, por un ejemplo, del sistema internacional no es per se superior o prevalente al interno, debido a los principios de subsidiariedad y complementariedad. Con ello, la interacción de estos acervos normativos se vincula, desde la teoría de los derechos humanos, mediante el *principio pro persona*, como la manifestación de un criterio de favorabilidad.

En lo que respecta a los vínculos con el sistema transicional, estos supeditarían a criterios de competencia. Lo anterior en razón que éste ha sido creado para el ejercicio de una función específica que se enlaza y define respecto a las personas que serán acobijadas, las materias que tendrán vínculo con la función y los espacios y tiempos que serán objeto de discusión. Por consiguiente, en este caso, y a diferencia de relaciones entre propias normas específicas dentro del sistema como las que podrían darse desde la especificidad temática de las leyes estatutarias

²⁹ Los conflictos normativos de tipo vertical suelen ser solucionados mediante el criterio de jerarquía normativa, es decir, *lex superior derogat legi inferiori*. Por su parte, los conflictos horizontales suelen emplearse los criterios cronológicos (*lex posterior derogat legi priori*) y de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*).

respecto a las leyes ordinarias, no hay un *per se* tema para el sistema transicional, sino una función a ser ejercida y, por ende, podría tocarse, en principio, cualquier temática siempre que el direccionamiento se vincule con la función para la cual el ordenamiento transicional fue creado.

Así las cosas, la comprensión e interpretación del nuevo orden normativo colombiano y sus vínculos inter sistémicos serían mediados por criterios de favorabilidad y competencia, que aseguren, al mismo tiempo, que los vínculos intra sistémicos puedan desarrollarse desde la armonización y las interpretaciones conformes.

Conclusiones

En congruencia con lo expuesto, se puede advertir las sucesivas conclusiones:

1. En el marco colombiano existe un ordenamiento jurídico compuesto por lo menos por tres sistemas normativo con características disímiles, pero que cohabitan en el ejercicio del derecho. Justamente, tendremos, por un lado, un sistema jurídico internacional conformado por su propio orden y normativas que se observa, desde las teorías de armonización, como un sistema diferente al local, pero que se interrelacionan. De allí, que se ha admitido la presencia de un *monismo moderado* que permite aceptar la recepción de normas internacionales, solo que no por pleno derecho, sino mediante, en parte de ellas, a través de normas internas que lo inserten al ámbito local. Adicionalmente, un sistema creado desde 1991 que responde al de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, y finalmente, en época de postconflicto, de un sistema local transicional que, a su vez, integra límites del sistema permanente al tiempo que los del sistema internacional.

2. Pese al carácter transicional de este nuevo sistema, este no implica en estricto sentido que tenga el atributo de transitoriedad o de no permanencia. Por ende, habría que diferenciar

realmente que de ese sistema es transitorio y que puede ser tildado como permanente. En ese ámbito es visible que los efectos de los actos normativos, por ejemplo, de las sentencias de JEP, podrán causar derechos adquiridos a los ciudadanos y/o efectos de cosa juzgada, lo cual implica, para mantener la seguridad jurídica, una perduración de los mismos y que no puedan volver a ser discutidos. En consecuencia, fundamentalmente, lo transitorio estaría vinculado con las competencias que se atribuyan para producir la normativa transicional y aquellos elementos que se establezcan con condicionamientos en su vigencia, sin que ello afecte los derechos que se adquieran.

3. Finalmente, la interrelación y armonización de estos sistemas estará ligada a criterios que superan el carácter jerárquico, de prevalencia, cronológico y espacialidad, debido a que se hace necesario observar la prevalencia, principalmente, de los derechos humanos y estos no están integrados en un solo sistema en específico. De allí, que la comprensión de las relaciones inter sistémicas requieran de criterios de favorabilidad y competencia, para asegurar los vínculos entre los mismos y las normas que lo conforman internamente, so pena que los conflictos normativos que se generen pongan entre dicho la efectiva del ordenamiento jurídico y del fin con el cual fue creado el sistema transicional: la paz.

Referencias bibliográficas

Libros y contribuciones en obras colectivas

- Blanco Zúñiga, G. (2013). *Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano* (2ª Edición). Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Charry, J. (1993). *Sistema normativo de la Constitución de 1991*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Estrada Vélez, S. (2007). *Los Principios jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Fuentes Contreras, E. (2010). *Materialidad de la Constitución. La doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia*

- de la Corte Constitucional*. Bogotá, D.C.: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y Grupo Editorial Ibáñez.
- Gómez Zuluaga, A. (2006). La aplicabilidad de los Tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales: el derecho internacional como fuente de derechos y obligaciones en el derecho interno. En AAVV, *La aplicación judicial de los tratados internacionales*, pp. 7–67. Bogotá, D.C.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Kelsen, H. (1997). *Teoría Pura del Derecho* (9ª Edición). México, D.F.: Porrúa.
- Peña Ayazo, J. y Bonorino, P. (2006). *Filosofía del Derecho* (2ª Edición). Bogotá, D.C.: Consejo Superior de la Judicatura.
- Quinche Ramírez, M. (2009). *Derecho constitucional colombiano de la carta y sus reformas*. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.
- Sierra Porto, H. (1998). *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Trejo García, E. (2006). *Los tratados internacionales como fuente de derecho nacional*. México, D.F.: Centro de documentación, información y análisis.
- Uprimny Yepes, R. (2006). *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Bogotá, D.C.: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y Universidad Nacional de Colombia.

Artículos de Revistas

- Fonseca Ramos, M. (1992). Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución. *Revista de Derecho*, 1, pp. 32-45.
- Kucsko-Stadlmayer, G. (2005). La contribución de Adolf Merkl a la Teoría Pura del Derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 244, pp. 243-258.
- Mayer, H. (2005). Teoría de la Estructura Escalonada del orden jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 244, pp. 259-270.
- Monroy Cabra, M. (2002). La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, pp. 13-37.

- Olano García, H. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Vniversitas*, 108, pp. 571-602.
- Olano García, H. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 1, pp. 231-242.
- Quinche Ramírez, M. y Abello Galvis, R. (2006). El control constitucional de los acuerdos en forma simplificada en Colombia. Un caso de evasión del control. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 8, pp. 11-52.
- Roucounas, E. (1998). Los acuerdos de paz como documentos para la resolución de conflictos intraestatales. *Anuario de Derecho internacional*, XIV, pp. 561-588.

Tratados y otros acuerdos internacionales

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986.

Normatividad y jurisprudencia nacional

- Congreso de la República, Acto Legislativo No. 1 de 2016, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Colombia, Bogotá, D.C.
- Congreso de la República, Acto Legislativo No. 1 de 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”. Colombia, Bogotá, D.C.
- Congreso de la República, Ley 5 de 1992, “por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”. Colombia, Bogotá, D.C.
- Congreso de la República, Ley estatutaria 1806 de 2016, “por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Colombia, Bogotá, D.C.
- Constitución Política de Colombia. 1991. Colombia, Bogotá, D.C.

- Corte Constitucional, Sentencia C-486 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia, Bogotá, D.C. Octubre 28 de 1993.
- Corte Constitucional, Sentencia C-488 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Colombia, Bogotá, D.C. Octubre 28 de 1993.
- Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia, Bogotá, D.C. Marzo 3 de 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Colombia, Bogotá, D.C. Agosto 25 de 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia C-555 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia, Bogotá, D.C. Diciembre 6 de 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Colombia, Bogotá, D.C. Mayo 18 de 1995.
- Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia, Bogotá, D.C. Mayo 6 de 1998.
- Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Colombia, Bogotá, D.C. Agosto 10 de 1998.
- Corte Constitucional, Sentencia C-918 de 1999. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Colombia, Bogotá, D.C. Noviembre 18 de 1999.
- Corte Constitucional, Sentencia C-969 de 1999. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Colombia, Bogotá, D.C. Diciembre 1 de 1999.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1258 de 2000. Magistrada Ponente (E): Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Colombia, Bogotá, D.C. Septiembre 20 de 2000.
- Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Colombia, Bogotá, D.C. Agosto 9 de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia, Bogotá, D.C. Julio 6 de 2011.

- Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia, Bogotá, D.C. Agosto 24 de 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia C-049 de 2012. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Colombia, Bogotá, D.C. Febrero 7 de 2012.
- Corte Constitucional, Sentencia C-173 de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Colombia, Bogotá, D.C. Marzo 19 de 2014.
- Corte Constitucional, Sentencia C-269 de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Colombia, Bogotá, D.C. Mayo 2 de 2014.
- Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Colombia, Bogotá, D.C. Mayo 13 de 2015.
- Corte Constitucional, Sentencia C-379 de 2016. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia, Bogotá, D.C. Julio 18 de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia C-669 de 2016. Magistrada Ponente: Martha Victoria Calle Correa. Colombia, Bogotá, D.C. Diciembre 13 de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 2017. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Colombia, Bogotá, D.C. Marzo 9 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia C-174 de 2017. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Colombia, Bogotá, D.C. Marzo 22 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia C-253 de 2017. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Colombia, Bogotá, D.C. Abril 27 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia C-332 de 2017. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo. Colombia, Bogotá, D.C. Mayo 17 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia C-469 de 2017. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Colombia, Bogotá, D.C. Julio 19 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 2017. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Colombia, Bogotá, D.C. Julio 19 de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia C-554 de 2017. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. Colombia, Bogotá, D.C. Agosto 30 de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia C-607 de 2017. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. Colombia, Bogotá, D.C. Octubre 3 de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia C-608 de 2017. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. Colombia, Bogotá, D.C. Octubre 3 de 2017.

Ministerio del Interior, Proyecto de acto legislativo No. 157/15 en Cámara de Representantes y 04/15 en Senado, Colombia, Bogotá, D.C.

Presidencia de la República, Decreto 1391 de 2016, “por el cual se convoca a un plebiscito y se dictan otras disposiciones”. Colombia, Bogotá, D.C.

Presidencia de la República, Decreto-Ley 121 de 2017, “por el cual se adiciona un capítulo transitorio al *Decreto* 2067 de 1991”. Colombia, Bogotá, D.C.

Registraduría Nacional del Estado Civil, *Plebiscito 2 de octubre de 2016*, Colombia, Bogotá, D.C.

La justificación ética y política de la punición de la instigación y la ayuda al suicidio en el ordenamiento jurídico argentino

José Luis Ennis

“El suicidio, lejos de negar la voluntad, la afirma enérgicamente. Pues la negación no consiste en aborrecer el dolor, sino los goces de la vida. El suicida ama la vida; lo único que pasa es que no acepta las condiciones en que se le ofrece.”

A. Schopenhauer

I. Introducción

El objeto de este breve trabajo es reflexionar sobre los presupuestos éticos y jurídicos de la figura consagrada en el art. 83 del Código Penal argentino (en adelante CP), poniendo especial atención en su compatibilidad con los principios constitucionales que enmarcan y delimitan toda la regulación de la respuesta punitiva en nuestro ordenamiento, considerando además la posibilidad de establecer una vinculación entre aquéllos y los principios básicos de la bioética jurídica, que el mismo ordenamiento ha ido incorporando con la sanción de ciertas normas y a través de pronunciamientos judiciales de importancia.

II. Antecedentes y regulación vigente de la instigación y ayuda al suicidio

El art. 83 del CP establece que *“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayude a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.”*

La disposición se ha mantenido inalterada desde la sanción del código en 1921 y existía, con matices, en los antecedentes de ese ordenamiento (Guardia 2007:501).

El Proyecto de Tejedor, de 1867, reprimía tanto a quien proveyera los medios o ayudare al suicida en la ejecución, como al propio suicida, privándolo de sus derechos civiles y anulando sus disposiciones póstumas, si el suicidio se consumaba, o sometiéndolo a una “*vigilancia rigurosa*” por un período de uno a tres años, si quedaba en tentativa. Seguía, de ese modo y en lo que respecta a la punición del propio suicida, al código sardo (Moreno 1923:388) y a la legislación española aplicada en el régimen colonial, en línea con las pautas del derecho canónico¹, que ya había sido criticada en este aspecto por el propio Beccaría (1978:142).

El proyecto de 1881 establecía una pena de prisión para quien prestare los medios o ayudare en la ejecución del suicidio, sin contemplar pena alguna para el propio suicida, línea seguida por los proyectos posteriores, salvo el código de 1886, que no contenía disposición alguna sobre la materia.

En el proyecto de código penal que finalmente se transformara en ley en 1921 se excluyó, como adelantáramos, la punición del suicida. Rodolfo Moreno (h) indicaba que ello se debía a la desaparición del sujeto sobre el cual podría hacerse sentir la pena, al carácter salvaje de las represiones tomadas sobre el cadáver, a la imposibilidad del suicida de defenderse y a la incidencia de las sanciones en el planto hereditario sobre terceros inocentes. En el caso del suicidio tentado señalaba que se colocaría a quien realizó un acto de desesperación en peores condiciones, sin beneficio para la sociedad (1923:385 y ss.). Con esos fundamentos se convirtió en ley la fórmula que transcribimos más arriba.

Los proyectos de reforma posteriores al Código Penal de 1921 contienen una previsión similar a la del artículo transcripto,

¹ Hasta la sanción del Nuevo Código de Derecho Canónico de 1983, la legislación canónica prohibía expresamente que se diera sepultura eclesiástica a los suicidas (Basso 2005:116).

a la que suman en general referencias a la posibilidad de atenuar la pena cuando existieran móviles altruistas o la expresa petición del sujeto pasivo, motivada en su intenso sufrimiento. En algunos casos se proyectó la inclusión, en el mismo apartado, de una figura de homicidio atenuado cuando mediare petición o consentimiento de la víctima y de una especial atenuación para los supuestos de suicidio común concertado (por todos, Guardia 2007:502 y ss.).

Estos antecedentes dan cuenta de la particular incidencia de la cultura occidental *cristiana* en la conformación de las costumbres, normas y prácticas jurídicas, de modo tal que permiten refrendar, para el ámbito local, la afirmación de J. Drane cuando indica en términos generales que “*la aceptabilidad moral de la privación directa de la vida humana ha dependido históricamente de las creencias religiosas y las costumbres de la comunidad*” (2003:36). Sin necesidad de confundir los ángulos de análisis, es necesario reconocer que el problema jurídico que involucran, en general, las decisiones al final de la vida y en particular la problemática de la instigación y ayuda al suicidio, se vincula estrechamente con la asunción de determinados presupuestos filosóficos, resultando útil la sugerencia de Dworkin (2010:9) en punto a la asunción de un posicionamiento filosófico –al menos básico– en la labor de los juristas.

Relata Drane en el trabajo citado que en las sociedades antiguas, incluso entre griegos y romanos, era considerada una práctica socialmente aceptada la liberación de los sufrimientos de quienes agonizaban, sea a través de la asistencia al suicidio como causando la muerte de quién así lo requería. Luego, con el advenimiento del cristianismo como religión oficial con Constantino, las objeciones que esta religión planteaba a cualquier tipo de decisión humana sobre el momento y la forma de morir se transformaron en moral oficial y se cristalizaron luego en normas jurídicas. Como hitos en la consolidación de esta pauta moral, destaca las posiciones de San Agustín y Santo Tomás de Aquino en contra del suicidio. Suelen resumirse en tres puntos centrales los argumentos de este último para afirmar que el

suicidio es ilícito –en términos teológicos–: a) todo ser se ama naturalmente a sí mismo y tiende naturalmente a conservarse, siendo contrario esa tendencia natural y a la caridad por la que uno debe amarse a si mismo el acto suicida; b) el hombre es parte de una comunidad y todo lo que él es pertenece a la sociedad, a la que perjudica suicidándose y c) la vida es un don dado al hombre por Dios y sujeto a su divina potestad, de modo tal que quien se suicida se apropia de una facultad que sólo a Dios pertenece (Basso 2005:348). La vigencia de esta postura es destacada por Niño con la reseña de un pasaje de la encíclica *Evangelium Vitae* del Papa Juan Pablo II, en el que se indica “...Dios el señor de esta vida. El hombre no puede disponer de ella.” (Niño-Sanabria 2008:353)

En un sentido más amplio, indica Núñez Paz –en el prólogo a la edición española de una obra colectiva– que en nuestra cultura occidental la implantación religiosa del carácter sagrado de la vida se basa en la creación del hombre por Dios y, por consiguiente, en una ética de raíz teológica (judía, cristiana, musulmana) que evoca el origen trascendente de la vida en cuanto a que esta ha sido dada por Dios al hombre –que no es su verdadero titular, sino sólo un depositario– (Dworkin et al. 2000:19).

A este origen común responde el hecho de que numerosas legislaciones, en particular las que reconocen influencia del derecho europeo continental –que receptó en su momento al derecho romano canónico–, contengan disposiciones legales que sancionan la instigación y ayuda al suicidio, como ocurre con la normativa nacional transcrita más arriba.

Sin embargo, es preciso adelantar desde ahora que estimamos que en este caso la normativa jurídica –penal– no ha acompañado la modificación de la moral y las costumbres comunitarias, importando un obstáculo o velada resistencia a cambios en aquel plano que han ido consolidando una determinada concepción de la autonomía individual que amerita, a nuestro entender, una nueva discusión sobre el tema, considerando en particular si es necesario, razonable e incluso legítimo

recurrir al uso de una sanción punitiva para reprimir determinados comportamientos en un contexto que ha registrado notables modificaciones².

Si bien es cierto que resulta particularmente difícil encontrar pronunciamientos de condena por el delito en cuestión en la jurisprudencia nacional a lo largo del extenso período transcurrido desde la sanción del código penal y especialmente en épocas recientes, también lo es que la existencia de una previsión legal como la transcrita importa la asunción de una postura en cuestiones polémicas, con incidencia social concreta, como lo es la regulación de las prácticas eutanásicas o del suicidio asistido médicamente.

Condiciona, además, la validez de las construcciones dogmáticas del derecho penal, en la medida que no puede ser ignorada a la hora de plantear los alcances de la noción de bien jurídico –afectado o tutelado, según la postura que se asuma al respecto–, la posibilidad de considerar al consentimiento del damnificado como una causal de atipicidad o justificación, los alcances de la coacción como supuesto de inculpabilidad, la definición de la autoría por determinación, entre otras cuestiones particularmente relevantes.

III. El artículo 19 de la Constitución Nacional, la noción de bien jurídico y el suicidio

El artículo 19 de la Constitución Nacional (en adelante CN) establece, en su primera parte, que: *“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”*, consagrando de ese modo el más importante de los principios limitadores *materiales* o sustantivos al poder circunscriptivo y a la injerencia coactiva del estado en general.

² En el trabajo que ya hemos citado, Drane (2003:39) da cuenta del amplio debate que precedió a la modificación del régimen legal de la eutanasia y el suicidio asistido en las sociedades holandesa –primero– y belga –a continuación–.

Así, se ha dicho que esa norma “*constituye un límite infranqueable al obrar del Estado ya sea que actúe por medio de cualquiera de sus autoridades o funcionarios o de particulares que obren por delegación, incluso por sí mismos. Ni la ley, ni la administración, ni los magistrados judiciales, ni quienes actúan por mandato de éstos pueden afectar la privacidad y la intimidad de las personas*” y que implica además que no basta con sancionar leyes respetando el debido proceso adjetivo para mandar o prohibir sino que “*las normas deben, además, respetar la privacidad*” (Gelli 2012:1087).

Zaffaroni (2001:127) sintetiza las principales consecuencias de esta disposición para el ámbito jurídico penal señalando que: a) el estado no puede establecer una moral; b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; c) las penas no pueden recaer sobre acciones que constituyan ejercicio de esa libertad, de modo tal que “*no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse (ser lo que elija ser conforme a su conciencia)*”.

En el caso de la ayuda e instigación al suicidio es claro que, por el contenido de la norma y su ubicación en el código penal (en el Título I. Delitos contra las personas. Capítulo I. Delitos contra la vida), el bien jurídico involucrado no es otro que la vida del propio suicida (Donna 2008:223).

Si se acepta que el bien jurídico cuya afectación exige el principio de lesividad –que se infiere del art. 19 de la CN transcripto– debe ser concebido como una “*relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto*” (Zaffaroni 2001:489), es necesario admitir que el consentimiento del titular del bien jurídico se impone como eximente de pena pues “*no hay lesividad cuando un hecho no afecta a otro por daño por peligro, ni tampoco cuando el habitante consiente ciertos cursos de acciones que pueden ser dañinos o peligrosos para el ente con el que se relaciona*” (2001:499).

Es claro que nuestra postura supone, con base en el dispositivo constitucional citado y la filosofía liberal que lo inspira, asumir que no existen bienes jurídicos indisponibles³ y que no puede el legislador no constituyente asignar ese carácter a ningún bien, incluso cuando se dispone a crear, en ejercicio de las facultades que la propia constitución le reconoce, normas penales.

Con esta base, es difícil encontrar argumentos para sostener la compatibilidad del texto del art. 83 del CP, que sanciona actos de participación –en sentido técnico estricto (Soler 1987:92)– en un acto de disposición que realiza el titular indiscutido del único bien jurídico en juego, con el art. 19 de la CN. Ello así pues no puede sostenerse, sin hacer a un lado por completo al titular del bien jurídico vida involucrado en el caso, que “perjudique” a un tercero el comportamiento de quien pone un motivo para que se tome –o colabora con la ejecución– de la decisión autónoma de disponer, en el máximo grado de disposición posible que supone la destrucción o supresión completa, de un bien personalísimo como es la vida propia.

En esta línea, refiriéndose específicamente a los supuestos de suicidio asistido médicamente “*en un contexto vital eutánico*”, Niño y Sanabria reconocen que existe un conflicto valorativo subyacente –entre la dignidad y la autonomía, por una parte, y la inviolabilidad de la vida, por otra– mas concluyen que “*...en el marco de un Estado democrático y liberal, el poder punitivo no puede ignorar la concurrencia de la voluntad dispositiva de un bien jurídico*”, para añadir luego que, en todo caso, es poco probable que la situación de reducción de

³ En contra, considerando a la vida humana como un bien indisponible, cita Donna (2008:224) la postura de Cerezo Mir, Mir Puig y Romero Casabona, importantes referentes del derecho penal español contemporáneo. Para estos autores la vida debe ser protegida con independencia de la voluntad del titular y la impunidad de la conducta del propio suicida no tiene nada que ver con la disponibilidad de la propia vida, sino con la eficacia de la eventual pena (Guardia 2007:506). Se opone abiertamente a esta idea de indisponibilidad Niño (2008:383).

la autodeterminación del auxiliador en aquel contexto permita descartar un reproche jurídico penal⁴ (2008:382).

Esta incompatibilidad constitucional no existiría, claro está, en aquellas hipótesis en las que no se pone un motivo para la adopción de una decisión libre o se colabora en su ejecución, sino que se domina el hecho a través del dominio de la voluntad ajena, pues ellas constituirían un supuesto de autoría de homicidio, conforme lo dispuesto por el art. 45 del CP. Construcciones dogmáticas como las de la autoría mediata o la autoría por determinación permitirían dar una respuesta jurídico penal adecuada a todas aquellas hipótesis en las que se pudiera constatar una reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto que se quita la vida de una entidad tal que lo llevaran a perder las riendas del suceso, conducidas por el supuesto instigador o colaborador.

IV. Lesividad y autonomía individual

La conexión entre el principio de lesividad, como límite al ejercicio del poder punitivo estatal, y el ámbito de autonomía personal que reconoce el mismo art. 19 de la CN, surge evidente de una serie de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre los que mencionaremos los casos “Bahamondez” (Fallos 316:479) y “Albarracini Nieves” (Fallos 335:799), que nos permiten establecer además una directa vinculación con el enfoque de la bioética jurídica⁵.

⁴ Ponen en duda estos autores la posibilidad de extender esa propuesta desincriminante a otros “contextos”, aclarando que su postura no implica “una interpretación irrestricta de tal autonomía, en razón de que aquellos actos de disposición que, sin hallarse determinados por ciertos contextos circunstanciales, se orienten derechamente a la destrucción del mentado bien, carecen de legitimación por parte del orden social o legal”. El razonamiento presenta, a mi entender, un salto lógico, pues conecta la falta de legitimación social con el castigo penal de determinado comportamiento, cuando ambos términos no pueden encadenarse sin una justificación más pormenorizada.

⁵ La serie de pronunciamientos habitualmente citada en este punto se refiere a la problemática de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y su criminalización,

En ambos casos había sido sometido a la corte federal el conflicto que generaba la negativa de un paciente perteneciente al culto de los “Testigos de Jehová” a recibir transfusiones de sangre, cuando esa práctica resultaba –en principio– necesaria para neutralizar el peligro de muerte en el que se encontraba.

Si bien en el primero de los fallos, pronunciado el 6 de abril de 1993, la mayoría de la corte consideró abstracta la cuestión –ya que Bahamondez se había repuesto antes de que el alto tribunal se pronunciara– las consideraciones formuladas en los votos de algunos de los magistrados votantes fueron recogidas en el voto que se impuso en el segundo de los pronunciamientos, dictado el 1 de junio de 2012.

Allí se indicó, citando la disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi en “Bahamondez”, que el art. 19 de la CN “otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros” (cons. 14).

En el considerando siguiente se cita el voto de los jueces Barra y Fayt en el mismo precedente, en el que se había indicado que la norma constitucional *“concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional*

materia en la que se registra un cambiante criterio de la corte en la línea de los casos “Colavini”, “Montalvo” y “Arriola” (Fallos 332:1963).

esta dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional¹ que consagra el art. 19 de 1a Constitución Nacional”.

Con base en esos antecedentes, la Corte concluyó que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico hace a la autodeterminación y autonomía personal, pues los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada.

También se citó el voto concurrente del juez Petracchi en el caso “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/daños y perjuicios” (Fallos 306:1892), transcribiendo el pasaje en el que indicó que la base misma de la libertad moderna es *“la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de meritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan”*.

En “Albarracini” se destacó además que la ley 26.529 se inscribe esa lógica, al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos *“con o sin expresión de causa”* (art. 2 inc. e)⁶.

Aún cuando está claro que los pronunciamientos reseñados se refieren a una situación que difiere, en particular en el plano de la responsabilidad penal, de la que plantea el suicidio asistido –pues la no aplicación de determinados tratamientos podría encuadrar, según el caso, en alguno de los tipos omisivos de los arts. 106, 108 del CP y no así en la figura del art. 83 del mismo

⁶ Tinant destaca como virtudes de esta nueva regulación, aún cuando haya configurado un marco legal de algo que de hecho venía cumpliéndose, haber instancado el tema de la muerte y del buen morir en una sociedad que habitualmente se negaba a debatirlos y sumar una contribución para evitar que se ignore o niegue la decisión del paciente –actual o anticipada, expresada libremente– en el ámbito de la regulación de las decisiones al final de la vida (2013: 143).

ordenamiento–, la aplicación de los principios invocados para resolver esta aquella situación conduce, a nuestro entender, a una solución análoga para el segundo de los supuestos.

En efecto, no puede negarse que existe una conexión entre el derecho a que sean omitidos tratamientos no deseados, el suicidio médicamente asistido y las prácticas eutanásicas activas⁷, pues sin necesidad de confundir cada uno de esos actos de naturaleza diversa (Drane 2003:43) podría reconocerse que aparecen como manifestaciones progresivas del reconocimiento del derecho a morir del modo que el individuo elija.

Así, si se admite que el principio de autonomía individual constituye un pilar fundamental de nuestro sistema jurídico, la punición de la colaboración de un sujeto en la adopción y/o ejecución de una decisión libre –e informada, podríamos añadir–, dispuesta en una norma de jerarquía inferior, es difícil de justificar.

Este principio de autonomía individual constituye, además, uno de los principios elementales de la bioética. Con base en la moral kantiana⁸ y estrechamente vinculado a la noción de

⁷ De hecho, la analogía de las situaciones que se dan en cada uno de estos supuestos fue la base del planteo que, invocando la cláusula de igual protección de las leyes reconocida en la Enmienda XIV de la Constitución Federal, debió tratar la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Vacco”, en el año 1997. En ese caso, la corte federal consideró que la distinción que establecían las leyes estatales que, por una parte, permitían la interrupción de los tratamientos que sostienen la vida y por otra castigan la ayuda al suicidio –prohibiendo de ese modo la asistencia médica al suicida–, era razonable y respondía a un legítimo interés estatal en: a) resguardar la vida; b) preservar el papel del médico como el que sana a los enfermos; c) proteger a las personas vulnerables de la indiferencia, del prejuicio, de las presiones psicológicas y financieras para acabar con sus vidas. En un plano ontológico señaló además que la diferencia entre una u otra situación se sostiene en los principios jurídicos fundamentales de la intención y de la causalidad. Comentando este pronunciamiento y deteniéndose en las problemáticas que el tribunal extranjero omitió considerar, se pregunta Gelli si existe en verdad una distinción sustantiva entre ambas situaciones y afirma, recurriendo a categorías de la propia corte estadounidense, que señala Gelli que la distinción se basa, por lo menos, en una “categoría sospechosa” (1998:1346).

⁸ Es preciso indicar aquí que Kant trató específicamente la cuestión del suicidio, afirmando que éste “...no es lícito bajo ningún respecto, ya que representa la destrucción de la humanidad y coloca a ésta por debajo de la animalidad” (el pasaje corresponde a sus *Lecciones*

dignidad, este principio está ligado a ciertos rasgos profundos que caracterizan a las personas, de modo tal que sea posible reconocer esta calidad en otro y que seamos reconocidos como tales por los demás, y podríamos recurrir a una definición sintética del mismo que indica que cada individuo tiene derecho a decidir sobre aquello que lo afecta, en particular sobre su vida y su salud (Atienza 2004:68).

En este sentido se ha dicho que la dignidad humana no es, en el ámbito de la bioética, un principio más entre otros, sino que constituye el punto de referencia decisivo para entender al actividad humana en general y todas las instituciones jurídicas, políticas y sociales (Tinat 2010:565), destacando que en el campo del derecho este principio fija límites al derecho vigente indicando cuándo la libre autodeterminación de un sujeto es éticamente legítima en un caso concreto (ídem).

Es claro, entonces, que en el análisis jurídico de cuestiones que involucran esta dimensión de la autonomía individual no pueden ser incoherentes con las coordenadas básicas que permiten enfocar los problemas bioéticos, entre ellas en particular la que indica que las personas son autónomas pues no están atadas a ningún fin, son fuente originaria de iniciativas y son responsables de sus fines, teniendo al alcance de su voluntad la libre elección de valores para el desarrollo de la vida humana (Manzini-Tinant 2008:306).

V. El suicidio médicamente asistido como problema específico de bioética jurídica

El suicidio asistido consiste en *“ayudar a morir conforme a su dignidad y sin sufrimiento a una persona lesionada o enferma no terminal con invalidez grave y permanente y dependencia total de otros, o a una persona que por su enfermedad*

de ética, citadas por Atienza 2004:68). Es precisa la mención pues, con base en las nociones de dignidad y autonomía aplicadas al análisis jurídico llegaremos a una conclusión diferente sobre la “licitud” del suicidio, al menos en ese plano.

y evolución posible se considera a sí misma como una persona terminada, si lo ha pedido reiteradamente, en pleno uso de su razón y de forma libre y voluntaria” (Palacios 2009:107).

La vinculación entre el problema jurídico que venimos analizando y las prácticas médicas aparece evidente cuando se repara en la posibilidad de que la ayuda –e incluso la instigación, en este caso como recomendación técnicamente calificada que pone un motivo determinante para adoptar la decisión de concluir con la propia vida– al suicidio de una persona que cursa una enfermedad terminal o particularmente grave e incurable⁹, puede provenir de un profesional de la medicina, que aporta con su experticia la posibilidad de reducir significativamente el sufrimiento de quien ha tomado la decisión de quitarse a la vida a través de la selección de los medios más adecuados al efecto.

Esta conexión entre ciertas prácticas médicas y problemas jurídico penales –que involucran a su vez problemas axiológicos y políticos– demuestra la plausibilidad del enfoque de la cuestión desde la bioética jurídica, entendida como aquella rama de la bioética que se ocupa de la regulación normativa y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética –las cuestiones éticas vinculadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, y aun a todos los seres vivos y a la naturaleza–, constituyendo al mismo tiempo una reflexión crítica sobre las crecientes relaciones entre la bioética y el derecho, a escala nacional, regional e internacional (Tinant 2007:149). Específicamente, el problema del suicidio asistido sería uno de aquellos puntos en los que bioética y derecho convergen dando

⁹ Gherardi categoriza a los pacientes graves con riesgo de muerte según su situación clínica evolutiva, distinguiendo cuatro estados de pacientes graves: 1) crítico, con una enfermedad aguda de rápido comienzo o evento agudo en el contexto de una enfermedad crónica de curso progresivo y persistente; 2) “sin esperanzas”, con una enfermedad de larga evolución pero finalmente letal; 3) terminal o muriente, con una enfermedad letal de plazo relativamente corto; y 4) moribundo o agonizante, cercana ya la presencia probable de la muerte (citado por Tinant 2013:123). A todas estas categorías nos referimos, en adelante, en el presente trabajo.

el marco a una ética al final de la vida, expresada por el derecho a morir con dignidad, o a vivir con dignidad la propia muerte, involucrando así una serie de decisiones al final de la vida, que son aquellas que involucran a pacientes graves con riesgo de muerte y que pueden afectar su dignidad, así como tener un impacto significativo en la calidad, lugar y tiempo de morir (Tinant 2007:100 y 2013:125).

Aunque no sea el objeto de este estudio, podemos señalar que es posible una ética de la profesión médica que admita a la asistencia al suicidio en determinados contextos como una práctica profesional permitida, y que esta posibilidad vuelve a vincular a la cuestión ética –profesional en este caso– con lo jurídico, pues es precisamente el respeto de la autonomía individual la base de una respuesta positiva, que considere en particular el deseo de aliviar el dolor del paciente capacitado que padece una enfermedad terminal, intratable o incurable que considera incompatible con sus valores fundamentales (Dworkin 2000:27).

Drane (2003:43) destaca dos argumentos en contra del suicidio médicamente asistido: en primer lugar, alude a la preocupación por la extensión de la práctica, afirmando que “una vez que se declara el derecho a algo ese algo tiende a expandirse” incluso cuando se ponen límites a ese derecho, pues esos límites tienden a ceder a las presiones sociales e individuales; en segundo lugar, supone que “cualquier legalización del derecho al suicidio desplegará efectos sobre el conjunto de la sociedad” e incluye entre esos efectos sociales previsibles al ejercicio de presiones sobre los pacientes para que adopten la decisión de terminar con su vida. Concluye que con una legislación que autorice esta práctica “el Estado hace dejación del poder de matar en los médicos, las familias y los pacientes”.

El valor de estos argumentos en una discusión sería sobre la desincriminación de la instigación y ayuda al suicidio, en particular en los casos vinculados a las prácticas médicas, es relativo.

Por una lado, la incidencia concreta de las modificaciones legales en la “extensión” de las prácticas sociales no es una afirmación que pueda formularse sin más, sin contar con un sustento empírico suficiente. Por el contrario, al menos en nuestro ámbito, las modificaciones legales suele operar como un reconocimiento y legitimación de prácticas sociales consolidadas o particularmente extendidas –basta con mencionar aquí el reconocimiento de las uniones convivenciales, la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, entre otras–.

Por otra parte, la mención de los efectos que el autor supone tendrá ese reconocimiento legal en el plano social, no constituye más que una simple conjetura. El propio autor da cuenta del debate generado en la sociedad holandesa sobre el punto y la posterior regulación de la cuestión en ese país, mas no indica que los efectos que espera hayan tenido lugar allí.

Finalmente, no se puede suscribir sin más que el Estado cuente con un legítimo “poder de matar” que no podría delegar a médicos, familiares y –paradójicamente– “pacientes” –nadie duda que estos últimos son los titulares del derecho a la vida en juego en este debate–. Por el contrario, normativa constitucional y convencional de igual jerarquía impide considerar que el estado argentino pueda administrar legítimamente el “poder de matar”, afirmación que podría extenderse incluso a otros ámbitos en los que la legislación positiva admite la pena capital (Niño 2011:168 y ss), a lo que cabe agregar que no se indica por qué en una eventual disputa de poder sería más conveniente mantener la *juridización* extrema de la muerte que importa la existencia de sanciones penales, aplicables incluso y por falta de toda referencia expresa a quien asista médicamente a un suicida en un contexto eutanásico, frente a un temor de *medicalizar* el final de la vida a través de esa *delegación*, regresando a un *biopoder médico* en esas circunstancias (v. Tinant 2007:101).

Por su parte, Sissela Bok se opone a la “legalización” del suicidio médicamente asistido, y pone en cuestión su utilidad

para el paciente y las dificultades que acarrearía, para su puesta en práctica en términos aceptables, la innegable existencia de diferencias marcadas en el acceso a las prestaciones del sistema de salud en las sociedades contemporáneas (Dworkin 2000:109 y ss.).

Estas objeciones, que podrían sumarse a las planteadas por Drane a la hora de evaluar los aspectos a tener en cuenta para regular la práctica del suicidio médicamente asistido, no dan sustento jurídico suficiente a la subsistencia de una norma penal que castiga un comportamiento que, al margen de su utilidad individual y social y de su fuerte anclaje en un marco moral religioso, no puede considerarse lesivo para un bien jurídico. Si bien es cierto que en nuestro sistema jurídico la segunda parte del art. 19 de la CN funciona como regla de clausura, al afirmar que todo lo que no está prohibido expresamente por la ley está permitido, pensamos que el razonamiento que supone linealmente que no castigar penalmente determinado comportamiento implica “legalizarlo” no es del todo correcto. Legalizar no es solo –o puede no ser solo– excluir un comportamiento del ámbito de lo penalmente sancionado, pues puede ser también regular determinado fenómeno social con pautas que indiquen los alcances de la actividad lícita de distintos actores frente a ese fenómeno y, en su caso, las consecuencias jurídicas –no necesariamente penales– que puede acarrear un eventual apartamiento de esas pautas.

VI. Conclusiones

Las consideraciones expuestas hasta aquí nos permiten afirmar, con certeza, que la punición de la instigación y ayuda al suicidio no constituye exclusivamente un problema de interpretación y aplicación de la ley que pueda abordarse sin más con las limitadas herramientas de la dogmática penal. Ello así pues es claro que el tema involucra complejos problemas de compatibilidad constitucional, decisión política y justificación ética y moral, que no pueden obviarse al analizar ese puntual aspecto del régimen penal.

En ese contexto, consideramos que el principio de autonomía individual, que encuentra concreto anclaje en la disposición del art. 19 de la CN, permite establecer un nexo entre esos ejes de análisis y acerca una respuesta que ya insinuamos en el desarrollo del trabajo: en las decisiones individuales sobre la propia vida, incluso sobre la determinación del modo en que se pondrá fin a la misma, el Estado tiene una limitada injerencia –especialmente cuando no existen dudas sobre el carácter libre, informado y voluntario de esas decisiones– y, en consecuencia, el uso de las sanciones penales para limitar ciertos aspectos del ejercicio de ese ámbito de autonomía no parece plausible.

Por un lado, por razones jurídicas, de orden dogmático y constitucional, que presentan como poco razonable la punición de un comportamiento que no es más que la colaboración en una conducta de otro que no afecta a bienes jurídicos de terceros. Asumimos, desde ya, que la norma constitucional limita el uso legítimo de la criminalización a los supuestos en los que pueda reconocerse una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de terceros que responde de la conducta que se conmina con una sanción penal. Por fuera de estos supuestos es posible imaginar un interés estatal legítimo para promover o desalentar determinados comportamientos, pero no puede recurrir a la última ratio que importa el uso de la violencia punitiva.

Por otra parte, el reconocimiento de la posibilidad de decidir libremente sobre el propio cuerpo, sobre el modo en que se decide vivir e incluso sobre el modo en que se decide morir, que ya encontraba anclaje jurídico en el texto constitucional, ha ido registrando paulatinos avances, a través de la legislación y la jurisprudencia, dando al principio de autonomía una nueva y más amplia dimensión incompatible, ahora sí en términos de justificación ética y política, con la subsistencia de la norma en cuestión.

En todo caso, lo hasta aquí expuesto demuestra que el tema merece un debate democrático amplio y profundo, como el que ha tenido en aquellas sociedades que han avanzado sobre el tema, despenalizando primero y “legalizando” luego el suicidio médicamente asistido.

Bibliografía

- Atienza, Manuel *Bioética, Derecho y Argumentación*. Bogotá: Temis, 2004.
- Basso, Domingo M. *Nacer y morir con dignidad. Estudios de Bioética Contemporánea*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- Baquedano, Sandra “¿Voluntad de vivir o voluntad de morir? El suicidio en Schopenhauer y Mainländer” *Revista de Filosofía*. Universidad de Chile 2007. Número 63, pp. 117-126.
- Beccaría, César (Cesare Bonesanna, marqués de) *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta, 1978 (1764).
- Donna, Edgardo Alberto *Derecho penal: parte especial*. Tomo I. 3ª edición, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Dworkin, Ronald “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?” Traducción de Leonardo García Jaramillo, en *Isonomía* Nro. 32, Abril 2010, pp. 7-29.
- Dworking, Gerald; Rey, R. G. y Bok, Sissela *La eutanasia y el auxilio médico al suicidio*. (Traducción de Carmen Francí Ventosa) Madrid: Cambridge University Press, 2000.
- Gelli, María Angélica “La prohibición del suicidio asistido. Garantía de la igualdad en una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, en *Revista La Ley*, 1998-B, p. 1346.
- “La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad”, en *Sup. Esp. Identidad de género - Muerte digna* 2012 (mayo), 93 • *Revista La Ley* 2012-C, p. 1087.
- Guardia, Diego L. “Comentario al art. 83 del CP” en Zaffaroni, E. R. y Baigún, D. (directores) *Código Penal de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. Tomo III, pp. 499-521.
- Manzini, Jorge L. y Tinant, Eduardo L. “Las directivas anticipadas” en Garay, Oscar (coord.) *Bioética en medicina*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, Pp. 300-331.
- Moreno, Rodolfo (h) *El código penal y sus antecedentes*. Tomo III. Buenos Aires: H. A. Tomassi, 1923.
- Niño, Luis F. y Sanabria, Rodrigo L. “Eutanasia y suicidio asistido” en Garay, Oscar (coord.) *Bioética en medicina*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, pp. 349-383.

- Niño, Luis F. “Acerca de la validación constitucional de las penas por parte de tribunales argentinos y estadounidenses” en Anitúa, G. I. y Yamamoto M. V. (compiladores) *Pena de muerte: fundamentos teóricos para su abolición*. Buenos Aires: Didot, 2011, pp. 167-188.
- Palacios, Marcelo *Soy mi dignidad. Eutanasia y suicidio asistido*. Madrid: Libros enRed, 2009.
- Soler, Sebastián *Derecho Penal Argentino*. Tomo 3. 4ª edición, Buenos Aires: TEA, 1987.
- Tinant, Eduardo L. *Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos*. Buenos Aires: Dunken, 2007.
- “Luces y sombras de la llamada ley de muerte digna” en *Muerte digna*. Buenos Aires: La Ley, 2013, pp. 121-143.
- “Principios jurídicos y principios bioéticos. Separación, vinculación, integración” *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 40, 2010, pp. 560-572.
- Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro *Derecho Penal. Parte General*. 2a edición Buenos Aires: Ediar, 2001.

Notas sobre igualitarismo y materialismo histórico¹

Pablo Gres C.²

I. Introducción

En el presente trabajo, examinaremos el contenido filosófico-político que el debate igualitarista ha otorgado a la igualdad, con el objeto de poner a discutir a esta tradición con el materialismo histórico.

En un primer momento, nos interesa dar razones de peso para mostrar la urgencia de pensar la igualdad. En ese sentido, nos ocupará criticar la desigualdad actual.

En segundo lugar, nos detendremos a examinar los aportes del liberalismo igualitario y de la tradición en la que deviene, el igualitarismo. Revisaremos sus principales aportes y premisas filosóficas, que apuntan a dotar de contenido cierto a la idea de igualdad. Nos sumergiremos en su debate teórico, con el objeto de reconocer sus principales líneas argumentativas y los límites de las propuestas.

En la sección siguiente, atendiendo a los límites de la tradición igualitaria, nos ocuparemos de evidenciar los problemas y las insuficiencias teóricas de las que esta tradición adolece. Criticaremos al igualitarismo desde el materialismo histórico. No por mero capricho o voluntarismo político, sino más bien, porque el marxismo ofrece herramientas teórico-críticas potentes que permiten evidenciar que la desigualdad no es un

¹ Este trabajo es una reformulación y ampliación de un artículo publicado en la revista Derecho y Humanidades de la U. de Chile, titulado *Notas sobre Justicia Social y Materialismo Histórico*. Cfr: Gres C., Pablo. 2013. *Notas sobre Justicia Social y Materialismo Histórico*, en: Revista Derecho y Humanidades, N° 22, Santiago

² Abogado, Universidad de Chile. Estudiante de Doctorado en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina

mero síntoma, ni un problema contingente, sino que es una característica estructural de la formación social capitalista.

Sostenemos que el igualitarismo y el materialismo histórico son dos tradiciones que perfectamente pueden dialogar, básicamente porque miran con sospecha las relaciones sociales que conforman el modo de producción capitalista y la desigualdad que estas generan. En tal sentido, en la siguiente sección, posicionaremos a Marx en el debate igualitarista. Postularemos que existen insumos suficientes como para formular, desde la obra de Marx, principios igualitarios o de justicia social. Esos principios, dialogarán con la propuesta rawlsiana.

Finalmente, ofreceremos algunas reflexiones finales, encaminadas a pensar la igualdad más allá de las fronteras de aquella formación social que necesita la desigualdad, el capitalismo.

II. Desigualdad y sirena de alarma

A mediados del siglo XX, gracias a los aportes del positivismo jurídico, que encarnado en autores como Kelsen, sostuvo que “la justicia es una idea irracional” (Kelsen, 1957, p. 21); o los de la teoría económico política neoliberal y sus políticas que privilegiaron crecimiento económico en desmedro de la igualdad, se instauró un discurso en el que la justicia social no gozó de mucho respaldo académico. Por el contrario, se concebía a la justicia social como una abstracción filosófica o un atavismo cultural.

Como contraparte, casi al mismo tiempo, desde el liberalismo, surgieron algunas voces disidentes que veían en la justicia, particularmente en la igualdad, una cuestión central.

Hoy, hay razones de peso para sostener que la desigualdad no es un mal necesario. El problema de la desigualdad no es, en absoluto, un problema baladí, sobre todo teniendo en cuenta que al día de hoy, afecta estructuralmente a la sociedad.

Respecto de la abismante desigualdad global, “el filósofo alemán Thomas Pogge reunió evidencia estadística que provoca

náuseas: en 1998, de un total de 5.820 millones de seres humanos, 1.214 millones poseían un ingreso de menos de un dólar norteamericano por día, y 2.800 millones vivían con menos de dos dólares por día” (Callinicos, 2006, p. 263). Más aún, “18 millones de personas mueren prematuramente cada año debido a causas vinculadas con la pobreza” (Mollard, 2012).

La pobreza masiva aumenta según pasan los años. La proporción del ingreso de la quinta parte más rica de la población mundial respecto de la quinta parte más pobre ha crecido de “30:1 en 1960 a 60:1 en 1990, y 74:1 en 1997” (UNDP, 1999). Hoy, según un informe de la OXFAM (OXFAM, 2016), casi la mitad de la riqueza mundial está en manos del 1% más rico y como contrapartida, “870 millones de personas no tienen lo suficiente para comer”(FAO, 2012). El mismo informe de la OXFAM, sostiene que el 1% de la población más rica acumula una fortuna equivalente a 65 veces la riqueza del 50% más pobre.

La desigualdad, claramente es un problema de nuestro tiempo, pero, a su vez, la igualdad es de uno u otro modo, un valor y una promesa esencialmente moderna. Ya en 1789, la revolución francesa prometía a sus ciudadanos: Libertad, Igualdad y Fraternidad. Más de 200 años después es totalmente lícito preguntarnos qué fue de aquella promesa. El asunto, hoy, ya no es sólo preocupante en términos estadísticos. “Si no se puede culpar a ningún individuo por lo que ha ocurrido, quiere decir que el problema está en el sistema económico político” (Stiglitz, 2012, p. 32).

Sostengo que pensar alternativas a esta barbarie, no es otra cosa que pensar en (y desde) la justicia. A su vez, pensar en justicia social, inevitablemente es pensar la igualdad.

III. Igualdad de qué

1. La irrupción de Rawls

En 1971, en la universidad de Harvard, John Rawls publicó la obra que revitalizó la discusión en teoría política y en filosofía

moral y política. Desde la tradición liberal, Rawls, se propone formular una teoría de la justicia con argumentos racionales y razonables, más allá de las posiciones utilitaristas e intuicionistas.

Uno de los tantos aspectos relevantes de *Teoría de la Justicia*, es que define lo que debemos entender por justicia social. Para el autor, justicia social es igualdad.

Con Rawls, y en torno a las preguntas, ¿qué es la igualdad? o ¿igualdad de qué?, se erigirá una nueva veta de la tradición liberal, el liberalismo igualitario. Integran sus filas, entre otros: Brian Barry, Ronald Dworkin o Amartia Sen, además de John Rawls, claro. Todos se posicionan en contra de la tradición libertaria, es decir, en contra del neoliberalismo y su depredación salvaje, es decir, en contra de los postulados de L. Von Mises, F. A. Hayek, o Milton Friedman, y en contra de las políticas de R. Reagan o M. Thatcher.

Tal y como sostuvimos, la piedra angular de la tradición del liberalismo igualitario es *Teoría de la Justicia* de John Rawls. En esa obra, Rawls, “le otorga prioridad absoluta a la Justicia y la entiende como la primera virtud de las instituciones sociales, por lo mismo en su planteamiento no le concede un valor mayor a las instituciones por presentarse ordenadas, estables o eficientes, lo fundamental –menciona– será que ellas sean justas y en el caso de no serlo deberán atenerse a ser reformadas o invalidadas” (Vidal, 2009, p. 228).

Para Rawls, es básico que tanto las cargas como los beneficios sociales sean redistribuidos. Respecto a la pregunta sobre ¿igualdad de qué?, la respuesta rawlsiana apuntaría a igualar los lo que él denomina *bienes primarios*.

Rawls, formula dos principios que apuntan a la igualdad: a) El principio de libertad: que consiste en la igual distribución de una lista bien conocida de libertades civiles y políticas compatible con un sistema de iguales libertades para todos; y b) El principio de diferencia: de acuerdo con el cual las desigualdades sociales y económicas sólo son justificables cuando redundan en beneficio de los sectores más desposeídos de la sociedad.

El proyecto de rawlsiano no tiene como objetivo una teoría abstracta de la justicia, por el contrario, materializa en medidas concretas los principios que se exponen como meras abstracciones. Así, para realizar el primer principio (que es premisa del segundo) señala que a cada ciudadano se le debe garantizar:

- a) los derechos y libertades básicas, [...];
- b) la libertad de desplazamiento y la libre elección de ocupación en un marco de diversas oportunidades;
- c) los poderes y las prerrogativas de los puestos y cargos de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas de la estructura básica;
- d) ingresos y riqueza, y por último,
- e) las bases sociales de respeto a sí mismo” (Rawls, 2006, 177).

Un examen minucioso de estos principios, particularmente del principio de diferencia, permite notar que Rawls no ve en el individualismo algo propio del liberalismo. Esto, principalmente, porque rechaza la idea de mérito, es decir “la idea de que las desigualdades socioeconómicas son legítimas si estas son el resultado de diferencias debidas al talento y el esfuerzo” (Callinicos, 2006, p. 266). Para Rawls no se condice con la justicia, ni tampoco hay argumentos suficientes, para avalar el hecho de que alguien se beneficie, en desmedro de otros, de un talento o posición de la que no es merecedor realmente. En palabras de Rawls, “ninguno de los preceptos de la Justicia aspira a una virtud compensadora. Los premios obtenidos por los escasos talentos naturales, por ejemplo, han de cubrir los costes de enseñanza y alentar los esfuerzos en el aprendizaje, además de dirigir las distintas capacidades hacia donde mejor se favorezca el interés común. Las porciones distributivas resultantes no se relacionan con el valor moral, ya que la dotación inicial de activos naturales, y las contingencias de su crecimiento y educación, en las primeras etapas de la vida, son arbitrarias desde un punto de vista moral” (Rawls, 2002, p. 288).

El principio de diferencia rawlsiano, obliga a que los mejor dotados de talentos sólo puedan beneficiarse de ellos, si aquello permite que mejore la posición de los más desfavorecidos, esto porque para Rawls el talento no es merecido, por lo que pasa a ser un activo social. Como veremos en un próximo apartado, es muy interesante que esta idea (en cierto modo), también fue formulada por Marx.

Como sostuvimos, Rawls sólo inaugura una tradición nutrida en discusión. La pregunta de fondo en el debate es, como hemos adelantado, ¿igualdad de qué? De hecho, tal interrogante fue literalmente planteada por el filósofo Indio, Amartya Sen, en 1979. Cuestionarse y reflexionar en torno al contenido y alcance de la igualdad como valor, como principio o como derecho, no es, en absoluto, un asunto menor, ya que el debate abre la puerta a la radicalización de la idea de Igualdad.

2. El debate igualitarista

Es este debate igualitarista, el que comprueba el hecho de que la contribución rawlsiana revitaliza la discusión en filosofía práctica. Los igualitaristas buscan entrar en detalle sobre las propuestas de Rawls, criticar ciertos puntos y completar otros.

Respecto de la interrogante antes formulada, ¿igualdad de qué?, una respuesta posible, muy común por lo demás, es que todos deberíamos tener, al menos, la posibilidad de satisfacer nuestras necesidades de la misma forma. En esa línea argumentativa Ronald Dworkin afirma que la igualdad (correspondiente con la justicia) debe ser el remedio de lo que él llama *mala suerte bruta*, es decir, situaciones contingentes e involuntarias que nos ponen en desventaja respecto de los demás. Así, el principio de diferencia rawlsiano solo debería hacerse cargo de la *mala suerte bruta* y no de las elecciones irresponsables o *suerte de opción*.

Evidentemente, lo que Dworkin tiene en mente es la igualdad de recursos. Para él, todos los ciudadanos deberíamos contar con la misma cantidad de recursos y cada individuo

deber ser libre y responsable de disponer de ellos. El hecho de usar los recursos de manera diligente, malgastarlos o despilfarrarlos dependerá de cada uno.

Dentro del debate igualitario, la posición de Dworkin tiene evidentes problemas. En primer lugar, es una concepción netamente individualista y tiene como marco una categoría propia de la derecha antiigualitaria: la elección responsable. Para Dworkin el individuo es libre de elegir y además es responsable de aquella elección casi naturalmente, cuestión con la que Milton Friedman estaría muy de acuerdo. Además, la formulación de Dworkin, adolece de un problema filosóficamente más profundo. Alex Callinicos, sostiene que Dworkin necesita que los individuos puedan distinguir entre elección (una situación subjetiva) y azar (una situación objetiva), “[p]ero las elecciones individuales y las circunstancias objetivas no son siempre tan fáciles de separar. Una persona pobre y oprimida puede reaccionar ante su situación aceptándola como parte de su destino. Puede incluso parecer que sus elecciones y preferencias reflejan satisfacción con las condiciones en las que vive. Sin embargo, alguien puede también argumentar que este es un caso en que, frente a la aparente ausencia de alternativas genuinas, las preferencias personales o individuales se han adaptado completamente a las circunstancias. Entonces, decir que la víctima de esta situación ha efectivamente elegido esta forma de vida equivaldría directamente a consagrar la injusticia. (Callinicos, 2006, pp. 268-269)”

Una tercera posición, es formulada por Amartya Sen, quien apuesta por la igualdad de capacidades. “Según Sen, aquello que deberíamos tratar de igualar es la capacidad de obtener la más amplia variedad de funcionamientos posibles. Esta postura tiene como ventaja el hecho de que nos ofrece un criterio de evaluación del bienestar (well being) individual más complejo y sutil que las crudas estadísticas del ingreso nacional difundidas por el pensamiento económico convencional” (Callinicos, 2006, p. 268). Para Sen, “[s]er libre es ser capaz, y para eso hace falta estar habilitado. Ahora bien, ¿ser capaz de qué? La respuesta es

ser capaz de funcionar. Los funcionamientos (functionings) son las cosas que el sujeto hace o la situación en que se encuentra gracias a sus habilitaciones y al uso que pueda hacer de ellas, por ejemplo viajar, estar sano, o tener una vivienda. Los funcionamientos ofrecen un panorama de cómo es la vida del sujeto, lo cual es necesario [...] para juzgar su bienestar. Son una noción primaria en el enfoque de las capacidades, ya que éstas se formulan mediante los funcionamientos, son ellos el tipo de información más elemental que se maneja en la teoría, y son los funcionamientos, no las capacidades, lo que puede constatarse directamente” (Cejudo, 2007, p. 13).

Sen, en sintonía con marxistas como Rosa Luxemburgo o Etienne Balibar, es muy lúcido al notar que la libertad no es concebible sin la igualdad, e incluso señala que entenderlas como conceptos distintos es un *error categorial*.

Sen no se muestra del todo de acuerdo con que lo que debe igualarse son los denominados *bienes primarios* rawlsianos, ya que las personas, por un sinnúmero de situaciones (materiales y contingentes), nunca obtendrán el mismo beneficio del conjunto de bienes primarios rawlsiano. En palabras de Sen, “[e]l juzgar los niveles de ventaja exclusivamente en función de los bienes primarios nos conduce a una moralidad parcialmente ciega” (Sen, 1994, p. 150). Las capacidades o funciones que deben igualarse son: nutrición adecuada, salud, vivienda y educación básica, entre otras cosas, lo más importante es que la igualación no debe ser cuantitativa sino que cualitativa. En tal sentido, los derechos y libertades que se garantizan a los ciudadanos deben tener una materialización real, con el objetivo de que, una vez igualadas las capacidades (como *conjunto capacidades*), los individuos puedan materializar realmente la libertad de elegir la forma de bienestar que ellos quieran, sólo en este momento puede operar un principio como el de diferencia.

Para discutir con Sen y con el resto de la tradición, aparece en el mapa igualitarista, Gerald Cohen. Cohen no es precisamente un liberal sino que un socialista, no en los términos del socialismo marxista (aunque sí lo fue en algún momento), sino

que más cercano al socialismo francés e inglés anterior a Marx. Su irrupción permite sacar la discusión de los límites del liberalismo, para acercarla a las políticas de izquierda en términos amplios.

Cohen, contra Sen, repara entre otras cosas que “describir el hecho de ser saludable como una libertad o una capacidad, [es una tergiversación], puesto que se trata simplemente de una condición o un estado de existencia” (Callinicos, 2006, p. 269). Así, Cohen aboga por otra idea de igualdad, muy parecida a la de Sen, pero a su juicio más neutral. El canadiense propone la igualdad de acceso a las ventajas. “En esa propuesta, la ventaja es, al igual que el “funcionamiento” de[] que habla Sen en su formulación más amplia, una colección heterogénea de estados deseables de la persona, que no se pueden reducir a paquetes de recursos ni a su nivel de bienes. Y mientras que “acceso” incluye lo que el término normalmente cubre, amplí[a] su significado con la estipulación de que cualquier cosa que una persona realmente tenga cuenta como algo a lo que ella tiene acceso, sin importar cómo lo ha obtenido y, por consiguiente, incluso si obtenerlo no ha implicado ninguna explotación del acceso en el sentido ordinario (ni, por lo tanto, algún ejercicio de capacidad)” (Cohen, 2004, p. 61). El proyecto de Cohen es lograr la realización de la libertad humana, una libertad que no puede entenderse, sin la igualdad, premisa marcada a fuego en la tradición socialista. Según Cohen, las desigualdades que están justificadas son aquellas que se producen por la real elección de los individuos después de igualado el acceso a las ventajas.

Las propuestas de Sen y Cohen (en cierto modo, también la de Rawls), si las llevamos a sus últimas consecuencias, afectan gravemente al sistema capitalista, incluso parecen ser incompatibles con éste. Paradójicamente, ninguno de ellos es partidario de erradicar el mercado, e incluso lo ven como la única alternativa para asignar bienes, al punto de que Cohen proponga un *socialismo con mercado*.

En las próximas líneas me interesa esbozar algunos contrapuntos que desde la tradición del materialismo histórico pueden hacerse a estas propuestas.

IV. Contrapuntos a la tradición igualitarista desde el materialismo histórico

1. *¿Confianza en el mercado?*

Mercado capitalista no es sinónimo de intercambio. El sistema y el mercado capitalista, son creaciones propiamente modernas. El mercado no es natural, a pesar de lo que podría creerse. En el mercado existe intercambio, pero no necesariamente todo intercambio se hace en el marco del mercado capitalista. Mientras que el mercado necesariamente se rige por los beneficios que se obtengan (del intercambio), el intercambio sólo tiene por objeto la transferencia de una o más cosas. En definitiva, criticar el mercado capitalista, en ningún sentido es equivalente a oponerse al intercambio de bienes (cuestión absolutamente necesaria en la vida en sociedad), perfectamente puede existir intercambio sin mercado capitalista.

¿Cuál es el problema con el mercado? Sobre esto podemos argumentar desde dos posiciones, más complementarias que antagónicas.

Ellen Meiksins Wood nos llama a recuperar la democracia en todo ámbito de la vida humana. Para ella, la democracia no es una mera forma de organizar lo político, entendiendo por esto algo separado de lo económico. Entender que la economía puede abstraerse del resto de las relaciones sociales es un sinsentido. Para Meiksins Wood la separación entre lo económico y lo extraeconómico no es del todo correcto ya que lo económico permea lo extraeconómico y viceversa. Es por eso, que el mercado no puede eximirse de un análisis y crítica igualitaria (y democrática) si se quiere ser riguroso.

El capitalismo y el mercado capitalista son por esencia antiigualitarios y antidemocráticos. En palabras de Meiksins Wood, “el capitalismo es estructuralmente antitético respecto de la democracia, en principio, por la razón histórica más obvia: no ha existido nunca una sociedad capitalista en la cual no se le haya asignado a la riqueza un acceso privilegiado al poder” (Meiksins

Wood, 2006, p. 396). En el mercado capitalista las decisiones y el poder están estrechamente ligadas a la acumulación, a la capacidad de obtener ganancias y a la cantidad de las mismas. Las políticas igualitarias no pueden estar arrojadas a una institución que opera en la antítesis de la igualdad. Un proyecto realmente emancipador e igualitario debe “tener diversidad, diferencia y pluralismo; pero no un pluralismo carente de estructura e indiferenciado. [...] Esto significa un pluralismo que reconozca la unidad sistémica del capitalismo y pueda distinguir las relaciones constitutivas del capitalismo de otras desigualdades y opresiones. [...] No debemos confundir respeto con pluralidad de la experiencia humana, ni luchas sociales con una completa disolución de la causalidad histórica” (Meiksins Wood, 2000, p. 305).

Otra posición, pero en la misma línea es la del chileno Carlos Pérez Soto, quien aboga por ampliar la noción de valor y de explotación. Desde esta perspectiva, “[h]ay explotación cuando hay intercambio desigual de valor. Hay que recordar, por supuesto, que [para Pérez] el valor es inconmensurable. Esto significa que el juicio “explotación” refiere no al intercambio como tal, sino a la ficción de equivalencia que lo preside. Hay explotación cuando, dada una Ficción de equivalencia, aun en sus propios términos, el intercambio resulta desigual” (Pérez Soto, 2008, p. 113). Así, la desvalorización del hombre por el hombre, puede ser tachada de injusta.

Con el objetivo de comprender más cabalmente esta crítica, es necesario ahondar en el concepto de explotación.

2. Igualdad y explotación capitalista

La tradición del materialismo histórico, entre las tantas críticas que ha formulado a la formación social capitalista, ha evidenciado la explotación capitalista como forma de obtener ganancia. A su vez, a toda la tradición igualitarista, podemos criticar que omiten el problema de la explotación capitalista.

El capitalismo es aquella formación social en el que la producción es organizada y dominada por un sujeto colectivo

al que le pertenecen los medios de producción; por otro lado, existe otro sujeto colectivo que no posee medios de producción, sólo posee su fuerza de trabajo. Por esa razón, debe someterse y producir con los medios de producción que pertenecen al primer grupo, bajo las órdenes de éste. Estos sujetos colectivos son las clases sociales.

Lo determinante es que la clase dominante controla la división social del trabajo, mientras que la clase dominada no. La clase dominada se somete a la clase dominante, somete su cuerpo y su tiempo.

Es interesante recordar que para los marxistas, en concordancia con lo que ya habían señalado liberales como Adam Smith o David Ricardo, lo que valoriza un objeto es el trabajo humano, es decir, es el trabajador a través de su trabajo el que permite que el objeto producido tenga un determinado valor, más allá del valor que ya tengan las materias primas con las que se trabaje. En los términos de Marx, lo que determina la magnitud del valor de una mercancía “es la cantidad de trabajo socialmente necesario o el tiempo socialmente necesario [para producirla]” (Marx, 2010, p. 53).

Por el trabajo realizado, el trabajador recibe un salario. Esta es una típica relación de intercambio. Lo particular de esta relación de intercambio es que se hace dentro del mercado (del trabajo) y es considerada una relación de intercambio equivalente.

Lo que nos interesa destacar de todo esto, es que dentro del capitalismo todo intercambio que se considere equivalente, está fundado en una ficción, “una ficción de equivalencia, acordada o impuesta” (Pérez Soto, 2008, p. 100). En el mercado capitalista, toda la producción humana se puede poner en venta como mercancía.

El problema surge cuando el intercambio se considera equivalente pero materialmente es desigual. A este problema le llamamos explotación. Existe explotación cuando, operando una ficción de intercambio equivalente, aun en sus propios términos, el intercambio resulta desigual.

Ocurre que la igualdad entre trabajador y capitalista es meramente formal, debido a que el trabajador si bien es libre políticamente y legalmente, y además es libre de disponer de su fuerza de trabajo como su propia mercancía, al mismo tiempo, de la única mercancía real de la que dispone es de su propia fuerza de trabajo. “Como se le ha denegado el acceso a los medios de producción, está obligado por las condiciones sociales a vender la totalidad de su vida activa, su capacidad para el trabajo. El capitalista utiliza su control de los medios de producción para concertar una negociación sumamente ventajosa: una vez empleado, el trabajador produce mercancías para el capitalista bajo el control de este último a cambio de un salario que representa tan sólo una parte del valor [o del capital] que crea. La aparente libertad e igualdad del trabajador respecto al capitalista oculta una subordinación y desigualdad subyacentes cuyo resultado es la explotación del primero” (Callinicos, 2003 (a), p. 41). En definitiva, la explotación consiste en la apropiación que la clase dominante hace del valor producido por la clase dominada y que no le es devuelto a través del salario.

Entonces, ¿cuál es el problema? El problema del capitalismo y del mercado, es que las relaciones de producción (ya no de objetos, sino de la vida en general) cosifican a los sujetos según su rol histórico. En este sentido, la humanidad queda dividida, no en términos monetarios sino respecto del rol que juegan en la división social del trabajo. “En efecto, a partir del momento en que comienza a dividirse el trabajo, cada cual se mueve en un determinado círculo exclusivo de actividades, que le es impuesto y del que no puede salirse; el hombre es cazador, pescador, pastor o crítico, y no tiene más remedio que seguirlo siendo, si no quiere verse privado de los medios de vida” (Marx, 1986, p. 36). Es paradójico que en el capitalismo toda producción es social, pero la acumulación de las ganancias es siempre individual.

No considerar la explotación, es omitir de manera grosera un problema claro. Esta omisión es una debilidad fuerte de la tradición igualitaria. La explotación capitalista permite a una

clase apropiarse de los frutos del trabajo de la otra, es decir, es permitir que el bienestar material de unos dependa del sacrificio de otros.

Las instituciones que hace permisible la explotación capitalista son la igualdad formal ante la ley y el contrato de trabajo. El mismo Marx, en *El Capital*, señala sobre dichas instituciones que “[l]a órbita de la circulación o del intercambio de mercancías, en cuyo marco se desenvuelve la compra y venta de la fuerza de trabajo, era, en realidad, un verdadero edén de los derechos innatos del hombre. Dentro de sus límites imperan la libertad, la Igualdad, la propiedad y Bentham. ¡La libertad! pues el comprador y el vendedor de una mercancía, por ejemplo la fuerza de trabajo, se someten sólo a su libre voluntad. Contratan como hombres libres e iguales jurídicamente. El contrato es el resultado final en que sus voluntades cobran una expresión jurídica común. ¡La Igualdad!, pues compradores y vendedores se refieren recíprocamente sólo como poseedores de mercancías, cambiando equivalente por equivalente. ¡La propiedad!, pues cada uno dispone únicamente de lo que posee. ¡Y Bentham!, pues cada uno se preocupa únicamente de sí mismo” (Marx, 2010, pp. 182-183). Es cierto que en términos de intercambio capitalista, detrás del contrato de trabajo hay una ficción de equivalencia, es decir, las prestaciones se miran como iguales. Pero ocurre que esta ficción de equivalencia oculta una relación que Marx llamó muchas veces llamó *robo*, pero que nunca tachó como injusta, pero considerando los hechos de manera real es evidentemente injusta.

En términos estrictos, explotadores y explotados no son libres de la misma manera (y por lo mismo, nunca serán iguales), la supervivencia de los trabajadores depende del salario que se les pague, que no es más que una parte del valor que producen. Su igualdad es aparente ya que su relación real es de subordinación y dependencia, de fondo lo que existe es explotación.

En ese sentido, la explotación constituye dos sujetos en situaciones desiguales que no son elegidas y que se originan

con la institución misma. De esta forma, el problema central de la explotación no es la forma en que se distribuye el producto social, es decir, no se soluciona con la redistribución de la riqueza sino que terminando con lo que origina las relaciones de explotación, en otras palabras, terminando con el capitalismo.

Desde un punto de vista ético, se puede argumentar que la apropiación y explotación capitalista son injustas. El problema de argumentar desde esta perspectiva es que hay un contraargumento que genera equivalencia. Quienes están a favor del capitalismo pueden argumentar (y lo hacen) que la apropiación puede ser privada debido a que los dueños del capital y los medios de producción se arriesgan y compiten en el mercado capitalista. Así, tal y como argumenta Hayek, los resultados del mercado no pueden considerarse justos ni injustos. En tal sentido hay equivalencia, equivalencia argumentativa que es fiel reflejo de la lucha de clases, en la cual un sujeto histórico cree tener derecho al valor apropiado (la clase explotadora), mientras que el otro cree tener derecho a socializar ese valor (la clase explotada).

Alex Callinicos se ha preocupado de mostrar que detrás de esta equivalencia argumentativa hay algunas apariencias, que develándolas permiten argumentar que el capitalismo es injusto. Callinicos señala que “[b]ajo el capitalismo, los individuos no gozan del mismo acceso a las ventajas. No sólo son tremendamente desiguales el acceso a los recursos de producción y la distribución de la riqueza y los ingresos, sino que las oportunidades que se presentan a los individuos durante su vida se ven enormemente afectadas, para bien o para mal, por procesos que caen fuera de su control, en particular las fluctuaciones del mercado. Basta con pensar en las fortunas creadas, pero también en las vidas destruidas, por los auges y debacles de la era neoliberal. No es de extrañar que Friedrich von Hayek, probablemente el más sofisticado defensor del capitalismo, se opusiera con vehemencia a apelar a ninguna concepción de Justicia social al evaluar los méritos relativos de los sistemas económicos” (Callinicos, 2003 (b), pp. 141-142).

Por otro lado, Ellen Meiksins Wood presenta otro argumento, siguiendo la misma línea, que nos parece demoledor. “Capitalismo y democracia son incompatibles también, y principalmente, porque la existencia del capitalismo depende de la sujeción a los dictados de la acumulación capitalista y las “leyes” del mercado de las condiciones básicas de vida y reproducción social como condición irreductible contraria al ánimo democrático. Esto significa que el capitalismo necesariamente sitúa cada vez más esferas de la vida cotidiana por fuera del parámetro según el cual la democracia debe rendir cuentas de sus actos y asumir responsabilidades. Toda práctica humana que pueda ser convertida en mercancía deja de ser accesible al poder democrático. Esto quiere decir que la democratización debe ir de la mano de la “desmercantilización”. Pero desmercantilización significa, por definición, el final del capitalismo” (Meiksins Wood, 2006, p. 396). En este sentido, la mercantilización de todo es totalmente incompatible con la verdadera democracia, aquella en que somos dueños no sólo de nosotros mismos, sino capaces de decidir, no sólo políticamente sino que en todo ámbito de cosas.

Llegados a este punto, me parece que hay razones suficientes como para sostener que la idea de igualdad por la que debemos trabajar no debe ser *humanizar* el capitalismo, sino que erradicarlo.

V. Marx en el debate igualitario

La igualdad es un valor que quienes buscamos contribuir a la tradición del materialismo histórico (ya sea desde el marxismo o desde el anarquismo) debemos rescatar. No sólo debemos señalar que la justicia está de nuestro lado o señalar que nuestras demandas son justas en un sentido meramente retórico. Es cierto que a Marx el tema de la justicia no le importó de mayor manera, o al menos no lo desarrolló, pero para la tradición materialista e historicista, hoy es imperativo pensarla. Es por eso que nos parece que la discusión que los igualitaristas dieron

dentro de su tradición no debe ser ignorada o vapuleada sin mayores fundamentos.

El debate igualitarista, y los textos de Marx y la tradición marxista, desde nuestro punto de vista, sirven de insumos para construir políticas igualitarias desde el materialismo histórico.

Si nuestro horizonte es una sociedad sin clases, una sociedad libre e igualitaria, necesitamos pensar la justicia. “Según Marx, el comunismo no es la forma final de la sociedad humana; es el comienzo de la historia auténticamente humana” (Lizarraga, 2011, p. 78).

Una parte no menor de la izquierda podría argumentar que la justicia no importa, que la sociedad comunista sobrepasa la justicia. Contra aquello, el argentino, Fernando Lizarraga señala que: “habrá quienes sostengan que el cambio revolucionario es un evento puro que funda su propia legitimidad y no precisa invocar principios anteriores a ella; pero esto se da de bruces con la concepción del marxismo como filosofía de la praxis y de la revolución como un cambio material, intelectual y moral. Habrá aún quienes sostengan que el comunismo es una sociedad más allá de la Justicia, porque la abundancia será tal que las cuestiones distributivas nunca habrán de plantearse; pero esto ignora los evidentes límites en los recursos planetarios y las opciones éticas que plantea la noción de límite” (Lizarraga, 2008, p. 85).

Es cierto que los niveles de sobreproducción capitalista alcanzan para que sean distribuidos por toda la población mundial, pero no es menos cierto que el costo a nivel ecológico es altísimo. Si queremos otro mundo donde sea posible realizar la historia realmente humana, es necesario que las condiciones de producción sean humanizadas, además de que consideren y conserven el mundo natural que las hace posibles.

El proyecto al que apuntamos, es un proyecto crítico. Prescinde del mercado y busca superar el capitalismo por todas las razones que ya hemos especificado, Abogamos por un sistema donde “cada individuo no [tenga] acotado un círculo exclusivo

de actividades, sino que puede desarrollar sus aptitudes en la rama que mejor le parezca” (Lizarraga, 2011, p. 78), esto sólo es posible si la sociedad (en general) se encarga de regular y planificar la producción general.

En la tradición histórico-materialista, criticar *es superar*. Es decir, criticar el capitalismo implica pensar, a la vez, su superación. En tal sentido, criticar el capitalismo implica, a lo menos, esbozar un proyecto distinto.

Sostenemos que es posible construir un marco ético normativo para una sociedad más allá del capitalismo. Este marco obvia y necesariamente, defiende una ética liberadora, una ética de la emancipación.

Para su construcción, se consideran los principios implícitos en la Crítica del programa de Gotha, a saber, el principio de contribución y el principio de necesidad, además del principio de diferencia rawlsiano. Estos principios tienen en su horizonte la creación de una “asociación en que el libre desenvolvimiento de cada uno se[a] la condición del libre desenvolvimiento de todos” (Marx y Engels, 2000, p. 66)

1. El Principio de Contribución

En la ya referida Crítica al programa de Gotha, Marx, esboza el principio que debería regir a la primera fase de la sociedad comunista, fase a la que Lenin llamó socialismo.

El principio de contribución responde a una concepción del comunismo y de la revolución como procesos dinámicos. Es claro que para que este principio pueda actuar debe cumplirse con ciertos aspectos mínimos que, en definitiva, hacen posible su aplicación.

La aplicación del principio de contribución se funda necesariamente en la socialización de los medios de producción y en el control colectivo de los mismos, es decir, la clase trabajadora debe ser quien organice tanto la producción como la distribución.

Marx estaba lejos de ser un iluso, y tenía muy claro que aún dándose estos supuestos, la primera fase de la sociedad comunista estaría mancillada por elementos en los que se funda la superada sociedad de clases. Es por esta razón que la primera fase de la sociedad comunista responde al principio de contribución.

Muy a grandes rasgos, este principio se explica en una simple frase: *a cada quien según su trabajo* pero, claramente, el asunto es más complejo que lo esbozado. En palabra de Marx el principio puede explicarse de la siguiente forma: “De lo que aquí se trata no es de una sociedad comunista que se ha desarrollado sobre su propia base, sino de una que acaba de salir precisamente de la sociedad capitalista y que, por tanto, presenta todavía en todos sus aspectos, en el económico, en el moral y en el intelectual, el sello de la vieja sociedad de cuya entraña procede. Congruentemente con esto, en ella el productor individual obtiene de la sociedad –después de hechas las obligadas deducciones– exactamente lo que ha dado. Lo que el productor ha dado a la sociedad es su cuota individual de trabajo. Así, por ejemplo, la jornada social de trabajo se compone de la suma de las horas de trabajo individual; el tiempo individual de trabajo de cada productor por separado es la parte de la jornada social de trabajo que él aporta, su participación en ella. La sociedad le entrega un bono consignando que ha rendido tal o cual cantidad de trabajo (después de descontar lo que ha trabajado para el fondo común), y con este bono saca de los depósitos sociales de medios de consumo la parte equivalente a la cantidad de trabajo que rindió” (Marx, 2000, p. 15).

De la explicación hecha por el mismo Marx, puede extraerse que todo trabajador recibe una cuota proporcional a su trabajo después de que se han hecho los descuentos necesarios, o más claro aún “de cada quien según su capacidad a cada quien proporcionalmente a su contribución laboral, después de que se han separado fondos para satisfacer necesidades económicas y necesidades comunes” (Lizarraga, 2011, p. 99). Es necesario aclarar un punto que está implícito en la formulación de este

principio, y es que todos quienes estén habilitados para trabajar deben hacerlo, quienes están imposibilitados de hacerlo serán asistidos mediante fondos de necesidades comunes.

En definitiva, el principio de contribución es un principio igualitario desde un punto de vista bastante simple, y es que permite el acceso igualitario a los medios de producción, pero al estar influenciado por el derecho burgués es, por otro lado, un principio no-igualitario, ya que no considera las desigualdades producto de las condiciones físicas o intelectuales, es decir no se hace cargo de la diversidad de los trabajadores. Los resultados a los que conlleva el principio de contribución pueden satisfacer a un trabajador con muy buenas condiciones o talentos pero puede no satisfacer a un trabajador al que sus condiciones físicas o intelectuales no le sean suficientes, por esta razón sostengo que el principio de contribución debe ser complementado por el principio de diferencia rawlsiano. Esto permite dar un enfoque aún más igualitario a la primera fase del comunismo, ya que permite corregir las desigualdades derivadas del primer principio pensado por Marx

2. El principio de Diferencia

Discutir con la tradición igualitaria puede traer algunos réditos. En este caso en particular, permite añadir un criterio aún más igualitario al principio de contribución.

El principio de diferencia es aquel que señala que “las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos” (Rawls, 2002, p. 266), en otras palabras, este principio atiende a que las desigualdades sociales y económicas sólo son justificables cuando redundan en beneficio de los sectores más desposeídos de la sociedad, esto debe sumarse a la igualdad de oportunidades.

Anteriormente, sostuvimos que el principio de contribución no es del todo igualitario, ya que no considera a los trabajadores

en particular, sino que en general. Tal como el derecho burgués, es un principio de *derecho igual* que no se hace cargo de sus consecuencias desiguales. De esta forma, el principio de necesidad permite amortiguar las consecuencias derivadas de factores contingentes y moralmente arbitrarios como la lotería física o de talentos.

Con el principio de contribución, los más aventajados en dicha lotería podrían sacar provecho considerable de algo que en realidad no merecen (ya que por ejemplo no pone límites a la cantidad de ingresos que podrían recibir) y los menos aventajados deberían sufrir por algo de lo que no son responsables, pero al agregar el principio de diferencia al principio de contribución, las consecuencias no igualitarias del primer principio pueden ser aminoradas.

Así, los más aventajados en talentos o cualidades físicas sólo podrán beneficiarse de las desigualdades que beneficien a la vez a los desaventajados. De esta forma, sólo son tolerables desigualdades que beneficien a todos.

Hasta aquí, damos por reproducidos todos los supuestos y elementos que esbozamos para el principio de contribución pero agregamos que sólo serán tolerables las desigualdades que vengan en el beneficio de todos. De esta forma, podríamos formular el nuevo principio de contribución de este modo: de cada quien según su capacidad a cada quien proporcionalmente a su contribución laboral, después de que se han separado fondos para satisfacer necesidades económicas y necesidades comunes; aceptando sólo las desigualdades que vengan en beneficio de todos

Creemos que en este punto, tal y como adelantamos, Rawls y Marx se encuentran en total sintonía. Si bien Marx no formuló el principio de diferencia, sí hizo referencia implícita pero clara a este principio. En su Crítica al programa de Gotha, Marx se muestra en contrario a los *privilegios naturales* y al *derecho igual*. “Por lo visto, cabe sospechar que Marx tenía el principio de diferencia en la punta de la lengua, porque identificaba los talentos naturales y circunstancias sociales como factores que

deben ser neutralizados al escoger principios de justicia” (Lizarraga, 2011, p. 104). De esta forma, tanto Rawls como Marx convergen en su rechazo a la autopropiedad formulada por Nozick, toda vez que los *talentos* o *privilegios naturales* son arrojados a un acervo común y no son aprovechados individualmente. En Marx, la razón es simple, si la producción es social, el aprovechamiento de los beneficios debe serlo también.

3. *El Principio de Necesidad*

Para el momento que se haya superado todo residuo de la antigua sociedad burguesa, Marx pensó un segundo principio distributivo, denominado principio de necesidad. Este principio es quizás una de las máximas más conocidas respecto de las formulaciones de Marx. En palabras de Marx, el asunto es como sigue, “En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y con ella, la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital; cuando, con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual, según sus capacidades; a cada cual, según sus necesidades!” (Marx, 2000, p. 17).

Si se conoce la ampliamente apoyada tesis marxista de que la fase superior del comunismo supera o excede la justicia, carece de sentido sostener que el principio de necesidad es un principio de justicia. Es por esta razón que es totalmente legítimo preguntarse, en qué sentido el principio de necesidad es un principio igualitario. Si bien es cierto que Marx se no está del todo conforme cuando utiliza conceptos ético-normativos, claramente, no rechaza la idea de igualdad, pero desde criterios distintos, como ya lo hemos venido sosteniendo.

Hoy este asunto toma especial relevancia, debido a que los daños ecológicos que el capitalismo ha hecho a nuestro planeta parecen irreversibles, de modo que la superabundancia que Marx y gran parte de la tradición marxista imaginaron, hoy carece de sentido. El comunismo es posible en la abundancia, claro está, pero no es necesario sobreproducir de la forma en que hoy se hace. Es por esta razón que sostenemos que los tres principios esbozados son principios de justicia, ya que permiten pensar la distribución de los bienes desde la igualdad.

Volviendo al principio de necesidad y a la pregunta formulada, el principio de necesidad es un principio de justicia toda vez implica un “igualitarismo complejo” (Lizarraga, 2011, p. 236). Aquí hay un criterio moral común a igualar, las necesidades, pero la materialización de este principio no considera resultados cuantitativos sino que cualitativos. A este principio no le interesa cuanto se tenga sino que se centra en la calidad de lo que se tenga.

Respecto del concepto de necesidades cabe destacar lo siguiente. En la *Ideología Alemana*, Marx señala que “el primer hecho histórico es, por consiguiente, la producción de los medios indispensables para la satisfacción de estas necesidades, es decir, la producción de la vida material misma [...] Lo segundo es que la satisfacción de esta primera necesidad, la acción de satisfacerla y la adquisición del instrumento necesario para ello conduce a nuevas necesidades y esa creación de necesidades nuevas constituye el primer hecho histórico” (Marx, 1986, p. 28). Con esto, queremos decir que se produce debido a que existen necesidades, pero lo que se produce al satisfacer necesidades, son necesidades. De esta forma, las necesidades *son producidas*, no naturales. Marx utiliza un razonamiento circular para explicar que lo que se produce en la producción, es el hombre mismo y las necesidades de éste son sociales y no naturales como podría pensarse. La esencia del hombre es que produce su propia vida. De esta forma las necesidades entendidas de esta manera, permiten formular un criterio igualitario. Para sostener esto, solo tenemos que explicar una idea básica,

sostenemos que justicia es igualdad, y la igualdad atiende a que todos y todas tengamos el mismo acceso a los recursos que necesitamos para vivir la vida que valoramos. De esta forma, las necesidades no deben entenderse como bienes, sino como capacidades que permitan, en los términos de Agnes Heller, el bienestar, la proyectividad y la afectividad.

Tal y como puede observarse, al presentar el proyecto de esta forma, es innegable que dentro del proyecto del mismo Marx, la igualdad es central, pero su noción de igualdad es claramente una *igualdad diferenciada*, eso es claro y se condice con el objetivo del proyecto en el que se embarcó. El proyecto que busca terminar con la historia de la lucha de clases, para comenzar a escribir la historia humana.

VI. Consideraciones finales

Marx no quiso pensar sociedades futuras. Sí señaló que la única salida al conflicto de clases es la revolución, pero ¿después qué? Plantearnos alternativas más allá del mercado y del capitalismo, es para la izquierda una tarea urgente, una de las principales razones es que “el vuelo a ciegas del capitalismo, impelido por los procesos de acumulación competitiva [...] ha producido una forma de desarrollo económico que es a todas luces insostenible desde un punto de vista ecológico” (Callinicos, 2003 (b), 141-142) .

Nuestro horizonte debe ir más allá del capitalismo y del mercado, pero también debe rechazar la propuesta centralista y antidemocrática soviética, reconocerla como un real desastre, es más, debemos entenderla como capitalismo de Estado, capitalismo burocrático.

“Desde luego que no se trata de diseñar sociedades de fantasía, donde cada ínfimo detalle ha sido considerado hasta la exasperación; ni tiene mucho sentido embarcarse en la elaboración de ingeniosos experimentos mentales a menos que se tome nota de los movimientos emancipatorios realmente existentes” (Callinicos, 2003 (a), p. 160). Callinicos propone recurrir

a la *imaginación utópica*, “esa capacidad para anticipar, al menos como bosquejo, una forma de coordinación económica eficiente, democrática y ajena al mercado” (Callinicos, 2003 (a), p. 160). Todas las alternativas deben ser levantadas atendiendo a valores como la justicia; la democracia; la eficiencia; la solidaridad y la sustentabilidad. Proponer valores acorde con una noción anticapitalista de la igualdad es, en otras palabras, construir un *ethos*, pero uno que se origine y se desarrolle en la práctica política.

Desde un tiempo hasta ahora, se han levantado dos proyectos muy interesantes de no-mercado: la Coordinación negociada de Pat Devine y la economía participativa o PARECON de Michael Albert y Robbin Hannel. Estos proyectos tienen en común que la producción no está determinada por los mercados o por una clase burocrática, sino por los trabajadores y los consumidores mismos, son proyectos realmente participativos, donde “la democracia deja de ser un simple mecanismo decisorio al estilo schumpeteriano y se convierte en una genuina categoría política, social y económica” (Lizarraga, 2010, p. 91).

Podemos optar por la coordinación negociada de Devine, tal como propone Callinicos; por la PARECON de Albert, una alternativa más libertaria que la de Devine; o construir otras con los principios marxianos que ya esbozamos. Lo central es “terminar con la división social del trabajo y pasar a una división funcional de éste, así las tareas no estarían determinadas e institucionalizadas; disminuir las jornadas de trabajo, distinguir entre trabajo libre y productivo (muchos trabajos actuales serían trabajos libres) donde todos tengamos que participar de aquella distinción” (Gres, 2011, 369). Luchar por un ingreso básico universal por el solo hecho de existir, y por la socialización de los medios de producción.

Por último, los invito a pensar, imaginar y discutir proyectos posibles. Si nuestro horizonte es una sociedad sin clases debemos considerar la igualdad, como igualdad diferenciada y precisamente reconocer toda diferencia no basada en la explotación, opresión o dominación, debemos preocuparnos

de construir proyectos políticos y económicos democráticos. Si nuestro horizonte requiere de un orden, pero no de un sistema que favorezca estructuralmente a una clase minoritaria, debemos pensar y preocuparnos de la igualdad.

VII. Referencias bibliográficas

- Albert, Michael. (2003). *Economía participativa*. Conferencia en Woods Hole. Estados Unidos. Woods Hole.
- Callinicos, Alex. (2006) “*Igualdad y Capitalismo*”. En: BORON, Atilio; AMADEO, Javier y GONZÁLEZ, Sabrina (comp.). *La teoría marxista hoy: Problemáticas y perspectivas*. CLACSO. Buenos Aires.
- (2003 a). *Igualdad*. Madrid. Siglo XXI.
- (2003 b). *Un Manifiesto anticapitalista*. Barcelona. Crítica.
- Cejudo, Rafael. *Capacidades y Libertad: “Una aproximación a la teoría de Amartya Sen”*. En: Revista Internacional de Sociología (RIS). N° 47. 2007, pp. 9-22.
- Cohen, G.A. (2004). “¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades”. En: NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (comp.). *La Calidad de vida*. México D.F. Fondo de Cultura Económica.
- FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura). (2012). Nuevo informe sobre el hambre: casi 870 millones de personas sufren subnutrición crónica en el mundo. Roma. En línea.
- Gres Chávez, Pablo. (2011). “*Ciudadanía y Ética Empresarial: Análisis crítico y contribuciones para un proyecto de Participación Económica*”, en: Derecho y Humanidades. Número 19. Santiago: Universidad de Chile, pp. 349-371.
- Hobsbawm, Eric. (1999). *Historia del siglo XX*. Crítica. Buenos Aires.
- Kelsen, Hans. (1957). *What is Justice?*. Berkeley. California.
- Lizarraga, Fernando. (2011). *El Marxismo y la Justicia Social*. Santiago, Plataforma Nexos.
- (2008). Por un diálogo entre marxismo e igualitarismo liberal. En: *Ruth. Cuadernos de pensamiento crítico*. Ciudad de Panamá, pp. 68-87.

- (2010). Utopías posibles más allá del mercado, en: Otros Logos. Revista de estudios críticos. Año 1, Número 1. Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad. Neuquén, Argentina: Universidad Nacional del Comahue, pp. 70-93.
- Marx, Karl. (2000). *Crítica al programa de Gotha*. Buenos Aires. ElAleph
- (2010). *El capital: crítica de la economía política*. Tomo I. Santiago. LOM.
- (1986). *La ideología alemana*. Barcelona. Grijalbo
- Marx, Karl / Engels, Friedrich. (2000). *Manifiesto del Partido Comunista*. Buenos Aires. ElAleph.
- Meiksins Wood, Ellen. (2006). “Estado, Democracia y Globalización”, En: Boron, Atilio; Amadeo, Javier y González, Sabrina (comp.). *La teoría marxista hoy: Problemáticas y perspectivas*. CLACSO. Buenos Aires.
- Mollard, Carlos. (2012). *La pobreza no está en la agenda empresarial*. Sin Mordaza. Buenos Aires En línea.
- OXFAM (Oxford Committee for Famine Relief). 2016. *Informe N° 210*. OXFAM. 2016
- Pérez Soto, Carlos. (2008). *Proposición de un Marxismo begeliano*. Santiago. Arcis-LOM.
- Rawls, John. (2006). *Liberalismo Político*. México D.F. Fondo de Cultura Económica.
- (2002). *Teoría de la Justicia*. Madrid. Fondo de Cultura Económica
- Sen, Amartya. (1994). ¿Igualdad de qué?. En: VV.AA. *Libertad, Igualdad y Derecho*. Barcelona. Planeta De Agostini
- Stiglitz, Joseph. (2012). *El precio de la desigualdad*. Madrid. Taurus.
- UNDP (United Nations Development Programme). (1999). *Human Development Report*.
- Vidal, Paula. (2009). *La teoría de la justicia social en Rawls: ¿Suficiente para enfrentar las consecuencias del capitalismo?* En: Polis. Año 9, N° 23. pp. 225-246.

La ciudadanía del Mercosur: desafíos para su implementación

María Alejandra Perícola¹

I. Introducción

En la medida en que persiste el dualismo ciudadanía-nacionalidad, el único de los derechos fundamentales que se mantiene reservado a los nacionales es el derecho de sufragio y, salvo en elecciones municipales, se excluye a los extranjeros de la formación del gobierno representativo. Partiendo de esta premisa, el objetivo de este trabajo es observar el estado de situación del derecho de sufragio de los extranjeros en el ámbito del Mercado Común del Sur (Mercosur)² en pos de la implementación de una ciudadanía regional.

En principio, se analizan los estándares internacionales en torno a los derechos de participación política y la integración de los extranjeros y se presenta una apostilla sobre los conceptos de nacionalidad, ciudadanía y extranjería.

Luego, en el ámbito del Derecho comparado, se consideran los casos de países que admiten el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales únicamente a los ciudadanos de la Unión Europea; aquellos que establecen el criterio de

¹ Abogada y Licenciada en Ciencia Política. Máster en Derecho Electoral, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Profesora de Teoría del Estado, Derecho Constitucional y Principios Generales del Derecho Latinoamericano en la Universidad de Buenos Aires. mpericola@derecho.uba.ar.

² El Mercosur se conformó el 26 de marzo de 1991 mediante la suscripción del Tratado de Asunción por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. El 4 de julio de 2006 se aprobó el "Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur", por el cual Venezuela fue el primer país en sumarse como Estado Parte. Bolivia se encuentra en proceso de adhesión. El Mercosur tiene como Estados Asociados a la República de Chile, la República de Colombia, la República del Ecuador, la República Cooperativa de Guyana, la República de Perú y la República de Surinam.

reciprocidad como condición para otorgar el derecho de sufragio a los extranjeros; países que admiten el derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones locales; y aquellos que reservan el derecho de sufragio a los nacionales en todo tipo de elecciones.

Por último, el planteo de los desafíos para la implementación de una ciudadanía del Mercosur requiere analizar los regímenes de extranjería de los Estados Partes del bloque regional.

II. Los estándares internacionales en torno a los derechos de participación política y la integración de los extranjeros

Con el objetivo de promover la democracia y fortalecer el Estado de derecho, desde mediados del siglo XX una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos han conferido una base jurídica a los derechos a la participación política. En el sistema interamericano, el artículo 23, apartado 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ consagra el derecho de los ciudadanos a votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal, igual y secreto; esto último, con el fin de garantizar la libre expresión de la voluntad de los electores. Asimismo, en su artículo 3, la Carta Democrática Interamericana⁴ ha dispuesto lo siguiente:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y

³ Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

⁴ Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001 durante el vigésimo octavo período de sesiones.

organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

En el sistema de Naciones Unidas, el derecho de participación política se contempla en tres instrumentos: 1) el artículo 21.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵; 2) en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶ –que no incluye posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos (que sí se incluyen en el art. 23.2 de la CADH), aunque establece que éstos no pueden ser limitados por *restricciones indebidas*–; y 3) en el artículo 5 c) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.⁷

En el seno de la Organización Internacional para las Migraciones, en 1990 se adoptó la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁸, que en el artículo 41 establece:

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación.
2. Los Estados de que se trate facilitarán, según corresponda y de conformidad con su legislación, el ejercicio de esos derechos.

A continuación, el artículo 42 dispone lo siguiente:

1. Los Estados de empleo facilitarán, de conformidad con su legislación nacional, la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales.

⁵ Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948.

⁶ Suscripto en New York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966.

⁷ Suscripta en New York, Estados Unidos de América, el 13 de julio de 1967.

⁸ Entrada en vigor el 1 de julio de 2003.

2. Los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos.

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en el artículo 3 del Protocolo Adicional⁹, no reconoce como tal el derecho de sufragio, sino la obligación de los Estados de "... organizar, a intervalos regulares, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo". Sin embargo, en la actualidad esta deficiente regulación ha sido paliada, al menos en parte, a partir del Protocolo n° 12, adoptado por el Comité de Ministros en Roma el 26 de junio de 2000, relativo al principio de igualdad, que permite conocer al Tribunal Europeo de cualquier violación de la igualdad en relación con cualquier derecho, con independencia de su reconocimiento o no en el CEDH o en la ley.¹⁰

El Convenio Europeo sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública a Nivel Local¹¹ dispone que cada Estado Parte se compromete a reconocer el derecho de los extranjeros, con residencia legal y habitual durante cinco años, a ser electores y elegibles en las elecciones locales, con los mismos requisitos exigidos a los nacionales (art. 6.1). A esto se agrega la autorización a los Estados para declarar, en el momento de la ratificación, que el derecho se extenderá exclusivamente al sufragio activo, no a la posibilidad de ser elegido para los cargos locales (art. 6.2).

Por su parte, la integración política de los inmigrantes mediante el derecho de sufragio en el Derecho Comunitario

⁹ Firmado en París el 20 de marzo de 1952.

¹⁰ Rebato Peño, M. E., *Análisis comparado México-España de los derechos político-electorales*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010, p. 22.

¹¹ Entró en vigor el 1 de mayo de 1997. Fue firmado por trece Estados y ratificado por Albania, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Lituania, Países Bajos, Noruega y Suecia. Datos aportados en Tomé da Mata, E., "Participación de los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones al Parlamento Europeo y elecciones locales en España", *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Vol. 14, núm. 1, 2015, p. 41.

se ha realizado a través del Tratado de la Unión Europea¹², que crea su propia ciudadanía y otorga a todo ciudadano que resida en un Estado miembro del que no sea nacional el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales y en las del Parlamento Europeo, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Mediante la directiva 93/109/CE¹³ del Consejo de la Unión Europea se regularon “... las modalidades del ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo para los ciudadanos de la Unión que residan en un Estado miembro del que no son nacionales”. En ellas se disponen los requisitos para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo: ser ciudadano de la Unión; residir en el Estado miembro y cumplir las mismas condiciones exigidas a los nacionales del país de residencia; la prohibición de doble voto (la posibilidad de elegir para sufragar el Estado de la nacionalidad o el de la residencia); la inscripción previa en el censo electoral; y el reconocimiento de disposiciones transitorias excepcionales aplicables a cualquier país en el que la proporción de ciudadanos nacionales de otros Estados miembros residentes en su territorio y en edad de votar superase el veinte por ciento del electorado.¹⁴

Asimismo, el noveno de los “Principios básicos comunes para la política de integración de los inmigrantes en la Unión Europea” acordados por el Consejo de la Unión Europea¹⁵, señala:

La participación de los inmigrantes en el proceso democrático y en la formulación de las políticas y medidas de integración, especialmente a nivel local, favorece su integración. Permitir que los inmigrantes tengan voz en

¹² Firmado en Maastricht el 7 de diciembre de 1992.

¹³ Fechada el 6 de diciembre de 1993.

¹⁴ Durán Muñoz, R. y Martín Martínez, M., *La integración política de los inmigrantes*, Granada, Comares, 2008, p. 126.

¹⁵ Sesión N° 2618 del Consejo. Bruselas, 19 de noviembre de 2004.

la formulación de políticas que les afecten directamente puede dar como resultado una política de mayor utilidad para los inmigrantes que aumente su sentido de pertenencia. Siempre que sea posible, los inmigrantes deben participar en todos los aspectos del proceso democrático. La manera de alcanzar esta participación y generar un entendimiento mutuo podría alcanzarse mediante un diálogo estructurado entre los grupos de inmigrantes y los gobiernos. Siempre que fuera posible, los inmigrantes podrían incluso participar en las elecciones, gozar del derecho a votar y afiliarse a partidos políticos.

Por último, el artículo 9 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, resultado de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, dispone lo siguiente:

La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.

Esta ojeada de los instrumentos internacionales nos permite arribar a una primera reflexión respecto de nuestro objeto de estudio referido al estado de situación de los derechos de participación política y la integración de los extranjeros. Mientras que en el sistema interamericano el ejercicio de los derechos políticos se vincula con la ciudadanía, en el sistema europeo se identifica expresamente con la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro. En este sentido, cabe realizar una breve reseña en torno a estos asuntos, según el derecho internacional.

III. Nacionalidad, ciudadanía y extranjería

El derecho a la nacionalidad está reconocido por el derecho internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

(CIDH) ha definido la nacionalidad como “... el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”¹⁶. Por ello, “... con distintas modalidades, la mayoría de los Estados han establecido la posibilidad de que personas que no tenían originalmente su nacionalidad puedan adquirirla posteriormente, en general, mediante una declaración de voluntad manifestada previo cumplimiento de ciertas condiciones”¹⁷.

La ciudadanía, en cambio, consiste “... en una condición según la cual un individuo pertenece al orden político de una nación y se halla en actitud de ejercer los derechos políticos inherentes a su Constitución”¹⁸. En ella se hace referencia al concreto “contenido jurídico participativo que se anuda a la pertenencia” de la persona o individuo a la colectividad humana o comunidad.¹⁹

Con relación a los extranjeros, cada Estado es soberano para formular las condiciones jurídicas que rigen para ellos en el marco de las normas internacionales que forman su ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el artículo 1 de la Convención Relativa a los Derechos de Extranjería, suscripta en México en 1902²⁰, estableció:

Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales, y deben hacer uso de ellos en el fondo, en la forma o procedimiento y en los recursos a que den lugar, absolutamente en los mismos términos

¹⁶ CIDH, “Opinión Consultiva OC-4/84 del 11 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, Serie A Nº 5.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ González, J. V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía., [1897], decimoquinta edición, s.d., p. 216.

¹⁹ Ferreyra, R. G., *Fundamentos Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2015, p. 369.

²⁰ En el marco de la Segunda Conferencia Internacional Americana. Suscripta por Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

que dichos nacionales, salvo lo que disponga la Constitución de cada país.²¹

Luego, la Convención sobre Condiciones de los Extranjeros de 1928²² reafirmó el reconocimiento de los Estados a los extranjeros domiciliados o transeúntes en su territorio de todas las garantías individuales que reconocen a favor de sus propios nacionales, y el goce de los derechos civiles. Sin embargo, se dispuso una clara limitación al ejercicio de los derechos políticos en el artículo 7: “El extranjero no debe inmiscuirse en las actividades políticas privativas de los ciudadanos del país en que se encuentre; si lo hiciera quedará sujeto a las sanciones previstas en la legislación local”.

Hoy los derechos civiles de los extranjeros se encuentran consolidados en todos los Estados occidentales, al mismo tiempo que se ha ampliado el concepto de ciudadanía hasta hacerlo converger con la nacionalidad (ningún nacional puede quedar excluido de participar en los asuntos públicos). No obstante ello –y más allá de las elecciones locales o municipales–, el único de los derechos fundamentales que en muchos países no se otorga a los extranjeros y se mantiene reservado a los nacionales es el derecho de sufragio.

Si bien en el ámbito de la Unión Europea se ha superado el dualismo ciudadanía-nacionalidad a través de la definición del “ciudadano europeo” (toda persona que tenga una de las nacionalidades existentes en la Unión), esta superación es parcial. La ciudadanía se otorga exclusivamente en razón de la nacionalidad de alguno de los Estados miembros, y no puede

²¹ La Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, adoptada en Montevideo en 1933, agregó que la jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se aplica a todos los habitantes. Los nacionales y extranjeros se hallan bajo la misma protección de la legislación y de las autoridades nacionales, y los extranjeros no podrán pretender derechos diferentes ni más extensos que los de los nacionales (art. 9).

²² Emanada de la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928. Signada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

adquirirse de forma independiente²³. Los residentes provenientes de terceros países se encuentran excluidos de la ciudadanía europea.

A partir de estos factores, Aláez Corral²⁴ propone desunir los conceptos de “ciudadanía” y “nacionalidad”: mientras que la nacionalidad es un concepto externo para delimitar las fronteras personales del Estado hacia el exterior, la ciudadanía tiene que ser considerada un concepto incluyente enlazado al reconocimiento de derechos que permita la máxima integración al mayor número posible de individuos.

IV. El derecho de sufragio de los extranjeros en el Derecho comparado

Es preciso partir de la siguiente afirmación del catedrático Santolaya: “todavía no existe ningún país en el mundo que reconozca incondicionalmente el derecho de sufragio activo y pasivo en todo tipo de elecciones a todos los extranjeros que se encuentran en su territorio”²⁵. En este sentido, en el Derecho comparado se pueden distinguir cuatro grupos de países: aquellos que autorizan exclusivamente a los ciudadanos de la Unión Europea el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en el ámbito local; los que reconocen el derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales atendiendo a criterios de reciprocidad; aquellos que admiten el derecho de sufragio activo a los extranjeros en las elecciones locales; y los que reservan el derecho de sufragio a los nacionales en todo tipo de elecciones.

²³ Santolaya, P. y Revenga Sánchez, M., *Nacionalidad, Extranjería y Derecho de Sufragio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 27.

²⁴ Aláez Corral, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 205.

²⁵ Santolaya, P., “Los Acuerdos sobre voto en las elecciones municipales de la IX Legislatura”, en Matia Portilla, F. J. (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 19.

IV.1. El ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales de los Estados miembros de la Unión Europea

Si bien en Irlanda y Gran Bretaña se autoriza el derecho de sufragio de los extranjeros tanto en la faz activa como pasiva en todas las elecciones, también es cierto que tal autorización se refiere a “determinados extranjeros” (en el caso británico, los que provienen de Irlanda y de la *Commonwealth*).²⁶

Alemania, Francia e Italia sólo reconocen la posibilidad de ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo en el ámbito municipal a los ciudadanos de la Unión Europea, y a ningún otro extranjero.²⁷

En Alemania, la referencia al “pueblo” en la Ley Fundamental de Bonn es exclusiva al pueblo alemán. Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional Federal y la doctrina, por lo que no es posible el reconocimiento del derecho de sufragio a ningún extranjero, con la única excepción de los comunitarios.²⁸ El artículo 28.1 de la Constitución establece lo siguiente:

En los Länder, distritos y municipios, el pueblo debe tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. En los distritos y municipios, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad Europea, el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea.

En Francia, el artículo 88.3 de la Constitución²⁹ reconoció la participación política de los extranjeros de manera limitada:

Sólo podrá concederse derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a los ciudadanos

²⁶ Cfr. Santolaya, P. y M. Díaz Crego, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio comparado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 38-39.

²⁷ De igual manera, en Austria, Bulgaria, Chipre, Grecia, Letonia, Polonia y Rumania.

²⁸ Santolaya, P. y Díaz Crego, M., *El sufragio de los extranjeros. Un estudio comparado*, op. cit., p. 54.

²⁹ Añadido el 26/6/1992.

de la Unión residentes en Francia, quienes no podrán ejercer las funciones de alcalde o teniente de alcalde ni participar en la designación de electores senatoriales ni en la elección de senadores.

El artículo 48 de la Constitución italiana dispone que “son electores todos los ciudadanos, hombres y mujeres que han alcanzado la mayoría de edad”. La identificación entre ciudadanía y nacionalidad se efectúa en la Ley N° 91 de Ciudadanía Italiana del 5 de febrero de 1992³⁰. Las normas que organizan las elecciones para la Cámara de Diputados y el Senado no consideran la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros. Tampoco se prevé para las elecciones locales, excepto respecto de los ciudadanos de la Unión Europea.

IV.2. El criterio de reciprocidad como condición para otorgar el derecho de sufragio a los extranjeros

En España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.2³¹ en relación con el 23³² de la Constitución Española (CE), la Ley Orgánica 5/1985 del 19 de junio del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) reserva a los españoles, en principio, el derecho de sufragio activo y pasivo (arts. 2 y 6). Sin embargo, para las elecciones municipales, el artículo 176 dispone que los residentes extranjeros, cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles (reciprocidad) en los términos de un Tratado, gozan del derecho de sufragio activo. Agrega, asimismo, que gozan de este derecho los residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española, tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea.

³⁰ Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* del 15 de febrero de 1992.

³¹ “Art. 13.2: Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

³² “Art. 23.1: Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. “Art.23.2: Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Respecto del derecho de sufragio pasivo, el artículo 177.1 de la LOREG establece que son elegibles en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española, tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea, o bien sean nacionales de países que otorguen a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales en los términos de un Tratado. El marco legal del régimen de extranjería español se completa con la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El criterio de reciprocidad a que se refiere el artículo 13.2 de la CE exige dos elementos: que los Estados en cuestión permitan el voto a los españoles y la existencia de un Tratado. Por ello, el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros se encuentra muy limitado.³³

En términos similares, el artículo 15.4 de la Constitución de Portugal establece que, sujeto al principio de reciprocidad, la ley puede otorgar a los extranjeros residentes en el país el derecho a votar y a presentarse como candidato en las elecciones a consejos locales. También de acuerdo al principio de reciprocidad, la ley puede otorgar a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea que residen en Portugal el derecho a votar y a presentarse como candidatos en las elecciones a miembros del Parlamento Europeo (art. 15. 5).

IV.3. Países que admiten el derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones locales

En la Argentina el artículo 20 de la Constitución Nacional (CN) señala lo siguiente:

³³ Véase Santolaya, P., "El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales", en Rubio Llorente, F. y Biglino Campos, P., *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral: Texto del informe y debates académicos*, Madrid, Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 31.

Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Sobre este mandato, la Ley N° 346 de Ciudadanía³⁴ reconoce dos medios generales para adquirirla: ser argentino nativo o por opción (que es el caso de los hijos de argentinos nativos nacidos en un país extranjero que opten por la ciudadanía de origen); o ser ciudadano por naturalización (extranjeros mayores de 18 años, que residan en la República Argentina dos años continuos y manifiesten ante los jueces federales de sección su voluntad de hacerse ciudadano argentino) (art. 2).

Asimismo, el artículo 37³⁵ de la CN –incorporado en la reforma constitucional de 1994– contempla una serie de derechos, cada uno de ellos con sustantividad propia, pero que pueden englobarse en el genérico enunciado *derechos políticos* (tanto en su faz activa como pasiva) en estrecha conexión con otros derechos, como podrían ser el de reunión y participación, o bien el de participación política.³⁶

A partir de estas precisiones, y en lo que respecta al ejercicio de los derechos políticos en el ámbito nacional, el Código

³⁴ Sancionada el 1 de octubre de 1869 y modificada por la Ley N° 26774 (BO: 2/11/2012).

³⁵ “Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

³⁶ Dalla Via, A. R., “La participación política y la reforma electoral en Argentina”, en *Revista Justicia Electoral*, Vol. 1, N° 7, México, 2011, p. 89. Véase también, Ferreyra, R. G., *op. cit.*, p. 528.

Electoral Nacional reserva a los ciudadanos tanto la capacidad electoral activa como la pasiva. Así, en cuanto a la primera, el artículo 1 dispone que son electores los argentinos nativos y por opción, desde los 16 años de edad,³⁷ y los argentinos naturalizados, desde los 18 años, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas por el Código.

Para la capacidad electoral pasiva en la elección de autoridades nacionales, la CN establece la exigencia de la ciudadanía; para ser diputado nacional se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años y tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio (art. 48); para ser elegido senador, haber sido seis años ciudadano de la Nación (art. 55); y para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, el artículo 89 requiere haber nacido en el territorio argentino o, habiendo nacido en un país extranjero, ser hijo de ciudadano nativo, y las demás calidades exigidas para ser elegido senador.

Es decir que, además de los derechos otorgados a los extranjeros en el artículo 20 de la CN, si un extranjero decide naturalizarse, puede ser, con cuatro años de ciudadanía, diputado nacional; con seis años de ciudadanía, senador nacional; y, gracias a la opción por la patria originaria, siendo hijo de ciudadano nativo, aunque haya nacido en el extranjero, puede ser presidente o vicepresidente de la República.³⁸

Empero, el escenario que se presenta en el ámbito de las elecciones provinciales y municipales es diferente, ya que se otorga el derecho de sufragio de los extranjeros. De conformidad con la forma federal del Estado argentino, la delimitación de las competencias de las provincias en materia electoral se encuentra en el artículo 122 de la CN, que establece la facultad de darse sus propias instituciones locales y elegir

³⁷ El 31 de octubre de 2012, se sancionó la Ley 26774 que modificó de la siguiente manera el artículo 7 de la Ley N° 346 de Ciudadanía: "Los argentinos que hubiesen cumplido la edad de 16 años, gozan de todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República".

³⁸ Véase González, J. V., *op. cit.*, p. 228.

a sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del gobierno federal. En igual sentido, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), el artículo 129 dispone que “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción...”.

Las constituciones de las provincias³⁹ y de la CABA reconocen y garantizan a los extranjeros todos los derechos establecidos por la CN y, además, “... en uso de su soberanía política local, les han concedido otras prerrogativas que importan darles participación en las funciones del gobierno en determinada medida”⁴⁰.

Continuando con la mención de los países que otorgan derechos de participación política a los extranjeros a nivel local, la Constitución Política de Colombia de 1991 establece en primer lugar que “La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción” (art. 99). Sin embargo, a continuación, dispone que “La ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital” (art. 100).

Venezuela y Bolivia limitan el sufragio activo de los extranjeros a los procesos electorales municipales. En el primer caso, se exige una residencia de más de diez años en el país (art. 64 de la Constitución). En el segundo, para ser elector se dispone que el extranjero tenga que residir legalmente al menos dos años en el municipio (art. 45 de la Ley del Régimen Electoral).

Paraguay y Perú autorizan el derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales. En el primer caso, el artículo 120 de la Constitución establece:

³⁹ Excepto la Constitución de la provincia de Formosa.

⁴⁰ Véase González, J. V., *op. cit.*, p. 229.

Son electores los ciudadanos paraguayos radicados en el territorio nacional, sin distinción, que hayan cumplido diez y ocho años.

Los ciudadanos son electores y elegibles, sin más restricciones que las establecidas en esta Constitución y en la ley. Los extranjeros con radicación definitiva tendrán los mismos derechos en las elecciones municipales.

En Perú, la Ley de Elecciones Municipales N° 26864,⁴¹ dispone en el artículo 7:

Los extranjeros mayores de 18 años, residentes por más de dos años continuos previos a la elección, están facultados para elegir y ser elegidos, excepto en las municipalidades de frontera, siempre y cuando estén debidamente inscritos en el registro correspondiente. Para ejercer este derecho, el extranjero se identifica con su respectivo carné de extranjería.

La Constitución de la República de Ecuador de 2008, en el artículo 63, otorga el derecho de sufragio activo a los extranjeros en todos los procesos electorales, siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años. Asimismo, el Código de la Democracia⁴² se refiere a los derechos políticos de los extranjeros y establece que el voto será facultativo para las extranjeras y extranjeros desde los 16 años de edad que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años y se hubieren inscrito en el Registro Electoral.

⁴¹ Publicada el 14 de octubre de 1997.

⁴² Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República de Ecuador, dada por Ley N° 2, publicada en Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril del 2009: "Art. 2.: En el ámbito de esta ley las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 1. Elegir y ser elegidos; 2. Participar en los asuntos de interés público; 3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa; 4. Ser consultados; 5. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular; 6. Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten; 7. Intervenir como veedores u observadores en los procesos electorales; de conformidad a lo establecido en esta Ley y su Reglamento; y, 8. Exigir la rendición de cuentas y la transparencia de la información de los sujetos políticos. Las personas extranjeras gozarán de estos derechos en los términos previstos en esta ley".

Similar regulación se observa en el artículo 14 de la Constitución Política de Chile, al disponer que los extranjeros a vecindados en el país por más de cinco años podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley. En este sentido, la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios N° 18100⁴³ considera electores “a los ciudadanos con derecho a sufragio y extranjeros que figuren en los Padrones de Mesa y que tengan cumplidos dieciocho años de edad el día de la votación” (art. 60).

En Uruguay, el artículo 78 del texto constitucional otorga el derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, a los hombres y a las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en el país y que, poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de, por lo menos, quince años.

IV.4. Países que reservan el derecho de sufragio a los nacionales en todo tipo de elecciones

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución de México, son ciudadanos mexicanos los varones y mujeres que, teniendo la nacionalidad mexicana, ya sea por nacimiento o por naturalización, hayan cumplido 18 años y tengan un modo honesto de vivir. Por exclusión, los extranjeros, es decir, los individuos que no tienen la nacionalidad mexicana y por tanto no poseen ciudadanía, carecen también de los derechos políticos⁴⁴. Al mismo tiempo, se prohíbe a los extranjeros “inmiscuirse en los asuntos políticos del país” (art. 33 del texto constitucional).

Del mismo modo, la Constitución de la República Federativa de Brasil niega derechos políticos a los extranjeros, ya que el artículo 14 expresa que “no pueden alistarse como electores

⁴³ Publicada el 6 de mayo de 1988.

⁴⁴ Véase Fix-Fierro, H., *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 36.

los extranjeros”. No obstante, la excepción se lee en el artículo 12, que establece que a los portugueses con residencia permanente en el país les serán atribuidos los derechos inherentes al brasileño de origen.

La reserva a los nacionales del derecho de sufragio en todo tipo de elecciones también se presenta en Costa Rica⁴⁵, El Salvador⁴⁶, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Cuba.⁴⁷

V. Regímenes de extranjería en los países que conforman el Mercosur⁴⁸

Del análisis efectuado en el apartado anterior, se observa que la Argentina, Paraguay, Uruguay, Venezuela⁴⁹ y Bolivia⁵⁰ admiten el derecho de sufragio de los extranjeros, aunque con notables diferencias. Brasil es el único Estado Parte del Mercosur

⁴⁵ La Constitución política de la República de Costa Rica dispone en el art. 19 que “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales”.

⁴⁶ La Constitución de la República de El Salvador establece que son ciudadanos todos los salvadoreños mayores de dieciocho años (art. 71); los derechos políticos del ciudadano son 1º ejercer el sufragio; 2º asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley e ingresar a los ya constituidos; y, 3º optar a cargos públicos, cumpliendo con los requisitos que determina la Constitución y las leyes secundarias (art. 72). Asimismo, el art. 97 dispone que “Los extranjeros que directa o indirectamente participen en la política interna del país pierden el derecho a residir en él”.

⁴⁷ Art. 131 de la Constitución de la República de Cuba y arts. 6 y 8 de la Ley Electoral N° 72 sancionada el 29 de octubre de 1992.

⁴⁸ Ver Anexo I.

⁴⁹ La República Bolivariana de Venezuela se encuentra suspendida en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del Mercosur, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 5º del Protocolo de Ushuaia de fecha 24 de julio de 1998.

⁵⁰ El Protocolo de Adhesión de Bolivia al Mercosur ya fue firmado por la totalidad de los Estados Partes en 2015 y ahora se encuentra en vías de incorporación por los congresos de los Estados Partes.

que reserva el derecho de sufragio a los nacionales en todo tipo de elecciones. A continuación, analizamos caso por caso.

V.1. Marco normativo argentino de participación de los extranjeros en las elecciones locales

En la Argentina, como la materia electoral constituye una competencia reservada a cada una de las provincias en la medida en que no fue expresamente delegada a la Nación, se observa una variedad de sistemas electorales, y al mismo tiempo diferentes disposiciones y requisitos respecto de las posibilidades de participación política de los extranjeros y extranjeras en los veintitrés distritos electorales. De la comparación de las notas principales de los derechos políticos de los extranjeros en las provincias y en la CABA resulta lo siguiente:⁵¹

a) La única provincia que le reserva el derecho de sufragio, en todos los niveles, a los nacionales, es Formosa. El resto de las provincias y la CABA admiten la participación plena de los extranjeros en las funciones electivas y deliberantes del régimen provincial y municipal, según el caso.

b) Algunas provincias habilitan a los extranjeros para votar cargos provinciales y municipales (Buenos Aires, Córdoba, La Rioja y Tucumán) y la mayoría los autoriza para los cargos municipales y comunales (Catamarca, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Cruz, Santa Fe, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tierra del Fuego). Por su parte, en la CABA se permite a los extranjeros votar los cargos de jefe y vicejefe de gobierno, diputados e integrantes de las Juntas Comunales.

c) En todos los casos, la calidad de elector se prueba, a los fines del sufragio, exclusivamente por su inclusión voluntaria en el Registro Electoral de los Extranjeros o en el Registro Electoral de cada Municipio o de la CABA.

⁵¹ Un análisis más detallado puede verse en Perícola, M. A., "El derecho de sufragio de los extranjeros", en *Revista Pensar en Derecho*, N° 7, Año 4, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 167-198.

d) Las condiciones solicitadas para poder ingresar en el Registro de Electores de Extranjeros presentan diferencias en cada provincia y en la CABA, sobre todo, respecto de la cantidad de años de residencia requeridos. Para el caso de elecciones provinciales, se requieren dos años de residencia en Buenos Aires, La Rioja y Tucumán y cinco en Córdoba. En las elecciones municipales, un año de residencia en Santa Cruz y San Luis; dos años en Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Salta, Santa Fe, San Juan, Santiago del Estero y Tucumán; tres años en Chubut, Misiones y Río Negro; cuatro años en Catamarca; cinco años en la ciudad de Ushuaia (e igual cantidad de tiempo como contribuyentes municipales) o diez años de domicilio real para quienes no sean contribuyentes y acrediten buena conducta; diez años en el municipio de Río Grande; seis años en La Pampa; y, para el caso de las elecciones en la CABA, se requiere que los extranjeros acrediten tres años de residencia.

e) Además, en algunos ordenamientos se estipulan otros requisitos aparte de los años de residencia en el ámbito municipal y comunal, como estar casado con ciudadano argentino, ser contribuyente o ejercer actividad lícita (Córdoba, Chubut, Misiones, Neuquén, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán).

f) En las regulaciones en que se acepta el derecho de sufragio pasivo de los extranjeros, se circunscribe únicamente al ámbito municipal. Al respecto, se dispone una cantidad mínima de años de residencia según el caso: un año en Santa Cruz, dos años en Mendoza, cuatro años en Santa Fe y cinco años en Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Chubut, Neuquén, San Juan y Tucumán. Asimismo, suelen establecerse límites a la cantidad de concejales extranjeros. No pueden exceder la tercera parte del número total de miembros en el Concejo Deliberante en Buenos Aires, Corrientes y Chubut; no puede haber más de dos extranjeros en cada Concejo Deliberante en La Rioja y Mendoza; y no puede haber un número mayor de la mitad del total de los miembros en Santa Cruz.

g) Respecto a la obligatoriedad del voto de los extranjeros, las regulaciones de las provincias de Buenos Aires, Mendoza, Neuquén y la CABA establecen que, si el extranjero se empadrona una vez, el voto pasa a ser obligatorio en las elecciones siguientes.

h) Río Negro y Tucumán permiten la afiliación de los extranjeros a las agrupaciones políticas municipales y su acceso a cargos partidarios locales.

i) Las constituciones provinciales de Buenos Aires, La Rioja y Salta, además, habilitan a los extranjeros para intervenir como votantes en la consulta popular. Buenos Aires, La Rioja y Tucumán, los habilitan para participar de las elecciones para Convencionales Constituyentes.

V.2. El derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de Paraguay

La República de Paraguay equipara a los ciudadanos paraguayos electores y elegibles con los extranjeros con radicación definitiva para el caso de las elecciones municipales. La Ley N° 978/96 de Migraciones establece en el artículo 21:

Los extranjeros que obtengan su radicación definitiva en el país como “residentes permanentes” gozarán de los mismos derechos y tendrán las mismas obligaciones que los paraguayos, con las modalidades y las limitaciones establecidas por la Constitución Nacional y las leyes. El otorgamiento de la residencia permanente podrá hacerse extensivo al cónyuge, hijos menores y padres extranjeros de la persona admitida e incluida en el artículo 14 incisos 1) 2) y 3).

Para acceder a la residencia definitiva otorgada a ciudadanos extranjeros de cualquier nacionalidad que deseen establecerse en el territorio paraguayo en calidad de residentes permanentes, entre los requisitos que establece la Ley N° 978/96 se encuentran los siguientes: residencia de al menos 5 años en el país, certificado de antecedentes penales, certificado sanitario,

constancia de estado civil (si corresponde) y demostración de solvencia económica.

El Código Electoral Paraguayo (CEP) aprobado por Ley N° 834/96⁵², reglamentario del artículo 120 de la Constitución Nacional, dispone, con relación al derecho de sufragio activo, que son electores los ciudadanos paraguayos radicados en el territorio nacional y los extranjeros con radicación definitiva que hayan cumplido dieciocho años de edad, que reúnan los requisitos exigidos por la ley y que estén inscriptos en el Registro Cívico Permanente (art. 2).

El derecho de sufragio pasivo se otorga a los ciudadanos paraguayos, desde los dieciocho años de edad, que no se encuentren incurso en las causales de inelegibilidad establecidas en la Constitución Nacional y las leyes. Igualmente lo son los ciudadanos naturalizados, aunque con las limitaciones establecidas en la Constitución Nacional. Los extranjeros residentes en el país son elegibles para funciones municipales (art. 95 CEP).

Por su parte, la elección de las Juntas Municipales está regulada por la Ley Orgánica Municipal N° 3966.⁵³ Para ser intendente, se requiere ser ciudadano paraguayo, mayor de veinticinco años de edad, natural del municipio o con una residencia en él de por lo menos cinco años. Para ser concejal, se requiere ser ciudadano paraguayo, mayor de veintitrés años de edad, natural del municipio o con una residencia en él de por lo menos tres años. Los extranjeros con radicación definitiva tendrán los mismos derechos que los ciudadanos paraguayos (art. 22).

Para ser electo diputado, senador y presidente o vicepresidente se requiere la nacionalidad paraguaya natural (arts. 221, 223 y 228 de la Constitución). Los extranjeros nacionalizados por naturalización⁵⁴ no pueden postularse para ocupar cargos públicos electivos.

⁵² Con las modificaciones posteriores de las Leyes N° 5286, 5350 y 5376.

⁵³ Fecha de publicación: 10/2/2010.

⁵⁴ Para obtener la nacionalidad paraguaya por naturalización, se requiere mayoría de edad, radicación mínima de tres años en territorio nacional, ejercicio en el país de alguna profesión, oficio, ciencia, arte o industria, y buena conducta (art. 148 de la Constitución).

V.3. El derecho de sufragio activo en todo tipo de elecciones en Uruguay

En la República Oriental del Uruguay, el artículo 78 de la Constitución otorga el derecho al sufragio activo, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, a los hombres y a las mujeres extranjeros que tengan residencia habitual de, por lo menos, quince años. La residencia se prueba en instrumento público o privado, y si la justificación fuera satisfactoria para la autoridad encargada de juzgarla, el extranjero quedará habilitado para el ejercicio del voto desde que se inscriba en el Registro Cívico.

La Ley de Elecciones N° 7812 del 16 de enero de 1925 (modificada por la Ley N° 17113 del 9 de junio de 1999 y por Ley N° 17239 del 2 de mayo de 2000) dispone en el artículo 1° que son electores “todas las personas”⁵⁵ inscriptas en el Registro Cívico Nacional que por resolución ejecutoriada de la Corte estén comprendidos en el momento de la elección en la sección “habilitados para votar” y que se encuentren inscriptos en el Registro Cívico Nacional. Se observa entonces que se incorpora una categoría especial de “electores no ciudadanos”: los extranjeros con residencia habitual de al menos quince años en Uruguay que se inscriban en el Registro Cívico Nacional.

El derecho de sufragio pasivo se reserva a los ciudadanos naturales y a los ciudadanos legales. Para ser representante se requiere ciudadanía legal con cinco años de ejercicio; para ser senador, ciudadanía legal con siete años de ejercicio; y para ser elegido presidente y vicepresidente de la República sólo se permite la ciudadanía natural.

⁵⁵ El nuevo texto de 1999 sustituyó el vocablo “ciudadanos” que utilizaba la ley de 1925 por el de “personas”, en razón de que a partir de la reforma constitucional de 1934, también integran el Registro Cívico Nacional y son, por tanto, electores, los extranjeros no ciudadanos que han obtenido certificado de residencia al amparo del art. 78 de la Constitución.

V.4. El derecho al voto de los extranjeros para las elecciones parroquiales, municipales y estatales en Venezuela

Venezuela permite el sufragio activo de los extranjeros que tengan más de diez años de residencia en el país, en los procesos electorales parroquiales, municipales y estatales (art. 64 de la Constitución).

La Ley Orgánica de Procesos Electorales⁵⁶ regula la inscripción de los extranjeros y las extranjeras mayores de dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país en el Registro Electoral (art. 29). Respecto del ejercicio del derecho de sufragio activo, el artículo 41 los autoriza a ejercer su derecho al voto en los procesos electorales para elegir a los o las titulares de los cargos de elección popular a nivel regional o municipal.

Al mismo tiempo, la Ley Orgánica de Sufragio y Participación Política⁵⁷ regula el derecho a voto de los extranjeros en las elecciones Municipales y Parroquiales que correspondan a su lugar de residencia, en las mismas condiciones establecidas para los venezolanos (art. 86) y en el artículo 98 tercer párrafo se especifica que los extranjeros que cumplan con los requisitos establecidos en la Constitución deberán acudir al Centro de Actualización que corresponda a su Vecindad Electoral a fin de solicitar su inscripción en el Registro Electoral.

De conformidad con lo regulado en el artículo 41 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sólo los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad podrán ejercer los cargos de presidente o presidenta de la República y vicepresidente ejecutivo o vicepresidenta ejecutiva. En cambio, para ejercer los cargos de diputado o diputada a la Asamblea Nacional, ministro o ministra, gobernadores o gobernadoras y alcaldes o alcaldesas de Estados y Municipios no

⁵⁶ Gaceta Oficial N° 5928E del 12/8/2009.

⁵⁷ Gaceta Oficial N° 5200 del 30/12/1997.

fronterizos, los venezolanos y venezolanas por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años.

V.5. La participación política de los extranjeros en Bolivia

El apartado II del artículo 27 de la Constitución Política del Estado de Bolivia dispone que las extranjeras y los extranjeros residentes en Bolivia tienen derecho a sufragar en las elecciones municipales. Por su parte, la Ley N° 26 del Régimen Electoral del 30 de junio de 2010 otorga el derecho de sufragio activo a los extranjeros en procesos electorales municipales, cuando residan legalmente al menos dos (2) años en el municipio. Para ser electora o elector, es condición indispensable estar registrada o registrado en el padrón electoral y habilitada o habilitado para votar (art. 45).

Para ser candidata o candidato a presidente/vicepresidente y a la Asamblea Legislativa Plurinacional, se requiere cumplir con las condiciones generales de acceso al servicio público estipuladas en el artículo 234 de la Constitución:

1. Contar con la nacionalidad boliviana;
2. Ser mayor de edad;
3. Haber cumplido con los deberes militares;
4. No tener pliego de cargo ejecutoriado, ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal, pendientes de cumplimiento;
5. No estar comprendida ni comprendido en los casos de prohibición y de incompatibilidad establecidos en la Constitución;
6. Estar inscrita o inscripto en el padrón electoral;
7. Hablar al menos dos idiomas oficiales del país.

Además, para ser candidata o candidato a la Asamblea Legislativa Plurinacional, se solicita haber residido de forma permanente al menos los dos años inmediatamente anteriores a la elección en la circunscripción correspondiente (art. 149).

V.6. Brasil: La reserva a los nacionales de los derechos políticos en todo tipo de elecciones y el estatuto preferencial de los portugueses

Si bien el artículo 5 de la Constitución de la República Federativa de Brasil dispone que todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad; el artículo 14, apartado 2°, niega derechos políticos a los extranjeros: “No pueden alistarse como electores los extranjeros y, durante el período del servicio militar, los reclutados”⁵⁸.

La situación jurídica del extranjero en Brasil ha estado regulada hasta mayo de 2017 por la Ley N° 6815, del 19 de agosto de 1980. En lo concerniente a los derechos de participación política, estaba especialmente vedado el ejercicio de cualquier actividad de naturaleza política (art. 107). La nueva Ley de Migración N° 13445, sancionada⁵⁹ por el presidente Michel Temer el 24 de mayo de 2017⁶⁰ quita la prohibición y garantiza a los inmigrantes el derecho de reunión con fines pacíficos y el derecho de asociación, inclusive sindical, para fines lícitos, aunque el derecho de sufragio se mantiene reservado a los nacionales.

Respecto de la nacionalidad, el artículo 12 de la Constitución distingue entre “brasileños de origen” y “brasileños naturalizados”. Sin embargo, atento a los altos valores históricos morales, culturales, lingüísticos y étnicos que unen a los pueblos brasileños y portugueses, en el apartado 1° se efectúa una excepción en el régimen de extranjería: “A los portugueses con residencia permanente en el país les serán atribuidos los derechos inherentes al brasileño de origen, si hubiese reciprocidad en favor de los brasileños, salvo en los casos previstos en esta Constitución”.

⁵⁸ Véase también el art. 5 del Código Electoral (Ley N° 4737 del 15/7/1965).

⁵⁹ Con 18 vetos.

⁶⁰ Diario Oficial de la Unión, 25/5/2017.

La cuestión se encuentra reglamentada por el Tratado de Amistad, Cooperación y Consulta, firmado por Portugal y Brasil en Puerto Seguro el 22 de abril de 2000.⁶¹ Entre los artículos 12 y 22 se regula la parte pertinente al “Estatuto de igualdad entre portugueses y brasileños”⁶².

Con relación a los derechos políticos, el artículo 17 establece lo siguiente:

1. El goce de derechos políticos por portugueses en Brasil y por brasileños en Portugal sólo será reconocido a los que tengan tres años de residencia habitual y depende de requerimiento a la autoridad competente.
2. La igualdad en cuanto a los derechos políticos no cubre a las personas que, en el Estado de la nacionalidad, hayan sido privadas de derechos equivalentes.
3. El goce de los derechos políticos en el Estado de residencia implica la suspensión del ejercicio de los mismos derechos en el Estado de la nacionalidad.

Además, el apartado 2º del artículo 12 del texto constitucional dispone que la ley no podrá establecer distinción entre brasileños de origen y naturalizados, salvo en los casos previstos en la Constitución. A continuación, el apartado 3º menciona los cargos que son privativos del brasileño de origen (presidente y vicepresidente de la República; presidente de la Cámara de Diputados; presidente del Senado Federal; ministro del Supremo Tribunal Federal; de la carrera diplomática; de oficial de las Fuerzas Armadas).

VI. El Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur

El Consejo del Mercado Común (CMC) estableció un plan de acción para la conformación progresiva de un Estatuto de la

⁶¹ El Tratado revocó la Convención sobre Igualdad de Derechos y Deberes, promulgada por el Decreto N° 70.436, del 18 de abril de 1972.

⁶² El reconocimiento de la igualdad por brasileros en Portugal y por portugueses en Brasil no implica la pérdida de las respectivas nacionalidades.

Ciudadanía del Mercosur a través de la Decisión 064/2010⁶³. El Estatuto estará integrado por un conjunto de derechos fundamentales y beneficios para los nacionales de los Estados Partes del Mercosur. A tal fin, se indican once sectores que conformarán el Plan de Acción:

1. Circulación de personas
2. Fronteras
3. Identificación
4. Documentación y cooperación consular
5. Trabajo y Empleo
6. Previsión social
7. Educación
8. Transporte
9. Comunicaciones
10. Defensa del consumidor
11. Derechos políticos

Con relación a los derechos políticos⁶⁴, se propone lo siguiente:

Evaluar las condiciones para avanzar progresivamente en el establecimiento de derechos políticos, de acuerdo con las legislaciones nacionales que reglamenten su ejercicio, en favor de los ciudadanos de un Estado Parte del Mercosur que residan en otro Estado Parte del que no sean nacionales, incluyendo la posibilidad de elegir parlamentarios del Mercosur.

Asimismo, en el artículo 7 se dispone que el Plan de Acción deberá estar íntegramente implementado en el 30° aniversario del Mercosur y que el Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur podrá ser instrumentado mediante la firma de un protocolo

⁶³ Foz de Iguazú, 16/12/2010.

⁶⁴ El ámbito encargado de esta política será la Reunión de Ministros de Justicia Reunión de Ministros del Interior.

internacional que incorpore el concepto de “Ciudadano del Mercosur” y forme parte del Tratado de Asunción.

Teniendo en cuenta los regímenes de extranjería de los países que conforman el Mercosur, el establecimiento de derechos políticos en favor de los ciudadanos de un Estado Parte del Mercosur que residan en otro Estado Parte del que no sean nacionales requiere una significativa adecuación de las legislaciones nacionales⁶⁵. Ello así, por ejemplo, si se decidiera incorporar el concepto de “ciudadano del Mercosur”, considerando la experiencia de la Unión Europea que, a partir de la instauración de la ciudadanía europea, otorga a todo ciudadano que resida en un Estado miembro del que no es nacional el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y en las del Parlamento Europeo. El mapa de la participación política de los extranjeros en el Mercosur nos señala los desafíos para llevar a cabo la implementación de la “ciudadanía del Mercosur” a través del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y en el Parlamento del Mercosur⁶⁶.

En la Argentina las adecuaciones legislativas en el nivel provincial y de la CABA que tendrían que realizarse para el caso de las elecciones municipales o locales son las siguientes:

⁶⁵ Tal como aconteció en España con la reforma del artículo 13.2 de la Constitución en 1992, que actualmente prevé la posibilidad de extender a los extranjeros el derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, en las elecciones municipales y la inserción de un título especial en la LOREG para las elecciones al Parlamento Europeo (arts. 210 y 210 bis).

⁶⁶ El Parlamento del Mercosur fue constituido el 14 de diciembre 2006, como sustituto de la Comisión Parlamentaria Conjunta, y es el órgano, por excelencia, representativo de los intereses de los ciudadanos de los Estados Partes.

En el 2009, se celebró el Acuerdo Político que estableció normas para que los Estados Partes sean representados, a partir de las elecciones directas, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad atenuada. A partir de sus respectivas elecciones directas, el organismo tendrá la siguiente composición parlamentaria: Argentina, 43; Brasil, 75; Paraguay, 18; Uruguay, 18 y Venezuela, 33.

Con la Decisión que establece a Bolivia como Estado en proceso de adhesión al Mercosur, este país pasa a integrar el Parlasur con derecho a voz y participación, sin derecho a voto. En el momento que se complete la adhesión plena de Bolivia al Mercosur, el país pasará a tener 18 Parlamentarios en el Parlasur.

1) la regulación del derecho de sufragio tanto en la faz activa como pasiva en Formosa para establecer, al menos, los derechos políticos a favor de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur que residan en la provincia; 2) la unificación del requisito de la residencia de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur en todas las legislaciones; 3) reformar las normas que en trece distritos electorales no permiten el derecho de sufragio pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales (Catamarca, Chaco, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Misiones, Río Negro, Salta, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y CABA). Para las elecciones del Parlamento del Mercosur, la extensión del derecho de sufragio activo a los extranjeros depende única y exclusivamente de la legislación nacional, ya que el artículo 37 de la Constitución Nacional garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos sin observarse reserva alguna a los nacionales. Por el contrario, la extensión del derecho de sufragio pasivo no sería plausible mediante una reforma legislativa, sino que requeriría una reforma constitucional: los candidatos a parlamentarios del Mercosur deben cumplir con los requisitos exigibles para ser diputado nacional (art. 11 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur).

La Constitución de Uruguay otorga el derecho al sufragio activo, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, a los hombres y a las mujeres extranjeros que tengan residencia habitual de, por lo menos, quince años. Por ello, tanto para las elecciones municipales como para el Parlamento del Mercosur, será necesaria una reforma constitucional que permita el ejercicio de los derechos políticos en la faz pasiva a favor de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur y eliminar el requisito de la residencia.

La Constitución de Paraguay equipara a los ciudadanos paraguayos electores y elegibles con los extranjeros con radicación definitiva para el caso de las elecciones municipales. La implementación de la ciudadanía del Mercosur en el marco municipal exige una reforma constitucional que excluya el requisito de la radicación definitiva. Para el caso de las

elecciones del Parlamento del Mercosur también se requiere una reforma del texto constitucional que otorgue derechos políticos tanto en la faz activa como pasiva, ya que el artículo 246 del Código Electoral dispone que son elegibles para desempeñarse como senadores, diputados y parlamentarios del Mercosur, los que “hallándose en ejercicio de su derecho de sufragio pasivo reúnan las condiciones establecidas en la Constitución Nacional y no se hallen comprendidos en las inhabilidades establecidas en la misma”.

Venezuela permite el sufragio activo de los extranjeros que tengan más de diez años de residencia en el país, en los procesos electorales parroquiales, municipales y estatales (art. 64 de la Constitución). La reforma constitucional ha de suprimir el requisito de la residencia en favor de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur para las elecciones locales y otorgarles el derecho a ser elegidos; respecto del Parlamento del Mercosur, la reforma tiene que otorgar en pleno los derechos políticos.

En Bolivia, en el marco de las elecciones municipales, la adecuación normativa debería efectuarse en el artículo 45 de la Ley N° 26 del Régimen Electoral, prescindiendo del requisito de residencia de dos años y agregando el derecho de sufragio pasivo para los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur. Para las elecciones del Parlamento del Mercosur tendría que reformarse la Constitución, atento a las condiciones generales de acceso al servicio público estipuladas en el artículo 234.

En Brasil, tanto para las elecciones locales como para las elecciones del Parlamento del Mercosur será necesario avanzar con una propuesta de enmienda constitucional que otorgue derechos políticos a los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur.

VII. Conclusiones

La situación en los Estados miembros de la Unión Europea presenta un notorio progreso con relación a los derechos políticos de los extranjeros, al definir una ciudadanía europea que les

reconoce capacidad electoral activa y pasiva para las elecciones municipales y del Parlamento Europeo. No obstante, al margen de esta característica común, varios Estados –entre los que se encuentran Alemania, Francia e Italia– reservan el derecho de sufragio a los nacionales y, por consiguiente, no permiten la participación política de ciudadanos de terceros países. Asimismo, España y Portugal presentan un condicionamiento constitucional que exige reciprocidad.

El factor de la nacionalidad persiste como componente específico del derecho de sufragio. Respecto de la participación política para elegir autoridades nacionales, en veintitrés de los veintiséis países considerados, se reserva el derecho de sufragio a los nacionales; el mayor grado de apertura lo presentan Ecuador, Chile y Uruguay, al autorizar el derecho de sufragio activo para configurar todas las instancias representativas. Mientras que el derecho de sufragio activo de los extranjeros circunscripto a elecciones locales se permite en nueve países latinoamericanos –con una exigencia de residencia que oscila entre los dos y los quince años–, el derecho de sufragio en su faz pasiva se observa únicamente en los ordenamientos de la Argentina,⁶⁷ Perú y Paraguay. Por ello, en la medida en que se deje atrás el dualismo ciudadanía-nacionalidad y se perfile una ciudadanía de residencia en los Estados Partes del Mercosur, podrá incorporarse el concepto “ciudadano del Mercosur” y los extranjeros podrán participar en la formación del gobierno representativo a través del ejercicio de sus derechos políticos. En pocas palabras, los desafíos que tienen por delante los Estados Partes para hacer realidad el ideal igualitario e incluyente que supone la ciudadanía del Mercosur pueden ser abarcados por uno solo: la “democratización de la ciudadanía”⁶⁸.

⁶⁷ En las provincias de Buenos Aires, Chubut, Córdoba, Corrientes, Mendoza, Neuquén, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán.

⁶⁸ Aláez Corral, B., “Los condicionamientos Constitucional-Democráticos de la Nacionalidad y la Ciudadanía”, en Costa, P. y Aláez Corral, B., *Nacionalidad y Ciudadanía*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, p. 91.

Anexo I. Cuadro comparativo

El derecho de sufragio de los extranjeros en los Estados Partes del Mercosur

| Países | Sufragio activo | | Sufragio pasivo |
|---|---|--|--|
| | Elecciones nacionales (años de residencia) | Elecciones municipales (años de residencia) | Elecciones municipales (años de residencia) |
| Argentina | No | Sí (entre 2 y 10 años) | Sí (entre 1 y 5 años) ^(a) |
| Bolivia | No | Sí (2 años) | No |
| Brasil | No | No ^(b) | No |
| Paraguay | No | Sí (radicación definitiva) | Sí (radicación definitiva) |
| Uruguay | Sí (15 años) | Sí (15 años) | No |
| Venezuela | No | Sí (10 años) | No |
| <p>^a Cinco años de residencia en las provincias de Buenos Aires, Chubut, Córdoba, Corrientes, San Juan, Tucumán y Neuquén; dos años en Mendoza; cuatro años en Santa Fe y un año en Santa Cruz.</p> <p>^b Excepto los portugueses con residencia permanente.</p> | | | |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos aportados por las Constituciones y las leyes electorales de los países.

Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos¹

Laura Clérico²

“... no es tiempo de que una mujer maneje colectivos”³

“¿Cuánto tiempo más llevará?”

Serú Girán

“Hoy paso el tiempo, demoliendo hoteles”

Charly García

I. Introducción

El estudio de la jurisprudencia de los tribunales nacionales y cortes de protección internacional de derechos humanos arroja como resultado que la frecuencia con que los tribunales utilizan el análisis de estereotipos va en aumento.⁴ Estudios recientes

¹ Agradezco los comentarios, las sugerencias y lectura crítica de este trabajo a Celeste Novelli, Camila Mejjide, Liliana Ronconi y a Raúl Gustavo Ferreyra.

² Abogada (UBA), LLM.y Doctora en Derecho (Univ. de Kiel), Profesora de Derecho Constitucional (UBA), Investigadora CONICET.

³ Manifestación en la prensa de un empresario del transporte de personas en Salta. Entrevista agregada a fs. 564 del Expte en el que tramitó el caso, CSJN, Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo (2014), Se puede consultar también en:

⁴ Fernández Valle, Mariano, “Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana”, *RATJ*, vol.17, 2016, en: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=12835&id_item_menu=5858 (última consulta, 21/11/2017); Clérico, Laura; Novelli, Celeste; “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista Estudios Constitucionales*, U. de Talca, Chile (2014); Clérico, Laura; Novelli, Celeste, “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso “Campo Algodonero” sobre violencia de género”, en: *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2016, pp. 453-487; Clérico,

demuestran esta tendencia en la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo ha utilizado en casos sobre discriminación por orientación sexual (Atala,⁵ Duque,⁶ Flor Freire⁷), por género (Campo Algodonero,⁸ Atala; Artavia Murillo;⁹ Véliz Franco;¹⁰ Velásquez País;¹¹ Gutiérrez Hernández¹²), por informalidad de la relación afectiva y familia no-tradicional (Fornerón¹³), o por discriminación interseccional, en el caso de una niña (edad y género) con VIH/SIDA (condición de persona con VIH), y viviendo en condición de pobreza (Gómez Lluy¹⁴), entre otros.

Sin embargo, cuanto más visible se hace la referencia a los estereotipos en la jurisprudencia, tanto más urgente se vuelve su enseñanza en la formación de grado y en las capacitaciones de operadores jurídicos.¹⁵ El análisis de estereotipos no ocupa

Laura, "Impacto del caso Atala: posibilidades y perspectivas", en: V. Bogdandy/Pióvesan/Morales (coords.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, Ed. Porrúa, México, 2012, pp. 27-55.

⁵ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

⁶ Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, Sentencia de 26 de febrero de 2016.

⁷ Corte IDH, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, Sentencia de 31 de agosto de 2016.

⁸ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

⁹ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Véliz Franco vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de mayo de 2014.

¹¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Paíz vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 2015.

¹² Corte IDH, *Caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de agosto de 2017.

¹³ Corte IDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012.

¹⁴ Corte IDH, *Caso "Gómez Lluy vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015. V. Ronconi, Liliana, "Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y Otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". en: *Anuario de Derechos Humanos*, 2016, 12, pp. 119-131.

¹⁵ Sobre formación en derecho y género, v. Ronconi, Liliana; Vita, Leticia, "La perspectiva de género en la formación de jueces y juezas." en: *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 2013, 11, 115-155; González, Manuela; Salanueva, Olga, "Las mujeres y el acceso a la justicia", en *Derecho y Ciencias Sociales*, N° 6, 2012; Bergallo, Paola, "El género ausente y la enseñanza del derecho en Buenos Aires", en Rodríguez, Marcela y Asensio, Raquel, *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*, Buenos Aires, Del Puerto, CIEPP,

aun un lugar preponderante en esas formaciones. Sin embargo, es urgente. Además, no hay excusas: “es una técnica que se aprende y no es difícil”¹⁶ de aplicar.

En un informe temático reciente, la CIDH enfatiza que tanto ella como la Corte IDH “en diversas decisiones, ... han reconocido explícitamente *la necesidad de reestructurar los estereotipos sociales de género y adoptar programas de educación y capacitación con una perspectiva de género, así como reformas legislativas e institucionales, con un enfoque transformador*. La lista de decisiones que recopila no es menor.¹⁷ Sin embargo,

2008; Ronconi, Liliana; Vita, Leticia, “El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 10, N° 19, 2012; Gómez del Río, María Eugenia y Ríos, Graciela, “Duración de los estudios universitarios en la carrera de Abogacía y diferencias de género”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 7, N°14, 2009, pp. 119-131, entre otros.

Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

¹⁶ Undurraga, Verónica, “¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias)”, en: *Revista Corte Suprema*, Chile, 1.03.2017, en: <http://www.uai.cl/columnas-de-opinion/cuidado-los-estereotipos-enganan-y-pueden-provocar-injusticias>

¹⁷ CIDH, *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*, 2017, párr. 75, con cita de: “Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No.205, párrs. 450, 502, 540; CIDH, Informe 80/11, Caso 12.626, *Jessica Lenahan (González) y otros (Estados Unidos)*, Fondo, 21 de julio de 2011, párr. 201; CIDH, Informe 51/13, Caso 12.551, *Paloma Angélica Escobar Ledezma* (México), Fondo, 12 de julio de 2013, párrs. 153-154; CIDH, Informe XX/13, Caso 12.777, *Claudina Velásquez Paiz* (Guatemala), Fondo, noviembre de 2013, recomendaciones 5, 7 y 8; CIDH, Informe 67/11, Caso 11.157, *Gladys Carol Espinoza González* (Perú), Admisibilidad y Fondo, 31 de marzo 2011, párr. 236, recomendación 8; CIDH, Informe XX/13, Caso 12.595, *Ana Teresa Yarce* (Colombia), Fondo, octubre de 2013, párr. 370; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párrs. 267, 269, 284; Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, párrs. 336, 341; Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, Serie C No. 277, párrs. 264, 270; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 308, recomendaciones 14, 19, 20; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 295, recomendaciones 12, 17 y 18.”

aún no se ha instalado en forma sistemática la perspectiva de género en la enseñanza y menos aún el análisis de estereotipos como una de sus herramientas.

Hay que reconocer que el abordaje de estereotipos como contenido de enseñanza siempre tuvo mayor presencia en sociología jurídica o criminología o derecho penal.¹⁸ Sin embargo, no abunda en derecho constitucional ni en derechos humanos ni en asignaturas que se encargan de formar en metodologías de adjudicación de derechos, sea como fuera su nombre.

El objetivo de este artículo es explorar el análisis de estereotipos como herramienta metodológica para dar pistas a quien, por ejemplo, quiere atacar la constitucionalidad o convencionalidad de una norma o de una práctica que se sustenta en imágenes estereotipadas del papel que se le asigna a determinadas personas o grupos en la sociedad y que implica una violación de derechos.¹⁹ A su vez, está dirigido a operadores jurídicos que trabajan en la justicia y deben mantener la *alerta interpretativa de no incurrir en el uso de estereotipos o que tienen la obligación de desarmar los estereotipos que se enmascaran en las formalidades de las presentaciones jurídicas o en la naturalización de los hechos del caso.*²⁰ Como en forma clara y sencilla plantea Verónica Undurraga:

¹⁸ Asensio, Raquel, y otras, *Discriminación de Género en Las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2010, <http://www.artemisanoticias.com.ar/images/FotosNotas/inv%20defensoria11-10%5B1%5D.pdf> (última consulta, 11/11/2017); Freedman, Diego; González, Mariela; Kierszenbaum, Mariano; Terragni, Martiniano, "El estereotipo del joven delincuente en la última década a través de la jurisprudencia, en: Beloff, Mary; dir., *Estudios sobre edad penal y derechos del niño*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 199-208; Cussak, Simone, "Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases", Documento de trabajo presentado en la Oficina del Alto Comisionado de la ONU, 2014.

¹⁹ Sobre estereotipos de género como violaciones de derechos humanos, Oficina del Alto Comisionado de la ONU, *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*, 2013, accesible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx> (último acceso, 11/11/2017).

²⁰ Detrás del carácter urgente de la capacitación en perspectiva de género y análisis de estereotipos se encuentra la hipótesis de trabajo que plantean Liliana Ronconi y Leticia Vita,

“Los estereotipos operan de manera inconsciente cada vez que adscribimos a una persona atributos, características o roles solo en razón de su pertenencia o supuesta pertenencia a un determinado grupo social. Reforzamos y perpetuamos estereotipos cuando los aceptamos acríticamente en lugar de cuestionarlos. *Es posible evitar caer en juicios estereotipados...* Sólo un ejemplo: cuando alguien comienza una frase con “las mujeres son ...” (puede cambiar “mujeres” por “mapuche”, “gay”, “migrante”, etc.), *póngase en alerta*, porque posiblemente esté operando un juicio estereotipado. Esté atento a los *contextos*, porque hay espacios que favorecen la acción de estereotipos. Por ejemplo, lugares muy masculinizados donde hay pocas mujeres –como nuestro Congreso o las fuerzas armadas– son un caldo de cultivo para los estereotipos de género.”²¹

Para ejemplificar los diferentes *pasos de su uso* utilizaré como ejemplos casos de la Corte IDH, del TEDH y de la Corte Suprema de Justicia argentina,²² que incluyen el análisis de

cuando sostienen que existe “una relación de pertinencia entre la capacitación que reciben quienes aspiran a o que ocupan cargos de magistratura” y perfiles de juezas y jueces “que colaboren con la construcción de un modelo de sociedad igualitario”. Sobre esta base, analizan la incorporación de la perspectiva de género en la formación de aspirantes a juezes/zas y juezes/zas en ejercicio. Trabajan sobre casos en los que se intentó implementar capacitación con perspectiva de género. Identifican cómo se llevó a cabo y cuáles habrían sido las ventajas y desventajas de la modalidad concreta de intervención sobre la capacitación. Esto les permitió analizar cómo se vincula la perspectiva de género con las distintas concepciones de igualdad, por un lado, y cómo esta perspectiva es incorporada en cuatro casos de oferta de capacitación a nivel federal y provincial o local, por el otro lado. Ronconi, Liliana; Vita, Leticia, “La perspectiva de género en la formación de juezes y juezas.” en: *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 2013, 11, 115-155.

²¹ Undurraga, Verónica, “¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias)”, en: *Revista Corte Suprema*, Chile, 1.03.2017, en: <http://www.uai.cl/columnas-de-opinion/cuidado-los-estereotipos-enganan-y-pueden-provocar-injusticias> (última consulta 21 de noviembre de 2017), cursiva agregada.

²² Celeste Novelli me advierte sobre el potencial que tiene trabajar con casos de una Corte internacional y una Corte nacional en un mismo artículo, se lo agradezco porque cuando pensé en tomar como ejemplos casos de ambas Cortes no reflexioné sobre las razones de la selección. Novelli me explica que agregar el ida y vuelta entre, casos como Campo Algodonero de la Corte IDH y el caso Sisnero de la Corte argentina, permite mostrar el potencial que

estereotipos de género. Sin embargo, los desarrollos que realizaremos sobre la técnica de estereotipos pueden ser utilizados para desarmar otros estereotipos, tales como por etnia, condición social, edad, religión, apariencia física, entre otros.

Con todas estas imágenes y diagnósticos sobre la formación de operadores/as jurídicos en la cabeza, pasamos al desafío de hacer el análisis de estereotipos manejable para su uso en derecho constitucional y derechos humanos. En suma, el desafío es que se instale en la caja de herramientas de uso cotidiano de los y las operadoras jurídicas.²³

II. Sobre los estereotipos

Existen diversos ensayos sobre la definición de estereotipos. Estos desarrollos provienen de la sociología y de la psicología social. Aquí, como en tantas otras ocasiones, el derecho se presenta como un/a traductor/a. Diría como un/a traductor/a que debe ser consciente de sus limitaciones y revisar de vez en cuando lo que al respecto se produce en las disciplinas madres de esos conceptos. Esto es fundamental para que esas traducciones no queden des-actualizadas. A los efectos de este escrito, tomamos estereotipo como concepto de trabajo. Somos conscientes de que como todo concepto sus sentidos son objeto

tiene el análisis de estereotipos aun frente a hechos sustancialmente distintos (violencia de género y femicidios en Campo Algodonero, por un lado, y discriminación por género en el acceso al trabajo en Sisnero, por el otro lado). Concluye, que esto contribuye a cambiar la percepción de que la jurisprudencia internacional va por un carril y la nacional por otro, al menos esto surge de la reflexión que realiza de su experiencia personal en la cursada de varias asignaturas durante la carrera de Abogacía. Celeste Novelli, "Silencio (parcial) en la Sala. Reconstrucción crítica del enfoque de estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte IDH", tesis de maestría, defendida el 9 de septiembre de 2016, Univ. Nac. de San Martín/ Centro Internacional de Estudios Políticos. Las reflexiones de Celeste Novelli se podrían leer asimismo en el marco de los trabajos de Ronconi, Liliana; Vita, Leticia, "El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional", en *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, 2012, Nro. 19, pp. 31-62, entre otros.

²³ Horacio Mendizabal me confirma que sirve y de mucho. Lleva ya varios casos atacando la constitucionalidad de normas y prácticas basadas en estereotipos.

de disputa.²⁴ Sin embargo, nos sirve para identificar aspectos de violaciones a los derechos que de otro modo quedan invisibilizadas. Acudimos a la caracterización de estereotipo tal como surge de la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta, a su vez, se inspira en las producciones de la CEDAW al respecto.²⁵ Sin embargo, como preludeo a la definición de estereotipo de la Corte IDH, que puede sonar algo técnica, sugerimos trabajar con el siguiente párrafo de Verónica Undurraga, que ha realizado una explicación del concepto de estereotipo para un público no especializado:

“Los estereotipos de género son creencias sobre los atributos de mujeres y hombres, que cubren desde rasgos de personalidad (las mujeres son más subjetivas y emocionales, los hombres son objetivos y racionales), comportamientos (las mujeres son más pasivas sexualmente, los hombres son más agresivos en ese plano), roles (las mujeres deben asumir las tareas de cuidado y el hombre ser el proveedor), características físicas (las mujeres son más débiles que los hombres) y de apariencia (los hombres deben ser masculinos), ocupaciones (las carreras de armas no son para las mujeres, los hombres no pueden ser parvularios) y supuestos de orientación sexual (las lesbianas son egoístas y no priorizan el interés de sus niños; los gays son promiscuos).”²⁶

²⁴ Sobre un análisis de las complejidades de los estereotipos, v. Arena, Federico. “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, en *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. 29, N° 1, 2016, pp. 51-75, quien sostiene que se suele exigir a los operadores judiciales que prevengan o contrasten los efectos perjudiciales de los estereotipos. Sin embargo, advierte que a los efectos de entender la acción requerida es necesario advertir la ambigüedad de estereotipo. Distingue así entre estereotipos descriptivos y estereotipos normativos. Por último, el trabajo propone algunos criterios de relevancia destinados a determinar cuándo el uso de estereotipos está prohibido y cuándo es obligatorio.

²⁵ Comité CEDAW, *Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, 30° período de sesiones, 2004

²⁶ Undurraga, Verónica, “¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias)”, en: *Revista Corte Suprema*, Chile, 1.03.2017, en: <http://www.uai.cl/columnas-de-opinion/cuidado-los-estereotipos-enganan-y-pueden-provocar-injusticias> (última consulta 21 de noviembre de 2017), cursiva agregada.

En Campo Algodonero, el caso de los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, México, la Corte IDH aproxima una definición²⁷ que reitera en el reciente caso Gutiérrez Hernández c. Guatemala.²⁸

“el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de las mujeres, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales²⁹.”

Por su parte, el TEDH también acude al concepto de estereotipo en su jurisprudencia. Valga como ejemplo, entre muchos otros, el caso de la Gran Sala, Konstantin Markin contra Rusia.³⁰ En el caso, se ataca la convencionalidad de la norma que otorgaba hasta tres años de licencia parental para el cuidado de los hijos a mujeres con estado militar, pero no a varones con el mismo estado. El gobierno ruso alegó que “... la presencia y cuidado de la madre durante el primer año de la vida del niño era particularmente importante”. Agregó que “... debido a que había muy pocas mujeres en el ejército, su

²⁷ Corte IDH, Caso Campo Algodonero, párrs. 398, 401.

²⁸ Corte IDH, *Caso Gutiérrez Hernández c. Guatemala*, Sentencia 24 de agosto de 2017.

²⁹ Corte IDH, *Caso Gutiérrez Hernández c. Guatemala*, párr. 169, resaltado y cursiva agregada. V., Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 401, y *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*, párr. 180. Arenas, Federico, *op. cit.*, discute la definición mixta de estereotipo usada por la Corte IDH en Campo Algodonero, en tanto combina elementos descriptivos y normativos.

³⁰ TEDH, *Konstantin Markin vs. Rusia*, 22 de marzo de 2012. Sobre la sentencia de la Sala previa a la de la Gran Sala, v. Timmer, Alexandra: “From inclusion to transformation: rewriting Konstantin Markin v. Russia”. En: Brems, Eva: *Diversity and European Human Rights*. CUP, Cambridge, 2013, p. 156.

ausencia del servicio no tendría impacto en la capacidad de lucha”. El TEDH, con apoyo de un *amicus curiae*, desarma los estereotipos alegados. Por un lado, la petrificación de la imagen de las mujeres como reproductora y cuidadora como un rol natural que no es construido socialmente y que, por lo tanto, conlleva tareas que solo lo podrían realizar las mujeres. Y, por el otro lado, el estereotipo del varón como proveedor, nacido para buscar el sustento fuera del hogar. Se trata de un asociado al uso de la fuerza física y lo militar, por oposición a los atributos asignados a los estereotipos vinculados con las mujeres: la imagen petrificada de lo delicado, de la debilidad y su falta de aptitud para actividades vinculadas al uso de la fuerza física.³¹ Estas imágenes estereotipadas obturan escuchar las voces de los y las afectadas concretas, que tienen otros proyectos de vida que difieren de lo que se espera de ellas y ellos desde la automaticidad que destilan los estereotipos. “*Cuando un tribunal se deja influenciar por estereotipos, juzga al individuo basado en sus ideas acerca del grupo particular y no en los hechos relevantes respecto de esa persona y las circunstancias de ese caso específico.*”³² No permite así que el varón se dedique al cuidado y que la mujer desarrolle su plan laboral fuera de su casa. Por todo ello, el TEDH concluye que hay discriminación de género al excluir Rusia al varón con estado militar de la posibilidad de gozar de la licencia parental para el cuidado de sus hijas e hijos.

En suma, cuando aparecen las mujeres en lugares subordinados que se refieren a los roles sociales que típicamente se le atribuyen, estamos frente a un estereotipo de género. La idea de imagen estereotipada ayuda para comprender el problema

³¹ V., Puga, Mariela; Otero, Romina, “Igualdad, género y acciones afirmativas. La justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral”, publicado en Alegre/Gargarella (comp.), *El derecho a la Igualdad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 341-362.

³² Undurraga, Verónica, “¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias)”, en: *Revista Corte Suprema*, Chile, 1.03.2017, en: <http://www.uai.cl/columnas-de-opinion/cuidado-los-estereotipos-enganan-y-pueden-provocar-injusticias> (última consulta 21 de noviembre de 2017), cursiva agregada.

que plantea el caso y desarmar las razones que se alegan para justificar la afectación de los derechos. Esas imágenes estereotipadas refleja (y refuerzan) la distribución desigualitaria de poder que pone a un colectivo en lugar de subordinación y al otro, nuevamente por la asignación de roles sociales, en lugar de aventajado o de privilegio.³³

En este sentido, se puede pensar en dos estrategias de formación en estereotipos para operadores jurídicos. Por un lado, la discusión de algún texto de corte más teórico que trabaje estereotipos, por ejemplo, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales* Rebecca Cook y Simone Cusack,³⁴ O de acuerdo con el ciclo de enseñanza, un texto más corto y dirigido al público en general como “¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias)”, de Verónica Undurraga.³⁵ Por el otro lado, el trabajo con fallos en donde se haya realizado análisis de estereotipos. Esto conecta con el siguiente punto.

³³ Aquí sigo a Iris Marion Young, (2011:69): “... la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance. ...” Young, Iris, *Responsability for Justice*, OUP, Oxford, 2011.

³⁴ V. Cook, Rebecca; Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, 2010; Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela, “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad* N° 9 (Octubre 2015 – Marzo 2016), pp. 26-48. Sobre análisis de jurisprudencia desde perspectiva de género, v. Cecilia Ezpeleta, Carmen Colazo y Laura Cantore, “Igualdad, género y constitución: aportes feministas para la reformulación del principio de igualdad. Análisis de fallos relevantes desde una perspectiva de género(s)”, en Grosman, Legarre, Rivera, Elías (coord.), *Tratado de Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, pp. 958-1031; Díaz Alderete, Elmina Rosa, “Perspectiva de género en las sentencias judiciales y en el ámbito jurídico”, LLNOA2013 (septiembre), p. 825; Deza, Soledad, ““Brujas”, estereotipos de género y violencia simbólica”, LLNOA2013 (agosto), p. 719.

³⁵ Undurraga, Verónica, “¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias)”, en: *Revista Corte Suprema*, Chile, 1.03.2017, en: <http://www.uai.cl/columnas-de-opinion/cuidado-los-estereotipos-enganan-y-pueden-provocar-injusticias> (última consulta 21 de noviembre de 2017), cursiva agregada.

III. Sobre el análisis de estereotipos

El análisis de estereotipos en la jurisprudencia de la Corte IDH parece estar siempre de la mano de la desigualdad estructural. Por ejemplo, en el caso *Atala v. Chile* (2012) sobre discriminación por orientación sexual y género, la Corte IDH enfatiza “que algunos actos discriminatorios ... se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales ..., particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno...”. Algo similar surge del caso paradigmático *Campo Algodonero*, donde la Corte IDH habla de violencia de género en un contexto de discriminación estructural contra las mujeres. Donde incluso avanza en el análisis de los estereotipos de género³⁶ como manifestación y causal de discriminación.³⁷ Por ejemplo, cuando identifica como la imagen estereotipada de “mujer” provoca que los agentes policiales no emprendieran acciones inmediatas para la búsqueda de las mujeres desaparecidas en Juárez. Expresaron que las mujeres eran niñas “voladas”, que seguramente habrían salido con un novio y no tardarían en regresar al hogar.³⁸ La interpretación automática de los agentes es que por ser mujeres estarían con sus novios, las mujeres estarían moldeadas para acompañar, cuando terminen esa tarea entonces volverían al hogar en donde se proyecta otra imagen: la “mujer”, si joven ayuda en las tareas domésticas para cuidar a los varones de la casa; si “madre”, es la encargada del cuidado de todos los integrantes del hogar.³⁹ Así, por ejemplo, la madre de la joven Herrera sostuvo ante la Corte IDH que, al interponer

³⁶ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párrs. 398, 401.

³⁷ TIMMER, Alexandra: “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”. En: *Human Rights Law Review*, 11 (4): 707-738, 2011, además, COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, op. cit (2010).

³⁸ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 198. Énfasis agregado.

³⁹ Luego volveremos sobre “los discursos adoctrinadores” que se esconden detrás de estos tipos comentarios que buscan trasladar la responsabilidad de lo ocurrido a las víctimas.

la denuncia, las autoridades le dijeron que su hija “no está desaparecida, anda con el novio o anda con los amigos de vaga” y “*que si le pasaba eso era porque ella se lo buscaba, porque una niña buena, una mujer buena, está en su casa*”. En suma, la “mujer” aparece pensando o haciendo algo con varones. Acciona también un mecanismo de traslación de la responsabilidad, “se lo buscó”, si algo le pasa. Se relaciona entonces con el papel de “mujer” sumisa y sacrificada cuya misión en la sociedad sería quedarse en el hogar para servir a los varones de la casa. Los diversos estereotipos hablan de los comportamientos esperados que las mujeres deben adoptar en el marco de sus relaciones interpersonales y en la sociedad. A su vez, usan estereotipos para las mujeres que se movilizan para reclamar, las madres o parientes de las desaparecidas. De ellas también se espera sumisión y, hasta por su condición social, se estereotipa su uso del tiempo, se la manda a tomar unas “heladas”.⁴⁰ Por todo ello, la Corte IDH concluye que todos estos comentarios y actitudes constituyen estereotipos. Y que “tanto las actitudes como las declaraciones de los funcionarios demuestran que existía, por lo menos, indiferencia hacia los familiares de las víctimas y sus denuncias.”⁴¹ Todo esto se traduce en violaciones claras a los derechos de las mujeres desaparecidas y luego asesinadas y a sus familiares.

En el orden interno, la Corte Suprema de Justicia desmantela implícitamente estereotipos de género en el caso Sisnero sobre discriminación para el acceso de mujeres al empleo de conductoras de transporte público en la Provincia de Salta.⁴² La falta de

⁴⁰ Sosa, Lorena, (2016). “Inter-American Court of Human Rights’ case law on violence against women: breaking grounds, facing challenges”, en seminario *Moving beyond the good, the bad and the ugly: What to learn from International Human Rights System?*, 2016, Gantes, Bélgica.

⁴¹ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 208.

⁴² El caso se inicia por una acción de amparo interpuesta por Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación Entre Mujeres (FEM) contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMI) y las siete empresas operadoras de SAETA que tienen a su cargo el transporte público de pasajeros en la ciudad de Salta. La acción contenía dos pretensiones, una individual y otra colectiva. La individual iba contra la denegatoria de las empresas de contratar a Sisnero como colectivera a pesar de

contratación de mujeres debía justificarse con “motivos objetivos y razonables”. No alcanza con “dogmáticas explicaciones”. La Corte no habla expresamente de imágenes estereotipadas.

cumplir con los requisitos de idoneidad. Respecto de la pretensión colectiva, la Fundación alegó la violación de la manda de igualdad y la prohibición de no discriminación por género por la falta de contratación de mujeres. La Cámara hizo lugar a la acción y ordenó el cese de la discriminación; determinó que las empresas debían contratar mujeres hasta alcanzar un treinta por ciento (30 %) de la planta de choferes. Agregó que la autoridad de aplicación de transporte local (la AMT), debía confeccionar una lista de todas las postulantes mujeres y ubicar a Mirtha Sisnero en primer lugar. Para el caso de que las empresas no cumplieran con lo ordenado, debían abonar a la primera en la lista un salario idéntico al del chofer de mejor remuneración. La Corte de Justicia de Salta revocó la sentencia. Sostuvo “síntomas discriminatorios en la sociedad” y observó que “basta detenerse en cualquier parada de colectivos para relevar la nula presencia de mujeres conduciendo estos móviles”; empero, revocó la sentencia por considerar que “no se configuró el presupuesto para que prospere el pedido de una orden de cese de discriminación”. Por un lado, sostuvo que “la mera omisión de responder a las reiteradas solicitudes de trabajo de Mirtha Sisnero era insuficiente para tener por configurado un supuesto de discriminación porque las empresas no tenían ningún deber constitucional de responderle”. Por el otro lado, intimó a las empresas demandadas a presentar ante la AMT los requisitos que exigen para la contratación de choferes. Por último, exhortó al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo provincial a emitir las normas necesarias para modificar los patrones socioculturales de discriminación. En su sentencia reconoció “la presencia de síntomas discriminatorios en la sociedad” porque en los hechos no hay mujeres choferes en Salta. Entonces, si bien no hizo lugar a la pretensión individual, hizo lugar parcialmente a la demanda “sólo a los fines preventivos, para que en futuras contrataciones se asegure que la postulación de mujeres será analizada por las empresas prestadoras sin tomar en cuenta su condición femenina sino en base a los mismos requisitos que los exigidos a los hombres”. El caso llegó a la Corte por queja por recurso extraordinario federal denegado. La Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia de la Corte Salteña, en tanto la Corte salteña no había valorado adecuadamente la prueba que constaba en el expediente. Recordó que la prueba es difícil de lograr en forma acabada para la parte que alega la discriminación. Por ello, “es suficiente con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” (considerando 6). Si la actora lo logra la acreditación de “hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio”, entonces es el demandado, en este caso las empresas, quienes deben probar que tuvieron “como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” (consid. 5). No basta con negar que no hubo intención de discriminar en la exclusión en la contratación, ni menos aún se puede basar esta prueba en imágenes estereotipadas acerca del papel de las mujeres en la sociedad, en este caso, salteña. La Corte reenvió la causa a la Corte provincial para que dictara nueva sentencia, CSJN, Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva SRL y otros s/amparo, 20/5/2014. V. análisis del fallo con referencia a la línea jurisprudencial de la Corte que fue haciendo camino al andar (Alvarez c. Cencosud (2010) Pellejero (2010) y Pellicori -2011), Zayat, Demián, “Hacia un definido Derecho Antidiscriminatorio”, LA LEY 2014-D, 66.

Sin embargo, lo hace implícitamente, cuando sostiene que esas explicaciones “resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero en particular.” Insiste la Corte Suprema que se desprende de la propia sentencia de la Corte salteña que el reconocimiento de un contexto de discriminación contra las mujeres. Por eso parece cuestionarla cuando le reprocha implícitamente esa falta de observancia de la alerta interpretativa.

Lo traduzco en términos claros y sencillos a la manera de diálogo entre ambas Cortes: Si Ud. reconoce que los hechos se dan en un contexto de discriminación, por eso no se ven mujeres colectiveras, cómo no tener por probado que Sisnero es un caso de discriminación individual en el marco de la discriminación colectiva. Aún más, le advierte la Corte Suprema, en el expediente consta una entrevista a un empresario en un medio periodístico, que es un “claro ejemplo en esta dirección”: “las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y “entre risas” que “esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias [...]. Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...] Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] no es tiempo de que una mujer maneje colectivos [...]”.⁴³ Y, le agrega, no olvide Ud. que tengo jurisprudencia al respecto, no basta con que los empresarios afirmen que no tenían intención de discriminar. No veo los motivos “objetivos y razonables” que exige la jurisprudencia para “destruir la presunción” de discriminación.

Sin embargo, ni la Corte IDH ni la Corte Suprema explicita una metodología de análisis de estereotipos en los respectivos fallos.⁴⁴ Este es el objetivo del artículo. Se trata de la reconstrucción de esos pasos.

⁴³ CSJN, Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo (2014), consid. 6.

⁴⁴ Esto contrasta con otras herramientas utilizadas por la Corte IDH en otros contextos. Por ejemplo, cuando se trata de resolver la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, la Corte IDH expresamente establece que someterá la justificación a la solución

IV. Caminos para detectar estereotipos

Antes que nada conviene guiar el análisis a través de las siguientes preguntas generales formuladas por Rebecca Cook y Simone Cussak:

| |
|--|
| a) “¿Se está negando un beneficio a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?” |
| b) “¿se le está imponiendo una carga a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?” |
| c) “¿se degrada a las mujeres, se les minimiza su dignidad o se las marginaliza de alguna manera en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?” |

Cuadro 1. Fuente: Elaboración del cuadro sobre la base de las preguntas en: Cook y Cussak (2010).⁴⁵

Si volvemos la mirada sobre lo referido al caso Campo Algodonero o al caso Sisnero, sin lugar a dudas, las respuestas son afirmativas. Los estereotipos operan en contra de los derechos de las mujeres empeorando en Sisnero sus oportunidades para acceder a empleos mejor remunerados,⁴⁶ y, en el caso, Campo Algodonero para ser buscadas en forma inmediata ante la denuncia de desaparición en un contexto de discriminación estructural contra las mujeres.

del conflicto a un examen de proporcionalidad. E incluso en la versión de examen de proporcionalidad estructurado ya que identifica con detalle los pasos a los cuales someterá la evaluación de la justificación estatal. V., por ejemplo, Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*.

⁴⁵ Cook, Rebecca; Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, 2010.

⁴⁶ V. Coddou McManus, Alberto, (2017) “Addressing Poverty through a Transformative Approach to Anti-Discrimination Law in Latin America”. en: Fortes P., Boratti L., Palacios Lleras A., Gerald Daly T. (cords.) *Law and Policy in Latin America*. St Antony’s Series. Palgrave Macmillan, London, quien sostiene que las normas antidiscriminatorios sirven para ver la pobreza como causal de discriminación y plantear el reclamo en clave de transformación de los procesos sociales, culturales, políticos y económicos que generan la dominación. En especial, estudia el caso de Argentina. Coddou McManus, Alberto, (2013). “Las interrogantes y posibilidades de un proyecto de derecho de la anti-discriminación en America Latina”. En *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014, v.12, n. 2, pp. 315-322.

Entonces, qué puede/debe hacer el o la jueza para desmantelar estereotipos.⁴⁷ Las respuestas surgen de líneas de trabajos que presentan parecidos de familia, aunque no sean exactamente iguales. Nos referimos a los trabajos de Cook y Cussack, Timmer, Canosa Onofre, Undurraga, entre otras.⁴⁸

Los operadores judiciales pueden hacer, por lo menos, dos cosas. La primera se refiere a que el propio tribunal no debe utilizar estereotipos en su argumentación. A su vez, debe formular las tres preguntas propuestas por Rebecca Cook y Simone Cussack para analizar la cuestión desde una perspectiva de género. Y, agregar, ¿consideran el *contexto* en la interpretación de los hechos y en la consideración de la prueba? ¿Están en una constante alerta interpretativa para no incurrir en forma expresa o implícita en el uso de estereotipos?

La segunda se refiere a su deber de revisión de los “argumentos” alegadas por el Estado en el caso de la Corte IDH o el razonamiento del tribunal inferior en el caso de la Corte Suprema.⁴⁹ Alexandra Timmer identifica las siguientes etapas, que

⁴⁷ Es una obligación estatal. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), establece en su artículo 5 que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

⁴⁸ V. Cook, Rebecca; Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, 2010; Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela, *Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Eunomia*. Revista en Cultura de la Legalidad N° 9 (Octubre 2015 – Marzo 2016), pp. 26-48. Sobre análisis de jurisprudencia desde perspectiva de género, v. Cecilia Ezpeleta, Carmen Colazo y Laura Cantore, “Igualdad, género y constitución: aportes feministas para la reformulación del principio de igualdad. Análisis de fallos relevantes desde una perspectiva de género(s)”, en Grosman, Legarre, Rivera, Elías (coord.), *Tratado de Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, pp. 958-1031; Clérico, Laura; Novelli, Celeste, “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso “Campo Algodonero” sobre violencia de género”, en: *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Chile, 2016, pp. 453-487.

⁴⁹ Esta identificación de estereotipos es lo que hace la Corte IDH en el mencionado caso *Atala Riffo c. Chile*. La Corte Suprema chilena y el Juzgado de Menores de Villarrica habían

pueden ser consideradas parte de una metodología de trabajo: a) identificar estereotipos, b) enunciar, nombrar (*naming*) y dismantelar,⁵⁰ los estereotipos que atraviesan el caso objeto de resolución y, además, c) evaluarlos como formas de discriminación (*contesting*) a través de un examen bien estricto de igualdad.

| |
|-----------------------------------|
| Identificar |
| Enunciar, nombrar y desenmascarar |
| Evaluar intensamente |

Cuadro 2. Fuente: Timmer (2013).

El objetivo de este apartado y los siguientes es poner a prueba la metodología reconstruida del texto de Timmer para aplicar en el contexto interamericano, toda vez que la autora la ensayó para el contexto europeo (TEDH). La Corte IDH es como el TEDH un tribunal regional de derechos humanos que aplica normas que contienen cláusulas de igualdad. La propia Corte IDH analiza casos en clave de “estereotipos”, con lo que más allá de la propuesta concreta de Timmer, el abordaje no le es ajeno en tanto se basa en lo que surge de los informes del CEDAW y de otros organismos de protección de

establecido que la señora Atala había privilegiado sus intereses personales por sobre su papel de madre. La Corte IDH consideró, por el contrario, que exigirle a Karen Atala que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de las y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas. Este mismo argumento sería trasladable a cualquier tipo de discriminación contra las mujeres cuando se las excluye sobre la base de estereotipos en relación con el “rol” de la “mujer” en la sociedad.

⁵⁰ “Llamar a las cosas por su nombre y mostrar que ciertas formas de nombrar son violentas, es tarea pendiente para el poder judicial.” Deza, Soledad., “Brujas”, estereotipos de género y violencia simbólica”, LLNOA2013 (agosto), p. 719 (824).

derechos humanos que están referidos en la sentencia de la Corte IDH en Campo Algodonero. A su vez, se trata de poner en diálogo la propuesta de Timmer y, en su caso, enriquecerla con preguntas que traccionan los casos que utilizamos como ejemplos o los textos sobre igualdad que permiten lecturas desde la multidimensionalidad⁵¹ de los procesos que producen y re-producen los estereotipos en perjuicio de mujeres, entre otras.

a) Identificar, enunciar, nombrar

A los efectos de *identificar* y enunciar⁵² estereotipos hay que realizar una serie de preguntas y reconstrucciones que tomo de Timmer pero que, a su vez, tienen reflejo en los documentos de la CEDAW. Están anunciadas en las tres preguntas de Cook y Cussack; y reformuladas en un lenguaje claro y sencillo en el ejercicio que plantea Undurraga (apartado I de este trabajo).

Así, para identificar, enunciar, nombrar y desenmascarar estereotipos se requiere tener en cuenta los siguientes puntos:

⁵¹ V. Laura Clérico; Celeste Novelli, "La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso "Campo Algodonero" sobre violencia de género", en: *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Chile, 2016, pp. 453-487.

⁵² Entrevista a la Jueza Karen Atala, "Lesbofobia de Estado", en: *Diario Página 12*, 16/6/2017, accesible en: <https://www.pagina12.com.ar/44360-lesbofobia-de-estado> (última consulta 11/11/2017): "Me acuerdo de que el Ministro Visitador de mi tribunal (en Argentina sería el equivalente a camarista) me llama a su oficina. Y me dice: la cité porque tengo entendido que su ex marido la acaba de demandar de tuición porque usted sería lesbiana. Le dijo: Sí, su Señoría, pero es un tema privado. Me contesta: le quiero pedir que evite hacer todo tipo de escándalo por el prestigio del poder judicial y que en lo posible entregue sus hijas a su marido para evitar mayores escándalos. Le dije: "me parece preocupante lo que me dice puesto que usted ministro, esta casa está recién empezando en el tribunal de primera instancia. Eventualmente, sea una sentencia favorable o no, va a llegar a la corte. Y usted va a tener que conocerla, intervenir en algún momento y voy a tener que pedir que se lo inhabilite". Ahí el ministro tomó el peso de lo que estaba diciendo. Era, claro, una intromisión arbitraria en mi vida privada. Eso demuestra el profundo machismo. En 2003 no se hablaba ni se conocía de lesbianas allí en la zona. Mi caso sirvió para darles cara y visibilidad a las lesbianas en Chile. *Lo que no se denuncia, no existe.*"

| |
|--|
| una “reconstrucción comprensiva del contexto histórico, económico, político, cultural, social;” y trabajar las siguientes preguntas: |
| “¿los hechos y el contexto se enmarca en una historia de discriminación de género o por orientación sexual o identidad o expresión de género?”, |
| “¿cuáles son los efectos actuales para las personas concretas, grupos, situaciones, estados de cosas, relaciones? ¿Cuáles son los procesos, prácticas, instituciones, estructuras, que generan y alimentan esos estereotipos?” |

Cuadro 3. Fuente: Timmer (2013).

En el caso Campo Algodonero, las mujeres desaparecidas fueron tomadas en forma estereotipada como jóvenes en situación de coqueteo con sus novios y que llegarían de regreso a sus casas después de haberla pasado bien. A su vez, se presume que las mujeres desaparecidas se habrían, en todo caso, buscado ese destino porque no respondían a la imagen petrificada de lo que se espera de una “mujer de bien”, estar en su casa.

Estos estereotipos son/deben ser leídos en el *contexto* de una *cultura de discriminación* contra las mujeres en México.⁵³ La Corte IDH toma nota que el Estado, alega que: “uno de los factores estructurales que ha motivado situaciones de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez es la modificación de los roles familiares que generó la vida laboral de las mujeres. (...) los roles tradicionales empezaron a modificarse, al ser ahora la mujer la proveedora del hogar (...) Esto, según el Estado, llevó a conflictos al interior de las familias porque la mujer empezó a tener la imagen de ser más competitiva e independiente económicamente”.⁵⁴ Continúa que es el propio Estado quien reconoce que estos mecanismos responden a una “cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres” y que “no se cambia de la noche a la mañana. El cambio de patrones culturales es

⁵³ Corte IDH, Caso Campo Algodonero, párrafos 128-136.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 129.

una tarea difícil para cualquier gobierno.”⁵⁵ Así todo se explicaría por el patrón cultural⁵⁶ dominante del patriarcado.⁵⁷ Se basa sobre un informe de la Relatoría de la CIDH que señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez “tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres”⁵⁸. Un informe del CEDAW le sirve para comprender que “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y nuevamente que estas situaciones están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”.⁵⁹ La Corte realiza una reconstrucción del contexto, enmarca los hechos del caso y el contexto en una historia de discriminación de género. Le permite ver que los efectos actuales para las personas que son víctimas de violaciones a derechos humanos. En suma, las preguntas del cuadro 3 permiten identificar estereotipos.

De regreso al caso Sisnero⁶⁰ sobre discriminación contra las mujeres en la selección de personal para ocupar puestos

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 132 con referencia al *Informe de México producido por el CEDAW bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México*, CEDAW/C/2005/OP. 8/MEXICO, 27 de enero de 2005.

⁵⁶ V. Laura Clérico; Celeste Novelli, “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso “Campo Algodonero” sobre violencia de género”, en: *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Chile, 2016, pp. 453-487; asimismo, Bórquez, Natalia, “Hacia Una Igualdad Transformadora En Las Producciones De La Corte Y De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Derechos Sociales, Mujeres Y Maquilas”, en: *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Gioja*, 2017, Nro. 19 (aceptado, en trámite de publicación).

⁵⁷ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, v. nota al pie de página Nro. 3 en este trabajo.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 133. En este párrafo la Corte cita el Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003, párr. 128.

⁵⁹ Ídem. En este párrafo la Corte cita el *Informe de México producido por el CEDAW bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México*, CEDAW/C/2005/OP. 8/MEXICO, 27 de enero de 2005, párrs. 159 y 261.

⁶⁰ CSJN, Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva SRL y otros s/amparo, 20/5/2014.

de trabajo de colectivera. La Corte Suprema no habla expresamente de estereotipo, es claro que en la trastienda subyace ese concepto. La Corte salteña reconoce un contexto discriminatorio⁶¹ cuando advierte sobre “síntomas discriminatorios en la sociedad”. Estos explicarían “la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos”. Sin embargo la Corte salteña, no tiene por acreditada la discriminación en el caso individual de Sisnero. Como reconstruimos arriba, la Corte nacional le reprocharía a la Corte salteña, que no logra vislumbrar que las sinrazones alegadas por los empresarios para derribar la presunción discriminatoria, que pesa sobre la práctica de contratación,⁶² implican estereotipos de género. Estos estereotipos son causa y consecuencia de “un mercado laboral segregado en perjuicio de las mujeres”, como señala la Procuración.⁶³

Esos estereotipos quedan patentes en los dichos del empresario de transporte vertidos en una entrevista periodística y agregada al expediente. La entrevista puede reformularse como una alegación de que las mujeres deben corresponderse con lo que se espera de ellas, deben asimilarse al patrón social esperado. Las mujeres aparecerían como parte del paisaje salteño. A su vez, debe servir los deseos de los otros, para ello su piel debe permanecer tersa para acariciar. A lo sumo, debe

⁶¹ “La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente.” Comité CEDAW, *Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, 30° período de sesiones, 2004, párr. 10. Énfasis y cursiva agregadas.

⁶² CSJN, Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva SRL y otros s/amparo, 20/5/2014, considerandos 5 y 6.

⁶³ Dictamen de la Procuración, punto IV. V. Pou, Francisca, “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral”, en *Revista Discusiones* (portal DOXA), 2015, pp. 147-188, quien advierte sobre el carácter más completo de la argumentación del dictamen en comparación con el fallo de la Corte.

aspirar a ser cocinera, dedicarse a las tareas culinarias (adviértase, trabajo mal remunerado adjudicado por mandato social a las mujeres), y de ningún modo a ser colectiveras porque desarrollarían callos en sus manos.⁶⁴ Las segrega así de puestos de trabajo mejor remunerados.

Tanto el caso Campo Algodonero como Sisnero permiten ejemplificar la identificación del estereotipo, la referencia al contexto ampliado y el efecto perjudicial para las mujeres de Ciudad de Juárez, por un lado, y Sisnero y las mujeres de Salta por el otro lado. La identificación de estereotipos aparece como instantáneas recortadas de los procesos sociales, económicos y culturales que ponen al colectivo mujeres en situación de subordinación y desigualdad para el acceso al ejercicio de los derechos (art. 75 inc. 23 CN).

b) Des-enmascarar los estereotipos

Una vez identificado, enunciado y nombrado el estereotipo que perjudica a la persona o colectivo afectado, este queda inhibido de ser utilizado como razón para justificar el incumplimiento de una obligación estatal como en los casos de violencia de género en Ciudad de Juárez o, en el orden interno, de obligaciones de empresas privadas prestatarias del servicio público de transporte de personas como en el caso Sisnero (que no olvidemos deben estar bajo el contralor del Estado). Además, el artículo 5(a) de la CEDAW y en los artículos 6(b) y 8(b) de la Convención Belem do Para, establece la obligación estatal de erradicar los estereotipos de género, mal puede entonces ser usado como “razón” para justificar un trato en desmedro de la persona afectada.

En Campo Algodonero los estereotipos sobre las mujeres desaparecidas se refirieron a “mujer volada”, “mujer deshonesta”, “mujer no casta”. Estos inhibieron injustificadamente a los agentes policiales de actuar en forma inmediata para la

⁶⁴ CSJN, Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva SRL y otros s/amparo, 20/5/2014, consid. 6.

búsqueda de las víctimas. Implican violaciones claras a los derechos de las mujeres. Estas imágenes estereotipadas no pueden ser utilizadas por el Estado para justificar el incumplimiento de su obligación de prevención, protección e investigación eficaz en el caso. En forma más reciente la Corte IDH señaló en otro caso sobre violencia de género que:

la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una *descalificación de la credibilidad de la víctima* durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea *por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos*. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por *nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales*. Es así que según determinadas pautas internacionales en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en *estereotipos de género*⁶⁵.

Identificar el estereotipo le permitió desenmascarar las referencias a crímenes “pasionales” como suelen ser caracterizados la violencia de género: “el concepto de crimen pasional es *parte de un estereotipo* que justifica la violencia contra la mujer. El calificativo ‘pasional’ pone el acento en justificar la conducta del agresor”. Por ejemplo, “‘la mató por celos’, ‘en un ataque de furia’, son expresiones que promueven la condena a la mujer

⁶⁵ Corte IDH, caso Gutierrez Hernández vs. Guatemala, párr. 170; *cf.* Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, párr. 209.

que sufrió violencia. Se culpabiliza a la víctima y se respalda la acción violenta del agresor”⁶⁶. En este sentido, el Tribunal “rechaza toda práctica estatal mediante la cual se justifica la violencia contra la mujer y se le culpabiliza de ésta, toda vez que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer. Consecuentemente, considera que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos donde se presenten.”⁶⁷ Así, concluye que a “este respecto cabe insistir en general en la *necesidad de descalificar la práctica de devaluación de la víctima en función de cualquier estereotipo negativo, idónea para culpabilizar a una víctima, y neutralizar la desvaloración de eventuales responsables.*” En suma, los estereotipos no pueden ser utilizados como exculpatorios de la responsabilidad de los perpetradores y a la postre para alivianar el deber de investigación⁶⁸ estatal adecuada y eficaz.⁶⁹

En especial, resulta importante para poner la práctica en contexto, que el propio tribunal tenga en cuenta casos similares resueltos que reconocen un mismo patrón de estereotipos: “Por otra parte, la Corte advierte que las prácticas seguidas por los funcionarios a cargo de la investigación de la desaparición de Mayra Gutiérrez no son un hecho aislado, pues ha sido detectada

⁶⁶ Corte IDH, caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, cursiva agregada; v. Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, párr. 187.

⁶⁷ Corte IDH, caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, párr. 171.

⁶⁸ Corte IDH, caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala: “En consecuencia, tal y como lo ha hecho anteriormente, este Tribunal considera que las referidas omisiones investigativas relacionadas con la falta de seguimiento de líneas lógicas de investigación, *fueron una consecuencia directa de una práctica común de las autoridades encargadas de la investigación, orientadas hacia una valoración estereotipada de la víctima*, lo que aunado a la ausencia de controles administrativos y/o jurisdiccionales que posibilitaran la verificación de las investigaciones en este tipo de casos, así como la rectificación de las irregularidades presentadas, afectó la objetividad de dichas autoridades, denegándose, además, el derecho al acceso a la justicia de la señora Mayra Gutiérrez y sus familiares.” Cursiva agregada.

⁶⁹ Corte IDH, caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, párrs. 174-176.

reiteradamente por este Tribunal en los casos *Veliz Franco y otros*, y *Velásquez Paiz y otros*, contra Guatemala, la tendencia de los investigadores a desacreditar a las víctimas y culpabilizarlas por su estilo de vida, o ropa, así como a indagar aspectos relativos a las relaciones personales y sexualidad de las víctimas para concluir que esas personas fueron responsables de lo que les pasó, y la existencia de estereotipos y prejuicios de género con influencia negativa en la investigación, en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores⁷⁰.” Esto ayuda al tribunal para develar que en el caso particular bajo estudio, el de Mayra Gutiérrez, “se observa la utilización de un estereotipo para culpabilizar a la víctima de lo sucedido, excluyendo las demás hipótesis y desechando cualquier otra línea de investigación, como aquella relacionada con los trabajos realizados por la presunta víctima sobre la adopción y tráfico de niñas y niños en Guatemala y la denuncia sobre su presunta desaparición forzada.”⁷¹

Por su parte, la Corte Suprema en Sisnero concluye, reiteramos, que las “dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero, en particular”. Es que este tipo de defensas –que, en definitiva, se limitan a negar la intención discriminatoria– no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable”.⁷² En este sentido, tampoco es atendible el uso del estereotipo de las mujeres como acariciadoras natas o cocineras para excusarse de contratar a mujeres para desempeñarse como colectiveras.

⁷⁰ Corte IDH, caso *Gutierrez Hernández vs. Guatemala*; asimismo, . Caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párrs. 90, 210 a 212, y Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párrs. 49, 210-212.

⁷¹ Corte IDH, caso *Gutierrez Hernández vs. Guatemala*.

⁷² CSJN, *Sisnero*, consid. 6.

c) Evaluarlos como forma de discriminación y excluirlos como argumentos

Si en el primer paso se identificaron, nombraron, enunciaron y des-enmascararon estereotipos de género que generan perjuicio, entonces se aplica una presunción en contra de la justificación de la acción u omisión estatal, esto es:

| |
|---|
| la carga de la argumentación recae en cabeza del Estado, |
| la carga de la justificación agravada (razones de mucho peso), consideraciones excluidas, no se pueden basar en el uso de estereotipos, |
| ningún margen de apreciación para el Estado, |
| si al final de la argumentación persisten dudas, la medida estatal queda como injustificada. |

Cuadro 4. Fuente: reconstrucción jurisprudencial sobre casos de igualdad.

Al respecto, resulta ilustrativo el caso de la Corte IDH Atala Riffo c. Chile sobre discriminación por orientación sexual y género en el caso de una mujer divorciada que le revocan la tución de sus tres niñas por haber iniciado la mujer una relación con otra mujer. La Corte IDH resalta que algunos actos discriminatorios analizados “se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales, particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno.”⁷³ Lo primero que hace la sentencia es desarticular esos estereotipos en la argumentación de las decisiones que se tomaron en el orden interno. Al respecto, surge, de la reconstrucción del fallo de la Corte IDH, la siguiente regla: cuando una clasificación está prohibida, significa que el Estado que quiera excluir a alguna persona de lo que le otorga a otra debe basar ese trato diferenciado en razones de peso que nada tengan que ver con la orientación sexual de las personas. Dos fueron los actos estatales que fueron analizados

⁷³ Corte IDH, caso Atala, párr. 267 y 92.

para evaluar si estos resultaron discriminatorios: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. Para analizar si existió un “vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de Menores de Villarrica”.

Entonces, un trato diferenciado *en desmedro* de los derechos de una persona LGBTI nunca podría ser justificado por la orientación sexual, sería una suerte de razón excluida de la argumentación. Esta condición social no puede ser tenida en cuenta como elemento para decidir sobre una tuición o custodia en aras del interés superior de las niñas. Por ello, el trato diferenciado debería basarse en razones independientes de la orientación sexual de las personas, de lo contrario se incurre en discriminación. Y, “es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la *existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas.*”⁷⁴ Este estándar es mucho más exigente que el del mero daño especulativo esgrimido por las sentencias en los procesos de tuición. En el caso, el tribunal interno se limitó a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas⁷⁵. Para aprobar con éxito el estándar del daño concreto, específico y real, es necesario que en las decisiones judiciales sobre temas de tuición *se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño o la niña.*

Esta relación de conexidad no queda demostrada si, el Estado alega: a) la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente

⁷⁴ Párr. 124, cfr. 131.

⁷⁵ Párr. 129, con cita de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004.

tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales,⁷⁶ b) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por la orientación sexual de la señora Atala,⁷⁷ (antes bien, es el Estado el obligado a que los niños y niñas no sean discriminados en las escuelas), c) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas toda vez que esto está basado en un estereotipo de género que supone que una “buena mujer” pospone cualquier cosa por la crianza de sus niñas suponiendo a su vez que una madre lesbiana es una mala madre,⁷⁸ y d) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre⁷⁹ (“modelo tradicional”), cuando la Corte IDH tiene jurisprudencia que reitera que la Convención protege una pluralidad de familias y no solo la que responde a la tradicional. En suma, detrás de todas las razones alegadas por el Estado, subyace algún estereotipo que se refieren a la orientación sexual de las personas, al género o a la concepción tradicional de la familia.

En general la Corte IDH en el caso Atala realiza un examen de igualdad en una versión de escrutinio bien estricto. Por lo demás, sobre el final de la sentencia la Corte IDH amplía la mirada incluyendo el *contexto* en el que se produce la (des)igualdad. Así relaciona la reproducción de estereotipos con:

“la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales”. Por ello, concluye que “algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”⁸⁰ hacia cambios estructurales que desarticulen

⁷⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672). Corte IDH, párrafos 123; 131; 127; 130.

⁷⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004.

⁷⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004.

⁷⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004.

⁸⁰ En similar sentido, cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”), párr. 450.

aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI.”⁸¹

Esta argumentación se puede reconstruir en clave de identificación de estereotipos, consideración del contexto para ubicar el carácter estructural del perjuicio contra el colectivo LGBTI, descalificación de los argumentos que se basan en estereotipos, aplicación de un examen intensivo de igualdad. Menos explorada está en la sentencia la multidimensionalidad de la desigualdad. La sentencia ve correctamente que el modelo dominante desde el que se concibe la orientación sexual, genera identidades menospreciadas.⁸² Este fue el motor para quitarle la tuición a Atala. Sin embargo, esta es solo una cara de la moneda. Las subjetividades no respetadas tienen mayores obstáculos para acceder al mundo del trabajo formal y remunerado. El caso claro es el de las personas trans.⁸³ Es también el

⁸¹ Caso Atala, párr. 267.

⁸² Se trata de una concepción de igualdad como reconocimiento. En otro lugar explicamos que la idea de *igualdad como reconocimiento* busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es *la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales*. En este sentido proponen la revaluación de subjetividades no respetadas, en nuestro caso, la de los colectivos LGBTI; .Clérico, Laura; Aldao Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, *Revista Estudios Constitucionales*, Facultad de Derecho/Universidad de Talca, Santiago/Chile, julio 2011 (disponible también en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>). FRASER, Nancy: *Justitia Interrupta*. Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, Bogotá, 1997. FRASER, Nancy: *Escalas de Justicia*. Herder, Barcelona, 2008.

⁸³ CIDH, Informe sobre la “Violencia contra personas LGBTI”, 2015, “la violencia generalizada, los prejuicios y la discriminación en la sociedad en general y dentro de la familia, obstaculizan las posibilidades de que personas trans tengan acceso a educación, servicios de salud, vivienda y al mercado laboral formal”. La violencia, discriminación y estigmatización que las personas trans sufren las inserta en un ciclo de exclusión que tiende a culminar en la pobreza, en función de la falta de acceso a servicios básicos, oportunidades educativas y laborales y prestaciones sociales. Este ciclo de exclusión comienza generalmente desde

caso de muchas mujeres. Incluso, aquellas que tienen acceso a cargos de jueza, como la jueza Atala, pueden sufrir la iniciación de procesos disciplinarios o similares.⁸⁴ La Corte IDH considera que el procedimiento administrativo se inició por la orientación sexual de Atala y es tachado por parcial. Esta faz de la sentencia habla de que las identidades desaventajadas sufren perjuicios en el acceso, permanencia y promoción en sus profesiones, acceso al mundo del trabajo, entre otras. Habilitaría entonces poner de relieve que el problema está también en la estructura institucional y socio-económica que genera desigualdad⁸⁵ y que

muy temprana edad, debido al rechazo y violencia sufrida por niñas/os y adolescentes trans y de género diverso en sus hogares, comunidades y centros educativos. Esta situación tiende a impedir que este grupo acceda y complete los diferentes niveles educativos, lo cual impacta negativamente sobre su calidad de vida.” A su vez, en forma más específica la Relatora Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la CIDH, Soledad García Muñoz, instó a que: “Las políticas de reconocimiento que avanzan en la región, referidas por ejemplo a leyes de no discriminación, identidad de género, unión civil o matrimonio igualitario, deben suponer también avances en el acceso a los derechos a la educación, la salud, el trabajo, entre otras, tanto de las personas LGBTI como de sus familiares, sin discriminación. Desde la perspectiva de indivisibilidad de derechos, el progreso en derechos civiles debe expresarse en avances en el acceso a los DESCAs”. V. CIDH, Comunicado de Prensa, “En el Día Internacional de la Memoria Trans, la CIDH urge a los Estados a garantizar el pleno acceso de las personas trans a sus derechos económicos, sociales, y culturales”, 20.11.2017, en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/185.asp> (última consulta 21/11/2017).

⁸⁴ Entrevista a la Jueza Karen Atala, “Lesbofobia de Estado”, en: *Diario Página 12*, 16/6/2017, accesible en: <https://www.pagina12.com.ar/44360-lesbofobia-de-estado> (última consulta 11/11/2017): “Las mujeres lesbianas cargamos con los prejuicios machistas. *Ya de partida nos cuesta posicionarnos en nuestros espacios de trabajo, nos cuesta la equidad de sueldos para las mismas tareas. Súmale además a esa mochila el hecho de que eres lesbiana.* Es muy poco visible el lesbianismo en los espacios públicos.” *Cursiva agregada.*

⁸⁵ Clérico, Laura y Aldao, Martín: “La Igualdad como Redistribución y como Reconocimiento: Derechos de los Pueblos Indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 9, Núm. 1, 2011, p. 167: “La idea de igualdad como redistribución (...) apunta a los déficits que en, términos de acceso a recursos materiales, fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en legitimación de las desigualdades en términos de acceso a recursos materiales y aumento de la brecha entre ricos y pobres. De este modo se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de propiedad no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, reforzando

pone a las mujeres de ser pasibles de ser sancionadas en su trabajo por su género y orientación sexual.⁸⁶

Por su parte, la Corte Suprema argentina en el caso Sisonero, no llega a implementar un examen de igualdad. Faltaban elementos porque a primera vista surgía que el empresariado

las dificultades de acceso de trabajadores y desposeídos a las instancias de participación política, que son a su vez las únicas que podrían modificar esta estrecha comprensión de la igualdad. Lo que define a esta particular perspectiva de la justicia social es su creencia en que la transformación de las relaciones de producción constituye el remedio fundamental para la solución de las desigualdades. En este sentido proponen la redistribución del ingreso o la riqueza, la redistribución de la división del trabajo y la reestructuración de la propiedad privada y de la empresa entre otros. A su vez, identifican en la clase desposeída de recursos al principal grupo afectado; y a la eliminación de las diferencias materiales como la solución a la desigualdad, a lo que se suma el cuestionamiento, en sus versiones más radicales, de los criterios que se utilizan para definir el acceso a la producción.” Disponible en: http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_1_2011/08.%20LA%20IGUALDAD_CLERICO_ALDAO.pdf.

⁸⁶ La Com. IDH advierte la estrecha relación entre la violencia de género y la falta de acceso a los derechos sociales, económicos y culturales. Sostiene que “*Aunque la pobreza afecta a todas las personas, su impacto es diferente para las mujeres, dada su situación de discriminación social y la existencia de cargas adicionales, tales como las funciones familiares, lo cual limita sus posibilidades de acceder a los recursos económicos necesarios para su subsistencia, y la de sus familias. Asimismo, las desigualdades y limitaciones en el acceso y control de recursos económicos por parte de las mujeres contribuye a su baja participación en esferas vitales para sus derechos humanos.*” CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59, 3 de noviembre de 2011, párr. 25. Por el otro lado, en forma más reciente en el Informe de la Comisión sobre “Mujeres Indígenas Desaparecidas y Asesinadas en Columbia Británica, Canadá” (2014), sostiene: “Las autoridades canadienses y las organizaciones de la sociedad civil coinciden en gran medida sobre las causas de esta situación, que se relacionan con una historia de discriminación que se inicia con la colonización. Como consecuencia de esta discriminación histórica, la CIDH observa que las niñas y mujeres indígenas constituyen uno de los grupos más desventajados en Canadá. *La pobreza, la vivienda inadecuada, y la relegación económica y social, entre otros factores, contribuyen a su mayor vulnerabilidad a la violencia.* Adicionalmente, las actitudes prevalentes de discriminación —principalmente relacionadas con el género y la raza— y los estereotipos arraigados a los que se han visto sujetas, exacerban su vulnerabilidad. La ausencia de debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres indígenas es especialmente grave, pues afecta no solamente a las víctimas, sino también a sus familias y a las comunidades a las que pertenecen. La CIDH subraya que abordar la violencia contra las mujeres indígenas no es suficiente a menos que los factores subyacentes de la discriminación racial y de género que originan y exacerban la violencia sean abordados de forma abarcativa.” CIDH, *Mujeres Indígenas Desaparecidas y Asesinadas en Columbia Británica, Canadá*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30/14, 21/12/2014. Cursiva agregada.

sustentaba la exclusión de mujeres para la selección de choferes de colectivos, en meras afirmaciones dogmáticas. Recordemos que incluso utilizó estereotipos de género en aras de explicar su práctica segregativa de contratación. Estos estereotipos fueron descalificados desde el principio como posible argumentos para justificar los motivos objetivos y razonables que la Corte exigía para dar la práctica de contratación como no-discriminatoria. Sisnero abona una línea jurisprudencial de la Corte sobre discriminación por género en el mundo del trabajo formal y remunerado. La Corte aplica el estándar de la carga de la prueba dinámica. En estos casos es difícil demostrar en forma acabada la discriminación para el colectivo afectado, por ello sostiene: “Para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de los hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia”. En el caso estaba acreditada *prima facie* a través de las listas de contratación que arrojaban como resultado choferes solo varones, incluso luego de que Sisnero hubiese aspirado al puesto, por entrevistas agregadas al expediente basadas en estereotipos de género y por un clima concordante de discriminación social como parte del contexto. Entonces, el estándar establece, que acreditada *prima facie* la discriminación, “corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.” Por ello, revocó la decisión de la Corte de Salta que había revocado, a su vez, la sentencia que había admitido el amparo individual y ordenado el cese de la discriminación por razones de género. La Corte Suprema sostuvo que la Corte de Salta no había valorado adecuadamente la prueba obrante en el expediente que acreditaba la discriminación. Asimismo, le recriminó no haber aplicado los criterios de la Corte Suprema en materia de cargas probatorias. Por ello concluyó, insistimos,

que “las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular.” Esta línea jurisprudencia tiene proyecciones que exceden el caso concreto. La carga dinámica de la prueba está también pensada para evitar el efecto disuasivo frente a otros posibles casos de discriminación por género. Si la carga es muy dificultosa para el colectivo discriminado afectado,⁸⁷ esto disuadirá a otras de atacar prácticas sistemáticas de discriminación.

Por último, respecto de las razones que debe alegar el demandado, se identifica aquí un punto divergente entre el dictamen de la Procuración y la sentencia de la Corte Suprema. A esta última le alcanza con que el demandado demuestre un motivo objetivo y razonable. En cambio, en el dictamen de la Procuración se exige un mayor peso de las razones. Considera que la discriminación contra las mujeres en el caso del acceso a la profesión de colectiveras es sospechosa,⁸⁸ que exige un escrutinio más intensivo. A su vez, el uso de estereotipos de género perjudiciales para el colectivo afectado justifica ese tipo de análisis. En cambio, la Corte Suprema parece pronunciarse por un examen intermedio en Sisnero.

⁸⁷ CSJN, Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva SRL y otros s/amparo, 20/5/2014, consid. 5): “... la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y “la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”, con cita de Pellicori, Fallos: 334:1387, considerando 7°.

⁸⁸ Sobre categorías sospechosas ver Gullco, Hernán, “El uso de las Categorías Sospechosas en el derecho argentino”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (comps.), *El Derecho a la igualdad*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007; Treacy Guillermo “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad” en *Revista Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Nro. 89, 2011.

V. Consideraciones finales

Los pasos propuestos por Timmer se perfilan como una metodología para trabajar los estereotipos. Después de todo no es del todo extraña, empalma en un tramo con el examen de igualdad y con la determinación de la intensidad de los escrutinios con los que hay que evaluar las razones que sostienen la clasificación y que no se pueden basar en estereotipos. Es probable que la metodología requiera mejoras. No lo dudo. El objetivo de este trabajo era ponerla a prueba en su potencial reconstructivo de una jurisprudencia que usa análisis de estereotipos pero que no explicita una metodología. Esperemos que esta metodología logre deliberaciones “suficientemente buenas” para provocar “reformas sociales que, aunque modestas, si fueran institucionalizadas, asegurarían que el siguiente turno de deliberaciones pudiera acercarse más a esa paridad participativa,⁸⁹ mejorando así en claridad”.⁹⁰ Sin lugar a dudas, Sisnero y el colectivo mujeres de Salta tendrán que seguir actuando para que la implementación de la sentencia sea eficaz.⁹¹

A pesar de que la Corte IDH condenó a Chile por violación a la prohibición de discriminación por orientación sexual en el caso Atala, Karen Atala no recuperó en los hechos y en forma inmediata la tuición de sus niñas.⁹² Sin embargo, estas sentencias “hacen camino al andar” y nos posicionan con mejores

⁸⁹ Según Nancy Fraser, para que la paridad participativa pueda darse tienen que cumplirse dos condiciones: una condición objetiva y otra intersubjetiva. De acuerdo con la condición objetiva, la “distribución de recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la “voz” de todos los participantes”. De acuerdo con la condición intersubjetiva, “los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social”. Fraser, Nancy: *Iustitia Interrupta*. Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

⁹⁰ Fraser, Nancy: *Escalas de Justicia*. Herder, Barcelona, 2008, 93.

⁹¹ V., por ejemplo, Corte de Justicia de la Provincia de Salta, Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva, Lía Verónica c. Ahynarca S.A., Amparo, 23/11/2015, La Ley Online AR/JUR/51764/2015.

⁹² Entrevista a la Jueza Karen Atala, “Lesbofobia de Estado”, en: *Diario Página 12*, 16/6/2017, accesible en: <https://www.pagina12.com.ar/44360-lesbofobia-de-estado> (última consulta 11/11/2017).

herramientas para seguir *demoliendo* estereotipos de género, orientación sexual e identidad de género. Para las víctimas la sola sentencia en la que se reconocen los estereotipos y la discriminación tiene efectos reparadores. La Jueza Atala lo pone en las siguientes palabras, “el fallo dignificó a las madres lesbianas y padres gay. Nos reconoce como familia. Es la primera vez que en Chile te dicen que la familia es diversa.” “Incluso, sirve como recurso para la solución de otros casos en el orden interno: Si lees los fallos a nivel nacional de mi caso, antes de llegar a la corte interamericana, los argumentos eran que las niñas en el contexto de una sociedad heterosexual podrían sufrir discriminación que les podría afectar su desarrollo. Las interpretaciones de la Corte Suprema [de Chile] hoy son muy distintas de lo que eran en 2004. Se ha internalizado que los Derechos Humanos son parte del derecho positivo. Se hacen esfuerzos para adecuar nuestra legislación decimonónica a los paradigmas actuales de DDHH.” Por fin, fue también inspirador para resolver casos de este lado de la cordillera. “A una mujer detenida, que tenía un nene lactante, se le deniega arresto domiciliario diciéndole “tu compañera mujer está con el bebé”, la jueza Atala interpreta, le están diciendo “hay dos madres, no hace falta que esté vos”. El caso no quedó ahí. “La mujer detenida era la que amamantaba al niño”, por eso la Cámara revocó la denegatoria y acogió su pedido sobre la base del caso Atala.⁹³ Es urgente el uso cotidiano de la técnica del análisis de estereotipos. Esto debe ser complementado con otras medidas de acción positiva transformadoras de las estructuras que generan la desigualdad real para los colectivos identificados en el 75 inc. 23 y 17 de la Const. Nac.⁹⁴

⁹³ Entrevista a la Jueza Karen Atala, op. cit.

⁹⁴ La reforma constitucional de 1994 recibió diagnósticos en varias partes de la constitución. Por ejemplo, en el inciso 23 del artículo 75 establece que no existe igualdad real de oportunidades para el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los IIDH en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Para solucionar esta desigualdad que opera de hecho determina que el Congreso Nacional debe legislar y promover medidas de acción positiva. Dos conclusiones

intermedias: primero, el carácter abstracto con que suelen ser reconocidos los derechos (piénsese por caso en el encabezado del art. 14 “todos los habitantes”) es martillado por la desigualdad de hecho del art. 75 inc. 23 CN. Si bien todos los habitantes tienen derechos, los colectivos del art. 75 inc. 23 se encuentran en peores condiciones para gozarlos de forma efectiva. De ahí que hay que revisar todas las dogmáticas de los derechos desde la posición de los colectivos del artículo 75 inc. 23 CN para ver en qué medida estos desarrollos de los contenidos de los derechos los incluyen o los siguen excluyendo. Esto no es artificial, algo semejante está haciendo la Com. IDH, por ejemplo, en el Informe sobre Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 2015, en la última parte advierte cómo afecta en especial a defensores y defensoras de derechos humanos, mujeres, niños y niñas, adultos mayores y personas con discapacidad. En suma, en el orden interno se requieren también dogmáticas críticas que tomen en cuenta la asimetría que establece el 75 inciso 23.

Juez y Parte: análisis de la medida para mejor proveer a la luz del principio dispositivo¹

Fiorella Giantomasi

“... Pensó que la etapa final sería menos horrible que la primera y que le depararía, sin duda, el sabor de la victoria y de la justicia... Referir con alguna realidad los hechos de esa tarde sería difícil y quizá improcedente... La historia era increíble, en efecto, pero se impuso a todos, porque sustancialmente era cierta. Verdadero era el tono de Emma Zunz, verdadero el pudor, verdadero el odio. Verdadero también era el ultraje que había padecido; sólo eran falsas las circunstancias, la hora y uno o dos nombres propios...”

Jorge Luis Borges, “Emma Zunz”, en *El Aleph* (1949).

I. Introducción

El objetivo del presente artículo consiste en analizar el poder de esclarecimiento litigioso que tiene el juez por medio de las potestades instructoras, como así también, su relación con los principios procesales en materia probatoria.

La importancia de las facultades instructoras de los jueces son por demás conocidas, sobre todo en los tiempos actuales en los que la ciudadanía reclama una mayor intervención de la judicatura, a través de la participación activa del magistrado en el proceso, que deja de ser un mero aplicador de normas y se convierte en un creador de soluciones.

¹ Trabajo final de la materia “Teoría General de la Prueba y los Medios Probatorios” a cargo de la Prof. Dra. María Carlota Ucín, Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, octubre de 2017.

¿Qué sucede cuando el dictado de una medida para mejor proveer resulta ser el elemento probatorio determinante para resolver un conflicto.

No existe una respuesta unívoca, pues algunos considerarán que lo trascendente es arribar a la tan ansiada verdad objetiva, y la facultad instructora del juez está encaminada a tal fin. Sin embargo, del otro lado, habrá posturas que consideren que esto implica un avasallamiento al derecho constitucional de debido proceso, defensa en juicio e igualdad ante la ley, como así también, al principio dispositivo que rige la vida del proceso civil, no debiendo olvidar que existen reglas claras que deben respetar cada uno de los intervinientes en este maravilloso juego que se despliega ante los tribunales.

II. El proceso: prueba y verdad²

Toda contienda judicial versa sobre distintas necesidades individuales que se presentan como insatisfechas y las cuales requieren atención, configurándose en un momento previo y en forma externa al proceso.

El derecho procesal se erige como instrumento para concretizar en una sociedad democrática las garantías constitucionales y las normas convencionales. Con anterioridad a la reforma del año 1994, la Constitución era garantía del debido proceso pero con la incorporación de los distintos tratados, convenciones y pactos de derechos humanos – los cuales generan una obligación interna e internacional de cumplimiento que es ineludible porque adquieren jerarquía superior a las leyes y constitucional siendo operativos- se le da trascendencia al derecho de tutela judicial efectiva, el cual resulta imprescindible garantizar, en virtud de ser un medio eficaz para canalizar la participación de la ciudadanía, teniendo como objetivo asegurar la vigencia del sistema republicano y del Estado de Derecho.

² Sin perjuicio de los diversos criterios doctrinarios y jurisprudenciales que existen en torno a los puntos a desarrollar, a los efectos del presente apartado se sigue la línea de pensamiento de Michelle Taruffo.

Es en este contexto en el cual el proceso judicial se presenta como la herramienta destinada a dar respuestas mediante un debate reglado y ante un tercero imparcial que deberá resolver el conflicto con la mayor justicia que le sea posible.³

De acuerdo a lo expuesto por Taruffo: “...*El proceso es un lugar de conflicto, de competición y de oposición entre posiciones diferentes y, por lo tanto, también entre narraciones diversas de los hechos jurídica y lógicamente relevantes, en la específica situación de litigio...*”⁴. De ello se desprende que son las partes quienes deberán aportar los mejores instrumentos para lograr una discusión eficiente e imparcial, teniendo como correlato el deber del juez de dictar una sentencia que sea una derivación razonada con atención a los hechos de la causa y que cumpla con el valor justicia, demostrando que el magistrado no es indiferente al grado de convicción que le generen las pruebas ofrecidas y producidas durante la tramitación del juicio.⁵

Continuando con la línea del párrafo precedente, se puede definir como prueba al “...*instrumento que utilizan las partes... para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos...cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre*”⁶. Asimismo, se destaca que su función consiste básicamente en ofrecerle al magistrado los elementos necesarios para poder determinar si los enunciados presentados por las partes son verdaderos o falsos. De ahí la importancia de la correspondencia entre los hechos y

³ Oteiza, Eduardo, *Lecciones de Derecho Procesal*, “Capítulo I”, borrador inédito, pp. 2-5.

⁴ Taruffo, Michelle, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*. Ver: <file:///C:/Users/User/Downloads/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad.pdf>.

⁵ Oteiza, Eduardo, “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere ¿Es posible plantear un dilema absoluto?”, capítulo del libro coordinado por Augusto Mario Morello, *Los hechos en el proceso civil*, La Ley, 2003, p. 6.

⁶ Taruffo, Michelle, ob. cit., p. 30.

la prueba, toda vez que frente al juez se despliega una gama de posibilidades al momento de dictaminar. Sin embargo, en este sorprendente despliegue probatorio que se plantea en el pleito judicial, la verdad siempre será relativa porque dependerá de lo que las partes aporten para demostrar sus enunciados fácticos, pese a que existe una única verdad, sólo que el proceso es un contexto institucionalizado y las posibilidades de conocimiento son limitadas.

Ahora bien, una decisión será justa cuando se aplique en forma correcta la norma jurídica que regule el hecho pero, previamente, será determinante que se hayan establecido la verdad o falsedad de los enunciados por medio de las pruebas disponibles, pues de ellos dependerá la decisión del juez, la cual deberá ser coherente con los enunciados de las partes y con el resultado de las pruebas aportadas que son las que sirven de nexo con los acontecimientos del mundo real.⁷

En suma, el proceso es un medio para tutelar los derechos de las personas, a través del caso concreto y teniendo como horizonte arribar a una decisión justa porque, al fin y al cabo, lo que el Estado intenta promover mediante este “juego” organizado no es ni más ni menos que la libertad y la igualdad de las personas, ya que sólo habrá derecho si hay manera de hacerlo valer.

III. Los principios procesales en materia probatoria

Con el objeto de adjudicarle un significado a la expresión “principio procesal”, en éste punto tomaré la definición clásica de Lino Palacios, quien sostiene que son “...*las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal...*”⁸.

El pleito judicial se encuentra regido por diversos principios procesales. En lo que aquí respecta, tanto el juez como las

⁷ Taruffo, Michelle, ob. cit., pp. 36 y 39.

⁸ Palacios, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 62.

partes se vinculan con tres principios que sirven como eje en lo referente a la prueba de los hechos: el principio dispositivo, el principio de igualdad y el principio de colaboración.

Por un lado, el principio dispositivo consiste en el dominio que posee la parte sobre su derecho subjetivo que conlleva la posibilidad de iniciar y desistir el proceso, delimitar el *thema decidendum* y aportar el material probatorio que sustente su pretensión, por lo que al juez sólo le correspondería la tarea de resolver a partir de lo alegado y probado por las partes. Asimismo, dicho principio tiene íntima relación con el modelo económico liberal adoptado, como así también, con el derecho a la propiedad consagrado en la Constitución Nacional en su artículo 17.

El reconocimiento del debido proceso y de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio contemplado en el artículo 18 de la Carta Magna, constituye una garantía fundamental que le permite a los ciudadanos poder ejercer en una contienda judicial todas las demás garantías reconocidas, por lo que se erige como una forma de limitar al poder estatal.

Por otro lado, se puede decir que las partes se encontrarían en un plano de igualdad, pues se les reconoce el mismo derecho de probar los hechos y es el juez quien no debiera perder de vista que dicha igualdad debe darse en el plano real y no sólo en lo formal, pues “... *El juez al emplear el principio dispositivo para interpretar reglas procesales debe respetar la autonomía de la voluntad y paralelamente prestar atención a las desigualdades de las partes en conflicto*”⁹.

En lo que respecta al principio de colaboración, se considera que tiende a impedir que una de las partes obtenga beneficios por medio de la desigualdad o desventaja sobre la otra parte. Debe entenderse que no restringe o anula la carga de la prueba, sino que busca evitar que el proceso deje de ser un “juego limpio”, toda vez que lo que se busca es arribar a una decisión justa y en esa tarea deben ir dirigidas todas las acciones de los que participan.

⁹ Oteiza, Eduardo, “El principio de colaboración...”, ob. cit., p. 4.

IV. El rol del juez: conexión entre la verdad y la sentencia correcta

Existen diversos grados de conexión entre la verdad y la sentencia correcta, dependiendo el principio que rige el proceso judicial. Por un lado, el principio dispositivo, realiza una búsqueda menguada de la verdad, en virtud de que se encuentra en cabeza de las partes probar los hechos alegados, sin perder de vista que cada una aportará aquellas pruebas que les resulte más beneficiosa para obtener una sentencia favorable. Por otro lado, el principio inquisitivo se caracteriza, principalmente, porque el juez tiene facultades para investigar utilizando todos los medios probatorios para arribar a la verdad, sin perjuicio de lo que las partes pudieran aportar. Asimismo, tiene facultad para iniciar los procesos de oficio y dirigirlo. Ello en contraposición al principio dispositivo, en el que las partes son las que inician los procesos y les corresponde aportar todas las pruebas tendientes a acreditar la verdad de sus hechos.

Resulta importante destacar que el principio dispositivo surgió luego de la revolución francesa, con el objetivo fundamental de limitar el poder del Estado, estableciendo que el juez sólo era un mero aplicador de las normas sin entrometerse en el proceso cuando el mismo gire en torno a intereses privados.

Es claro que el juez tiene poderes durante el trámite del proceso, pues a él le corresponde dirigir, gobernar y ordenar el procedimiento. En este punto, interesa destacar la nueva tendencia del activismo judicial, que supone la necesidad de tener un magistrado activista que: *“...denota no una cualidad puramente mecanicista o física, cuál sería la aceleración o la diligencia, sino un sentido mucho más profundo que deriva del actuar activo pero, además enderezado a la obtención de la finalidad en la que predominan los valores fundamentales...”*¹⁰. Planteado ello y, a los efectos del presente trabajo, la visión aportada por el Dr. Berizonce se estima como la más acertada

¹⁰ Berizonce, Roberto O., “El activismo de los jueces”, *La Ley* 1990-E-920, pp. 921-922.

en lo referente al rol que debiera tener la judicatura en los tiempos actuales, porque el magistrado también se encuentra gobernado por el contexto histórico en el que desarrolla su función y no puede dejarse de lado que la ciudadanía requiere un mayor compromiso por parte de la magistratura para resolver los conflictos que ante ella se plantean.

El juez activista se contrapone con el juez pasivo, cuya característica es la quietud e indiferencia en el devenir del proceso, propio de la cultura decimonónica en la que las partes proponen, el juez “escucha”, las partes ofrecen y prueban, mientras el juez decide.

Un dato de tamaño relevancia es el lugar que le ha otorgado a los magistrados la modificación efectuada en el Código Civil y Comercial de la Nación, ubicándolo como piedra basal para decidir los casos, obligándolo en forma expresa a realizar una tarea interpretativa por medio de la ponderación en el supuesto de tensión entre principios (conf. Arts. 1,2 y 3 del C.C.y C.). El modelo analítico promueve la discrecionalidad y creación por parte del juez porque lo trascendente es saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados internacionales de derechos humanos, principios y valores que rodean al magistrado y a su comunidad.

Sin embargo, el juez encontrará límites que harán de su trabajo un desafío constante, pues deberá argumentar sus sentencias y lograr adhesión a ella, toda vez que la determinación del punto o los puntos que se van a juzgar es una de las principales preocupaciones que tiene un debate judicial y el juez debe utilizar la fuerza de los argumentos, los que serán válidos si logran el efecto perseguido, esto es si se produce el acuerdo con las proposiciones propuestas. Con ello se busca romper con los cánones racionalistas y empiristas de limitar la capacidad de la razón exclusivamente al ámbito de la lógica formal y la necesidad probatoria.

Esta última idea permite sostener que la diferencia entre el método lógico deductivo y la argumentación jurídica, consiste en que mientras los razonamientos demostrativos y las inferencias formales son correctas o incorrectas, los argumentos y las razones

que se dan a favor o en contra de una tesis son más o menos fuertes y hacen variar la intensidad de la adhesión del auditorio. El objetivo es transferir a la conclusión el asentimiento o disentimiento concedido previamente a ciertas premisas alegadas deliberadamente, por el contrario, en el razonamiento práctico la adhesión es concedida tanto a las premisas como a cada prueba.

En cuanto a los poderes que tiene el juez para arribar a la verdad –en los términos establecidos en el apartado I–, de más está decir que son las partes quienes delimitan el objeto del proceso y el juez deberá expedirse por medio de una sentencia fundada sobre ello. Esto es de suma trascendencia, porque respetar los hechos aportados por las partes integra tanto la garantía del debido proceso como de bilateralidad.

Sin embargo, no debemos olvidar que es el juez quien debe resguardar también el principio de igualdad entre las partes, por lo que si enfrentara a algún tipo de imprecisión que genere desigualdades, tendrá la facultad de indagar sobre aquellas cuestiones que colaboren en la búsqueda de la verdad.¹¹ De este modo se encuentra un punto intermedio entre el principio dispositivo y el principio inquisitivo, que son las llamadas medidas para mejor proveer.

V. Las medidas para mejor proveer y el quebrantamiento del principio dispositivo

El artículo 36 inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, reza lo siguiente: “*Facultades ordenatorias e instructorias. Aun sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales podrán: 2º) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes...*”¹².

¹¹ Oteiza, Eduardo, “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, capítulo del libro *Poderes y deberes del juez. Homenaje a J. Ramiro Podetti*, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 10.

¹² Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Ver:<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-7425.html>.

Dicha disposición legal se presenta como una posibilidad, de carácter discrecional, para que el juez pueda decidir acerca de un hecho. Es importante adelantar que la discrecionalidad implica riesgos pero tales medidas, en principio, tienden a obtener datos que son determinantes para que el juez motive su sentencia.

El título del presente apartado, hace referencia a la gran controversia que ha generado la facultad instructora a la que referimos, ello por cuanto se observa una atenuación al principio dispositivo, por el cual el juez sólo debe resolver lo alegado y probado por las partes. Sin embargo, resulta interesante analizar hasta qué punto el magistrado puede “romper” con dicho principio mediante la incorporación de material probatorio que le resulte necesario para resolver un problema de prueba o de calificación. Y es en éste punto, donde remito al rol del juez que fue expuesto en el punto que precede, puesto que tiene dos posibilidades frente a tal situación: por un lado, mantener una postura pasiva, siendo un mero aplicador de normas y, por otro lado, ahondar en aquellos elementos que le permitan obtener el máximo grado de convicción sobre la verdad de los hechos controvertidos.

Establecida la disposición legal que las avala, ahora surge la necesidad de efectuar una definición sobre las medidas para mejor proveer de las cuales se podría decir que constituyen una facultad esclarecedora, de índole instructora¹³ y de carácter subsidiario, complementario e integrador, que de ninguna manera deroga el principio dispositivo, ya que su actuación estará limitada al *thema decidendum* del juicio. El juez no sustituye a las partes, sino que integra el material insuficiente en caso de “duda”, debiendo respetar los principios de igualdad de trato, la defensa en juicio y la regularidad procesal.

Dicha práctica supone una iniciativa del juez, mediante actos de instrucción, tendientes a la búsqueda de la verdad de

¹³ Alterini, Atilio Aníbal, *Medidas para mejor proveer y defensa en juicio*, p. 55, ver: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/25/medidas-para-mejor-proveer-y-defensa-en-juicio.pdf>

los hechos fijados por las partes. Al fin y al cabo, la finalidad siempre va encaminada a mejorar la administración de justicia, a través de la realización de un proceso que propugne arribar a una sentencia que sea lo más acorde con la realidad de las proposiciones planteadas ante la magistratura.

Ahora bien, de acuerdo a lo hasta aquí expuesto, la discusión que se plantea, gira en torno a dos principios procesales que se encuentran en pugna frente a ésta facultad otorgada al juez. No se puede dejar de advertir que las medidas para mejor son de corte netamente inquisitivo, pero no por ello el sistema procesal ha dejado de ser esencialmente dispositivo¹⁴. De cualquier manera, se deberá siempre tener presente que el tipo de conflicto condiciona no sólo el debate, sino también la decisión.

Al parecer, los detractores de las medidas para mejor proveer, sostienen que el principio inquisitivo atenta contra el principio dispositivo y alguno de los derechos más trascendentales del sistema, como son el derecho de defensa y de igualdad. Ello, a mi criterio, se relaciona íntimamente con los orígenes de cada uno de aquéllos principios, pues como dije anteriormente, el principio dispositivo surge como límite al poder del Estado formando jueces que, por momentos, son aplicadores automáticos del derecho. Es por ello que, el uso de las medidas para mejor proveer, pese a ser de naturaleza inquisitiva, se encuentra justificado en la necesidad de que el juez se muestre activo durante el proceso, cuando el material probatorio le resulte insuficiente para resolver el pleito, especialmente en los casos difíciles, tal como refieren Dworkin y Mac Cormick.

Sentado lo anterior, estimo necesario apartarme de la postura que considera que se busca aumentar el poder de los jueces en forma injustificada, toda vez que serán los magistrados quienes deban motivar sus decisiones que, conforme las ideas de Chaim Perelman, ello supone expresar sus razones, lo que también los obliga a tener ésas razones. Por lo que, en realidad, la argumentación jurídica es la mejor herramienta con

¹⁴ Alterini, Atilio Anibal, *Medidas para mejor proveer...*, ob. cit., p. 57.

la que se cuenta para delimitar el poder de los jueces, que no es absoluto y que, además, no se debe olvidar que la facultad instructoria es legal, por lo que el magistrado puede valerse de ella para obtener aquellos elementos que estime indispensables para resolver destacando, una vez más, que el magistrado no tiene ningún tipo de pretensión, sino que intenta esclarecer los hechos controvertidos.

Llegado este punto, también se plantea otro cuestionamiento relacionado con la función de la medida para mejor proveer que, estimo, refiere a la búsqueda de la verdad. Sin embargo, como bien refiere Alterini, el juez no debe investigar los hechos, sino que debe esclarecerlos cuando las pruebas aportadas le generen algún punto de duda, sin olvidar la actividad probatoria determinada por la carga de la prueba de las partes.¹⁵

Asimismo, es importante señalar que el juez no puede ejercer dicha facultad instructora para reemplazar la omisión o la negligencia de las partes, porque ello acarrearía una alteración del principio de igualdad procesal. En un fallo reciente de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, integrada por los Dres. Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone y por disidencia, el Sr. Presidente, Dr. Francisco Agustín Hankovits, en la causa N°120354, el voto mayoritario, encabezado por el Dr. López Muro, consideró que: “...*habiéndose declarado la negligencia de la parte demandada para producir la prueba ofrecida y ante la evidente oposición de la actora, estimo que el ejercicio de la medida para mejor proveer... excede las facultades del juez de grado y justifica su revisión en la Alzada por vía de excepción...*”. Por su parte, el Dr. Hankovits resalta la doctrina de la Suprema Corte provincial al sostener que: “...*las facultades instructorias no pueden ser efectuadas para suplir la negligencia en que hubiera incurrido cualquiera de las partes en la producción de la prueba por ella ofrecida, ya que lo contrario importaría afectar la igualdad que tienen los jueces*

¹⁵ ALTERINI, Atilio Anibal, *Medidas para mejor proveer...*, ob. cit., p. 59.

*el deber de mantener entre los litigantes (AC. 83.414. sent. 5/11/2003)...*¹⁶

Todo lo hasta aquí expuesto, indica con claridad que las medidas para mejor proveer son, tal vez, el correlato de las modificaciones de las sociedades participativas, que reclaman un rol activo del juez en la controversia, no ocupando el lugar de parte, sino interviniendo cuando se encuentre comprometida la verdad de los hechos. Por ello, tiene a su disposición este recurso legal que le permite esclarecer los hechos controvertidos.

Para concluir, la incógnita que se plantea es en referencia a los límites para dictar esta medida oficiosa. Como primer punto no debemos olvidar que es una manifestación de poder y que ella debe ser controlada, principalmente por los derechos que se ponen en juego. En lo que respecta al derecho de defensa en juicio, la jurisprudencia ha determinado que la adopción de tales medidas son una atribución privativa de los jueces, quedando su producción al control de las partes y a las reglas comunes de todas las pruebas, de modo de respetar así el derecho de defensa.

VI. Corolario

Los cambios en la sociedad generan la compleja tarea de adaptar el proceso a los nuevos conflictos que ante él se plantean, teniendo siempre en miras la tutela efectiva de los derechos.

El proceso civil como medio para tutelar los derechos. La persona como centro y el Estado como medio para la consecución de los fines de la persona. Ello supone que el derecho y el proceso civil deben organizarse de tal forma que se promueva la libertad y la igualdad.

¹⁶ Cámara Segunda Apelación en lo Civil, Sala Primera, "Marsiglia Marcelo Edgardo c/Caja de Seguros S.A. s/cobro sumario sumas dinero", causa N°120354, Ac. 223/16, 10 de agosto de 2016.

La finalidad del proceso civil es arribar a una decisión justa en el caso concreto. De acuerdo con todos estos cambios, queda clara la trascendencia que tiene el juez en el proceso, incluso cuando se trate de intereses privados.

La búsqueda de la verdad no sólo atañe al juez por ser quien debe resolver el litigio, sino porque la resolución de los conflictos funciona como regulador de la sociedad que acude al servicio de justicia en busca de respuestas, cuando no las pudieron obtener por fuera de ella.

No se puede pretender un mejor servicio de justicia si se sigue avalando la idea de juzgador pasivo sino, por el contrario, se requieren jueces que busquen conocer los hechos de tal manera que la solución de ese conflicto sea acorde a las pretensiones planteadas, sin por ello avalar un avasallamiento de los poderes del juez sobre las partes, a quienes les corresponde delimitar los hechos y aportar las pruebas que estimen necesarias para obtener un resultado favorable.

Al fin y al cabo, de lo que se trata es de que: *“...El juez, en la búsqueda de una solución justa debe prestar atención a la marcha del proceso a los efectos de resguardar la libertad y al mismo tiempo permitir nivelar desigualdades...”*¹⁷

¹⁷ OTEIZA, Eduardo, “El juez ante la tensión...”, ob. cit., p. 14.

Justicia constitucional latinoamericana

Algunos desafíos temáticos, esencialmente
en materia de derechos humanos

*Victor Bazán*¹

I. Contenido del trabajo

Abordaremos aquí algunos retos de la justicia constitucional latinoamericana, que ponen a prueba las posibilidades de fortalecimiento de sus (deseables) roles de defensora de la Constitución, último reducto tuitivo de los derechos humanos en el plano interno y pieza importante de sostén de la institucionalidad democrática en su función de armonizadora de los poderes del Estado.

Nos enfocaremos en determinados desafíos temáticos e incógnitas que surgen en torno a los tribunales, cortes o salas constitucionales y cortes supremas de justicia en el escenario de desarrollo de sus labores jurisdiccionales en el Estado Contemporáneo, que es Estado Constitucional y Convencional.

En ese contexto, hemos previsto: *i)* ingresar a la problemática de la utilización de sentencias “atípicas” o “intermedias”; *ii)* detenernos en las posibilidades de sustentación del control respecto de las omisiones inconstitucionales; *iii)* argumentar sobre la conveniencia de instrumentar el control de constitucionalidad previo y obligatorio de los instrumentos internacionales o mantenerlo incólume por vía jurisprudencial en caso de que tal modalidad ya estuviera implementada en el texto de la

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular de las siguientes asignaturas: i) Derecho Constitucional y Derechos Humanos; ii) Derecho Procesal Constitucional, y iii) Derecho Internacional Público, en la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Cuyo (San Juan). Profesor Invitado de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en otras universidades argentinas y extranjeras. Autor de numerosos libros y artículos jurídicos publicados en el país y el exterior.

Ley Fundamental correspondiente; *iv*) resaltar la necesidad de fortalecer los mecanismos internos (también en el plano interamericano) en pro de la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); y *v*) insistir en la indispensable búsqueda de una armónica y eficaz interacción de la jurisdicción constitucional interna con los tribunales internacionales para fortalecer la salvaguardia de los derechos fundamentales, que tiene hoy en el control de convencionalidad uno de sus puntos principales.

Tales cuestiones no son sino sólo algunos de los puntos temáticos que el siglo XXI impone a la justicia constitucional en diversas latitudes de esta región geográfica del continente americano.

II. Ciertos retos temáticos que enfrenta la justicia constitucional latinoamericana

Sin pretensiones de taxatividad, nos limitaremos a compartir algunas reflexiones acerca de institutos, instrumentos o herramientas que pueden resultar provechosos para el desarrollo de la eminente labor a cargo de la justicia constitucional en los ámbitos de la defensa y la realización de la Constitución, la protección de los derechos humanos y el cumplimiento de su papel de moderadora de la institucionalidad democrática.

Como aclaración al margen, es preciso puntualizar que en algún caso el cambio de perspectiva y de rumbo jurisprudenciales propuestos deberá acompañarse de una consistente modificación normativa que habilite expresamente la competencia que legitime una innovación en tal sentido.

1. Sentencias “atípicas” o “intermedias”

A) Insuficiencia del paradigma ‘kelseniano’

Muy útil en otro momento histórico, el esquema que Kelsen inicialmente diseñara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias (estimatorias y desestimatorias) y a considerar al

Tribunal Constitucional como un “legislador negativo” cuyas resoluciones no podían conllevar más creación de Derecho que la escueta anulación de la ley, desde hace tiempo se vio desbordado por la realidad funcional de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y los requerimientos del Estado Constitucional².

Se constata, así, que la alternativa constitucionalidad-inconstitucionalidad se revela exigua para cubrir todo el espectro cualitativo de casos que ante aquéllos se presentan, lo que ha propiciado el advenimiento de posiciones jurisdiccionales activistas para modelar variantes sentenciales que permitan a los tribunales, cortes o salas constitucionales y cortes supremas de justicia desempeñar de modo más adecuado el relevante rol que están llamados a cumplir³.

En esa lógica, principalmente en Europa (por ejemplo, en los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia), aunque con irradiaciones hacia la región latinoamericana (v. gr., la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia argentina –que desde su por entonces nueva conformación de 2003/2004 buscó reconfigurarse institucionalmente⁴– y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica), fue concretándose la construcción

² Cftar. Garrorena Morales, Ángel, “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, en AA.VV., *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 2, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2002, pp. 1844/1845.

³ Sobre el punto, ver Bazán, Víctor, por ejemplo en “De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas”, *Jurisprudencia Argentina*, Abeledo-Perrot, 15 de agosto de 2007, Buenos Aires, pp. 23/33.

⁴ Al respecto, *vid.* Bazán, Víctor, ejemplificativamente, en “El Derecho Procesal Constitucional frente al siglo XXI: actualidad y desafíos”, en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 59/86.

Actualmente (2017), la Corte tiene una composición parcialmente diversa. La integran cinco (5) miembros: los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz (estos dos últimos asumieron en 2016).

jurisprudencial de “sentencias atípicas o intermedias” que reconocen una génesis primordialmente práctica, como válvula de escape al rígido molde que primigeniamente pensara Kelsen para los tribunales constitucionales.

Es preciso reconocer, no obstante, que no en todas las latitudes de Latinoamérica han sido recibidas estas modalidades sentenciales, observándose en algunas de aquéllas sólo muestras esporádicas que lejos están de dar cuerpo a una doctrina sistemática y uniforme del respectivo órgano de cierre de la justicia constitucional de que se trate.

B) Acercamiento taxonómico

Acerca de las variantes decisionales en cuestión existen casi tantas clasificaciones como autores se embarcan en intentos taxonómicos a su respecto, lo que demuestra la dificultad de lograr acuerdos absolutos en punto a su sistematización.

Sin embargo, cuando menos existe algún consenso en torno a que la problemática de la *interpretación conforme a la Constitución* (*Verfassungskonforme Auslegung* en la terminología alemana) tiene que ver con el nacimiento y la multiplicación de estos instrumentos sentenciales. Según Groppi, la idea se inscribe en el marco de la “‘minimización’ del impacto de las decisiones de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y de buscar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico (...). Con las sentencias interpretativas el juez constitucional hace propia una de las interpretaciones posibles de la disposición censurada, escogiendo la que es conforme (sentencia interpretativa de rechazo) o la contraria (sentencia interpretativa estimatoria) a la Constitución”⁵.

⁵ Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, T° I, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México D.F., 2003, p. 355.

Estando las “sentencias interpretativas” vinculadas a la *interpretación conforme*, ellas parten del presupuesto de la distinción entre *disposición y norma*, o entre el enunciado normativo y la norma que, por medio de la interpretación constitucional, se desprende del mismo. Ligada a tal faceta de la cuestión, una de las numerosas aproximaciones que se han ensayado sobre las sentencias interpretativas –en este caso, la surgente de la pluma de Rubio Llorente– las entiende como aquellas que emiten un pronunciamiento, no sobre el enunciado de la ley sino de una norma que de él puede deducirse mediante los medios habituales de interpretación⁶.

Ilustrativamente, y dentro de la categorización de las “interpretativas”, hay quienes ubican por ejemplo a las sentencias “manipulativas”, que a su vez, pueden ser “sustitutivas”, “reductoras” o “aditivas”. Es, por citar un caso referencial, la posición de Gascón, para quien las primeras *sustituyen* una interpretación plausible pero inconstitucional del precepto legal impugnado, por otra que claramente no se deduce del mismo, pero que resulta acorde con la Constitución; las “reductoras” suponen precisamente una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado para conformarlo a la Constitución, como producto de lo cual, y luego de la tarea interpretativa, *la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal*; y las “aditivas”, asociadas a la *inconstitucionalidad por omisión relativa* (problemática que abordaremos más adelante), consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultas de lo cual y tras la interpretación, *la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal*⁷.

⁶ Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 484.

⁷ Cfr. Gascón, Marina, voz “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, Porrúa y UNAM, México D.F., 2002, p. 318.

En el necesariamente restringido contexto de este muestreo enunciativo, no podríamos dejar de referir a un enfoque taxonómico que las divide en *unilaterales* y *bilaterales*⁸.

Las primeras remedian inmediatamente la inconstitucionalidad modificando la norma considerada anticonstitucional, o sea, el tribunal, corte o sala constitucionales actuarían como legisladores positivos, v. gr., las citadas sentencias interpretativas y las que contienen una declaración de inconstitucionalidad parcial, ya cuantitativa, ya cualitativa.

De su lado, las nombradas en segundo término suponen una interacción entre el órgano de cúpula de la justicia constitucional, el poder legislativo y/o la magistratura ordinaria (incluso podrían denominarse *multilaterales* si involucran a otro u otros órganos públicos además del congreso o parlamento). Entre aquéllas se pueden incluir, *inter alia*, a las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad o de inconstitucionalidad simple; las sentencias apelatorias; las sentencias exhortativas y las “sentencias aditivas de principio” o las “sentencias-delegación”⁹.

Faceta funcional importante de la cuestión que tratamos es la de la modulación de los efectos de los pronunciamientos por los órganos de justicia constitucional. *Mutatis mutandis*, y en referencia al contexto español (pero –creemos– con valencia exógena), se ha afirmado que, más allá de purismos dogmáticos, la posibilidad de modular los efectos de la nulidad –lejos de debilitar la eficacia del control de constitucionalidad– en la práctica lo refuerza, ya que permite que el tribunal actúe con mayor libertad al poder cohonestar la declaración de inconstitucionalidad, cuando ésta es necesaria, con la ponderación,

⁸ Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, “Conclusiones generales”, Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 274 y ss.

⁹ Ver Díaz Revorio, Francisco J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 61, Año 21, enero/abril 2001, CEPC, Madrid, pp. 85/86.

no menos necesaria y siempre presente, de las consecuencias prácticas que sobre otros bienes constitucionalmente protegidos puede producir una declaración de nulidad sin modulaciones temporales¹⁰.

En torno a semejante actividad jurisdiccional moduladora, pueden contabilizarse enunciativamente las sentencias que retrasan sus efectos para dar tiempo a la intervención del legislador o las que declaran que la ley “todavía no es inconstitucional”.

En este punto, es interesante traer a colación las denominadas “sentencias prospectivas”, cuyo origen puede ubicarse en la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., y que, naturalmente, no tienen eficacia retroactiva, sino que producen efectos *pro futuro* quedando fijado en las mismas el plazo en que ello ocurrirá. Al respecto, García de Enterría individualiza como punto de partida de tal modalidad sentencial en la jurisprudencia norteamericana a la pronunciada en “Linkletter vs. Walker”, de 1965¹¹, “que rompe conscientemente con el ‘*principle of absolute retroactivity invalidity*’, por el argumento pragmático de que tal principio aplicado en el caso (una precisión sobre las garantías del proceso penal, especialmente sobre la prueba capaz de justificar un veredicto de culpabilidad) implicaría una grave perturbación de la Administración de la justicia; con ello se pretende ‘*the purpose to be served by the new standards*’”¹².

C) Advertencia final

Obviamente, y como en otros ámbitos en cuya superficie la justicia constitucional despliega su labor, en punto a tal abanico de variantes sentenciales deberá ella conducirse con prudencia

¹⁰ Viver Pi-Sunyer, Carles, en Espín Templado, Eduardo *et al.*, *La reforma de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2006, p. 94.

¹¹ 381 U.S. 618 (1965).

¹² García de Enterría, Eduardo, “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., 2ª reimpres., Civitas, Madrid, 1991, p. 181, nota 124.

y mostrarse consciente de sus límites, previsor de las consecuencias de sus pronunciamientos y respetuosa del reparto de competencias y funciones que a los distintos órganos del Estado se les asigna para operar en la respectiva dinámica institucional.

Por otra parte, la importante y polifacética cuestión que tratamos nos tiende el puente hacia el tema que abordaremos a continuación: las posibilidades de sustentación del control sobre las omisiones inconstitucionales en el Estado Constitucional (y Convencional, donde también podrían surgir omisiones inconvencionales).

2. La inconstitucionalidad por omisión¹³

A) *Liminar*

Recuerda De Otto que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento, lo que debe complementarse especificando que la infracción a lo dispuesto en la misma es antijurídica. En cambio, si el ordenamiento no determina tales pautas, los preceptos de ésta serán constitucionales sólo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*¹⁴. Al respecto, acota que si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, “*todos*” sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema¹⁵ (énfasis del original).

¹³ Sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión en general, puede consultarse —entre otros trabajos del autor— el libro de Bazán, Víctor: *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, nueva ed. ampl. y actualiz., Ediciones Nueva Jurídica y Fundación Konrad Adenauer (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica), Bogotá, 2017.

¹⁴ De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., 5ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 17/18.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 18.

Embebido de ese espíritu, que enraíza en el Estado Constitucional, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad sobre las omisiones que violenten la Ley Fundamental, en orden a amparar la primacía y el vigor normativo de ésta.

Es interesante la visión de Revenga Sánchez, para quien la fuerza normativa de la Constitución no surge del vacío, y la normatividad constitucional “presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la Política y el Derecho –política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político– *la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva*”¹⁶ –remarcado añadido–.

Como se precisara hace ya varias décadas en relación con las normas que el legislador ordinario debía dictar para dar plena ejecución a la Constitución, cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violarla gravemente¹⁷.

En otros términos, la Constitución puede ser vulnerada no sólo por *acción*, sino, también, por *omisión*. Concretamente en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria que deja de dotar a algunos de lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros (tema sobre el que volveremos).

La activación del contralor sobre la inercia inconstitucional persigue entre otros objetivos recomponer el imperio de la Ley

¹⁶ Revenga Sánchez, Miguel, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Serie “Cuadernos del Rectorado”, N° 22, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2010, p. 40.

¹⁷ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Colección de Ciencias Sociales, N° 48, Tecnos, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1965, p. 269.

Fundamental, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la inacción del órgano omitente. En línea con ello, cabe recordar que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado¹⁸.

Aunque reiterativo es conveniente recordar que el Estado Contemporáneo es Estado Constitucional, en cuyo marco la Carta Fundamental ocupa un lugar central en el sistema jurídico¹⁹ (junto a los instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a ella en aquellos sistemas jurídicos que así lo hayan determinado²⁰) y ostenta fuerza normativa, lo que

¹⁸ Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 3.

¹⁹ Ver sobre el punto, Bazán, Víctor, "Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión", *Revista Derecho del Estado*, N° 20, Universidad Externado de Colombia, diciembre de 2007, Bogotá, pp. 121/144.

²⁰ Por citar un caso ejemplificativo, el art. 75, inc. 22, párr. 2°, de la Constitución argentina —de acuerdo con la reforma de 1994— elabora la siguiente nómina de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que ha acordado *jerarquía constitucional*: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño (todos estos instrumentos tienen jerarquía constitucional *originaria*).

A tal registro originario (que en total suma once documentos) se han añadido *ex post, con alcurnia homóloga a la Ley Fundamental*, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (a la que se le ha otorgado semejante magnitud por la Ley N° 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014) [todos estos instrumentos tienen jerarquía constitucional *derivada*].

Sobre la cuestión en Argentina, véase de Bazán, Víctor, "La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el

supone la imperiosa obligación de garantizar la *indemnidad de la Constitución*, sea que los ataques en su contra se produzcan *por acción o por omisión*.

B) Variantes tipológicas

Inmerso en la lógica descripta, y con adscripción al Estado Constitucional, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad ejercitable sobre las omisiones que resultan lesivas de la Ley Fundamental, en tanto la vigencia sociológica de ésta es presupuesto de intangibilidad de los mencionados caracteres vertebrales de supremacía y normatividad.

Al respecto, es conveniente reenviar a Wessel²¹ cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. En una simplificación taxonómica extrema (pues profundizar en otras variantes tipológicas de preterición excedería el objeto del presente señalamiento) nos limitamos a indicar que ellas pueden ser: *absolutas o totales*, cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; y *relativas o parciales*, cuando el legislador, al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en equivalencia de condiciones y circunstancias, favorece a ciertos grupos y, sin fundamento objetivo, deja de lado a otros o concede ventajas a unos que no son dispensadas a otros, es decir que, al legislar, lesiona el principio de *igualdad* con su presupuesto de no discriminación (aunque puede involucrar otros principios

derecho interno", *Revista de Derecho Político*, N° 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), septiembre/diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.

En torno al tema en el derecho comparado, ver el mismo autor, por ejemplo, en "Conexiones y tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Latinoamérica", en Velásquez Ramírez, Ricardo y Bobadilla Reyes, Humberto (coords.), *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*, "VII Convención Latinoamericana de Derecho", Santiago de Chile, 8 a 12 de octubre de 2007, Grijley, Lima, 2007, pp. 269/307.

²¹ Wessel, Franz, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde", *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

o valores como el *debido proceso*) o emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente.

Avanzando en esa línea argumental, con un punto de toque con la problemática que analizamos, puede incluso plantearse la cuestión vinculada al defecto de *pronóstico o de prognosis* del legislador, esto es, el que gira en derredor de las reglas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, habrían sufrido desgaste o desfase deviniendo anacrónicas y, consiguientemente, disvaliosas. Ello da lugar al interrogante de si la omisión del legislador en actualizarlas, resultaría idónea para desencadenar la corrección jurisdiccional. La doctrina alemana ha destacado la posibilidad de controlar la omisión o inactividad del legislador en *mejorar* o *corregir* tales normas. La preterición no se centraría ya en la ausencia total o parcial de la norma, sino en la falta de adaptación o perfeccionamiento de la existente, como propone Gomes Canotilho²².

C) El radio de acción de la magistratura constitucional

Con todo, es indispensable al menos bosquejar el perímetro y la superficie con que cuenta la magistratura constitucional para analizar el cuadro de situación que le permita descubrir la presencia de pretericiones inconstitucionales y generar los remedios para superarlas. Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigor en orden a sortear el riesgo de deslizarse hacia una *trivialización* de las declaraciones de inconstitucionalidad al ritmo de la insensatez o el apresuramiento.

En esta dinámica reflexiva con que debe actuar el magistrado constitucional para descifrar si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión, no debería prescindirse de un balance cuidadoso y realista de las

²² Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 6ª ed. rev., Almedina, Coimbra, 1993, p. 1091.

diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión provoca; lapso de tiempo por el que viene manteniéndose la pasividad del órgano deferente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; abanico de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; y, entre otros aspectos, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

Semejante ejercicio jurisdiccional supone naturalmente tener siempre presente la obligación de generar una solución equilibrada que ni conlleve a una temeraria invasión de sectores de atribuciones propios de otros poderes estatales, ni obture la actuación judicial si el órgano competente anula arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de los mandatos constitucionales o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluye injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en igualdad o equivalencia de circunstancias.

D) Breve recorrido por el derecho comparado

Para ilustrar este acercamiento, realizaremos una visita panorámica por el derecho comparado para recordar que el tema de la inconstitucionalidad por omisión ha sido institucionalizado o gestado por²³:

- las *Constituciones Nacionales*, por ejemplo en Portugal y Hungría, en dominios europeos; en el Brasil, Venezuela

²³ Un acercamiento a la inconstitucionalidad por omisión en perspectiva iuscomparada puede verse en Bazán, Víctor, "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado", en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2ª ed., IJ - UNAM, México D.F., 2007, pp. 75/270; y "La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Tº I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, pp. 475/506.

y Ecuador²⁴, ya en Latinoamérica; o en Angola y Timor, en latitudes africana y asiática, respectivamente;

- la senda *legal* directa en Costa Rica, por medio de la Ley N° 7.135, de 11 de octubre de 1989; o mediata en cuanto a las omisiones legislativas, en España, donde por conducto de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional implementada por la Ley Orgánica N° 6/2007, de 24 de mayo, el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales puede tener ahora por objeto también *las omisiones de los órganos judiciales y de las autoridades administrativas*, lo que no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo²⁵. Más recientemente, el 13 de junio de 2011, en República Dominicana se promulgó

²⁴ La actual Constitución del Ecuador, aprobada por el referéndum de 28 de septiembre de 2008, incluye en el cuadro competencial de la Corte Constitucional la atribución de “*declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley*” —énfasis añadido— (art. 436, inc. 10).

Es preciso hacer notar que el desborde normativo que algunos autores percibieron en tal cláusula constitucional en punto a que la Corte Constitucional vendría a actuar directamente como un *legislador suplente*, ha quedado en cierto sentido morigerado, esencialmente respecto de las omisiones normativas absolutas, por la citada LOGJCC, cuyo art. 129.1, dispone: “En el caso de las omisiones normativas absolutas, *se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia —bastardillas agregadas—.*”

²⁵ Sobre el último aserto vertido en el texto (control mediato del poder legislativo), se ha expresado: “El hecho de que se trate de impugnaciones cuyo objeto es de manera inmediata la acción u omisión de los poderes ejecutivo y judicial no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo, toda vez que la Sala o la Sección del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo puede concluir que la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por la acción o la *omisión administrativas o judiciales* trae en realidad causa de la ley aplicada al caso,...” —cursivas añadidas— (“Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”, Ponencia del Tribunal Constitucional de España,

la Ley Orgánica N° 137/11 del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (LOTCP), que en el art. 47, párr. II, prefigura la posibilidad del dictado de sentencias interpretativas aditivas para conjurar las *omisiones legislativas inconstitucionales, entendidas en sentido amplio, como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto*;

- las *Constituciones locales* en países con estructura federal, como Brasil, México y Argentina; y
- el *despliegue jurisprudencial* de los Tribunales Constitucionales de *Alemania y España* y la Corte Constitucional de *Italia*, en Europa; y de la Corte Constitucional de *Colombia* (por ejemplo, Sentencias N°s. C-073/96, C-543/96, C-540/97, C-080/99, C-956/99, C-427/00, C-1433/00, C-007/01, C-1064/01, C-041/02, C-185/02, C-871/02, C-402/03, C-858/06), el Tribunal Constitucional del *Perú* (Exptes. N°s. 2.945-2003-AA/TC, *in re* “A.A.M.G.”, y 05427-2009-PC/TC, “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva –AIDSESP–), el hoy extinto Tribunal Constitucional de *Bolivia* (en la Declaración Constitucional N° 06/2000 y las Sentencias Constitucionales 0009/2004 y 0018/2004), la Corte de Constitucionalidad de *Guatemala* (Expte. N° 266-2012, de 14 de febrero de 2013), las Supremas Cortes de Justicia de *República Dominicana* (*in re* “Productos Avon S.A.”, de 24 de febrero de 1999), *México* (las Controversias constitucionales 46/2002 de 10 de marzo de 2005 y 14/2005 de 3 de octubre de 2005, que dieron lugar a tres tesis jurisprudenciales relevantes: 9, 10 y 11 de 2006²⁶), y *Argentina* (v. gr., en los casos “Badaro, Adolfo Valentín

“XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos”, Vilna, Lituania, mayo de 2008, www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES-Lituania%202008.doc.

²⁶ Tituladas: “Principio de división funcional de poderes. Sus características”; “Órganos legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes” y “Omisiones legislativas. Sus tipos”; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Pleno, T. XXIII, febrero de 2006, pp. 1533, 1528 y 1527, respectivamente.

c/ANSeS s/Reajustes varios” I²⁷, de 8 de agosto de 2006, y II²⁸, de 26 de noviembre de 2007, y “Halabi, Ernesto c/P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/Amparo Ley 16.986”²⁹, de 24 de febrero de 2009; por enumerar algunos decisorios), en tierras americanas.

E) Epílogo

Para comenzar a cerrar este señalamiento acudimos a Carrillo, quien asegura que en Europa (aunque –agregamos por nuestra parte– con reflejos hacia el ámbito latinoamericano), la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución, ha supuesto una notable innovación en la función jurídica y política de la Ley Fundamental: desde el punto de vista *jurídico*, porque no hay duda que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los poderes públicos y los particulares; y desde la óptica *política*, porque aquella ordena el sistema político *y los Tribunales Constitucionales se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador y el resto de los poderes del Estado*³⁰.

La reflexión precedente nos autoriza a reiterar que la discusión en torno a las posibilidades de sustentación jurídico-política del contralor de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales representa un capítulo más de la tensión *constitucionalismo-democracia, judicatura-congreso, tribunal*

²⁷ Fallos, 329:3089. El decisorio lleva la firma de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

²⁸ Fallos, 330:4866. Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

²⁹ Fallos, 332:111. La mayoría estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el doctor Fayt.

³⁰ Carrillo, Marc, “La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno”, en Morodo, Raúl y De Vega, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, T° II, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 1472.

constitucional-parlamento o, en otras palabras, de la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación³¹.

Las relaciones tensionales entre la justicia constitucional y el congreso o parlamento deben reconducirse en términos constructivos y, en el contexto específico de la inercia o la mora legislativas anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto se acometa no debería ser impulsada (ni entendida) en un plano confrontativo o de puja de poder, sino desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional de conservar inalterada la vigencia normativa suprema de la Carta Magna, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y la libertad de configuración política que éste ostenta³².

En esa lógica interactiva es tan importante que la magistratura constitucional actúe imbuida de un *activismo prudente*, como que el congreso o el parlamento asuman la medular importancia de su rol institucional y actúen a la altura de las circunstancias que el Estado Constitucional les impone.

3. Control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales³³

A) Control constitucional previo y obligatorio

Como factores de análisis para una visión integral del problema que nos convoca, no cabría soslayar –*inter alia*– la

³¹ La frase que cierra este tramo del texto: “la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación”, es paráfrasis de la apreciación de Zagrebelsky, quien alude a “lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación” (Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 152).

³² Ver sobre el punto, Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenientes. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, nueva edición aumentada y actualizada, Ediciones Nueva Jurídica y Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2017, *passim*.

³³ Para ampliar sobre el particular, ver el libro de Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México D.F., 2003, *passim*.

creciente interdependencia de los Estados, la imposibilidad de aislamiento frente a los fenómenos de globalización e integración económica, la necesaria imagen de seriedad y confiabilidad hacia la comunidad internacional sustentada en la garantía de la seguridad jurídica fronteras adentro y la solidificación de la decisión institucional de dar cumplimiento a los compromisos internacionales que acometa el Estado en cuestión.

En esa realidad contextual no nos parece que la temática en estudio recepte una importancia menor o secundaria; tampoco, que sea indiferente que un determinado ordenamiento jurídico diseñe normativamente o habilite jurisprudencialmente un control de constitucionalidad represivo o posterior de los instrumentos internacionales en vigor.

Pensamos que una vez que el documento internacional en cuestión se encuentre en vigor e *integrado* al ordenamiento jurídico interno, resultaría inconveniente habilitar a su respecto un control de constitucionalidad *a posteriori*, pues si siguiéramos un razonamiento hipotético, ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional constitucional pertinente concluyera que el mismo es total o parcialmente inconstitucional y, al hilo de tal decisión, se optara por no cumplir sus postulados? Percibimos que semejante alternativa podría coadyuvar al debilitamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales. Ello tampoco supondría –precisamente– respetar los principios generales del derecho internacional y, ya en particular, las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), cumplimiento de buena fe, interpretación conforme al objeto y fin del tratado e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales; y, por el contrario, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica y el desencadenamiento de la responsabilidad internacional del país en cuestión.

B) Señalamiento *iuscomparado*

De un rápido recorrido por un sector de la preceptiva constitucional latinoamericana: Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile, Venezuela y República Dominicana, tomado sólo para graficar la problemática expuesta, surge que –aunque con matices–, en aquél se diagrama por vía de principio un *control de constitucionalidad previo o preventivo de los instrumentos internacionales*, que puede adoptar las modalidades que a continuación se detallarán.

a) *Obligatorio*

Tal tipología se configura, no exenta de matices, por ejemplo en Colombia, Ecuador, Bolivia y República Dominicana.

i) En *Colombia*, y pese a la solución que por mayoría adoptó la Corte Constitucional (C.C.) en la Sentencia N° C-400 de 1998³⁴ (a favor de su competencia para resolver respecto de demandas de inexecutableidad incoadas contra tratados internacionales perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991), pareciera que el propio material

³⁴ Expediente L.A.T.-108; M.P.: Alejandro Martínez Caballero, respecto de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”, formalizada en Viena el 21 de marzo de 1986 y de la Ley N° 406 de 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprueba dicha Convención, la Corte Constitucional dejó en claro que abandonaba la doctrina desarrollada en la Sentencia N° C-276 de 1993 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa) relativa a su inhibición de examinar la constitucionalidad de un tratado internacional perfeccionado; criterio, este último, ya expuesto por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 6 de junio de 1985 (M.P.: Carlos Medellín Forero). A su vez, con la Sentencia N° C-276 de 1993 la Corte Constitucional había corregido el curso tomado mediante la Sentencia N° C-027 de 5 de febrero de 1993 (M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez), en la que decidió sobre el mérito de las demandas incoadas contra la Ley N° 20 de 1974 y contra el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede en 1973, algunos de cuyos artículos fueron declarados inexecutableos, no obstante que el aludido instrumento internacional había sido objeto de canje de ratificaciones desde el 2 de julio de 1975.

En el marco de la Sentencia N° C-400 de 1998, son de muy recomendable lectura el salvamento de voto propiciado por el Mag. José Gregorio Hernández Galindo y sendos salvamentos parciales de voto de los Mags. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa.

normativo-constitucional y los antecedentes en que éste se basa no ofrecen mayores dudas sobre la modalidad de control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales y de sus leyes aprobatorias concebida por la Asamblea Constituyente y volcada al texto de la Ley Fundamental vigente: *previo o preventivo y automático, oficioso u obligatorio*.

Ello así, y más allá de las discrepancias léxicas acerca de cuáles pudieran resultar las adjetivaciones lingüística o jurídica más puras para caracterizarlo, queda al descubierto la imposibilidad de que la C.C. ejerza el control de constitucionalidad *posterior, represivo o correctivo*, es decir, articulable sobre el tratado o la ley aprobatoria una vez que aquél ha quedado perfeccionado o, para ser más claros, se patentiza la imposibilidad jurídica de que el instrumento internacional sea invalidado constitucionalmente después de su ratificación.

Hacia tal criterio transporta una hermenéutica armonizante de los artículos constitucionales 241, numeral 10, y 9, *inter alia*.

Aquél, contiene un precepto *especial y específico* acerca de la aludida competencia fiscalizatoria de la C.C. sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueben, que determina la ocasión exclusiva en la que “cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad”, directriz que –partiendo de la advertencia lanzada en el introito del art. 241 en el sentido de que a aquélla se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución “en los estrictos y precisos términos” de dicha norma– no podría (o no debería) quedar mediatizada en el particular por la aplicación de una cláusula *general*, como la contenida en el numeral 4 del art. 241, para legitimar el control *ex post*.

Por su parte, el art. 9 aporta lo suyo en cuanto a que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan, entre otros puntos, *en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia*, algunos de los cuales no saldrían precisamente indemnes frente a la posibilidad de un control de constitucionalidad *posterior* del tratado internacional.

Piénsese, por ejemplo y de conformidad con lo anticipado, en las citadas pautas *pacta sunt servanda*, buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para dejar de cumplir las obligaciones internacionales asumidas.

Nos parece que la línea analítica que esbozamos podría permitir una armonización del carácter intangible del derecho internacional con el respeto por los postulados positivados al respecto en la Constitución colombiana.

En dirección convergente al sentido conclusivo que perfilamos parecieran enderezarse algunas sentencias de la C.C., como la N° C-178, de 25 de abril de 1995 (Expediente N° L.A.T. 041; M.P.: Fabio Morón Díaz), o la N° C-1.139, de 30 de agosto de 2000 (Expediente N° L.A.T. 167; M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa); como así también la ponencia presentada en forma conjunta por los constituyentes que integraron la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, que decantara en la Ley Fundamental de 1991, sin olvidar el Acta N° 1 emanada de la Subcomisión de Relaciones Internacionales de la mencionada Asamblea.

ii) Ya en lo concerniente a *Ecuador*, la modalidad fiscalizatoria previa y obligatoria fue establecida en la Constitución de 1998. Ello, cuando se trataba de aquellos instrumentos que requirieran la aprobación del Congreso Nacional, es decir, los enumerados en el entonces artículo 161 constitucional. O sea, que se refirieran a materia territorial o de límites; que establecieran alianzas políticas o militares; que comprometieran al país en acuerdos de integración; que atribuyeran a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; que se refirieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y que contuvieran el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Tal competencia se puso a cargo del hoy extinto Tribunal Constitucional. Actualmente, esto es, según el citado texto constitucional vigente luego del referéndum de 28 de septiembre de 2008, el art. 438, inc. 1°, estatuye que la Corte Constitucional

(que sustituyó a aquel Tribunal) *emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de los tratados internacionales, con anterioridad a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.*

Desarrollando tal disposición constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³⁵ (LOGJCC) ha determinado en su art. 107 que la Corte Constitucional interviene a través de los siguientes tres mecanismos: dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa; control constitucional previo a la aprobación legislativa; y control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa.

Sin embargo, debe advertirse que el art. 112, inc. 4°, de la LOGJCC abre la puerta al control de constitucionalidad *posterior*, ya que estatuye: “*Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional*” –énfasis agregado–.

iii) En su momento, según la reforma constitucional de 1994, en *Bolivia* la competencia que recaía en el Tribunal Constitucional anterior al Tribunal Constitucional liquidador, hacía presumir que el control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales era *facultativo o potestativo*.

Sin embargo, debe advertirse que, de acuerdo con la vigente Constitución aprobada por el referéndum de 25 de enero de 2009 (que abrogó la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas), y con una redacción no del todo nítida, el art. 203, inc. 9°, establece como atribución del actual Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), concebido por la Ley Fundamental hoy en vigor, efectuar *el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales*³⁶.

³⁵ Publicada en el Segundo Suplemento del *Registro Oficial* N° 52 de 22 de octubre de 2009, derogatoria de la Ley del Control Constitucional, promulgada el 2 de julio de 1997.

³⁶ Debe subrayarse que la Disposición Transitoria Novena determina: “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el

Más aún, el Código Procesal Constitucional (instrumentado por la Ley N° 254, de 5 de julio de 2012), estatuye en su art. 106: “El *control previo de constitucionalidad de Tratados Internacionales* tiene por objeto confrontar el texto de dichos instrumentos con la Constitución Política del Estado, antes de su ratificación, y determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, total o parcial” –destacado agregado–. Más allá del citado art. 106, dicho Código despliega otras referencias a tal tipología de control previo de tratados internacionales en los arts. 104; 105, inc. 1°; y 107/110, de cuya interacción puede afirmarse que semejante fiscalización reviste carácter de *obligatorio*.

iv) Por último, ubicamos también en la presente categoría a *República Dominicana*.

Como vimos, en tal contexto jurídico se promulgó la Ley Orgánica N° 137/11, LOTCPC; la que fue modificada por medio de la Ley N° 145/11, de 4 de julio de 2011, reformándose –en lo que aquí interesa– su Considerando Decimotercero, para que en adelante se lea como sigue: “Que dentro de los procedimientos constitucionales a ser regulados se encuentra el *control preventivo de los tratados internacionales*” –énfasis añadido–.

De ello se desprende que República Dominicana se suma a la nómina de Estados que han instrumentado el *contralor previo y obligatorio de constitucionalidad de los tratados internacionales* por el Tribunal Constitucional (T.C.).

ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de dos años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”.

Por su parte, el art. 410 estipula: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.

“La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía:

1° La Constitución.

2° Las leyes y los tratados internacionales.

3° Los decretos supremos.

4° Las normas departamentales, regionales y municipales.

5° Normas de carácter administrativo”.

La ley en cuestión contiene las siguientes consideraciones, que señalamos someramente:

- previo a su aprobación por el Congreso Nacional, el Presidente de la República *someterá* los tratados internacionales suscriptos al T.C., a fin de que éste ejerza sobre ellos el *control previo de constitucionalidad* (art. 55);
- en cuanto al plazo, el T.C. decidirá sobre la constitucionalidad o no de los tratados internacionales suscriptos dentro de los treinta (30) días siguientes a su recibo. Al hacerlo, *si considerare inconstitucional el tratado en cuestión, indicará sobre cuáles aspectos recae la inconstitucionalidad y las razones en que fundamenta su decisión* (art. 56);
- tal determinación del T.C. será *vinculante para el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo* (art. 57). Por su parte, si el tratado internacional es reputado *constitucional*, esto impide que, posteriormente, el mismo sea cuestionado por inconstitucional ante el T.C. o cualquier juez o tribunal por los motivos que valoró aquel órgano máximo de la justicia constitucional dominicana (cfr. párrafo al citado art. 57); y
- la decisión del T.C. sobre el control preventivo de los tratados, se *publicará por los medios oficiales del propio Tribunal* (art. 58).

b) Obligatorio y facultativo

Ambas posibilidades parecieran convivir en *Chile*, al menos desde el plano normativo y según los supuestos de que se trate, a partir de la reforma constitucional de 2005.

Allí se habría programado un control previo *obligatorio* de los tratados referentes a materias que en el derecho interno son objeto de ley orgánica constitucional. En tal sentido, el art. 93.1 de la Constitución establece dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional, la siguiente: “Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y *de las normas de un tratado que versen sobre materias propias*”

de estas últimas, antes de su promulgación” –remarcado agregado–; competencia que figura reproducida en el art. 31.1 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOTIC), según el D.F.L. N° 5, de 1 de junio de 2010³⁷, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de tal ley.

Precisamente, la LOTIC, en su art. 48, párr. 1°, prevé: “En el caso del número 1° del artículo 93 de la Constitución, corresponderá al Presidente de la Cámara de origen enviar al Tribunal los proyectos de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y *de los tratados que contengan normas sobre materias propias de estas últimas*” –sobremarcado añadido–.

A su tiempo, y paralelamente, se habría diseñado una hipótesis de contralor previo *facultativo* a iniciativa de determinados órganos o autoridades del Estado. Así, el art. 93.3 de la Constitución acuerda al Tribunal la atribución de “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”; prerrogativa trasvasada al art. art. 31.3 de la LOTIC.

En la parte final del señalado art. 93, al referirse a la pauta contenida en el número 3 del mismo, la Ley Fundamental chilena establece que “el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, *siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional* y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación” –énfasis agregado–. Añade que deberá resolverlo “dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados” y que tal

³⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Republica de Chile*, el 10 de agosto de 2010.

“requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República”.

Vale precisar que, de conformidad con la parte final del art. 49, *in fine*, de la LOTC, “si el Tribunal resuelve que uno o más preceptos de un tratado son inconstitucionales, deberá declararlo así por resolución fundada cuyo texto íntegro se remitirá a la Cámara de origen. *La inconstitucionalidad total impedirá que el Presidente de la República ratifique y promulgue el tratado. La inconstitucionalidad parcial facultará al Presidente de la República para decidir si el tratado se ratifica y promulga sin las normas objetadas, en caso de ser ello procedente conforme a las normas del propio tratado y a las normas generales del derecho internacional*” –remarcado agregado–.

En este último caso (inconstitucionalidad parcial), se comunicará el acuerdo aprobado por el Congreso Nacional, con el quórum correspondiente, y las normas cuya inconstitucionalidad se haya dispuesto, para que el Presidente de la República decida si hará uso de la facultad señalada en el párrafo anterior (cfr. art. 50, *in fine*, LOTC).

Por lo demás, la LOTC estipula en su art. 51, párrafo primero, que habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la *constitucionalidad de las normas de un tratado*, o de un proyecto de ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto de la Constitución Política, no se admitirá a tramitación en el Tribunal ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos.

Como mensaje telegráfico final, pareciera que no concurren motivos jurídicamente incontrovertibles para sostener semejante bifurcación en cuanto al control preventivo de constitucionalidad: *obligatorio* para los tratados referidos a asuntos objeto de ley orgánica constitucional, y *potestativo* para los que no lo

sean. Es que estos últimos también podrían resultar contrarios a la Constitución y, de ese modo, si se omitiera el control previo, eventualmente tampoco debería habilitarse el control posterior de constitucionalidad, puesto que –entre otras razones– el art. 50.1 de la Constitución, en uno de sus tramos, prescribe: “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional”. Pero además, semejante hipótesis de fiscalización constitucional *a posteriori* también violaría los nombrados principios iusinternacionales fundamentales contenidos en los arts. 26 y 27 y su relación con el art. 31.1, todos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

C) El reto concreto que recae en la justicia constitucional

Consecuentes con lo expresado hasta aquí, nos pronunciamos a favor del control *preventivo o a priori* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales. Incluso, y para evitar potenciales *inconvenientes* en el despliegue vivencial de los mismos, pensamos que sería aconsejable pautar que dicha fiscalización fuese *obligatoria*, en orden a prevenir contradicciones o disturbios jurídicos *ad intra*; coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y la lógica del sistema interno de fuentes, y evitar la vinculación jurídica del Estado pertinente en el ámbito internacional sin proceder, previamente, a las adaptaciones normativas correspondientes (por ejemplo, una reforma constitucional) o, en su caso, a desistir de la aprobación del documento internacional o a concretarla con reservas, en la medida en que éste lo permita.

Justamente, el desafío de la justicia constitucional radica en evitar que la praxis jurisprudencial desnaturalice o erosione el sustrato de las disposiciones específicas de las respectivas regulaciones constitucionales que han estatuido una modalidad *preventiva o previa* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, habilitando vías *forzadas o heterodoxas* para canalizar el control *a posteriori*.

4. Sobre la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales

A) Preliminar

Entre los derechos civiles y políticos y los DESC existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y de ninguna manera media separación antinómica. En tal sentido, la utilización léxica de la expresión “generaciones de derechos humanos”, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos, puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también *unitaria*. De ello se sigue –en palabras de García Ramírez– que, planteado el *carácter integral de los derechos*, corresponde afrontar igualmente el *carácter integral de su protección*³⁸.

Al ser unitaria la dignidad humana, la bifurcación de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas, sólo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. No es un secreto que los enfoques atomizados o fragmentados, como el que subyace a la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, han dificultado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos³⁹ en la dimensión fáctica.

Al menos, podríamos convenir en que tal estereotipada fórmula no puede ser aceptada acríticamente, sino que, como alternativa de “mínima”, debe ser repensada, verificando si en definitiva es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación discursiva arbitraria⁴⁰.

³⁸ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, N° 9, julio/diciembre de 2003, IIJ - UNAM, México D.F., p. 131.

³⁹ Cfr. Cançado Trindade, Antônio A., en el prólogo a la obra de Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. II.

⁴⁰ Rabossi, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el *cliché*”, *Lecciones y Ensayos*, Nos. 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 41 y ss., *passim*.

Prestigiosa visión autoral formula serias objeciones a la tesis de la escisión generacional de los derechos. En efecto, y sólo por citar algunos ejemplos, Cançado Trindade alude a la “fantasía de las generaciones de derechos”⁴¹; Rabossi destaca que la consecuencia más dañina que tal doctrina genera es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo o una distinción esencial⁴²; por su parte, y entre otros cuestionamientos, Pinto enfatiza que la elección de la variable en que se sustenta dicha tesis es “caprichosa”⁴³ y que la consistente doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos se ve muy “contrariada” con la fórmula de las generaciones de derechos⁴⁴.

Se impone la necesidad de fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, como paso previo a la articulación de los resortes transnacionales, dado que –como anticipábamos– la jurisdicción internacional es complementaria o coadyuvante de la nacional⁴⁵.

B) Recorrido jurisprudencial

Descendiendo de tal marco teórico para enfocar la aplicación práctica del *desiderátum* tuitivo de los DESC, puede verificarse en la jurisprudencia de algunos de los máximos órganos iusconstitucionales latinoamericanos, con mayor o menor grado de profundidad, una interesante actividad en pro de la efectivización de dichos derechos, tal como se expone a continuación.

⁴¹ Así la denomina Cançado Trindade, Antônio A., “Derechos de solidaridad”, en Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loayza, Rafael (comps.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T° I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, p. 64.

⁴² Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, pp. 49/50.

⁴³ Pinto, Mónica, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 57.

⁴⁵ Ver para ampliar, entre otros trabajos de Bazán, Víctor, “Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135/1149.

a) *Bolivia*

Su hoy desaparecido Tribunal Constitucional (reemplazado –como anunciábamos– por el Tribunal Constitucional liquidador, actualmente suplantado por el TCP) siguió una laudable vertiente jurisprudencial protectoria⁴⁶.

Pueden citarse, en esa dirección, las Sentencias Constitucionales 411/2000-R, de 28 de abril de 2000, que obligó al Estado a proporcionar tratamiento médico a una enferma crónica y a la realización de hemodiálisis a enfermos renales; 433/2000-R, 530/2000-R y 1.052/2001-R, todas sobre tratamientos médicos de personas con enfermedades crónicas; 0026/2003-R, de 8 de enero de 2003, sobre provisión de tratamiento y medicamentos antirretrovirales a personas con VIH-SIDA; o la 1.871/2003-R, de 15 de diciembre de 2003, acerca de la protección que debe dispensarse a la mujer embarazada, respecto de quien, a pesar de su estado de gravidez, se había ordenado su detención preventiva, desconociendo la especial protección que la Constitución Política reconoce a favor de la maternidad.

b) *Argentina*

Con una tónica activista la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejemplificativamente, ha proporcionado cobertura tuitiva a:

- el *derecho a la salud*, reconocido como derecho fundamental, por ejemplo, *in re*⁴⁷ “María, Flavia Judith c/Instituto

⁴⁶ Para un acercamiento al escenario actual de Bolivia, *vid.* Bazán, Víctor, “Los derechos fundamentales (particularmente económicos, sociales y culturales) en el Estado Plurinacional de Bolivia y ciertos desafíos que a su respecto afronta la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 16, enero-diciembre de 2012, CEPC, Madrid, 2012, pp. 21/60.

⁴⁷ *Fallos*, 330:4647. Dicha sentencia revocó la decisión que había rechazado la acción de amparo tendiente a obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de una persona con discapacidad de naturaleza motora, mental, visceral y sensorial grave, en virtud de existir un reclamo similar en sede administrativa, pues –entre otros argumentos– la Corte consideró en el voto mayoritario que siempre que se amerite el daño grave e irreparable

de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial”, de 30 de octubre de 2007⁴⁸.

- los *derechos laborales*, v. gr., declarando la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley de Riesgos del Trabajo: “Castillo, Ángel Santos c/Cerámica Alberdi S.A.”⁴⁹, de 7 de septiembre de 2004, y “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/Art. 39 Ley 24.557”⁵⁰, de 21 de septiembre de 2004; del tope tarifario implementado en la Ley de Contrato de Trabajo para la cuantificación de la indemnización por despido incausado: “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA S.A. s/Despido”⁵¹, de 14 septiembre de 2004; o sustentando la estabilidad laboral del empleado público: “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/Reincorporación”⁵², de 3 de mayo de 2007.

que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, los jueces deben habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar. En síntesis, por mayoría, y al tiempo de dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido, ordenó se remitieran los autos al tribunal de origen para que, por quien correspondiera, se dictara un nuevo decisorio con arreglo al criterio que sentaba el Alto Tribunal.

Los posicionamientos en el Tribunal fueron los siguientes: por la mayoría, los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda; en sendos votos concurrentes, los ministros Highton de Nolasco y Zaffaroni; y, por último, en disidencia conjunta, los doctores Petracchi y Argibay.

⁴⁸ Reenviamos a Bazán, Víctor, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2013.

⁴⁹ *Fallos*, 327:3610. Votaron coincidentemente los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

⁵⁰ *Fallos*, 327:3753. La posición triunfante fue sustentada por los jueces Petracchi y Zaffaroni. A su turno, por su voto se pronunciaron los ministros Belluscio y Maqueda, en concurrencia conjunta, y Highton de Nolasco y Boggiano, en mociones individuales.

⁵¹ *Fallos*, 327:3677. Se expidieron de modo consonante todos los firmantes: ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

⁵² *Fallos*, 330:1989. La mayoría quedó configurada por los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los ministros Highton de Nolasco y Maqueda y en concurrencia individual lo hizo la doctora Argibay.

- *la movilidad y la actualización de haberes previsionales*: “Sánchez, María del Carmen c/ANSeS s/Reajustes varios”⁵³, de 17 de mayo de 2005; las citadas causas “Badaro” I y II⁵⁴; y “Elliff, Alberto c/ANSeS s/Reajustes varios”⁵⁵, de 11 de agosto de 2009.
- *la inaplicabilidad del tope máximo de haberes previsionales*: “Aban, Francisca América c/ANSeS”⁵⁶, de 11 de agosto de 2009.
- *la protección de la libertad de asociación sindical*: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”⁵⁷, de 11 de noviembre de 2008; y “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional - Armada Argentina s/Sumarísimo”⁵⁸, de 9 de diciembre de 2009.
- *la tutela de los DESC respecto de las personas privadas de su libertad*: por ejemplo, en “Méndez, Daniel Roberto s/Recurso de casación”⁵⁹, de 1 de noviembre de 2011 (que cita en varios párrafos a la conocida sentencia recaída *in re* “Verbitsky, Horacio”⁶⁰), declaró la inconstitucionalidad del

⁵³ *Fallos*, 328:1602. La mayoría quedó constituida con los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. A su turno, concurrentemente votaron los jueces Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente. Por último, en disidencia se expidió el doctor Boggiano.

⁵⁴ Ver supra, notas 26 y 27 a pie de página.

⁵⁵ *Fallos*, 332:1914. Formaron la mayoría los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Concurrentemente se pronunció la jueza Argibay.

⁵⁶ *Fallos*, 332:1933. Integraron la mayoría los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia se expidió la ministra Highton de Nolasco.

⁵⁷ *Fallos*, 331:2499. Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

⁵⁸ *Fallos*, 332:2715. Firmaron el fallo los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Por su voto se pronunció la jueza Argibay.

⁵⁹ *Fallos*, 334:1216. Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

⁶⁰ *Fallos*, 328:1146. La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor

art. 121.‘c’ de la Ley 24.660⁶¹, de ejecución de la pena privativa de la libertad, que dispone que “[l]a retribución del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá simultáneamente en la forma siguiente: [...] c) 25% para costear los gastos que causare en el establecimiento”. Precisó que ello no sólo frustraba y desvirtuaba los propósitos de la ley en la que se encontraba inserto –sustentar el fin de readaptación social del condenado–, sino que colisionaba con enunciados de jerarquía constitucional, siendo deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía constitucional, sin que se tratase de apreciar el mérito, la conveniencia o la oportunidad de una norma dictada por el legislador, cayendo la cuestión bajo la jurisdicción de la Corte, dado que al Poder Judicial le competía garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que fueran sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias (consid. 6º, párr. 5º).

Luego de señalar que la readaptación social del penado resultaba no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo “superior” de ese sistema, acotó que del texto constitucional y de los tratados internacionales con dicha jerarquía (arts. 18 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), surgía “que pesa sobre el Estado el deber de custodia de todas las personas que están sometidas a detención preventiva o condena y que dicho deber estatal debe llevarse a cabo con el debido respeto de los derechos fundamentales reconocidos por dichas normas, en el marco de los estándares internacionales” (consid. 3º, párr. 1º).

Antes había advertido que no por su elevado emplazamiento, dicho objetivo consentía toda medida por el solo hecho de

Boggiano y, también disidentemente aunque sólo en forma parcial, lo hicieron por separado los jueces Fayt y Argibay.

⁶¹ B.O. de 16 de julio de 1996.

que se la considerase dirigida a su logro, pues no resultaba admisible que, so color de la mentada readaptación, el Estado pusiera la satisfacción –total o parcial– de obligaciones propias en cabeza del interno (id. consid.).

Vale recordar que el art. 18 de la Constitución Nacional señala que las cárceles serán sanas y limpias para resguardo y no para castigo de los detenidos en ellas –cláusula que según la Corte Suprema tiene contenido operativo–, por lo que se impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y la responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral. Agregó el Alto Tribunal que, más aún: “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones” a dichas obligaciones, pues ello “sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella” –art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]– (consid. 3°, párr. 2°).

Apoyándose en diversos documentos internacionales con jerarquía constitucional, instrumentos de *soft law* e *inter alia* jurisprudencia de la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, trasuntó la idea de que por la “relación e interacción especial de sujeción” que se establece entre el interno y el Estado (consid. 5°), éste no puede dejar de cumplir respecto de aquél sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

- *la defensa de la vivienda única y familiar*: “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/Ejecución hipotecaria”⁶², de 15 de marzo de 2007.

⁶² *Fallos*, 330:855. Los alineamientos fueron los siguientes: el voto que encabeza la sentencia correspondió a los ministros Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente, en

- *los DESC en torno a personas en “situación de calle” y, vinculado mediatamente al caso anterior, el derecho de acceso a la vivienda digna: la base fáctica del caso “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”⁶³, resuelto por la Corte Suprema el 24 de abril de 2012, muestra que una mujer en *situación de calle* –residente en esa ciudad desde 2000– dedujo una acción de amparo para que el Gobierno local la incluyera, junto a su hijo menor que padecía una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica, en los programas en materia de vivienda, y le proporcionara alguna alternativa para salir de la grave situación en que se encontraba.*

En primera y segunda instancias se admitió la acción, aunque la sentencia de cámara fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local. Contra dicho fallo, la actora planteó recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja. Ésta fue receptada por la Corte Suprema, que hizo lo propio respecto del citado recurso extraordinario, revocando la decisión recurrida.

Vale destacar que la Corte reiteró que *el derecho a la “vivienda digna” es un derecho fundamental* y, como tal, consagra las obligaciones de hacer a cargo del Estado, con las siguientes características: *i)* no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad (consid. 10 de la mayoría); *ii)* esa operatividad tiene un carácter derivado, no directo (*ibíd.*, consid. 11); y *iii)* están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (*ibíd.*, consid. 12).

En cuanto a la nombrada operatividad de carácter derivado, añadió que ella significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder

forma conjunta y coincidiendo con éstos en sus primeros once considerandos, se expidieron los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; y, finalmente, la doctora Argibay se pronunció por su voto.

⁶³ *Fallos*, 335:452. Los alineamientos fueron los siguientes: la moción que encabeza el fallo fue firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en sendos votos individuales se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

Ejecutivo que provoque su implementación, pues existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y también los recursos necesarios, originándose una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad, la que en definitiva soporta la carga. En consecuencia, la Corte manifestó no desconocer las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinados a hacer operativo el derecho referido y al hábitat adecuado. Consideró incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno. Determinó, en síntesis, que todo ello significa que las normas que menciona en el fallo no consagran una operatividad directa, en el sentido de que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial (*ibíd.*, consid. 11).

Asimismo, puntualizó que aquel control de razonabilidad por parte del Poder Judicial supone que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (*ibíd.*, consid. 17).

En definitiva, la Corte ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que: *i*) interviniera con los equipos de asistencia social y salud con los que contaba para asegurar que el niño dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requería y proveyera a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional; y *ii*) garantizara a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

c) Chile

El 26 de junio del 2008, su Tribunal Constitucional dictó –por mayoría⁶⁴– una sentencia trascendente en la materia, impulsando una posición que había estado demorándose en la percepción del Tribunal.

Nos referimos al Rol 976, Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de ISAPRES (Instituciones de Salud Previsional), en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Así, en lo que aquí interesa y poniéndose a tono con la percepción del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas⁶⁵ –ONU– (aunque sin mencionar expresamente a este órgano) en cuanto a la naturaleza jurídica de estos derechos, la índole de las obligaciones de los Estados Parte frente al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la aplicación de éste en el derecho interno; ha enfatizado que “la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que *los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica*” –remarcado agregado– (consid. vigésimosexto de la posición mayoritaria).

En otras palabras ha subrayado la *juridicidad* –y con ella, la alegabilidad ante los órganos jurisdiccionales–, de los DESC, precisando que éstos no tienen una naturaleza necesariamente

⁶⁴ El fallo fue acordado con el voto en contra de los ministros Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento en todas sus partes.

⁶⁵ Observación General (OG) N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (par. 1 del art. 2 del Pacto)”, 14 de diciembre de 1990; y OG N° 9, “La aplicación interna del Pacto”, 3 de diciembre de 1998.

distinta de los derechos civiles o políticos, en lo que constituye un paso importante en la evolución de la doctrina judicial del Tribunal.

Vale destacar que éste receptó el requerimiento con relación a la discriminación por motivo de edad, al estimar que el aumento del valor de los planes y la precaria situación económica de los adultos mayores podía provocar que se viesan obligados a mudarse al sistema público de salud, lo que violaba el derecho a la salud reconocido en la Constitución en cuanto a la libertad de elegir el sistema de salud público o privado al cual afiliarse.

La sentencia que referimos produjo una catarata de recursos en los tribunales de instancia así como de nuevos requerimientos ante el propio Tribunal Constitucional, que en varios pronunciamientos declaró la inaplicabilidad de la norma que posibilitaba el aumento del precio de los planes en función del sexo y la edad del afiliado.

Finalmente, en el Rol 1.348, de 27 de abril de 2010, el Tribunal se pronunció de oficio por la inconstitucionalidad de la norma, lo que implicó su derogación. Asimismo, y como anunciábamos exhortó al legislador para colmar el vacío normativo que generaba semejante declaración de inconstitucionalidad.

d) Colombia

Son igualmente dignos de destacar ciertos aspectos de la labor de la Corte Constitucional que, en el marco de la acción de tutela, ha realizado una interesante labor hermenéutica sobre el carácter o la incidencia sociales de aquella acción, además de haber empleado con frecuencia la denominada argumentación “por conexidad”, para “comunicar” a otros derechos (como el de la salud) el carácter de “fundamentalidad” que poseen intrínsecamente algunos (como el derecho a la vida). Por ejemplo, *mutatis mutandis*, las Sentencias T-571 de 1992, justamente sobre el *derecho a la salud*, o T-079 de 2008, en torno al *derecho a una vivienda adecuada*.

Tal modalidad de razonamiento se ha aplicado también en el campo del derecho a la seguridad social, por ejemplo, en las Sentencias C-177 de 1998 y SU-1354 de 2000; particularmente en esta última, donde con claridad la asocia al derecho a la subsistencia digna.

Como ha afirmado Osuna Patiño, la Corte Constitucional también ha empleado la argumentación por conexidad en el ámbito de los derechos colectivos, por vía de principio protegibles por la acción popular, aunque les ha dado canalización tuitiva por la acción de tutela (v. gr., la Sentencia SU-1116 de 2001), “cuando la afectación del interés o derecho colectivo vulnera o amenaza ‘por conexidad’ un derecho ‘fundamental del peticionario’”⁶⁶. Por ejemplo, en el derecho a un ambiente sano y su conexión con los derechos a la vida, a la salud (Sentencia SU-116 de 2001), a la integridad física⁶⁷.

No puede omitirse siquiera una mínima alusión a un decisorio trascendente: la Sentencia T-025 de 2004 sobre *desplazamiento forzado interno* (correspondiente a la Sala 3ª de Revisión de la Corte Constitucional), que determinó al respecto un “estado de cosas inconstitucional” ante las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encontraba la población desplazada y la omisión reiterada de brindar protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades, violándose los derechos a la *vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a personas de la tercera edad, mujeres cabeza de familia y niños*.

No ha sido ésta la única ocasión en que la Corte ha utilizado la categoría de “estado de cosas inconstitucional”, pues –al menos hasta donde alcanza nuestra información– también lo ha efectuado en otras materias, dictando “sentencias estructurales”

⁶⁶ Osuna Patiño, Néstor, “La tutela de derechos por *conexidad*”, en Cepeda, Manuel J. y Montealegre, Eduardo (dirs.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 177.

⁶⁷ *Ibíd.*, pp. 177/178.

por ejemplo en el campo de la salud (ver, por caso, la Sentencia T-760 de 2008).

En cierto sentido, las “megasentencias” citadas (respectivamente, en los campos del desplazamiento forzado de personas y del derecho a la salud) permiten pensar en cierta metamorfosis que la jurisprudencia de la Corte Constitucional exhibe en cuanto al pasaje de una protección casuística de determinados derechos sociales a la aludida tipología de sentencias “estructurales”.

Otro asunto que se plantea como un reto para la Corte Constitucional en el ámbito de protección de DESC, es la búsqueda de alternativas para articular semejante propósito tuitivo con la regla fiscal implementada no hace mucho tiempo en la Constitución o, en palabras oficiales, la “sostenibilidad fiscal” para alcanzar los “fines del Estado Social de Derecho”, lo que se basa en el discurso relativo a que la estabilidad macroeconómica es la que hace a aquél “fiscalmente viable”.

Es que por medio del Acto Legislativo 3 de 2011, de 1 de julio⁶⁸, se modificó el art. 334, párr. 1°, de la Constitución Política (entre otras normas) estableciendo que el Estado “intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, *en un marco de sostenibilidad fiscal*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho*. En cualquier caso el gasto público social será prioritario” (remarcado agregado).

El párr. 4° de aquella cláusula establece que el “*Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas*

⁶⁸ Diario Oficial N° 48.117, de dicha fecha.

corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales” –énfasis agregado–.

En síntesis, será todo un desafío para la Corte Constitucional conjugar dicho “criterio”⁶⁹ con el resguardo efectivo de derechos sociales fundamentales.

e) Perú

El Tribunal Constitucional muestra algunas imágenes sentenciales enderezadas a la protección de los derechos sociales.

Por ejemplo, en Expte. N° 2.945-2003-AA/TC, *in re* “A.A.M.G.” (Sala Primera). Se ventilaba allí una acción de amparo contra el Estado peruano, representado por el Ministerio de Salud, en el que la peticionante perseguía el otorgamiento de atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, es decir, la provisión constante de medicamentos necesarios para su tratamiento y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiriera. Tal amparo fue acogido sólo parcialmente por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, razón por la cual la impetrante acudió al Tribunal Constitucional por vía de recurso extraordinario.

⁶⁹ Se ha sostenido que con la promulgación del Acto Legislativo 3 de 2011 “termina el tránsito de uno de los más controvertidos proyectos económicos que, aunque no tuvo mayor visibilidad entre el público, seguramente por su alto carácter técnico, sí enfrentó a los partidos políticos, a los economistas y a los constitucionalistas. *Esta controversia llevó a que, en la discusión en el Legislativo, la sostenibilidad fiscal pasara de derecho a principio y que, al final, terminara como criterio*” (Cfr. la nota periodística “Derechos con sostenibilidad fiscal”, *El Colombiano*, 11 de julio de 2011, Medellín [<http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/D/derechos...>]).

La sentencia del Tribunal Constitucional ordenó que se considerara a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirían *tratamiento integral contra el VIH/SIDA* por parte del Ministerio de Salud, lo que incluiría la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y bajo su responsabilidad, al tiempo de exhortar a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el art. 8 de la Ley N° 26.626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

Es interesante la argumentación que este Tribunal elabora analizando los derechos económicos y sociales en general y en particular el derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida para dar cabida al amparo y razonar que, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud *per se*, era “necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida sólo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, *esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión*” (énfasis añadido, Fundamento 39).

Convergentemente, agregó que “...los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, *de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada (...), ya que ello devendría en una omisión constitucional*” (remarcado agregado, Fundamento 49).

En dirección afín, pueden contabilizarse *-inter alia-* las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en Expte. 6.572-2006, sobre *pensión por viudez en caso de unión de hecho*, y 4.646-2007, relativa al *derecho a la educación*.

C) Derechos exigibles

En síntesis, y luego del recorrido jurisprudencial meramente ilustrativo efectuado, es preciso recalcar que lo ideal sería que el Estado *previera y evitara* posibles incumplimientos en el campo de los DESC, pero si ellos igualmente se configuraran, los remedios nacionales darían a aquél ocasión de repararlos localmente antes de que se activen en su contra las instancias transnacionales.

En un marco genérico de discusión, creemos que no es posible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tenida en consideración tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión internacional en el respectivo desarrollo de sus funciones: *los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*, sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Aprehender tal premisa configuraría un buen punto de partida para superar preconceptos, abandonar concepciones que ven en los DESC ciertos “defectos congénitos” que obstan a catalogarlos como verdaderos “derechos” o a adjudicarles algún “valor jurídico”⁷⁰, y dejar de lado percepciones que, al mantener que aquéllos no generan obligaciones estatales correlativas, preconizan la “irresponsabilidad” del Estado en caso de incumplimiento de normas nacionales o internacionales que los reconozcan.

Contrariamente, dichos esfuerzos deberán canalizarse constructivamente y, al superar relativismos y escepticismos, convertirse en aportes para crear, modular y repensar técnicas de realización, vías de maximización o mecanismos de garantía

⁷⁰ Ver al respecto, la respuesta que a tales objeciones brinda Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 198 y ss.

de los derechos económicos, sociales y culturales que coadyuven definitivamente a *ponerlos en acción*⁷¹.

En esa línea, y más allá de los casos puntuales esquematizados, se impone una profundización de la labor de la jurisdicción constitucional latinoamericana en el ámbito temático relevado y un *dinamismo prudente* para generar estándares jurisprudenciales sustentables que, sin resultar temerarios ni atentar contra el equilibrio financiero del Estado, coadyuven a la realización de semejantes derechos.

Por lo demás es de hacer notar que, en el plano regional y además de la CADH, numerosos Estados latinoamericanos han ratificado o adherido (según corresponda) al Protocolo de San Salvador, Adicional a tal Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, el Protocolo ha sido ratificado por: *Suriname* (10 de julio de 1990), *Panamá* (18 de febrero de 1993), *Ecuador* (25 de marzo de 1993), *Perú* (4 de junio de 1995), *El Salvador* (6 de junio de 1995), *Uruguay* (2 de abril de 1996), *México* (16 de abril de 1996), *Brasil* (21 de agosto de 1996), *Paraguay* (3 de junio de 1997), *Colombia* (23 de diciembre de 1997), *Costa Rica* (16 de noviembre de 1999), *Guatemala* (5 de octubre de 2000), *Argentina* (23 de octubre de 2003), *Bolivia* (5 de octubre de 2006), *Nicaragua* (5 de marzo de 2010) y *Honduras* (10 de noviembre de 2011)⁷².

En el ámbito universal, debe resaltarse que uno de los puntos débiles del sistema de protección de DESC siempre ha radicado en la imposibilidad de presentar *denuncias individuales* ante el Comité de DESC de la ONU. Ello ha tenido comienzo de solución (al menos en su prefiguración normativa) con la adopción el 10 de diciembre de 2008 en Nueva York del Protocolo Adicional al PIDESC, durante la 63^a reunión de la Asamblea General de

⁷¹ Entre otros trabajos de Bazán, Víctor sobre el tema, ver "Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en el libro de Bazán, Víctor y Jimena Quesada, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167.

⁷² El estado de ratificaciones puede consultarse en: www.cidh.org/Basicos/Basicos4.htm.

la ONU⁷³. El Protocolo fue firmado por 35 Estados, y entró en vigor el 5 de mayo de 2013 tras alcanzarse la décima ratificación requerida, que fue la de Uruguay, el 3 de febrero de 2013. Es que se había estipulado que el Protocolo cobraría vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU.

5. La interacción de la justicia constitucional con los tribunales internacionales para fortalecer la preservación y el desarrollo de los derechos fundamentales. Control de convencionalidad

A) Prolegómeno

Nos interesa ahora resaltar el relevante papel que los magistrados constitucionales están llamados a jugar en el Estado Constitucional y Convencional, fundamentalmente en contextos cuyos paisajes jurídicos han sido impactados fuertemente por el derecho internacional de los derechos humanos, como –por citar sólo un ejemplo– el argentino al influjo de la reforma constitucional operada en 1994⁷⁴.

La delicada misión que la magistratura constitucional ostenta como último reducto para la defensa y la efectivización de los derechos fundamentales en el ámbito vernáculo deberá ser afrontada y desplegada conociendo y asumiendo *la importancia axiológica de las fuentes jurídicas internacionales* (instrumentos internacionales sobre derechos humanos, costumbres internacionales consolidadas y principios generales del derecho de las naciones civilizadas), las que habrán de emplearse como guía en la trascendente tarea de interpretación y aplicación de los preceptos de la Ley Fundamental por parte de la jurisdicción constitucional y también, de acuerdo con la valencia que en la propia Constitución se les asigne *vis-à-vis* el

⁷³ Ello, por medio de la Resolución A/RES/63/117.

⁷⁴ Ver *supra* en nota 19 a pie de página.

derecho doméstico, como cánones para fiscalizar la adecuación a ellas de las leyes y normas infralegales.

No hacerlo así podría significar –más allá de una objetable despreocupación por la dignidad humana– que el Estado en cuestión incurra en responsabilidad internacional, pues por ejemplo respecto del orden jurídico interamericano, ser parte de la CADH genera tanto un deber de *respeto* a los derechos humanos como un deber de *garantía* de éstos (tema sobre el que volveremos).

B) Alusión al control de convencionalidad⁷⁵

Por su parte, no puede omitirse recordar que en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, de 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH se ha pronunciado en los siguientes términos: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el*

⁷⁵ Para compulsar diversos aspectos de la cuestión *vid.* Bazán, Víctor, por ejemplo en: “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2° Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, pp. 15/44; y “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, *La Ley. Actualidad*, Año LXXV, N° 22, Buenos Aires, 1 de febrero de 2011, pp. 1/4.

tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (remarcado añadido)⁷⁶.

Dicho de otro modo, en tal fallo el Tribunal Interamericano fija a los poderes judiciares de los Estados (ordinarios y/o constitucionales, según corresponda) la misión de concretar el *control de convencionalidad* de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos frente a la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado la Corte, que –como se sabe– es el intérprete último de aquél. Realza, así, la operatividad de la pauta de *interpretación conforme a la CADH* como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos.

Aquel Tribunal ha avanzado más aún, estableciendo que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, puso de manifiesto que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”⁷⁷.

Entre otros fundamentos, la aplicación de oficio del control de convencionalidad –que representa una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional– puede explicarse –utilizando *mutatis mutandis* las palabras de Jimena Quesada– “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los

⁷⁶ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

⁷⁷ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párr. 128.

casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”⁷⁸.

Al panorama someramente descripto deben aún agregarse algunos ingredientes significativos.

En esa línea, en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. Así, precisó que: “*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana*, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” –cursivas añadidas– (párr. 225)⁷⁹.

Más adelante, el 24 de febrero de 2011, la Corte IDH se pronunció en el “Caso Gelman vs. Uruguay”, expandiendo fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad, para colocar a la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en tal ocasión que “...particularmente en

⁷⁸ Jimena Quesada, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

Para su afirmación, tal autor se apoya en Conforti, Benedetto (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, cit., pp. 542/543 y nota 96 a pie de página).

⁷⁹ Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*⁸⁰ –remarcado agregado–.

En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado en la obligación de realizar control de convencionalidad a *“cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”* –destacado agregado–, lo que supone un mandato con un nivel de generalidad tal que es posible intuir traerá aparejadas ciertas dificultades operativas.

En un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en los Casos “López Mendoza vs. Venezuela”⁸¹ y “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”⁸² que, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.*

Por último, consideramos de utilidad evocar lo indicado por la Corte IDH en el “Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y el “Caso Gelman vs. Uruguay”, específicamente en la Resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia⁸³) en punto a la *“obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la*

⁸⁰ Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, párr. 239.

⁸¹ Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párr. 228.

⁸² Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284.

⁸³ Corte IDH, “Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, N° 259,

Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”, adquiriendo, así, “sentido el mecanismo convencional, *el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos*, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad” –énfasis agregado–.

C) Diálogo interjurisdiccional

Para finalizar este señalamiento (y dar paso a las observaciones de cierre del trabajo), desde un plano general de análisis corresponde insistir en la exigencia que pesa sobre las autoridades internas competentes en punto a llevar adelante el control de convencionalidad, no obstante lo cual, estamos igualmente persuadidos de la conveniencia de que se desarrolle un *diálogo jurisprudencial* de los respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano entre sí y de ellos con la Corte IDH.

En esa dinámica, si bien aquéllos están obligados a receptor los postulados hermenéuticos sentados por el Tribunal Interamericano en sus sentencias y opiniones consultivas: a su vez, éste no puede mostrarse indiferente frente a los valores y principios constitucionales del Estado involucrado, además de ser conveniente que realice un análisis ponderativo de la situación jurídica, social, política e institucional imperante al momento de la violación de derechos humanos que se esgrima en cada caso concreto.

Debe ponerse empeño en instaurar o incrementar una mutua deferencia que permita una convivencia institucional sustentable,

párr. 144; y “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

lo que coadyuvaría a la solidificación del modelo tuitivo de los derechos humanos en nuestra dimensión regional⁸⁴.

En otras palabras, la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente desde una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas), sino que corresponde hacer foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional”⁸⁵.

Corresponde, por tanto, propiciar una suerte de “fertilización cruzada” (*crossfertilization*⁸⁶) de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

III. Epílogo

1. La lucha de la justicia constitucional latinoamericana por legitimarse social y democráticamente, pugnar por su independencia funcional y económica, superar las carencias presupuestarias, erigirse en eficaz instrumento de defensa y realización de la Constitución y garante final de los derechos

⁸⁴ Remitimos a Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2° Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63/104.

⁸⁵ Góngora Mera, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, T° II, IJ - UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 2010, p. 429.

⁸⁶ Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo *mutatis mutandis* de lo explicado por De Vergottini, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.

humanos en los correspondientes ámbitos internos; son –en general– problemáticas comunes que recorren las respectivas parcelas donde actúan los órganos de la magistratura constitucional pertinente en distintas latitudes de dicho contexto jurídico regional⁸⁷.

El abastecimiento de tales objetivos en el marco del Estado Constitucional, exige una justicia constitucional sea valiente, fuerte, activa e independiente; pero simultáneamente, prudente, equilibrada, consciente de sus límites y respetuosa de la autoridad democrática del legislador.

2. La utilización mesurada de sentencias “atípicas” o “intermedias”, que pueden resultar provechosas en la dinámica del modelo constitucional; la incursión en espacios *incómodos* del control de constitucionalidad como el de la fiscalización de las pretericiones inconstitucionales; el mantenimiento del esquema de contralor de constitucionalidad previo y obligatorio de los instrumentos internacionales (si así viniera estatuido en las respectivas Constituciones); el afianzamiento de los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; y la búsqueda de una madura y eficaz interacción de la jurisdicción constitucional interna con la Corte IDH para fortalecer la salvaguardia de los derechos fundamentales; no son sino algunos de los desafíos temáticos que figuran en una agenda imaginaria que el siglo XXI impone a la justicia constitucional y al propio Estado Constitucional en Latinoamérica.

3. Un seguimiento de las experiencias normativas (constitucionales o infraconstitucionales) y jurisprudenciales europeas y latinoamericanas (éstas por medio de las citadas modalidades sentenciales “atípicas” o “intermedias”), deja al descubierto el

⁸⁷ Un acercamiento al tema puede compulsarse en Bazán, Víctor, “Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, T° I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pp. 37/61.

paulatino interés por institucionalizar o aplicar pretorianamente diversos mecanismos para superar o corregir las omisiones inconstitucionales. Al menos, se fortalece la idea de que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión tiene algo que ofrecer a favor de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia real de los derechos y la consolidación del Estado Constitucional.

4. Las fricciones entre el congreso y el tribunal, corte o sala constitucionales o el poder judicial (de acuerdo con las respectivas adscripciones a los diversos sistemas de contralor de constitucionalidad) deben recanalizarse en términos de diálogo y convivencia institucional sensatos y no ser concebidas desde un prisma confrontativo o de lucha de poder. Ello, en el marco de una deseable *dinámica armónica* en la que, sin que la magistratura constitucional abdique de su insoslayable tarea de preservar la vigencia normativa suprema de la Constitución, al mismo tiempo se muestre respetuosa de la división de poderes y la autoridad democrática del legislador.

5. Si bien explorar la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión significa ingresar a terrenos *inhóspitos* del control de constitucionalidad, ya que enlaza con complejos problemas como los de la *eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y toca puntos conflictivos al procurar corregir inercias de las autoridades competentes que pueden sentirse *invadidas* en espacios que consideran de su exclusiva discrecionalidad o limitadas antidemocráticamente; el esfuerzo vale la pena. Así, el control sobre las omisiones inconstitucionales supone un mecanismo no desdeñable para sumar en el intento de aproximar los extremos de la brecha erigida entre el discurso normológico y las concreciones pragmáticas de los contenidos de la Ley Fundamental.

6. En un contexto marcado por el crecimiento de la circulación de reglas iusinternacionales y la profundización de la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos

y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por la magistratura jurisdiccional (y otras autoridades públicas) del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional *vis-à-vis* el compacto de reglas y principios que conforman la estructura literal de la CADH (y de los demás instrumentos integrantes del *corpus juris* interamericano) y los patrones valorativos que viene forjando la Corte IDH en su labor interpretativa.

Pero ello no debe darse en el contexto de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

7. En la senda argumental que hemos transitado, que exhibe una dinámica interactiva de las fuentes jurídicas internas e internacionales, no debe perderse de vista que la Constitución, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas –v. gr.– en la CADH y los patrones hermenéuticos que a su respecto modela la Corte IDH, componen un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos humanos, que son reflejo directo de la dignidad de la persona*.

8. Para finalizar, y en una perspectiva general de discusión, puede constatarse que las bases jurídicas, políticas y axiológicas mínimas de sustentación de un cabal Estado Constitucional, son⁸⁸: *una Constitución suprema y con fuerza normativa*, al igual que los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos; *un sistema democrático no declamado sino real; el goce y el ejercicio efectivos de los derechos humanos*, porque –como afirma Ferrajoli– el progreso de la democracia se

⁸⁸ Sobre el particular, *vid.* la monografía de Bazán, Víctor, *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Cuadernos Democráticos N° 1, Fundación Konrad Adenauer Ecuador, Quito, 2009.

mide por la expansión y la justiciabilidad de los derechos⁸⁹; y, entre otros elementos, *una justicia constitucional* que asegure la normatividad y la primacía constitucionales y el respeto y la realización de aquellos derechos sin superfluas distinciones categoriales, esto es, con prescindencia de que sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales⁹⁰.

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, 1997, p. 918.

⁹⁰ Ver Bazán, Víctor, "La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales", en Bazán, Víctor (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos), Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257/300.



COMENTARIO A LEGISLACIÓN

Obra: *Magdalena*
Artista: *Luz Mala*

¿A qué palabra?

A qué palabra le perdonamos el olvido,
eximimos de explicaciones
sanciones,
cruza fronteras sin documentos
aguarda en la penumbra,
limbo
de las clasificaciones.

Mientras a otras,
acosamos
pedimos carnet de afiliación
árbol genealógico
antecedentes penales
detenemos al costado de la ruta
en un puesto de control.

Autor: Matías Fittipaldi

Sanción de la Ley Nacional 27.363

Visibilizando la violencia hacia las mujeres
evitando revictimizar a la niñez con patrones
estereotipados de género

Verónica A. Cejas

I. Introducción

La reciente sanción de ley nacional 27.363¹ constituye la primera reforma al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina agregando el art. 700 bis a su articulado y el inc. e) al art. 702. La norma que incorpora tímidamente la perspectiva de género a los casos de privación y suspensión de la responsabilidad parental moviliza a reflexionar como avanza nuestro país, a pasos lentos pero firmes hacia la consideración de las subjetividades de los grupos más vulnerables de la sociedad: mujeres, niños/as y adolescentes. Denota la enmienda el reconocimiento a la lucha ineludible de las mujeres que, amparadas en leyes y convenciones internacionales sobre violencia de género, recorren caminos pregnados de prejuicios, desconocimiento de la problemática de la violencia, tolerancia social basada en mitos, actuaciones judiciales y administrativas ausentes de compromiso con la realidad que las atraviesa, discriminación, tanto a ellas como a sus hijos/as.

La sanción de la ley en comentario advierte la importancia de las consecuencias de la violencia de género, no solo para sus víctimas –las mujeres–, sino también para sus hijos e hijas que resultan testigos, víctimas directas e indirectas de los actos, muchas veces utilizados como medio para ejercer la violencia hacia las mujeres. Luego de innumerables casos ocurridos en

¹ Ley 27.363, “Ley de Privación de la Responsabilidad Parental”, Sancionada el 31 de Mayo de 2017, Boletín oficial, 26 de Junio de 2017.

nuestro país, enmarcados en lo que se denomina “femicidio vinculado”² categoría en la que el fin del femicida es matar, castigar o destruir psíquicamente a la mujer sobre la cual ejerce la dominación, el avance de la ley civil y comercial representa el reconocimiento de la violencia de género como causa indirecta, y por qué no directa, de la violación de los derechos integrales tanto de los niños como de las mujeres³.

La incorporación a la codificación civil y comercial de la figura de la privación y suspensión de la responsabilidad parental para los casos en que uno de los progenitores resulta víctima de violencia de género parece avanzar un paso más hacia la incorporación en la legislación interna argentina de la perspectiva de género como herramienta insoslayable al momento de legislar e impartir justicia. La violencia hacia las mujeres se encuentra definida en la ley nacional 26.485⁴, cuyo art. 4° expresa: “Se entiende por violencia contra las mujeres 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. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”. Resulta un compromiso del Estado argentino asumido en

² El denominado “femicidio vinculado” es una nueva categoría donde el fin del femicida, es matar, castigar o destruir psíquicamente a la mujer sobre la cual ejerce la dominación. En ese accionar hallamos dos categorías más que agravan la situación: una, es la de las personas que fueron asesinadas por el femicida, al intentar impedir el femicidio o que quedaron atrapadas “en la línea de fuego”. La segunda sub-categoría comprende a las personas con vínculo familiar o afectivo con la mujer, que fueron asesinadas por el femicida con el objeto de castigar y destruir psíquicamente a la mujer a quien consideran de su propiedad.

³ Cejas, Verónica A. (2011), “Una mirada sobre el femicidio”, Diario *Diagonales*, contratapa de la edición, La Plata.

⁴ Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, 20-07-2010.

sede internacional al ratificar la Convención de Belem Do Pará⁵ el hecho de adecuar la legislación a fin de: “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso” (art. 7 inc. c. de la convención). Ahora bien la modificación introducida por la ley en comentario resulta pertinente en el derecho de familia, pues el instituto de la responsabilidad parental integra dicha rama, y es en este ámbito donde mayor debe ser el empeño, tanto del legislador como de los operadores jurídicos, de incorporar la perspectiva de género como eje de sus prácticas, pues es allí donde más se vivencia la violencia.

Ya algunos países de habla hispana, como es el caso de México⁶, mediante la redacción del Protocolo para juzgar con Perspectiva de género han establecido pautas concretas en este sentido: “Poner a disposición una herramienta para aplicar el enfoque de género en el proceso de juzgar, impulsando criterios basados en el derecho a la igualdad y dar cumplimiento a los mandatos de la CEDAW⁷, la Convención de Belém do Pará y las recomendaciones de los organismos de derechos humanos”⁸. La igualdad que emana como principio de las convenciones debe ser una igualdad de tipo real, no solo formal o mera declamación de la ley, y ello se debe ver plasmado en las sentencias

⁵ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belem do Pará (1994) aprobadas por el Estado Argentino Ley 24.632.

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación Pino Suárez 2, Col. Centro, Delegación Cuauhtémoc C.P. 06065, México, D.F. www.supremacorte.gob.mx

⁷ Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, (1979) Ley 23.179.

⁸ CEDAW (art. 5) “...modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en fuciones estereotipadas de hombres y mujeres”. BELEM DO PARÁ (art. 6) se garantiza el derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación, y su derecho a ser valoradas “libres de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

judiciales donde se pretendan restablecer derechos vulnerados de las mujeres y los niños/niñas. En el marco de justificación de la implementación del protocolo mexicano se observa como también sucede en nuestro país que se sostienen aún hoy estereotipos en el discurso judicial, estos sostienen los obstáculos para el acceso a la justicia y promueven la impunidad. Por ello desde México se sostuvo que es necesario incorporar una argumentación con enfoque de género: 1) en el trabajo de quienes administran justicia; 2) en el trabajo de los litigantes –abogados y abogadas– y 3) en el trabajo de defensores y defensoras de Derechos humanos. Los estereotipos de género, expresa el protocolo, resultan problemáticos cuando: niegan un derecho o beneficio, imponen una carga, marginan a la persona o su dignidad.

En este contexto se analiza a continuación la reciente sanción de la ley 27.363 desde una perspectiva de género que la atraviesa, intentando remarcar sus aciertos y algunos vacíos que, a pesar de los esfuerzos legislativos han quedado pendientes para los grupos vulnerables a los que ampara.

II. La privación de la responsabilidad parental desde una perspectiva de género

Sin perjuicio de mantenerse todas las causales que dan lugar a la aplicación del instituto de la privación de la responsabilidad parental del artículo 700 del Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCCN–, entre las que se encuentra: la condena por la comisión de delito doloso contra la persona o los bienes del hijo –en sus diferentes grados de participación–, como su abandono, la exposición del hijo a peligro en su seguridad, salud física o psíquica y la declaración del hijo en estado de adoptabilidad, la reforma agrega un artículo que regula específicamente otros supuestos vinculados a los actos perjudiciales de los progenitores hacia sus hijos aplicando perspectiva de género.

El artículo 700 bis enumera causas de privación en las cuales se ve afectada directamente la persona física del otro progenitor, como el caso extremo de homicidio agravado por el vínculo y

femicidio –para el caso de la mujer–, la violación a la integridad física pero en menor grado, lesiones graves, protección que alcanza al otro progenitor y también al hijo/a. Por último la vulneración del derecho a la integridad sexual que deriva de actos de abuso sexual, violación y sometimiento ultrajante en la persona del hijo o hija es también sancionada por el legislador. Así pues, el art. 700 bis del CCCN dispone en su primer inciso que debe privarse de la responsabilidad parental al progenitor por: “a) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el artículo 80, incisos 1 y 11 del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor”. Nótese que contempla en principio distintos grados de participación en el delito de homicidio agravado por el vínculo ya sea en calidad de autor, coautor, instigador o cómplice del homicidio del otro progenitor remitiendo al artículo 80 inc. 1 del Código Penal Argentino⁹. Este último ampara a todas aquellas relaciones de parentesco incluyendo a los parientes en líneas ascendiente y descendiente y se extiende a cónyuges, ex cónyuges y personas con quien se mantuvo relación de pareja. Se entiende que el progenitor afín no se encuentra alcanzado por la norma pues éste solo ejerce la responsabilidad parental en los casos de delegación del art. 674 del CCCN creándose una situación de disvalor hacia los niños en estos supuestos. En palabras de Basset¹⁰ (2017) “El texto original tenía un gran mérito, que a su vez era su defecto: contemplaba, además de los padres, la figura del progenitor afín. El texto original decía: “Art. 700 bis. Privación al femicida. Queda privado

⁹ Artículo 80 inc. 1) C.P: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)”.

¹⁰ Basset, Úrsula C. “La privación automática de la responsabilidad parental y sus presupuestos. Reforma al Código Civil y Comercial”, revista La ley, LEY 03/07/2017, Cita Online: AR/DOC/1708/2017.

de responsabilidad parental el progenitor o progenitor afín que sea condenado como autor, coautor, instigador o cómplice por el delito de homicidio agravado conforme art. 80, inc. 11 del Cód. Penal contra la progenitora o progenitora afín de las hijas o hijos en común o afines con la víctima, respecto de ellos”. El problema salta a la vista: el progenitor afín no goza de la titularidad de la responsabilidad parental, ergo no puede ser privado de ella. Pero ese problema era a su vez su enorme ventaja: el progenitor afín puede gozar del ejercicio de la responsabilidad por delegación de los padres o en la hipótesis del ejercicio conjunto con el otro progenitor, tiene derecho de comunicación (si es conforme al superior interés del menor y se lo considera un referente afectivo), si está casado, será además un pariente, con lo que tiene derecho de comunicación y es sujeto de la obligación alimentaria.”. Parece que la modificación introducida antes de la sanción de la ley 27.363 resulta exacta, pues no se condice el texto original con el instituto de la responsabilidad parental y su privación. Ahora bien, será un trabajo a futuro repensar de que otro modo se regulará esta especie de vacío legal pues a la luz de las nuevas formas de familias, donde la *ensamblada* resulta una organización familiar habitual en la realidad argentina, el rol de los progenitores afines es cada vez mayor y en ese contexto la violencia de género –especialmente el abuso sexual infantil– resulta posible pero carece de sanción en relación al instituto que se analiza. Se entiende que mayor deberá ser la preocupación del legislador en el ámbito del derecho de familia en los casos de abuso sexual infantil –más allá de la pertinente sanción penal al abusador/progenitor afín– y la limitación en el ejercicio de la responsabilidad delegada pues es en ese contexto donde más ocurren los casos, como más adelante se verá.

Repasando el inc. 11) del art. 80 del C.P el mismo agrava la calificación legal del homicidio cuando el autor del delito resulta un hombre, su víctima una mujer y media violencia de género¹¹.

¹¹ Artículo 80 Inc. 11) “A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y media-re violencia de género. (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)”.

La remisión en ambos casos a los incisos que regulan las agravantes del homicidio denotan por un lado, la relevancia que el legislador ha querido imprimirle a la condición de víctima de violencia de la mujer, que muchas veces se ve atrapada en una realidad de vida donde la única salida resulta la defensa a la agresión reiterada e impartida por el hombre que se despliega en los ciclos de la violencia. Y por otro lado, la protección máxima a los niños y niñas que muchas veces resultan testigos presenciales de los actos de violencias en sus diferentes tipos, desplegada por sus propios padres hacia sus madres.

Conforme lo establece la ley nacional 26.485¹² y en ámbito de la provincia de Buenos Aires la ley 14.509 existen distintas modalidades de violencia de género, la violencia física, psíquica, moral, simbólica, reproductiva, económico, entre otras, amparadas por la normativa. Y en correlación a dichos tipos es que se sanciona con la privación de la responsabilidad parental al agresor en la ley en comentario. Esta protección también resulta a todas luces una máxima emanada tanto de la Convención Internacional de los derechos del niño¹³ que reza: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. La niñez por su estado de vulneración y su dependencia absoluta en los primeros años de vida de sus padres, representantes, guardadores o tutores se ve expuesta

¹² Ley 26.485 (2009) “Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollan sus relaciones interpersonales”.

¹³ Artículo 19 CDN Inc. 2)...” Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

al interior de las familias muchas veces al maltrato infantil en sus diversas formas de expresión. Este maltrato es también prohibido por nuestro código civil y comercial en el artículo 647 del CCCN que establece: “Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado. Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes...”, y de las Convenciones ya citadas de Belem Do Pará y Cedaw.

El gran plexo normativo que nuestro país ratificó en el marco de los derechos humanos reconocidos internacionalmente en diversas convenciones, entre los que se encuentra el derecho de la mujer y sus hijos/as a una vida sin violencia reafirma la postura de sancionar y erradicar la violencia de género. Uno de los lemas de la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer postula “la modificación de patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (CEDAW, art.5). Pues de la idea de superioridad de un género sobre el otro emergen las conductas violentas que exponen al género femenino a la pérdida de muchos de sus derechos, inclusive el derecho más preciado, la propia vida.

Retomando el estudio de la nueva ley 27.363 la causal de homicidio agravado o su tentativa, contra la persona del progenitor conlleva la pérdida inmediata de la responsabilidad parental, de pleno derecho, siempre que exista condena firme. Esta última condición que emana del párrafo sexto del art. 700 bis trae aparejada una serie de cuestiones complejas atinentes a los tiempos procesales que quizás deban revisarse con el devenir de la aplicación. Para arribar a una sentencia firme en sede penal deberá agotarse toda la vía recursiva que el imputado posee, léase primera instancia ante el Tribunal criminal, Cámara de Apelaciones, Casación penal y Suprema Corte, lo cual podría llevar años de proceso judicial y la ausencia de la aplicación del

instituto de la privación, tal y como se encuentra regulado. Pues bien habrá que reconsiderar esta obstáculo de tipo procesal en la aplicación de la norma civil pues los derechos en pugna son en verdad relevantes y la propia Convención de los derechos del Niño estipula que ante la oposición de intereses entre derechos de un adulto –en este caso la Debida Defensa en juicio– y el derecho de un niño –afección directa o indirecta a integridad física, psíquica o sexual– debe prevalecer este último.¹⁴

Continuando con el análisis, el inciso b) del art. 700 bis del CCCN, dispone la privación de la responsabilidad parental para aquel progenitor que hubiese incurrido en el delito de *Lesiones Graves* –art. 91 del CP–, en sus distintos grados de participación, sea contra la persona del otro progenitor o de su hijo o hija¹⁵. La norma penal contiene una serie de lesiones como la que deriva en una enfermedad mental o corporal, la afección a un órgano, miembro o su uso, entre otras. La protección legal se entiende pretende preservar no solo al progenitor que se ve disminuido en sus capacidades físicas o mentales, por las lesiones producidas por el otro, sino también a los hijos del victimario que puedan resultar lesionados. Resultaría una doble revictimización hacia los hijos el hecho que el mismo progenitor que violando la manda legal del art. 647 del CCCN citado –prohibición de los malos tratos, menoscabo físico, psíquico– continúe ejerciendo los derechos que emanan de la responsabilidad parental, por ejemplo, cuidado del hijo, orientación, educación, delegación de la responsabilidad parental, representación y administración de su patrimonio, entre otros.

Sin perjuicio de lo dicho se debe consignar que la excepción a los efectos jurídicos de la privación de la responsabilidad parental, tal como se la dispuso en la reforma, la representa la

¹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849, 1990.

¹⁵ Artículo 91 “Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir”.

subsistencia en todos los casos del deber alimentario del progenitor, en todos los casos aún en la suspensión, pues así lo establece expresamente el art. 704 del CCCN: "Subsistencia del deber alimentario. Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.". Conforme palabras de Mizrahi, citado por Basset¹⁶ refiriéndose especialmente al derecho de comunicación del progenitor privado de la responsabilidad parental, el autor expresa: "...la determinación de la extensión de los efectos de la pérdida de la responsabilidad parental debería quedar sujeta al mejor interés del niño, a determinar en concreto (Mizrahi, 2015)¹⁷". Habrá que considerar el perjuicio o beneficio que pudiera emanar de tal comunicación, ya que el progenitor agresor se encontrará quizás detenido en una unidad carcelaria, por ejemplo, y el niño transitando un trauma psicológico a veces cuasi irreparable como es en algunos casos extremos, la pérdida de su madre por el acto violento de su padre. En este punto la reforma omitió quizás reparar en este escollo, pues además de la pérdida de la responsabilidad parental debió regular la obligatoriedad de realizar tratamientos psicológicos, tanto para el agresor –progenitor victimario– como para el grupo afectado, especialmente cuando de niños o adolescentes se trata. Quedará en manos de los operadores jurídicos, jueces de familia o tribunal de familia dependiendo la jurisdicción de que se trate, la responsabilidad de actuar con la debida diligencia en cada caso y junto a un equipo interdisciplinario que acompañe y la escucha del niño, resolver conforme al interés superior en su caso sin perder de vista la perspectiva de género y circunstancias reales.

Por último, el artículo 700 bis establece en el Inc. c) que será privado de la responsabilidad parental aquel progenitor que resulte: "Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el

¹⁶ Basset, Úrsula C. "La privación automática de la responsabilidad parental y sus presupuestos. Reforma al Código Civil y Comercial", Publicado en: LA LEY 03/07/2017, 03/07/2017, 1, Cita Online: AR/DOC/1708/2017.

¹⁷ Mizrahi, Mauricio Luis (2015) "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 482.

artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata. El art. 119¹⁸ del Código Penal, en rigor de verdad describe tres conductas punibles para su autor: primero el abuso sexual de un menor de 13 años o cuando media violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio por la posición de autoridad, poder o dependencia; el sometimiento sexual gravemente ultrajante que se configura por la duración del abuso; y por último el agravamiento en caso de violación. La remisión a la normativa penal resulta acertada pues el abuso sexual, en este caso infantil, resulta una forma de violencia sea que se cometa contra la mujer como cuando es realizado violando la integridad sexual del hijo/a. La norma punitiva en su primera parte sanciona el abuso sexual contra un menor de 13 años o por el uso de la violencia y en el segundo apartado establece que las penas se agravan cuando: “art. 119 inc. b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; y art. 119 inc. f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo”. Resulta trascendente esta remisión pues si se piensa en las características del abuso sexual infantil (A.S.I) y rememorando palabras de ex juez Carlos Rozanski¹⁹ (2003) “el delito se caracteriza por: el secreto-silencio, la confusión, la violencia en un 100%, naturalización de la situación de abuso y/o amenazas del agresor, y responsabilizar al abusado

¹⁸ Art. 119 “Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”.

¹⁹ Rozanski, Carlos A. (2003) “*Abuso sexual infantil, Denunciar o Silencio*”, B Ediciones.

(niño, niña). Los abusos y violaciones contra la integridad física, moral, espiritual, etc., y la vulneración de los derechos de los niños configuran una cuestión de estado, una cuestión pública por ende es responsabilidad estatal por el art. 75 Inc. 22 CN y el art. 72 del CP, intervenir de oficio”. El autor propone para su abordaje y tratamiento: “no realizar una intervención desarticulada, o sea el juez de la causa debe tener en cuenta la opinión de otras disciplinas para la mejor solución del caso, escuchar la opinión de los especialistas, evitar la revictimización y el aumento de la impunidad por la intervención desarticulada, no poner en peligro a la víctima, no dejar de ir a la comisaría, soslayar el contacto de los niños con la policía, no hacer exposiciones civiles, son ilegales directamente la denuncia penal”. La privación de la responsabilidad parental que contempla el código en el art. 700 bis para los casos de abuso sexual de hijos o hijas procura se entienda terminar con la revictimización que implica mantener a un niño o adolescente en el ámbito, círculo cercano y bajo la autoridad del abusador/violador. El progenitor representa para el hijo la autoridad, respeto, el hijo depende de su progenitor y este último puede ejercer poder sobre su persona, sumando ello al silenciamiento que el abuso conlleva y a las amenazas que pueden realizarse a fin de guardar el secreto dentro de ese vínculo tan personal entre padre/hijo/a. Por ello, el legislador ha querido plasmar en esta sanción traducida en la privación de la responsabilidad las consecuencias gravísimas que se desprenden de las situaciones de abuso, sometimiento y violación pues de continuar ejerciéndose los deberes/derechos que emanan de la responsabilidad se libera un espacio de arbitrio para el progenitor que amparado en el derecho vigente quizás pueda continuar con ese tipo de abusos. El abordaje de esta problemática desde una perspectiva de género y mediante la interdisciplina resulta fundamental, piénsese en un caso de una niña violada por su padre que concibe un hijo de éste. Resultaría una expresa revictimización que luego de tal acto tuviera que acatar los mandatos del padre o mantener una comunicación a fuerza de cumplir un derecho.

Finaliza el art. 700 bis disponiendo que en los casos de privación de la responsabilidad parental se debe comunicar al Ministerio Público –Asesor de menores o Defensor del niño– a fin de que se dispongan las distintas acciones previstas por el art. 703 del CCCN, esto es la continuación del ejercicio de la responsabilidad parental por el otro progenitor, o el arbitrio de los medios necesarios para instar la acción de adopción, tutela del niño o guarda a un pariente, considerando su interés superior en cada caso. Asimismo, la reforma prevé la asistencia letrada del niño, niña o adolescente a fin de ejercer su derecho a ser oído y que su opinión sea considerada y la comunicación al Servicio Local de promoción y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes o autoridad similar que cumpla dicha función en el ámbito local. Remite el artículo 700 bis al art. 26 del CCCN, facultando al niño o adolescente que cuente con edad y grado de madurez suficiente a elegir a un letrado para que lo represente ante la conflictiva con su progenitor agresor y al art. 27 de la ley nacional 26.061 de promoción y protección de niños, niñas y adolescentes. Este último artículo de la ley nacional 26.061 amplía y especifica las facultades y derechos de los niños/as y adolescentes en los procesos tanto judiciales como administrativos regulando su derecho a ser oídos, que su opinión sea considerada, derecho a elegir un letrado y participar activamente en el proceso donde se resuelve sobre sus derechos, todo ellos en el marco de las convenciones de derechos humanos, la convención especial de niñez y las normas constitucionales que los amparan.

Un tema trascendente que regulaba el proyecto de reforma pero suprimido por la ley 23.363 es la posibilidad de Rehabilitación emanada del art. 701 del CCCN para los casos de privación de la responsabilidad parental. La norma dispone: “Rehabilitación. La privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo. En comentario a la reforma Solari²⁰ (2017) expresa: “Por lo demás,

²⁰ Solari, Nestor E. (2017), “Violencia de género y responsabilidad parental Reforma al Código Civil y Comercial”, La Ley, Año LXXXI N° 128, 2017 D, Bs. As., Argentina, pp. 1-4.

acertadamente se ha suprimido una disposición proyectada, que propiciaba el dictamen de mayoría de la Comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de la Cámara de Diputados, y que, ante las críticas suscitadas en distintas disidencias en el dictamen, en el recinto se desistió de su inclusión. Esto es, la imposibilidad de la rehabilitación consagrada en el art. 701 del Código Civil y Comercial. De haberse mantenido la primitiva redacción, se habrían producido dos situaciones incompatibles. En primer lugar, habría importado introducir nuevamente la figura de la “pérdida” de la responsabilidad parental, que ha sido suprimida en el derecho argentino en el año 1985, con la ley 23.264, que modificó el régimen de Filiación y Patria Potestad. La pérdida de la entonces *patria potestad* –vigente hasta el año 1985– significaba una sanción definitiva, no pudiéndose restituir el vínculo paterno-filial, pues adquiriría el carácter de definitiva... En segundo lugar, de haberse consagrado aquella primitiva redacción de lo que constituye la ley 27.363, el art. 700 bis habría denominado “privación”, a lo que hubiera sido “pérdida” de la responsabilidad parental”. Por ello se entiende que el legislador interpretando el beneficio que resulta para un niño o niña en desarrollo criarse en lo posible con su familia de origen y sus padres ha priorizado el interés superior en el caso. Esta resulta una máxima de la Convención de la niñez y de las leyes 26.061 y 13.298 pues es una excepción la separación del niño/a o adolescente de su entorno afectivo familiar más cercano. Habrá que ser muy cuidadoso al analizar cada caso a fin de evitar la exposición de los más vulnerables a nuevas afecciones como se explicara más arriba.

III. La suspensión de la responsabilidad parental desde una perspectiva de género

La ley 27.363 en análisis mantiene todas las causas de suspensión de la responsabilidad parental enumeradas en el art. 702 del CCCN: la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, la condena de reclusión o prisión por más

de tres años, la declaración de limitación de la capacidad del progenitor que le impide ejercer su rol y la convivencia del hijo con tercero separado de sus padres por razones graves.

La ley de reforma introduce un nuevo inc. e) al art. 702 del CCCN, que reza: “El procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis. El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061. No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso en los casos del artículo 700 bis incisos a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género.” Evidencia la incorporación del inciso la preocupación del legislador de sancionar efectivamente al progenitor victimario de violencia de género salvaguardando la posible defensa que pudiera desplegar la víctima de este tipo de “violencias”. Ello pues no resulta justo que a la progenitora que se vio obligada a defender su vida e integridad física de un posible feminicidio o lesión grave, se le añada la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental pues la situación de peligro se condice con la reacción. Como se explicará a continuación, el ciclo de la violencia se repite de manera constante en las relaciones de pareja pudiendo arribar a una instancia donde se acortan considerablemente las etapas de tensión y su estallido exponiendo al cuerpo mismo de la mujer.

La socióloga (Walker, 1979) investigó el por qué las mujeres golpeadas no podían ver alternativas a su situación de ser agredidas. Walker concluye, que estas mujeres al ser aisladas y golpeadas en etapas iniciales de su relación, trataban de cambiar la situación con relativo éxito traducido en la minimización o posposición de la violencia, pero que pasado un tiempo este

control empezaba a disminuir y la violencia regresaba. Con este enfoque y su experiencia sobre mujeres golpeadas, desarrolla la teoría del Ciclo de la violencia conyugal. El ciclo comienza con una primera fase de *Acumulación de la Tensión*, en la que la víctima percibe claramente cómo el agresor va volviéndose más susceptible, respondiendo con más agresividad y buscando motivos de conflicto en cada situación. La segunda fase supone el *Estallido de la Tensión*, en la que la violencia finalmente explota, dando lugar a la agresión tanto verbal como física. La tercera fase, denominada de “*Luna de Miel*” o Arrepentimiento, el agresor pide disculpas, hace regalos y trata de mostrar su arrepentimiento. Esta fase, se va reduciendo con el tiempo, siendo cada vez más breves los lapsos y llegando a desaparecer por completo. Este proceso cíclico, pretende explicar la situación en la que se despliega la violencia física, la cual no aparece de manera repentina, sino que es la manifestación física de un proceso continuo de micro violencias, esto es la violencia psicológica, la coerción y las amenazas hacia las mujeres, que apuntan a someterlas y controlarlas²¹.

En igual sentido Manuela González y Gabriela Galletti²² (2015) resumen en un trabajo de campo, los posibles factores de riesgo de la violencia en los casos de mujeres pobres, especialmente, a saber:

- Historial de violencia de la familia de origen, de parejas anteriores y especialmente de la pareja actual, acreditados en denuncias previas, hospitalizaciones por golpes o episodios poco claros de caídas, accidentes, o intentos de suicidio, el historial de parejas anteriores o de la familia de origen permite predecir la dificultad de la mujer para reconocer la violencia y su grado de tolerancia ante los episodios violentos o la violencia sostenida;

²¹ Aramburu Romina y Cejas Verónica A., (2012) “*Taller experimental sobre violencia familiar y género*” Artículo Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; año 9, no. 42, p. 20.

²² González, Manuela, G., Galletti, Hilda, G., (2015). “*Intersecciones entre Violencia de Género, Pobreza y Acceso a la Justicia: El Caso de la Ciudad de La Plata.*” Oñati Socio-legal Series [online], 5 (2), 520-546.

- Incremento de la violencia, por achicamiento del ciclo de la violencia con extensión de la fase aguda de golpes y explosión de violencia más brutal;
- Amenazas de muerte, de suicidio del agresor si ella lo abandona o intentos de ambos;
- Consumo de drogas, alcohol o medicación psiquiátrica por parte del agresor, de la víctima o de ambos;
- Sentimientos de desesperanza o baja autoestima de las mujeres maltratadas, clínicamente significativos que afectan su desempeño cotidiano y su capacidad de reacción;
- Mantener conductas sexuales de riesgo;
- Embarazo;
- existencia de enfermedades físicas o psicológicas por parte del agresor o de la mujer maltratada que se correlacionen positivamente con el aumento del maltrato o la pasividad;
- Falta de recursos económicos, sociales y de red de contención familiar-afectiva.

De esta caracterización de la violencia de género y sus ciclos y de los propios factores expuestos se justifica la decisión adoptada por el legislador en la parte del art. 702 que dispone “o en sus antecedentes mediare violencia de género” refiriéndose a la imposibilidad de aplicar la suspensión de la responsabilidad parental a la progenitora/víctima, pues quizás la denuncia penal o el acceso efectivo a la justicia se vislumbre en una situación muy crítica para la mujer por el ciclo mencionado de violencia y su repetición. No se está ante la justificación de la violencia como forma de respuesta a una agresión previa sino que se debe considerar que la relación de tipo asimétrica que existe entre el hombre y la mujer en este tipo de relaciones coadyuva a la imposibilidad de la mujer de escapar de esta situación sumándose el ciclo de la violencia que coarta también los medios por la etapa de “luna de miel” mencionada que hace creer a la mujer que “el cambiará”.

Retomando el articulado el 702 CCCN dispone “El auto de procesamiento o acto equivalente” posee entidad suficiente para

suspender el ejercicio de la responsabilidad parental a diferencia de lo que sucede en el caso de privación ya comentado donde dependerá de una sentencia firme de condena la privación. Dictado el procesamiento del progenitor agresor quedará suspendida la responsabilidad parental. Seguidamente reitera la normativa lo ya comentado respecto de la comunicación de estas actuaciones tanto al Ministerio público u organismo que ejerza la representación promiscua de los niños, niñas o adolescentes, la facultad de estos últimos de elegir conforme su grado de madurez a un letrado de su confianza que los asista y la intervención de los Servicios locales o zonales de niñez y adolescencia todo ello conforme los artículos 26 del CCCN, 27 de la ley nacional 26.061. Se remite en todo a lo ya desarrollado en idéntico sentido respecto a la privación de la responsabilidad parental en el punto 3) del presente trabajo.

En ambos casos, sea que se configure alguna causal de privación o de suspensión de la responsabilidad parental el art. 3 de la ley 27.363 dispone que la norma se aplica a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución y siendo la violencia de género y la protección de la niñez cuestiones trascendentales para avanzar en una sociedad justa e igualitaria la redacción ratifica la postura argentina en la lucha.

Es importante resaltar que, recientemente y en consonancia con lo que se viene exponiendo, la Legislatura de la Ciudad autónoma de Buenos Aires sancionó la creación de un “Régimen de Reparación Económica para niñas, niños, adolescentes y jóvenes víctimas colaterales de femicidios”, a fin de proteger a los niños que quedaron huérfanos de madre y con su padre en prisión, procesado o condenado. La asignación consiste en el pago mensual de un monto en dinero equivalente a la jubilación mínima a cada menor afectado, que hará efectivo el Estado de la Ciudad de Buenos Aires y percibirá el tutor, curador, adoptante o familiar a cargo. Los beneficiarios también tendrán cobertura médica asistencial. Podrán acceder a esta reparación los niños cuando *“su padre haya sido procesado o condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de delito de femicidio contra su*

madre” y también “cuando la acción penal seguida contra su padre, en la causa donde se investigue el homicidio de su madre, se haya declarado extinguida por muerte de aquél”. La protección alcanza a los menores de 21 años y a los extranjeros mientras residan en el territorio. La particularidad de la norma reside en que establece el beneficio también para aquellas personas víctimas colaterales de femicidios antes de la entrada en vigencia de esta ley, que también tendrán derecho a percibir la reparación económica, pero sin retroactividad.²³

IV. Reflexiones finales

La responsabilidad parental históricamente ha sido un instituto del derecho de familia que con el devenir de los tiempos y los avances de la sociedad, especialmente con las nuevas formas familiares ha visto modificada su regulación con el cometido de adecuar sus fines a las nuevas realidades vinculares. De una mirada proteccionista hacia la niñez donde la función paterno/materno filial trascendía la subjetividad de los protegidos “niños, niñas y adolescentes” se pasa a una institución donde además de la protección –tanto de la persona como de los bienes de los hijos– se revaloriza el apoyo y acompañamiento para un desarrollo y formación integral de los sujetos. Justamente de dicha consideración de sujeto titular de derechos como eje central de la nueva regulación emanan: su escucha, opinión y participación activa en los procesos conforme su grado de madurez.

La ley 27.363 complementa una serie de leyes sancionadas que parten de una mirada más integral sobre la protección y promoción de los derechos de los niños/as pues estipula de manera expresa sanciones a sus representantes legales ante la vulneración de sus derechos. La ley comentada pone un límite al ejercicio abusivo de los derechos/deberes de los progenitores pues la afección a la integridad física, psicológica y sexual contraría el fin mismo de la responsabilidad parental estableciendo

²³ www.legislatura.gov.ar

la norma sanciones especiales para los casos de violencia de género por sus connotaciones particulares.

Ahora bien existen tres cuestiones que merecen ser consideradas a fin de no tornar ilusoria la aplicación de la legislación que con buen tino se sanciona: la primera continuar considerando a la “transversalidad de género”²⁴ como herramienta inescindible de todas las políticas públicas de gobierno, no sólo de aquellas que atienden a los derechos de la mujer sino a los otros grupos vulnerables: niños/as y ancianidad. En segundo lugar considerar al principio de igualdad entre hombres y mujeres como un principio que se expresa en un sentido formal, la ley y en otro real, igualdad real de oportunidades en el ejercicio de todos los derechos amparados por el orden interno e internacional. Esto conlleva explícito la obligación desde el propio Estado de prevenir y erradicar los patrones culturales y sociales que sostenidos y tolerados reproducen modelos donde se revaloriza lo masculino y se subvalora lo femenino, pues esos patrones se transmiten de generación en generación empezando por las familias y a los niños y niñas.

Alguna autora ha mencionado: *“Sin embargo, hay una cuestión que debe llamarnos poderosamente la atención de los que trabajamos y trabajan el género: “El enfoque está en la mujer, las dimensiones sociales y culturales de la masculinidad se tratan de forma implícita, y no explícita. Además, gran parte de la actual investigación intercultural no solo se refiere a las mujeres, sino que está hecha por y, en cierto sentido, para las mujeres”*²⁵. Y en forma menos políticamente correcta, deberíamos afirmar, continúa expresando Glanc que *“demasiadas*

²⁴ “Transversalidad de Género” significa que los gobiernos no concentren estas políticas únicamente en un ministerio o área de la mujer, sino que controlen el impacto de las políticas desarrolladas por cada una de las áreas gubernamentales sobre la situación de las mujeres y varones.

²⁵ Cross, Judith Sh., (1990) *“Cultural perspectives on sexual differentiation”*. En Herant A. Katchadourian, *Human Sexuality; comparative and developmental perspectives*, University of California Press, 1979, p. 269, en David D. Gilmore, *“Hacerse hombre. Concepciones sobre masculinidad”*, Paidós Básica, Barcelona, p. 15”.

*personas que pueblan las instituciones del feminismo de Estado han hecho del sectarismo su razón de ser, al tiempo que producen discursos cerrados y claustrofóbicos*²⁶. Toda mirada parcializada no inclusiva de todos los protagonistas limita la solución del problema de la violencia de género, por ello se considera que la norma de reforma debió prever el tratamiento del agresor más allá de la privación de la responsabilidad y su suspensión pues la interdisciplina se impone como requisito sine qua non a fin de abordar y tratar la violencia y sus consecuencias. Esto último considerando que la rehabilitación es posible en el caso de privación no debió omitirse mínimamente con un lineamiento general desde el área del derecho de familia.

Por último, y en tercer término, como se suele escuchar “los jueces hablan por sus sentencias” y la ausencia hoy de un protocolo para juzgar los casos con una perspectiva de género parece una tarea pendiente para nuestro país. Las sentencias resultan herramientas de transformación social es por ello que la importancia de su contenido trasciende el efecto entre las partes pues su autoridad alcanza a toda la sociedad. La decisión adoptada por México que fuera comentada en el cuerpo del trabajo se traduce en una decisión gubernamental esencial, pues legislación y aplicación de la ley están directamente correlacionadas. De nada sirve poseer dignísimas leyes protectorias de los derechos de mujeres y niños/as si el poder judicial que las interpreta y aplica mantiene la mirada de aquellos patrones estereotipados que reproducen “las violencias” que las propias convenciones –Cedaw y Convención de Belén Do Pará– mandan a erradicar y sancionar.

La posibilidad de visibilizar otras secuelas importantes que conlleva la violencia de género y la violencia familiar en consagración con una protección a la que llamamos “integral” de los derechos de niños/as y adolescentes restablece y da un paso más adelante en el postulado que debiera practicarse

²⁶ Guasch, Oscar (2000) “La crisis de la heterosexualidad”, Laertes, Barcelona, p. 71.

habitualmente en la sociedad: el derecho fundamental de todo ser humano a vivir una vida “sin violencia”.

Bibliografía

- Aramburu, Romina y Cejas, Verónica A., (2012) “*Taller experimental sobre violencia familiar y género*” Artículo Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; año 9, no. 42, p. 20.
- Basset, Úrsula C. “*La privación automática de la responsabilidad parental y sus presupuestos. Reforma al Código Civil y Comercial*”, revista La ley, LEY 03/07/2017, Cita Online: AR/DOC/1708/2017.
- Cejas, Verónica A., “*El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva: segregación femenina, invisibilización de la violencia y sobrevaloración de la masculinidad contra acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y género*”, publicado en el Colegio de abogados de La Plata, año 2011.
- “*Una mirada sobre el femicidio*”, Diario *Diagonales*, contratapa de la edición, La Plata, 01/12/2011.
- Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) Leyes Nros. 23.179
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, 1994) aprobadas por el Estado Argentino Ley24.632.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849, 1990.
- Cross, Judith Sh., (1990) “*Cultural perspectives on sexual differentiation*”. En Herant A. Katchadourian, Human Sexuality; comparative and developmental perspectives, University of California Press, 1979, p. 269, en David D. Gilmore, “Hacerse hombre. Concepciones sobre masculinidad”, Paidós Básica, Barcelona, España.
- González, Manuela, G., Galletti, Hilda, G., (2015).” *Intersecciones entre Violencia de Género, Pobreza y Acceso a la Justicia: El Caso de la Ciudad de La Plata.*” Oñati Socio-legal Series [online], 5 (2), 520-546.
- Guasch, Oscar (2000) “La crisis de la heterosexualidad”, Laertes, Barcelona.

Ley Nacional 26.485 (Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), 20/07/10.

Ley 27.363, “*Ley de Privación de la Responsabilidad Parental*”, Sancionada el 31 de Mayo de 2017, Boletín oficial, 26 de Junio de 2017.

Mizrahi, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015.

Rozanski, Carlos A., “*Abuso sexual infantil. Denunciar o silenciar*”. Ediciones B. Bs As, 2003.

— “*Maltrato Infantil. Riesgos del compromiso profesional*” Editorial Universidad. Compilador Silvio Lamberti. Buenos Aires 2003

Solari, Néstor, E. “Violencia de género y responsabilidad parental Reforma al Código Civil y Comercial, La Ley, AÑO LXXXI N° 128, 2017 D, Bs.As., 10 de julio de 2017, Argentina.

www.legislatura.gov.ar

www.supremacorte.gob.mx

El debilitamiento del principio de legalidad

La aplicación retroactiva del régimen prescriptivo regulado por las leyes 26.705 y 27.206 a delitos contra la integridad sexual suscitados previo a su entrada en vigencia

Bruno Strassera

“En ciertas situaciones extremas, la ley es insuficiente. Y para compensar su insuficiencia, es necesario actuar fuera de la ley. Luchar por la justicia natural. Esto no es venganza. La venganza no es un móvil válido, es una respuesta emocional. No, nada de venganza. Solo castigo”.

The Punisher, 2004

I. Introducción

Con la sanción de la ley 26.705 –año 2011–, se modificó el régimen de prescripción de delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores de edad. En estos casos, el término prescriptivo comenzaba a correr desde que el menor –víctima– arribaba a la mayoría de edad.

Cuatro años más tarde, dicho régimen fue modificado por la ley 27.206, la cual suspendió la prescripción de la acción hasta el momento en que la víctima, habiendo cumplido la mayoría de edad, efectuara la denuncia. Desde entonces, los delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores pueden ser denunciados sin límite temporal alguno, ya que el plazo prescriptivo comienza una vez interpuesta la denuncia –momento a partir del cual las reglas prescriptivas regulares adquieren operatividad–.

El propósito de este trabajo es analizar uno de los certificados de la metamorfosis de la filosofía penal de los derechos humanos, que de a poco va abandonando su esencia de “muro de protección” frente al castigo estatal, para alzarse como el principal estandarte del neopunitivismo: la aplicación de las disposiciones reformadas por las leyes mencionadas a hechos suscitados previo a su entrada en vigencia.

II. Aclaraciones preliminares

II.1. Estado de Derecho y principio de legalidad

Si bien el fundamento del *ius puniendi* puede encontrarse en diversas concepciones políticas, aquí se zarpará de un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

El contractualismo –como base teórica– permitió a los Estados nacionales monopolizar el uso de la fuerza en favor de la defensa de los derechos individuales. Así, la imposición de la sanción por parte del Estado adquiriría legitimidad, garantizando, a la postre, la libertad¹. Para Kant, el Derecho está ligado *per se* a la posibilidad de ejercicio de coerción, pero esta última sólo encontrará justificación en los casos en que impida una limitación a la libertad; es decir, sólo tendrá sentido en la medida en que tienda a resistir las intrusiones en la libertad de cada uno².

De este modo, la legalidad se transformó en un principio de la teoría del contrato social, presuponiendo una organización política basada en la división de poderes, donde la ley caía dentro de la esfera de competencia exclusiva de los representantes del pueblo –el Poder Legislativo–.

Beccaria nos trae claridad:

[...] sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador,

¹ Habermas, Jürgen, “Facticidad y Validez”, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 90 y 91

² Kant, Immanuel, “Introducción a la Teoría del Derecho”, pp. 70-80 en particular, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Los jueces no pueden, consiguientemente, aumentar la pena establecida por las leyes, ni siquiera bajo el pretexto de celo o de bien público (1764).

Por lo tanto, el principio de legalidad implica más que una mera exigencia de seguridad jurídica referida a la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, pues supone también una garantía política de que el ciudadano no podrá ser sometido por el Estado a penas que el pueblo no admita ni tolere.

En dicha sintonía –salvo algunas excepciones³–, fue recepcionado por casi todas las Constituciones y los Códigos Penales el *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Y a su vez, desde esta perspectiva, Legaz y Lacambra afirma que un Estado de Derecho es aquel que lleva a cabo una concepción determinada de la justicia, por medio de una determinada técnica, ajustada a las circunstancias históricas. Para el autor, esto demanda un orden normativo realizador de justicia y seguridad, donde se debe aceptar la existencia de derechos públicos de carácter subjetivo, un sistema de responsabilidad de la administración, un control contencioso-administrativo y uno judicial de la legislación. Esto implica que la actividad judicial adquiera, por un lado, una trascendencia jurídica destacada, y, por otro, una inmensurable relevancia política, pues se alza como garantía de la legalidad y del Estado de Derecho al merituar la justificación legal-material de las decisiones políticas⁴.

Por su parte, Jescheck sostiene que el Estado de Derecho, desde un enfoque penal, tiene dos sentidos: uno formal, relacionado a la seguridad jurídica –reserva de ley, previsión legal

³ Recordando que luego de la revolución de 1917 la URSS, hasta 1959 y la Alemania hitleriana arrojaron por la borda las exigencias derivadas del principio de legalidad

⁴ Lagaz y Lacambra, Luis, "Filosofía del Derecho", Bosch, Barcelona, 1971, pp. 602-603.

de la pena, prohibición de analogía, etc.–, y otro material, que brinda contenido a la ley penal –salvaguarda de la dignidad humana, exclusión de penas crueles, proporcionalidad en las sanciones, inexistencia de desigualdades–⁵.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación diferenció entre legalidad material y formal, indicando respecto al primer sentido que “al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal”, y respecto a la legalidad en sentido formal entendió que “la organización del poder establecida por la Constitución ha puesto exclusivamente en cabeza del Poder Legislativo el ejercicio de esas facultades” (CSJN, 314:440).

Al respecto, Zaffaroni considera que el principio de legalidad formal se encuentra previsto en Constitución Nacional (arts. 18 y 19 y, mediante el inc. 22 del art. 75, en los arts. 9 de la CADH y 9 del PIDCP) y que su expresión constitucional aparece unida al origen mismo del constitucionalismo, a la Constitución de los Estados Unidos y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, habiendo sido precisado en el ámbito penal por Feuerbach con el célebre “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale*”.

A su vez, afirma que la Constitución de 1853 consagró en el artículo 18 este principio con la fórmula “*ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”, lo que prohíbe la posibilidad de la ley *ex post facto*. Este texto, dice el autor, no hacía una expresa referencia a esa prohibición, y esto posiblemente se deba a su inspiración en la Carta Magna inglesa⁶ y no en la de los Estados

⁵ Jescheck, Hans H. y Weigen, Thomas, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Comares, Granada, 5º Ed., 2002, pp. 22-27.

⁶ La Carta Magna corresponde al sistema del common law, sistema vinculado a la formación judicial del derecho antes que a la ley de fondo. El principio de legalidad penal niega

Unidos, por lo que puede entenderse que el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional establece el principio de legalidad procesal, y reconoce implícitamente el de legalidad penal, algo lógico si se tiene en cuenta que en la propia discusión de la Convención de Virginia hubo constituyentes que se opusieron a su expresa inclusión por considerarlo una obviedad⁷.

Como se ve, nuestro artículo 18 consagra la legalidad procesal penal, norma en la que también encontraría cobijo la legalidad penal. Para los más descreídos, de no estar incorporada ésta última en la disposición mencionada, la legalidad penal se desprendería del artículo 1° del mismo cuerpo; de todas formas, las consagraciones plasmadas en los arts. 9° de la CADH y del PIDCP –inc. 22 del art. 75 CN– le quitan entidad a la discusión.

Realizado este reducido estudio del principio de legalidad, se torna imperioso abocarse al tratamiento del principio de reserva, ya que oficia de complemento del primero, toda vez que ningún habitante de la Nación puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 C.N.). De este modo, la reserva y la legalidad brindan pábulo a la consagración de una garantía alineada con el principio republicano de gobierno, receptado en el artículo 1° de nuestra Carta Magna⁸.

En síntesis, para que cualquier tipo de teorización sobre el Estado de Derecho y la legalidad pueda satisfacer el propósito de racionalidad en el ejercicio del poder respecto de las libertades y bienes fundamentales –tanto a nivel individual como comunitario– y el de reaseguro frente a la arbitrariedad, debe

toda posibilidad de creación de delitos por parte de los tribunales, es por esto que Zaffaroni refiere la cita de Carvell y Swinfen Green (*Criminal Law and Procedure*, London, 1970) de la intervención de Lord Simonds en el momento en que defendía la aplicación retroactiva y analógica de la ley penal en el caso “Shaw”

⁷ Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, A. y Slokar, A., “Derecho Penal Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 111-113.

⁸ Art. 1° “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

presentar dos notas esenciales. La primera es que todo ejercicio del poder debe estar sometido a formas y procedimientos preestablecidos y reconocidos por la sociedad; la segunda implica que deben los contenidos básicos de bondad, racionalidad, justicia y bien común⁹.

En nuestros tiempos, el principio de legalidad penal demanda que la ley sea *escrita* –imposibilitando la aplicación de un derecho diferente al creado por el Poder Legislativo como representante del pueblo–, *estricta y cierta* –exigiendo precisión en la descripción de los tipos y excluyendo la analogía in malam partem¹⁰–, y *previa* –prohibiendo la retroactividad de las leyes que castigan conductas que se tornaron delictivas–¹¹. Mir Puig, compartiendo lo referido, agrega que el principio de legalidad implica también una garantía criminal –que exige que el delito se halle determinado por la ley aludiendo al *nullum crimen sine lege*–, una penal –que requiere que la ley precise la pena correspondiente al ilícito–, una jurisdiccional o judicial –que supone que la existencia del delito y la imposición de la pena sean determinadas por medio de una sentencia condenatoria fruto de un procedimiento reglado– y una de ejecución –que requiere la ejecución de la pena se sujete a una ley regulativa–¹².

En esta línea, la Corte IDH afirmó que la construcción de los tipos penales reclama una determinación precisa y concreta de la conducta incriminada, haciendo posible diferenciarla de comportamientos no punibles. La ambigüedad posibilita el arbitrio de la autoridad, que a la hora de establecer la responsabilidad penal del imputado, y teniendo en cuenta la gravedad

⁹ Yacobucci, Guillermo, “Los Principios Fundamentales del Derecho Penal”, B de F, Montevideo, 2014, p. 369.

¹⁰ Sobre la concepción de analogía in malam partem que aquí se acoge, véase Riggi, Eduardo Javier “Interpretación y Ley Penal”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, Cap. II; y Yacobucci, Guillermo “La conflictiva relación entre ley penal e interpretación”, Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal – nro. 1 – Noviembre 2011.

¹¹ Roxin, Claus, “Derecho Penal Parte General”, Civitas, Madrid, 1997, pp. 140-141.

¹² Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal Parte General”, 9° ed., B de F, Montevideo, 2015, p. 106.

de la afectación de un bien tanpreciado como la libertad, se presenta como algo indeseable.

A su vez, dejó en claro que la Convención Americana obliga a los Estados a tomar todos los recaudos necesarios a fin de que las sanciones penales se apliquen –una vez verificada la existencia efectiva del ilícito– con respeto absoluto a los derechos básicos de los seres humanos.

Por ello, el juez penal debe atenerse estrictamente a lo dispuesto por la ley penal, evitando así incurrir en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico¹³.

De las exigencias de *stricta, scripta, certa y praevia*, corresponde abordar el análisis de la última a los fines de la investigación afrontada.

II.2. Ley previa e irretroactividad de la ley penal - la excepción de la ley penal más benigna (art. 2 CP)

A fin de resaltar lo imprescindible que es prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal, Roxin plantea que cualquier legislador, deseoso de atenuar situaciones de tensión derivadas de hechos escandalosos, puede caer en la tentación de crear previsiones de pena. Si se pretende defender un Estado de Derecho, se torna obligatorio vedar tal posibilidad¹⁴.

De este modo, se tiende a impedir que alguien sea penado por un hecho que, al tiempo de su comisión, no estaba tipificado como delito o no era perseguible; o, en su defecto, que de haber sido típica la conducta desplegada por el sujeto, se le aplique una pena más gravosa que la prevista por la ley penal en el momento de la comisión del hecho¹⁵.

La Corte IDH tiene dicho que:

¹³ Sentencias de los casos “García de Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, párrs. 188/190; “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, párr. 90; “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, párr. 125; y “De la Cruz Flores vs. Perú”, párr. 79.

¹⁴ Cfr. Roxin, op. cit., p. 161

¹⁵ Cfr. Zaffaroni, op. cit., p. 120.

En aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva¹⁶.

Y que:

De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido¹⁷.

Tal como se evidencia, la actividad penal del Estado se encuentra supeditada a la existencia de una ley previa a los hechos que se pretenden castigar; no siendo la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo que sea más benigna¹⁸. De este

¹⁶ “De la Cruz Flores vs. Perú”, párr. 104; “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, párr. 106; e, inter alia, Eur. Court H.R. Ezelin judgment of 26 April 1991, Series A no. 202, para. 45; y Eur. Court H.R. Müller and Others judgment of 24 May 1988, Serie A no. 133, para. 29.

¹⁷ “De la Cruz Flores vs. Perú”, párr. 105.

¹⁸ El art. 2 del Código Penal argentino nos dice que “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”.

modo, la irretroactividad de la ley se vuelve relativa: si bien la ley penal a aplicar será la del momento del hecho –*tempus regit actum*–, dicha máxima se ve excepcionada cuando una nueva ley, resulta más benigna para el imputado¹⁹.

Por su parte, Soler sostiene que el artículo 2 del Código Penal obliga a reconocer tanto la retroactividad de la nueva ley penal más benigna como la ultractividad de aquélla anterior que revista ese mismo carácter; permitiendo afirmar que lo único prohibido es la aplicación de una ley más gravosa, posterior a la comisión del hecho²⁰.

Naturalmente surgen interrogantes sobre el alcance de los términos “ley” y “benigna”. Respecto al primero, basta con afirmar –atendiendo a los fines del presente trabajo– que se funda en la garantía de reserva de ley plasmada en el artículo 19 de nuestra Constitución. En relación al segundo de los vocablos, Yacobucci expresa que la benignidad puede radicar en la des-criminalización de la conducta; la modificación o abandono de alguno de los elementos descriptivos, valorativos, de los sujetos pasivos o activos, sin alterar el enunciado básico –que continúa revistiendo trascendencia penal–; por los institutos que reglan la capacidad de persecución estatal del injusto –*prescripción de la acción o de la pena*–; y, por último, en la mitigación de las consecuencias jurídicas del ilícito, por ejemplo, la morigeración de la intensidad de la duración de la sanción²¹.

Con la reforma constitucional de 1994 esta regla adquirió jerarquía constitucional ya que el principio se encuentra cristalizado en el art. 9 de la CADH, en el art. 15 del PIDCyP y en el art. 11 de la DUDH, que, por imperio del inciso 22 del art. 75 de nuestra Carta Fundamental, poseen alcurnia constitucional. Y es en este sentido en el que se ha expresado la CSJN en “Pelesur v. Subsecretaría de Marina Mercante” (321:3160).

¹⁹ Creus da a entender que esa ley –la más benigna– es la más apropiada para la configuración social de ese momento, por lo que carecería de sentido continuar aplicando reglas cuya existencia ya no es necesaria. “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 92.

²⁰ Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, T. I, 5° edición, Tea, Buenos Aires, 1987, p. 249.

²¹ Cfr. Yacobucci, op. cit., p. 400. El autor nos deja ver que la derogación formal de una ley no siempre determina la des-criminalización del comportamiento integrado a la misma; ya que la

La Corte IDH tiene dicho al respecto que, acatando el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe aplicar retroactivamente leyes penales que aumenten las penas, plasmen circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito²².

Cabe aclarar que tanto la doctrina²³ como nuestra Corte Suprema²⁴, amparándose en el art. 2 del C.P., han descartado la posibilidad de aplicar diferentes regímenes legales de modo parcial, es decir, no puede construirse un híbrido normativo con los aspectos más benévolos de cada norma que se fue sucediendo en el tiempo.

II.3. La cuestión en torno a la prescripción, fundamento y naturaleza

Ragués, con la claridad que lo distingue, comienza su obra²⁵ con un interrogante, al preguntarse, en relación a la prescripción, cómo puede explicarse semejante distanciamiento entre los juristas y la ciudadanía, afirmando que pocas instituciones del Derecho Penal tienen peor fama que la prescripción de los delitos y de las penas, y esto se debe especialmente a que ésta es percibida como un artilugio vil o una artimaña espuria que les permite a los imputados –contra los que quizás existe cantidad de elementos cargos–, eludir el accionar de la justicia, imposibilitando la aplicación del castigo estatal²⁶.

nueva ley puede mantener incólume el contenido del injusto asumido por el enunciado original. Ver al respecto CNCP, Sala II, “Villarroel, Víctor Fernando y otro s/recurso de revisión”, registro nro. 13274 del 2/10/2008.

²² “De la Cruz Flores vs. Perú”, párr. 105.

²³ Rubianes, Carlos J., “El Código Penal y su interpretación jurisprudencial”, T. I, 2° ed., Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 7; Yacobucci, op. cit., p. 399; Creus, op. cit., pp. 97-99; etc.

²⁴ CSJN 329:5323, 310:267 y 136:2000 entre otros.

²⁵ Ragués I Vallés, Ramón, “La prescripción penal. Fundamento y Aplicación” 1° ed., Atelier, 2004, p. 15.

²⁶ El art. 62 de nuestro Código de fondo establece que la acción penal prescribirá a los quince años cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua;

El fin de la presente exposición no reside en analizar los fundamentos ni la naturaleza de la prescripción²⁷, ni mucho menos en polemizar al respecto; por lo que bastará con remarcar que el actual sistema prescriptivo se caracteriza por tener como puntal principal a la ausencia de necesidad de pena –se habló también de ausencia de voluntad persecutoria oficial²⁸, de dificultades probatorias que se agudizan de la mano del paso del tiempo y de la razonabilidad del plazo para ser juzgado²⁹– y, este proceso para determinar tal necesidad, se lleva a cabo en dos momentos. En el primero se analiza, en relación al hecho concreto, si la imposición de la pena reviste cierta utilidad para el mantenimiento del orden social³⁰. Nuestra CSJN se expresó en este sentido en el caso “Corradino”³¹, al manifestar que el

después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; a los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal y a los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

²⁷ Al respecto ver Righi, Esteban, “Derecho Penal Parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 484-488.

²⁸ Cfr. Nuñez, op. cit., p. 171. RIGHI, op. cit., p. 488, niega tal desaparición de voluntad persecutoria ya que el Estado, apoyándose en las teorías absolutas de la pena, debe reaccionar en forma automática –al menos ante la comisión de un delito de acción pública–. En todo caso, alcanzado el plazo prescriptivo de la acción penal de un delito determinado, estaremos frente a un certificado de ineficacia estatal o habilidad del imputado para eludir a la justicia, no ante una ausencia de voluntad estatal.

²⁹ Cfr. Pastor, Daniel R., “Prescripción de la persecución penal y código procesal penal”, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 38-53. Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, A. y Slokar, A., “Derecho Penal Parte General”, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 899-902; sostienen que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable –arts. 7 inc. 5° y 8 inc. 1° CADH y art. 14 inc. 1 PIDCyP– tiene al instituto de la prescripción como guardián principal.

Además de haber sido cobijado –con antelación a la reforma de 1994– en el derecho de defensa en juicio y el respeto a la dignidad humana por la CSJN en 272:188; 307:57 y 300:1102.

³⁰ Cfr. Ragués I Vallés, op. cit., p. 67; Nuñez, Ricardo C., “Tratado de Derecho Penal”, t. II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, p. 168; Carrara, Francesco, “Programa de Derecho Criminal. Parte General”, vol. I, reimpresión inalterada, Temis, Bogotá, 1977, p. 378.

³¹ CSJN 292:103

instituto de la prescripción implica un límite temporal al poder penal estatal fundado en el olvido y perdón acaecido por el transcurso del tiempo³². En el segundo, se debe examinar la necesidad de pena, merituando que para garantizar el orden social, no es indispensable castigar a todos los hechos antinormativos. En esta línea, Ragués afirma que:

Partiendo de esta premisa, el Estado puede renunciar a la persecución de ciertas infracciones, siempre que tal renuncia no se lleve a cabo de forma arbitraria. Los plazos vigentes de prescripción son un criterio de selección especialmente idóneo, pues permiten excluir de la persecución penal casos cuya resolución, por diversos motivos, se ha mostrado como especialmente difícil y hacerlo, además, en la certeza de que tal renuncia a la persecución no afectará negativamente a la función del Derecho penal, pues ésta ya se cumple sancionando otras infracciones cuya persecución y castigo resultan más sencillos dentro de un plazo razonable (Ragués I Vallés, 2004: 67).

No es posible analizar la irretroactividad de las leyes penales desfavorables sin tener presente la idea de seguridad jurídica. Al impedirse la aplicación retroactiva de una ley penal desfavorable, no se está trazando como objetivo que los ciudadanos “conozcan” el derecho, sino, justamente, que no sea imposible que lo hagan; es decir, que no les esté vedada la posibilidad de conocerlo. Contando con esa chance, el ciudadano puede acceder al mensaje normativo y prever la valoración jurídico-penal que el Estado hará de sus actos. De aquí, lo ilógico de afirmar que el manto desplegado por el principio de legalidad no alcance a las modificaciones perjudiciales en materia de prescripción³³.

³² En contra, RIGHI, op. cit., pág 485. Jescheck, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, 4º ed., Comares, Granada, 1993, p. 822 remarca que el paso del tiempo hace desaparecer paulatinamente la necesidad de la pena también desde la perspectiva de la retribución.

³³ En esta línea se expresó nuestro Máximo Tribunal en “Mirás” al expresar que la prescripción cabe sin dudas en el concepto de ‘ley penal’, ya que ésta comprende el precepto,

Cabe remarcar que si bien Roxin avala que el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y en qué medida, niega que el sentido del principio de legalidad sea el de informarle por cuánto tiempo tendrá que evadirse del accionar de la justicia³⁴. Sin dejar de reconocer la singularidad que caracteriza al autor, resulta más lógico que a la hora de evaluar los riesgos penales de una posible actuación delictiva, el sujeto cuente con los datos necesarios para saber durante cuánto tiempo el Estado estará habilitado para ir tras él³⁵.

Abandonando el campo del “fundamento” de la prescripción, es necesario recalcar que también se disputa su naturaleza, esto es, si tiene una esencia procesal –en este sentido, Cerezo Mir sostiene que la prescripción presenta un vínculo indisoluble con la posibilidad de materializar el Derecho penal³⁶; es decir, que se requiere que la acción no se haya extinguido–, o una penal –Mir Puig entiende que la prescripción barre con la responsabilidad penal del imputado y aclara que las modificaciones legislativas de los plazos de prescripción serán irretroactivas de ser perjudiciales para él y retroactivas de ser beneficiosas³⁷–.

Para la Corte Suprema, las normas de naturaleza procesal son de aplicación inmediata a los procesos en curso, sin importar si perjudican al imputado³⁸, por lo cual el principio de ley penal más benigna se vería limitado a las normas de fondo³⁹. Las normas de forma se rigen por otros principios de los que deriva

la sanción, la noción del delito, la culpabilidad, y todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva (CSJN 287:76).

³⁴ Cfr. Roxin, *op. cit.*, p. 165.

³⁵ Se percibe algún tipo de contradicción en Roxin: no se opone a que las ampliaciones en los plazos de prescripción se apliquen a delitos cometidos antes de su entrada en vigencia cuando aún no prescribieron, pero rechaza que las ampliaciones se apliquen a delitos prescriptos, cometidos antes de su entrada en vigor.

³⁶ Cfr. Cerezo Mir, José, “Curso de Derecho penal español. Parte general”, 6° ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 223 y ss.

³⁷ Mir Puig, *op. cit.*, pp. 773 y ss.

³⁸ Cfr. CSJN 312:251; 310:2845; 319:1675, entre muchos otros.

³⁹ Cfr. CSJN 220:1250.

que su aplicación será inmediata –salvo indicación expresa de la nueva ley o si dicha aplicación afecta la validez de los actos procesales cumplidos y firmes de acuerdo con la legislación derogada–. Además, las normas procesales posteriores no influyen en la tipicidad de la conducta ni en la pena a aplicar⁴⁰.

Como se ve, adoptar una de estas posturas tiene consecuencias sumamente significativas. Hoy en día, existen muchísimos penalistas que aun creen que la solución al problema de determinar si la prohibición de aplicar leyes desfavorables *ex post facto* comprende a las disposiciones relativas a la prescripción o no, se encuentra supeditada a la naturaleza del instituto.

En este paradigma, si se concibe a la prescripción como un instituto penal, forzosamente habrá que afirmar que será alcanzada por la aplicación retroactiva de leyes perjudiciales. De entenderla como de naturaleza adjetiva, la respuesta será adversa⁴¹.

De todas formas, lo cierto es que desde una perspectiva superadora que conciba al Derecho Penal sustantivo y al Procesal Penal como piezas de una única estructura, y conjugadas con la política criminal, la discusión deviene improductiva.

No resulta sincera la desfragmentación del ejercicio del poder punitivo en dos ámbitos disímiles e inconexos –Derecho Penal y Procesal Penal–, menos si se tiene presente que las normas relativas a la prescripción contienen regulaciones que tienen por efecto impedir la punibilidad de un hecho.

De este modo, para brindar una solución al dilema, lo determinante no radicaría en especificar la naturaleza jurídica de la prescripción, sino en precisar el alcance del principio de legalidad⁴², lo que consistiría básicamente en decidir si la aplicación de una ley sobre prescripción más desfavorable a hechos

⁴⁰ Cfr. CSJN 311:2473

⁴¹ Al respecto ver Righi, Esteban, “Los límites de la persecución penal y la tutela de derechos fundamentales”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, nro. 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 198; remarcando que el autor adhiere a la postura que considera que la prescripción es un presupuesto del proceso y, por lo tanto, de naturaleza adjetiva.

⁴² Cfr. Ragués I Vallés op. cit., p. 89.

acontecidos con antelación a su entrada en vigencia, transgrede o no el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal. De corroborarse tal cercenamiento, la aplicación de la norma debe estar vedada y viceversa⁴³.

III. Régimen prescriptivo de los delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores de edad

Como se señaló anteriormente, el 7 de septiembre de 2011 se sancionó la ley 26.705⁴⁴, que reformó el artículo 63 del Código Penal al modificar el cómputo de prescripción para los delitos contenidos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 –in fine– y 130 –párrafos segundo y tercero– del Código Penal –delitos contra la integridad sexual– en los casos en los que la víctima fuera menor de edad al momento de la comisión del hecho.

De este modo, a decir de Guillermo Oliver Calderón, se “congela”⁴⁵ el punto de inicio del plazo prescriptivo hasta llegada la medianoche del día en que la víctima alcanzare la mayoría de edad.

Aproximadamente 4 años más tarde –28 de octubre de 2015–, la sanción de la ley 27.206⁴⁶ suspendió el plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad hasta que éstas, habiendo cumplido la mayoría de edad, formulen por sí la denuncia o ratifiquen la formulada por sus representantes legales durante su minoridad.

⁴³ Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, t. II, Parte General. Sujetos procesales, 1° ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 81. En contra –expidiéndose a favor de la posibilidad de aplicar en forma retroactiva normas penales más gravosas de prescripción–, Stratenwerth, Günter, “Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible”, 4° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pp. 85-87

⁴⁴ B.O. 05/10/2011.

⁴⁵ Oliver Calderón, Guillermo “La aplicación temporal de la nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX (2° Semestre de 2007) pp. 257-266.

⁴⁶ B.O. 11/11/2015.

III.1. Aplicación retroactiva en base a las obligaciones asumidas por el Estado en el ámbito internacional y sus implicancias

Hace ya más de una década que Guillermo Yacobucci, al analizar el caso “Bulacio”⁴⁷, hablaba de una “nueva legalidad penal”⁴⁸, afirmando una degradación de la concepción positivista y formal del principio, que resucitaba con una orientación material, abarcando áreas de bienes macrosociales con fuertes tintes de realización de objetivos económicos, éticos y culturales. Especialmente desde “Priebke”⁴⁹, que ofició como puntapié inicial de una sucesión de piezas jurisprudenciales en las que, invocando tratados o convenciones internacionales –y el derecho internacional consuetudinario que ya contenía el principio de imprescriptibilidad antes de que fuera enunciado por diversos instrumentos internacionales–, nuestro Máximo Tribunal enmendó –o así al menos lo entiende un importante sector de la doctrina nacional– ciertas deficiencias en la ley penal que se encontraba vigente en el momento de comisión de los hechos juzgados, flexibilizando el régimen de prescripción de la acción penal a fin de no generar responsabilidad internacional del Estado argentino⁵⁰.

⁴⁷ CSJN “Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal” (23/12/2004).

⁴⁸ YACOBUCCI, Guillermo, “Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo ‘Espósito’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en LA LEY, 2005-C, 1.

⁴⁹ CSJN 318:373. La mayoría del Tribunal entendió que el derecho de gentes –en los casos de extradición– es de aplicación obligatoria en los supuestos de crímenes de guerra y lesa humanidad, ya que la legislación vigente en la materia, la costumbre internacional y los principios generales del derecho forman parte del derecho interno argentino. En esta línea, los hechos imputados a Priebke debían ser considerados delitos sancionados por el derecho internacional general y, siendo que la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el artículo 118 de nuestra Carta Magna, correspondía a los efectos de la extradición, otorgarles ese carácter ilícito.

⁵⁰ Si bien la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” –incorporada a nuestro ordenamiento, con jerarquía constitucional–, y la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” –que reviste la misma jerarquía y alberga también la imprescriptibilidad para la especie de

Este fenómeno de “legalidad especial” parece haber arribado al ámbito de los delitos contra la integridad sexual de menores de edad. Ahora bien en un Estado de Derecho y a la luz del principio de legalidad ¿puede tolerarse la aplicación del régimen prescriptivo impuesto por la ley 27.206 a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia? De ningún modo.

Ya fue abordado el caso “Mirás”⁵¹, donde la Corte Suprema sostuvo que el instituto de la prescripción de la acción penal está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley *ex post facto* que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado.

Por lo tanto, dejando de lado la inútil discusión de “normas penales vs. normas procesales”, y en virtud de los principios de legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna, cualquier modificación de los plazos de prescripción sólo se aplicará retroactivamente en los casos en que beneficie al imputado.

Sin embargo, perdiendo esto de vista, algunos magistrados entienden que determinadas conductas llevadas a cabo con anterioridad a la sanción de las leyes 26.705 y 27.206 pueden ser alcanzadas por éstas, ya que en el momento del hecho se encontraban vigentes importantes compromisos internacionales como la “Convención de Belém do Pará”⁵² o la Convención sobre los Derechos del Niño⁵³.

Desde esta lógica, algunos juzgadores afirman que declarar prescripta la acción penal sin aplicar retroactivamente las leyes

crímenes que regula— fueron incorporadas con posterioridad a la violación sistemática y constante de derechos que presentaron los gobiernos dictatoriales en nuestro país —esp. el último—; la CSJN en “Priebke”, “Arancibia Clavel”, “Simón” y “Mazzeo”, dio claras muestras de que el principio de legalidad no regía con el mismo alcance para los crímenes de lesa humanidad que para los delitos comunes.

⁵¹ CSJN 287:76

⁵² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, Ley 24.632, B.O. 9/4/2016.

⁵³ Ley 23.849, B.O. 22/10/1990.

referidas originaría responsabilidad estatal por la violación de las obligaciones asumidas en el plano internacional⁵⁴.

Sin embargo, el análisis realizado en el punto II debe conducir forzosamente al rechazo de este tipo de razonamientos. La aplicación retroactiva de la ley 26.705 viola el principio de legalidad amparado por nuestra Constitución, el que a su vez se encuentra plasmado en los arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a los que remite la norma del art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, que expresan con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna.

La única excepción existente para conceder el efecto retroactivo de la ley penal es, como se dijo, una mayor benignidad. Por eso, la ampliación de los plazos prescriptivos de los delitos contra la integridad sexual en casos de víctimas menores de edad y cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de las leyes 26.707 y 27.206 otorga efectos retroactivos a una ley que resulta más gravosa para el imputado, transgrediendo así el principio bajo análisis.

La Corte tiene dicho que, en virtud de este principio, debe ser aplicada toda legislación que, con posterioridad a la comisión del delito, disponga la imposición de una pena más leve⁵⁵, y que las leyes ex post facto que empeoren las condiciones de los infractores transgreden el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal, en cuyo concepto se incluye el instituto de la prescripción⁵⁶.

⁵⁴ Ver al respecto CNCrim. y Correc., Sala IV, "inc. de prescripción de la acción penal de S.A.J.H." del 9/4/2013; CNCrim. y Correc., Sala V, "A.J. s/prescripción de la acción penal" del 17/3/2015; CNCrim. y Correc., Sala IV "C., C. A. s/sobresimiento por prescripción" del 20/2/2015; Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal –La Plata– "Elizalde Carlos Daniel s/incidente de apelación" del 17/10/2017; etc.

⁵⁵ CSJN 330:5158

⁵⁶ CSJN 294:68

Al parecer, el derecho penal sí deambula entre períodos liberales y autoritarios⁵⁷, y en el actual se ha izado la bandera de la tutela judicial efectiva, perdiendo de vista el sentido y el alcance de las garantías y abandonándose la idea de que los derechos fundamentales fueron concebidos para repeler una aplicación abusiva y desmedida del derecho penal, nunca para reclamar su aplicación⁵⁸.

El iluminismo demandaba que las leyes penales determinaran el comportamiento prohibido con una claridad y precisión que permitiera la orientación *ex ante* de la conducta de los ciudadanos, lo que brindaba seguridad jurídica para la sociedad. Sin embargo, en las últimas décadas, con el reconocimiento de la inevitable vaguedad del lenguaje, esta idea de seguridad se muestra desgastada, toda vez que la protección no vendría dada por la ley penal en sí misma, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales que, en algunos casos –como los analizados–, parecen ceder frente a un inverosímil derecho punitivo constitucional.

Los compromisos asumidos por el Estado a fin de brindar una protección especial a determinadas víctimas –mujeres o niños–, no justifica bajo ningún aspecto el quebrantamiento del principio de legalidad.

IV. Reflexiones finales

Al comienzo de esta exposición, se planteó que su objetivo radicaba en analizar la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206 a hechos suscitados previo a su entrada en vigencia, evidenciando uno de los tantos certificados de la transmutación de la filosofía penal de los derechos humanos, que ya, lejos de ser el baluarte del repudio a la aplicación abusiva y desmedida

⁵⁷ Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., “El derecho penal liberal y sus enemigos, manuscrito de su intervención con motivo de recibir el título de doctor honoris causae de la Universidad de Castilla-La Mancha”, Toledo, 2004.

⁵⁸ Pastor, Daniel R., “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, Ed. NDP, 2005/A, pp. 77-79.

del derecho penal, constituye en la actualidad uno de los argumentos más fuertes del neopunitivismo.

Se demostró la necesidad de prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal, a fin de evitar que cualquier legislador con intenciones de atenuar situaciones de tensión derivadas de hechos tachados como desagradables por la sociedad, pueda caer en la tentación de crear previsiones de pena, lo que no se correspondería con un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

La determinación de la naturaleza de la prescripción –sustantiva o adjetiva– no es determinante para solucionar el problema de si la prohibición de aplicar leyes desfavorables *ex post facto* alcanza a las disposiciones referentes al instituto, sino que, aglomerando al Derecho Penal sustantivo y al Procesal Penal como piezas de una única estructura, lo más lógico resulta precisar si la seguridad jurídica se ve o no vulnerada. Es decir, determinar el alcance del principio de legalidad, lo que consiste básicamente en decidir si la aplicación de una ley sobre prescripción más desfavorable a hechos acontecidos con antelación a su entrada en vigencia transgrede o no el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal. La respuesta es evidente.

Con la aplicación retroactiva y desfavorable de las leyes mencionadas a hechos previos a su entrada en vigencia, no quedan dudas sobre la existencia de la transgresión. La aplicación retroactiva de estas leyes viola el principio de legalidad amparado por nuestra Constitución, que a su vez se encuentra plasmado en diferentes instrumentos internacionales, que expresan con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna.

No quedan dudas de las aristas autoritarias que plantea el modelo de Derecho Penal actual, la tutela judicial efectiva está desplazando a la idea de que los derechos fundamentales fueron concebidos a fin de repeler una aplicación abusiva y desmedida del derecho penal, nunca para reclamar su aplicación.

V. Bibliografía

- Cerezo Mir, José (2004). “Curso de Derecho penal español. Parte general”, 6° ed., Tecnos, Madrid.
- Creus, Carlos (1988) “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Habermas, Jurgen (1998) “Facticidad y Validez”, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- Jescheck, Hans H. y Weigen, Thomas (2002) “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Comares, Granada, 5° Ed.
- Kant, Immanuel (2005) “Introducción a la Teoría del Derecho”, pp. 70/80 en particular, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- Lagaz y Lacambra, Luis (1971) “Filosofía del Derecho”, Bosch, Barcelona.
- Maier, Julio B. J. (2003) “Derecho Procesal Penal”, t. II, Parte General. Sujetos procesales, 1° ed., Del Puerto, Buenos Aires.
- Mir Puig, Santiago (2015) “Derecho Penal Parte General”, 9° ed., B de F, Montevideo.
- Pastor, Daniel R. (2005) “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, Ed. NDP.
- Ragués I Vallés, Ramón (2004) “La prescripción penal. Fundamento y Aplicación” 1° ed., Atelier.
- Righi, Esteban (2006) “Derecho Penal Parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Rubianes, Carlos J. (1989) “El Código Penal y su interpretación jurisprudencial”, T. I, 2° ed., Depalma, Buenos Aires.
- Roxin, Claus (1997) “Derecho Penal Parte General”, Civitas, Madrid.
- Soler, Sebastián (1987) “Derecho Penal Argentino”, T. I, 5° edición, Tea, Buenos Aires.
- Yacobucci, Guillermo (2014) “Los Principios Fundamentales del Derecho Penal”, B de F, Montevideo.
- (2005) “Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo ‘Espósito’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en LA LEY, 2005-C, 1.

Zaffaroni, Eugenio R. (2004) “El derecho penal liberal y sus enemigos, manuscrito de su intervención con motivo de recibir el título de doctor honoris causae de la Universidad de Castilla-La Mancha”, Toledo.

Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002) “Derecho Penal Parte General”, Ediar, Buenos Aires.

Abordaje legislativo de la propiedad comunitaria de los Pueblos Originarios en territorio bonaerense

Natalia Lorena Barriviera¹

“En la concepción indígena no aparece la persona como propietaria de la tierra, sino, antes bien, la tierra como propietaria de la persona”

Arturo Bronstein (OIT)

I. La relación de los Pueblos Originarios con la Tierra

La relación de los pueblos indígenas con la tierra es espiritual y religiosa. Es esa relación con la madre tierra y los recursos naturales, la que permite que estos pueblos (o comunidades, centrándonos en el grupo, jamás en el individuo) logren su identidad.²

“La relación de los Pueblos Indígenas con la tierra es espiritual y religiosa; ésta constituye un elemento integrante de la cosmovisión y con ella se mantiene una relación diagonal, circunstancia que explica el rechazo a la idea de relación de poder o de dominación entre el sujeto y la cosa que presuponen los derechos reales clásicos. De allí que, sin esa relación con la tierra los indígenas no puedan alcanzar su identidad, pues ésta es un espacio cultural penetrado de valores y tradiciones y además, un ámbito comunitario, es decir, de significación

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 barri_natalia@yahoo.com.ar.

² Esta relación entre el hombre y la tierra, se aleja claramente de la concepción privatista que tenemos y que ha sido plasmada en el Código Velezano respecto a la relación de poder o señorío del hombre sobre la cosa, como una relación estrictamente patrimonial.

colectiva, en el sentido que la pertenencia de ésta no se centra en el individuo, sino en el grupo y su comunidad....”³

De estas primeras apreciaciones, se desprenden los vocablos pueblo o comunidad, tierra e identidad cultural, que cobran importancia en estos momentos previos a ingresar en el análisis de la propiedad comunitaria de las tierras por parte de los pueblos originarios.

Es por ello, que creo necesario aclarar que utilizaré como sinónimos los conceptos de Pueblo Indígena y Comunidad, dejando plasmadas sus diferencias, ya que *Pueblo indígena*: es el conjunto de comunidades que pertenecen a un mismo antepasado común o etnia⁴ y *Comunidad*, es la unidad económica solidaria fundada en los vínculos étnico-socio-culturales y parentales⁵.

Los términos *tierra o territorio* comprenden las facetas espirituales del vínculo con los Pueblos Originarios, y es lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que ocupan o utilizan dichos pueblos. Es importante destacar que el alcance de los términos tierra o territorio, exceden la órbita estrictamente patrimonial, ya que permite preservar la identidad cultural y el hábitat.

La posesión de la tierra permite preservar la *identidad cultural*, el lenguaje, los valores, el estilo de vida y el derecho de los pueblos originarios. De allí se desprende la importancia que tiene la tierra y el derecho a ésta, para que perdure la cultura aborígen.

La sociedad argentina debe responsabilizarse de la histórica deuda que tiene con los pueblos originarios, cuya cultura

³ Vázquez, Gabriela A., “La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009”, JA, 25-11-2009, Lexis N° 0003/014779

⁴ El pueblo indígena está conformado por la suma de comunidades –aún las dispersas geográficamente– que tienen antepasados comunes.

⁵ Es el conjunto de personas y/o familias que habitan en un mismo lugar y tiene, a su vez, una raíz común y participan de la misma cultura.

ancestral ha negado una y otra vez, transformándolos en víctimas, quitándoles territorios, arrancándoles costumbres, obligándolos a alinearse con las políticas estatales temporales e intereses económicos más fuertes, resistiendo como pudieron a todo tipo de maltratos, sometimientos, despojos y abusos, desconociéndoles sus derechos tanto humanos como colectivos.

No es en vano mencionar una frase que resuena constantemente y dice que “*la Argentina aún hoy sigue negando a los hijos de la tierra*”. Históricamente las comunidades indígenas en nuestro país y en Latinoamérica, se encuentran reclamando el reconocimiento efectivo de sus derechos y de sus tierras.

II. Los derechos de los Pueblos Originarios en la Constitución Nacional

Recién en el año 1994, la Constitución Nacional reconoció la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas de la Argentina, admitiendo entonces que estos pueblos son anteriores al nacimiento del Estado.⁶

El inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional –CN– (según la Reforma de 1994), dispone “*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y*

⁶ A la llegada de los españoles, habitaban y poblaban el actual territorio de la República Argentina, aproximadamente veinticuatro grupos: 1) Atacamas; 2) Omaguacas o Humahuacas; 3) Diaguitas o Calchaquies; 4) Lules-Vilelas; 5) Tonocotes o Juries; 6) Sanavirones; 7) Comechingones; 8) Huarpes; 9) Chanes; 10) Mataco-Mataguayos; 11) Mbaya Guaikuru; 12) Chiriguano; 13) Guaraníes; 14) Caingang; 15) Chana-Timbu; 16) Charrúas; 17) Tehuelches septentrionales; 18) Tehuelches meridionales; 19) Onas; 20) Querandíes; 21) Pehuenches; 22) Yamanas; 23) Alakaluf; 24) Mapuches y en el siglo XVIII, los Ranqueles, fusión de pehuenches, mapuches y tehuelches y, los Kollas, mezcla de los omaguacas, apatamas y otros grupos locales de origen quechua y aimara. Información extraída del Capítulo VII –Propiedad Comunitaria Indígena. Verónica Kozak de Valdés– Manual de Derechos Reales-Directora Miriam Smayevsky Ed La Ley, 2015 C.A.Bs.As.

regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

De este artículo me interesa abordar lo siguiente:

a) *Reconocer la personería jurídica de sus comunidades.*

Ello significa que estas comunidades, cuya preexistencia se encuentra reconocida constitucionalmente, no requieren su inscripción en ningún registro. Es decir que la consecuente inscripción en algún registro es al solo efecto declarativo⁷. De esta manera, no es una obligación de las comunidades indígenas registrarse, por cuanto son personas y titulares de derechos, siendo deber del Estado reconocerles dicha personalidad jurídica, por manda constitucional.

En esa dirección, en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párrafo 82. la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró “...*que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado.*”

⁷ Es declarativa porque las comunidades tienen personería jurídica reconocida constitucionalmente, si fuera constitutiva, únicamente con la registración obtendría personería jurídica, no antes, (como lo establece la Ley N° 23.302).

b) *Posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.*

Antes de la llegada de los españoles a nuestro territorio, estos se encontraban habitados por los Pueblos Originarios. Con la colonización y luego con la independencia, a estos pueblos no se los reconoció y se les quitaron derechos, pero principalmente le fue negado su vínculo comunitario con las tierras.

Siguiendo la jurisprudencia relacionada con los reclamos de comunidades indígenas⁸, no hay que perder de vista que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene los efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado. No obstante, es importante y necesario para las comunidades indígenas la obtención del título que refleje esa situación, que dicho título sea debidamente inscripto en los registros correspondientes a los efectos de dar la publicidad y oponibilidad frente a terceros de las situaciones jurídicas que detentan.

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo en su artículo 14 1 ya expresaba: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.”

Es nuestra Carta Magna la que establece que esta propiedad especial, tiene una particularidad, que es la estrecha vinculación entre el pueblo indígena y el hábitat en el cual viven. Asimismo es dable destacar que esa relación pueblo-hábitat, se encuentra atravesada por connotaciones espirituales y religiosas (extrapatrimoniales), que les otorga su identidad, pues el eje central no es el individuo, sino el grupo o comunidad y su vinculación con la tierra, que les permite en esa conjunción preservar su cultura, lenguaje, valores, estilo de vida, organización, y el derecho. Estas particularidades, diferencian en gran medida a la propiedad comunitaria de la propiedad clásica (aquella perteneciente

⁸ Comunidad Mayagna awas Tingni vs. Nicaragua, Parr.151 y Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay, Parr.128.

a los derechos reales) por basarse esta última, principalmente en una mera relación de poder entre el sujeto y la cosa.⁹

Es por ello que sería muy difícil y engorroso intentar incorporar a la propiedad comunitaria dentro de las previsiones establecidas en el Código Civil y Comercial, por las enormes e insalvables diferencias que existen entre los derechos reales y esta propiedad especial (cuya regulación debería ser mediante una ley especial)¹⁰.

Existe una gran discusión doctrinaria respecto a esta cuestión, ya que en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 la propiedad comunitaria estaba prevista en la enumeración de los derechos reales, como uno más. Asimismo el Título V (confirmado por los artículos 2028 a 2036) contenía el concepto, modos de constitución, caracteres, facultades y prohibiciones del titular y una consulta a las comunidades indígenas por cuestiones atinentes al aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares. El mayor inconveniente en la regulación dentro del código de fondo de la propiedad comunitaria, estaba dado por el artículo 2036 que proyectaba aplicarle subsidiariamente las disposiciones referidas al dominio a esta propiedad especial, en todo lo que no sea incompatible.

Para María V. González de Prada, en Derecho de las comunidades indígenas¹¹ “...*la propiedad comunitaria de estos pueblos trasciende el concepto de derecho real que nosotros tenemos,*

⁹ En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Córdoba en 2009, se declaró que “*La propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (art. 75 inc 17 CN) cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural, En estas Jornadas se recomendó la conveniente incorporación de la propiedad comunitaria en el Código Civil, votación por mayoría con oposición de la Dra. Vázquez*”.

¹⁰ Existen otras posturas que avalan la incorporación de los derechos indígenas en el Código Civil y Comercial, a los fines de ejercer supremacía sobre las legislaciones provinciales; ello no desjerarquizaría los derechos de raigambre constitucional, sino que afirman que los ubica en un plano de operatividad y obligatorio para las interpretaciones jurisprudenciales y las políticas públicas provinciales.

¹¹ Publicado en LL 16/10/2013 –E,1296, cita online:AR/DOC/3884/2013

porque no solo se refiere a la apropiación de las cosas, sino también a un modo de vida, de ser, de quehacer y de relacionarse con el otro.”

Finalmente esa discusión ha quedado atrás, ya que con la sanción del Código Civil y Comercial el único artículo que se refiere a la propiedad comunitaria es el artículo 18 que establece: *“Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.”* La crítica que corresponde realizar a este artículo, es la dificultad de establecer cuál sería el alcance que tiene el vocablo “reconocida”, ya que denotaría la obligatoriedad de registrarse a los efectos de obtener ese reconocimiento, debiendo remitirme a lo expresado en el Punto II, párrafo a), reafirmando lo dicho respecto a que no es una obligación de las comunidades indígenas registrarse por cuanto la misma constitución Nacional les reconoce personalidad jurídica. Cuadra mencionar que la comunidad indígena entendida como unidad sociopolítica, es un ente con personalidad jurídica propia susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. El estado “reconoce” su personería jurídica, respetando sus mecanismos de representación y toma de decisiones, muy diferentes a los de la democracia representativa.¹²

En cuanto a los modos de adquisición de la propiedad comunitaria indígena, las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil decidieron que pueden ser de dos formas: a) Por reconocimiento del Estado Nacional, Provincial y/o Municipal de las tierras que tradicionalmente ocupan.¹³ b) Por actos entre

¹² Kiper Claudio. Propiedad Indígena Derechos Reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)Rubinzal Culzoni Editores. Capítulo II por Liliana Abreut de Bergher. Pag 95 y ss.

¹³ Es responsabilidad del Estado la reparación de los derechos de terceros interesados de buena fe que pudieran resultar afectados

vivos, actos de disposición de última voluntad y prescripción adquisitiva de otras tierras aptas para su desarrollo¹⁴

c) *Regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano.*

El artículo 14 de la Convención N° 169 de la OIT sigue expresando: “...Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.” “...Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.”

Es interesante transcribir asimismo el artículo 16 de la Mencionada Convención que contempla la posibilidad de otorgar tierras sustitutas por traslado. El artículo dispone: “...los interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan... Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.”

¹⁴ Conforme Punto 6 de las Conclusiones de la XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2da.parte, por mayoría, con la oposición de las Dras. Zamudio, González de Prada, Vázquez y Pujol.

d) *Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.*

Estas son algunas de las particularidades que tiene la propiedad comunitaria que la diferencia de los derechos reales establecidos en el Código Civil y Comercial. El ser intransmisible y pertenecer únicamente a la comunidad indígena, no forma parte del acervo sucesorio de los individuos que la componen.¹⁵

Agrego en concordancia con algunas de las conclusiones arribadas en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires en el año 2013, que no es una propiedad individual, sino comunitaria,¹⁶ es perpetua¹⁷, es exclusiva,¹⁸ es imprescriptible e indivisible¹⁹. La Propiedad comunitaria subsiste mientras no se extinga la comunidad indígena.

III. Legislación Nacional

La Ley Nacional N° 23.302 de Protección de las Comunidades Indígenas²⁰, reconoce los derechos de los pueblos originarios, pero tuvo el desacierto de pretender que estos pueblos se adecuen de alguna manera a la normativa por ese entonces vigente, desconociendo su preexistencia a la nación y su vínculo originario con la tierra con la cual se identifican, perdiendo su principal objetivo con la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento realizado en el inciso 17 artículo 75 de la Constitución Nacional.

¹⁵ No se aplican las disposiciones del Derecho Sucesorio. En caso de que la comunidad desaparezca (por muerte o desaparición de todos sus integrantes, se prevé que el bien vuelva al Estado.

¹⁶ No hay cotitulares o condóminos, la titularidad no recae sobre los integrantes de la comunidad.

¹⁷ No se extingue por el no uso y no está subordinada a plazo o condición.

¹⁸ Deriva de tener un único titular: la comunidad indígena.

¹⁹ Ambas particularidades indican que estas tierras no pueden ser adquiridas por usucapión por un tercero.

²⁰ Sancionada en 1985 (modificada por Ley N° 25.799).

Entre las particularidades de esta Ley, menciono las siguientes: creó la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas; dispuso la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad, esa adjudicación de tierras será a título gratuito; deben destinarse a la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especialidades, sin perjuicio de otras actividades simultáneas; las tierras son inembargables e inejecutables; en los títulos respectivos se hará constar la prohibición de su enajenación durante un plazo de veinte años a contar de la fecha de su otorgamiento; en caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas a ellas pasarán a la Nación o a la Provincia o al Municipio según su caso. El miembro de una comunidad adjudicataria de tierras que las abandone no podrá reclamar ningún derecho sobre la propiedad; los que le correspondieren quedarán en beneficio de la misma comunidad a que pertenecía. El Instituto Nacional de Asuntos gestionará la habilitación de planes especiales para la construcción de viviendas, preferentemente con materiales, técnicas utilizadas por cada comunidad, mano de obra propia, del Banco Nación, el FONAVI y de cualquier otro plan habitacional de fomento.

La Ley 26.160²¹ declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de 4 (cuatro) años. Durante los 3 (tres) primeros años, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas deberá realizar el relevamiento técnico –jurídico– catastral de la

²¹ Los plazos establecidos en esta ley, fueron prorrogados por Ley N° 26554 (B.O. 11/12/2009), por Ley N° 26894 (B.O. 21/10/2013)-hasta el 23 de noviembre de 2017-Ley N° 27400 (B.O. 23/11/2017)-hasta el 23 de noviembre de 2021.

situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas y promoverá las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Aborígenes Provinciales, Universidades Nacionales, Entidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no Gubernamentales. Esta ley esta imbuida por políticas públicas destinadas a realizar relevamientos de la situación dominial de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, esto es una herramienta fundamental que debería tener el carácter de permanente ya que es indispensable para la organización territorial y para respetar derechos de los pueblos originarios, pero no resuelve ni aporta herramientas relacionadas con la instrumentación de los títulos de esas tierras.

IV. Regulación en provincia de Buenos Aires

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 36° inciso 9 establece: “Que la Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales... 9- De los Indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan.

La Provincia de Buenos Aires, adhiere al contenido de la Ley N° 23.202 mediante la Ley Provincial N° 11.331, reglamentada por el Decreto número 3631/07. Este decreto instaura en su artículo 4 “...Inciso 3: garantizar el resguardo de las identidades culturales de los pueblos indígenas, promoviendo la conservación y transmisión de sus pautas culturales y cosmovisiones; fortaleciendo las capacidades de las comunidades indígenas; y afianzando los vínculos inter e intra comunitarios.- Inciso 4- Contribuir a la construcción de una sociedad intercultural, en la que se respeten todas las identidades y se valore la diversidad a través de la reivindicación histórica de los pueblos indígenas,

la difusión de sus expresiones culturales, la promoción de sus derechos y la erradicación de conductas discriminatorias...”

V. Adjudicación a título gratuito de tierras a favor de la “Comunidad Nam Qom”

En diciembre del año 2014, la Comunidad Nam-Qom, perteneciente al Pueblo Toba²², logró suscribir el título formal de tierras situadas en la Provincia de Buenos Aires. Esta comunidad es reconocida por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y se encuentra inscripta en el Registro Nacional de Comunidad Indígenas (RE.NA.CI), con personería jurídica.- Del Reglamento de la Comunidad Nam Qom surge que su autoridad máxima es el *cacique*, cuyo mandato tiene un plazo de veinte años consecutivos e ininterrumpidos, con facultades para ejercer la representación de la comunidad en todos los ámbitos y gestionar proyectos que fortalezcan la comunidad en su conjunto. La designación y elección del Cacique surge de las constancias de su acta de asamblea general ordinaria y mediante las constancias del Acta del Consejo de la Comunidad Nam Qom, resolvieron por unanimidad la aceptación de la adjudicación de propiedad comunitaria con título colectivo de las tierras mencionadas.

La escritura de adjudicación de las tierras, fue el broche final, de un exhaustivo camino que comenzó a transitar mucho tiempo antes, la Comunidad Nam Qom, en principio migrando desde sus tierras originarias hasta el partido de La Plata, en la búsqueda de mejorar su calidad de vida. Golpearon infinidad de puertas en innumerable cantidad de organismos e instituciones, se esforzaron por integrarse con la población e intentaron preservar su cultura, recabaron información, se formaron, aprendieron y tramitaron infinidad de trámites administrativos, todo ello una y cien veces, con la fuerza y el temple necesarios

²² Comunidad originaria de Chaco y parte de Formosa, llegó hace aproximadamente 25 años atrás a la ciudad de La Plata, en busca de mejores condiciones de vida.

para lograr sus metas. En ese escenario, se animaron a elevar sus voces y lograron que sus reclamos sean escuchados, sintiéndose cada vez más cercanos a que sus sueños sean traducidos en una floreciente realidad. El vínculo de la Comunidad Nam Qom con las tierras en donde viven, trabajan, se educan y se relacionan, benefició a 45 familias integrantes. El acceso a las tierras y sus títulos, les permitió preservar su identidad cultural, afianzar sus costumbres, su lengua, su idiosincrasia, alcanzando una mejor calidad de vida y mayor arraigo, con el consecuente incremento de la seguridad jurídica, materializando cabalmente el derecho a la propiedad comunitaria.

En función de ello, se pusieron en marcha políticas públicas y a través de organismos tanto nacionales como provinciales, asumieron el compromiso de gestionar la entrega de tierras “aptas y suficientes que contribuyan al desarrollo con identidad, brindando asistencia técnica y asegurando la plena participación de las comunidades durante el proceso de regularización domi- nial, así como las respectivas escrituras, y posterior inscripción registral para la oponibilidad frente a terceros.

El progreso de estas gestiones fue realizándose en las siguientes etapas:

a) Por un Convenio celebrado el 19 de octubre de 1999 entre la Comunidad Nam Qom y el Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires, este último le otorga la posesión de inmuebles sitios en el partido de La Plata.

b) Con posterioridad, es el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas quien mediante Resolución de su Presidente N° 103 del año 2011, realizó el Relevamiento Técnico, Jurídico y Catastral dispuesto por el Artículo 3° de la Ley Nacional N° 26.160, Decreto PEN N° 1122/07 y la Resolución INAI N° 587/07 en la comunidad Nam Qom, con asiento en la Provincia de Buenos Aires, reconociéndole asimismo a esa comunidad la ocupación actual, tradicional y pública de la tierra.

c) El Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires, por Resolución N° 1720 del 29 de mayo de 2014, adjudicó

a título gratuito a la Comunidad Nam Qom, la propiedad comunitaria de los inmuebles identificados ubicados en el partido de La Plata, en los términos de los artículos 10 y 12 de la Ley Nacional N° 23.302 y Ley Provincial N° 11.331, con los alcances preceptuados por el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, dándole intervención a la Escribanía General de Gobierno a fin de extender la pertinente escritura traslativa de dominio.

d) La Escribanía General de Gobierno de la provincia de Buenos Aires autorizó la escritura de propiedad comunitaria a favor de la Comunidad Nam Qom, como adjudicataria a título gratuito y colectivo de tierras ubicadas en la ciudad de la Plata.

e) Este proceso, continuó con la inscripción de los títulos en la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, que en cumplimiento de normativa registral, produjo la oponibilidad frente a terceros. Las características particulares de la propiedad comunitaria, hicieron necesario plasmar en los folios reales de los inmuebles, específicamente en la columna destinada a las restricciones al dominio, nota con algunas previsiones importantes plasmadas en la Ley Nacional N° 23.203. Entre ellas se dejó constancia de que estas tierras son inembargables e inejecutables; que en sus títulos respectivos deberá constar la prohibición de su enajenación durante un plazo de veinte años a contar de la fecha de su otorgamiento; que los adjudicatarios están obligados a radicarse en las tierras asignadas y trabajarlas personalmente; no vender, arrendar o transferir bajo ningún concepto o forma sus derechos sobre la unidad adjudicada, ni subdividir o anexas las parcelas sin autorización de la autoridad de aplicación. La sanción prevista en la Ley para los actos jurídicos realizados en contravención a esta norma, serán reputados nulos a todos sus efectos. Por último, se dejó nota de que en caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas a ellas pasarán a la Nación o a la Provincia o al Municipio, según su caso.

VI. Conclusión

Del análisis efectuado en el presente trabajo, se desprende la falta de políticas públicas y de mecanismos que permitan concretar el acceso a los títulos de la propiedad comunitaria, cuya fuente es constitucional, y ello se ve reflejado en la judicialización de los conflictos territoriales.

Frente a estos vacíos, urge la necesidad de dictar una ley que contemple y regule la propiedad comunitaria de los Pueblos Originarios, y establezca políticas claras y transparentes tendientes a la obtención de las respectivas escrituras públicas de las tierras a favor de las comunidades indígenas, con su consecuente inscripción en los Registros de la Propiedad Inmuebles, para su oponibilidad frente a los terceros.

Como última reflexión quiero compartir el legado de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la Comisión 9, fueron a un fiel reflejo del respeto a la biodiversidad y el multiculturalismo, aportando claridad y abordando multidisciplinariamente la temática. Reconocieron la existencia de regímenes jurídicos de diferente origen –el derecho indígena y el derecho romano trasvasado a nuestro derecho patrio– que mediante un análisis intercultural permite arribar a soluciones valiosas que contemplen las particularidades de ambos, de modo que la cohabitación de culturas sea el norte que oriente las decisiones.

Bibliografía

Abreut de Begher, Liliana El derecho real de propiedad comunitaria indígena Publicado en: LA LEY 11/10/2013, 11/10/2013, 1 - LA LEY 2013-E, 1292 - LA LEY 11/10/2013, 1 Cita Online: AR/DOC/3785/2013 La propiedad comunitaria indígena. Comentario del Anteproyecto de Código Publicado en: LA LEY 07/06/2012, 07/06/2012, 1 - LA LEY 2012-C, 1238 Cita Online: AR/DOC/2503/2012

Alterini, Jorge Horacio Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético - 2a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2016. v. 1, 1424 p. ; ISBN 978-987-03-3138-4

- Bidart Campos, Germán J La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿qué nos aporta la ciencia política para el Derecho Constitucional? Publicado en: LA LEY 2001-C, 1417 Cita Online: AR/DOC/8574/2001
- González de Prada, María Victoria. *Derecho de las Comunidades Indígenas* Publicado en: LA LEY 16/10/2013, 16/10/2013, 1 - LA LEY 2013-E, 1296 - LA /10/2013, 1 Cita Online: AR/DOC/3884/2013
- Hualpa, Eduardo R Las Comunidades Indígenas y los Derechos de Incidencia Colectiva Las Comunidades Indígenas y los Derechos de Incidencia Colectiva
- Kozak, Verónica - Valdés, Gustavo Desintegración étnica, propiedad comunitaria indígena y prescripción adquisitiva Publicado en: LLBA2016 (diciembre), 3 Cita Online: AR/DOC/3529/2016
- Smayevsky Miriam Derechos reales. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015. 944 p. ; ISBN 978-987-03-2841-4 CDD 346.043
- Vazquez Gabriela A. Propiedad Comunitaria indígena en el Proyecto Publicado en: LA LEY 12/07/2012, 12/07/2012, 1 - LA LEY 2012-D, 948 Cita Online: AR/DOC/3338/2012

Novedades Legislativas

Eduardo Baldi

Nación

Ley N° 27384. Reformas al Código Procesal Penal

Modifica entre otras cuestiones, las competencias y el funcionamiento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, y de la Cámara Nacional de Apelación. Asigna a los jueces integrantes de dichos organismos, competencias unipersonales para el tratamiento de cuestiones de competencia, recursos que presenten las víctimas en la Etapa de Instrucción, delitos de acción privada y reprimidos con penas no privativas de la libertad, cuestiones de excusación y recusación.

Ley N° 27.385. Investigación Científica

Se deja sin efecto el requisito de edad para el otorgamiento de las becas de investigación del CONICET, como así también para las becas postdoctorales y el ingreso a la carrera de investigador.

Ley N° 27386. Aprobación del Acuerdo sobre el Sistema Global de Preferencias Comerciales

Aprueba el Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda de Negociaciones de São Paulo, el Protocolo de la Ronda de São Paulo al Acuerdo sobre el Sistema Global de Preferencias Comerciales entre países en desarrollo, las disposiciones para la aplicación de los resultados de la Ronda de Negociaciones de São Paulo, y la lista VII –Mercosur– Ronda de São Paulo, adoptados en Foz de Iguazú –República Federativa del Brasil–, el 15 de diciembre de 2010.

Ley N° 27396. Modificación a la Ley de Emergencia Económica, Productiva, Financiera y Social

Faculta al Poder Ejecutivo Nacional a instrumentar regímenes especiales para el pago de las obligaciones impositivas y de la seguridad social. Suspende la iniciación de juicios de ejecución fiscal y medidas preventivas para el cobro de los impuestos y obligaciones de la seguridad social adeudados por los contribuyentes alcanzados por la ley N° 27354.

Ley N° 27397. Determinaciones de Precios en los Contratos de Obra Pública Destinados a Vivienda

Las determinaciones de precios en los contratos de Obra Pública destinados a vivienda, o de programas sociales de vivienda, se efectuará de acuerdo al valor en pesos de la Unidad de Vivienda (UVI) tomando como referencia el valor de la UVI publicado por el Banco Central de la República Argentina, de la fecha que se indique en los pliegos de bases y condiciones, de conformidad con las previsiones contempladas en el artículo 6° párrafos primero, segundo y tercero de la ley 27.271.

Ley N° 27399. Restablece feriados puentes

Otorga al Poder Ejecutivo la facultad de disponer de tres feriados puente anuales que habían sido eliminados del calendario 2017. La iniciativa faculta a establecer feriados puente a lo largo del año para completar un fin de semana largo cuando los días festivos inamovibles sean un martes o un jueves.

Ley N° 27400. Prórroga la suspensión de desalojos para pueblos originarios

Se prorroga hasta 2021 la suspensión de los desalojos en tierras ocupadas por pueblos originarios que dispuso la ley N° 26.160.

Se aprobó la ley que establece la paridad de género en la representación política en las listas nacionales

No ha sido promulgada al cierre de la presente. La cámara baja, dio sanción definitiva al proyecto que establece que los partidos políticos deberán presentar listas con igual cantidad de hombres y mujeres en las elecciones de 2019. La norma, modifica el Código Nacional Electoral, la Ley 26.571 de Democratización de la Representación Política, y la Ley 23.298 Orgánica de los Partidos Políticos.

Decreto N° 740/2017. Reglamentación de la Ley de Electrodependientes

El Poder Ejecutivo, a través del mencionado Decreto, reglamentó la ley N° 27.351 que garantiza el servicio y la gratuidad del suministro eléctrico para los hogares con personas cuyos problemas de salud los obliga a depender del uso permanente de equipos eléctricos. La reglamentación fija que el Ministerio de Energía y minería será la autoridad a cargo de su aplicación, mientras que el Ministerio de Salud será el encargado de establecer las condiciones necesarias para la inscripción en el “Registro de Electrodependientes por Cuestiones de Salud” y dictará las normas aclaratorias y complementarias para su aplicación.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 746/2017. Modifica seis leyes nacionales

El mencionado Decreto de Necesidad y Urgencia, modifica las leyes de Ministerios, de creación de la Universidad Nacional de Villa Mercedes, del Sistema Federal de Manejo del Fuego, de Acceso a la Información Pública, del Registro “No Llame” y de la Comisión Técnica Asesora de Política Salarial del Sector Público.

Decreto N° 868/2017. Creación del Plan Nacional de Discapacidad

Estará dedicado al desarrollo de políticas públicas tendientes a la inclusión social de personas con discapacidad. A su vez,

se designó a Javier Ureta Sáenz Peña como director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Discapacidad.

Decreto N° 882/2017. Creación de una nueva empresa de energía y venta centrales térmicas

Ordena la puesta en venta de activos estatales relacionados con la energía. Además, establece la fusión de Enarsa con Ebisa (la empresa encargada de comercializar la electricidad de las centrales binacionales), el cambio de nombre de la primera, que pasará a llamarse Integración Energética Argentina S. A., y el rebautismo de las centrales Kirchner y Cepernic, que volverán a llamarse Condor Cliff y La Barrancosa, de acuerdo con su denominación inicial.

Decreto N° 891/2017. Aprobación de listado de buenas prácticas para simplificar el funcionamiento del Sector Público Nacional

Se oficializó un listado de “Buenas Prácticas en materia de Simplificación” para el Sector Público Nacional, con el objetivo de agilizar el dictado de normas, regulaciones, y la relación con los ciudadanos.

Decreto N° 894/2017. Modificación del Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos

El Poder Ejecutivo, aprobó el nuevo texto ordenado del Reglamento de Procedimientos Administrativos.

Resolución N° 829-E/2017 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Aprobación de las bases para la reforma procesal civil y comercial federal

Se aprueba el mencionado documento elaborado por la comisión –creada para proyectar la reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– que está integrada por destacados especialistas del área, como Arazi, Rojas, Peyrano, Calvino, Sbdar, entre otros y coordinada por Agustina Díaz Cordero. Destacamos la calidad de integrantes de la mencionada

comisión que revisten los profesores de nuestra casa, Dra. Patricia Bermejo, Dr. Eduardo Oteiza, Dr. Andrés Soto, Dr. Agustín Hankovits, y Dr. Pablo Grillo Ciocchini.

Resolución N° 3723-E/2017 del Ministerio de Educación de la Nación. Creación de un registro público de graduados universitarios

Se crea el mencionado Registro Público de Graduados Universitarios, que podrá ser consultado a través de la web y será administrado por el Sistema de Información Universitaria (SIU) en el ámbito de la referida cartera. El registro contará con el nombre y apellido del graduado, DNI, denominación del título universitario obtenido y datos de la institución universitaria que lo expidió. La medida apunta al acceso a la información pública sobre graduados universitarios, afirma la norma en sus fundamentos.

Resolución N° 1552/17 del Ministerio de Salud. Reglamentación de la Cobertura Universal de Salud (CUS)

Aprueba el Reglamento Operativo de la Unidad Ejecutora del Fideicomiso que implementa la Cobertura Universal de Salud. Dicha cobertura permitirá a los pacientes del sistema público tener credencial, ficha médica e historia clínica y acceder a los servicios que necesitan, incluyendo descuentos en medicamentos.

Resolución N° 886/17 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Aprobación del “Protocolo de estudios obligatorios mínimos para la Valoración del Daño Corporal y para la Determinación de la Incapacidad”

Indica la resolución que a fin de asegurar la celeridad del trámite ante las Comisiones Médicas, resulta necesario determinar los estudios obligatorios mínimos que las A.R.T./E.A. deben realizar a los trabajadores previo al inicio de trámite para la Determinación de la Incapacidad, o a la presentación del Acuerdo por Incapacidad Laboral Permanente Parcial Definitiva o Fallecimiento ante las Comisiones Médicas.

Provincia de Buenos Aires

Ley N° 14939. Prórroga de la suspensión de los desalojos en villas de la provincia de Buenos Aires

Modifica el artículo 70 de la Ley N° 14449. El mismo establece que quedan suspendidas por el plazo de 1 año, las medidas judiciales o administrativas que impliquen el lanzamiento de las personas y/o familias que habitan en las villas o asentamientos precarios inscriptos en el Registro Público de Villas y Asentamiento creado por el artículo 28 de la misma Ley.

Ley N° 14.953. Publicidad retocada digitalmente

Establece que toda publicidad estática difundida en vía pública y/o medios gráficos de cualquier tipo en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, en la que aparezca una figura humana que haya sido retocada digitalmente debe exhibir con tipografía visible y clara la leyenda: “esta imagen ha sido retocada y/o modificada digitalmente, Ley 14.953”.

Ley N° 14.963. Prórroga de la suspensión de ejecuciones hipotecarias en la Provincia de Buenos Aires

Prorroga por el término de trescientos sesenta días hábiles, la vigencia de la Ley N° 14.825, a partir de la fecha de su vencimiento. Cabe recordar que la ley 14.360, modificando la ley 13.302, dispuso suspender en todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires, por el término de trescientos sesenta días, a partir de su sanción, las ejecuciones hipotecarias sobre mutuos que contengan por objeto la vivienda única familiar del deudor, y/o unidad productiva, y ha sido prorrogada hasta la fecha.

Ley N° 14.968. Modifica la normativa protectoria de las personas con discapacidad

La norma realiza modificaciones sobre la ley 10.592, una de ellas es su denominación, que ahora pasa a llamarse “Régimen Jurídico Básico e Integral para las Personas con Discapacidad”. Además crea el Consejo Provincial para las personas con discapacidad, entre otras modificaciones.

Ley N° 14.969. La Provincia de Buenos Aires agravó la sanción ante expendio de bebidas alcohólicas

Esta ley modifica el artículo 3 de la ley 11.748 que prohíbe en todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires, la venta, expendio o suministro a cualquier título a menores de 18 años de edad, de bebidas alcohólicas de cualquier tipo y graduación, en cualquier hora del día, aún cuando lo vendido, expendido o suministrado estuviere destinado a ser consumido o ingerido fuera del local.

La nueva sanción contempla que los infractores, serán sancionados con arresto de 30 a 90 días y con multas equivalentes a 5 salarios mínimo vital y móvil hasta 50 salarios mínimo vital y móvil, y clausura de locales y establecimientos de 30 días a 180 días.

Decreto 459/2017. Reglamentación parcial de la ley que crea el Registro Único de Casos de Violencia de Género

Se reglamenta parcialmente la ley N° 14.603, sancionada en septiembre de 2014, que dispone la creación de un Registro Único de Casos de Violencia de Género en esa provincia y cuyo objetivo será concentrar, contener y sistematizar la información sobre esos hechos de acuerdo a la normativa nacional (Ley N° 26.485). La reglamentación dispone que el registro funcionará en la órbita de la Secretaría de Derechos Humanos, oficina a la cual las autoridades públicas deberán enviarle los datos con una frecuencia no mayor a tres meses. Los datos personales recabados solo serán informados a sus titulares o a las autoridades judiciales que los requieran por auto fundado.

Decreto 522/2017 E. Promulgación parcial de la nueva Ley de Honorarios para Abogados en la Provincia de Buenos Aires

El Poder Ejecutivo bonaerense, promulgó la nueva regulación de honorarios para abogados y procuradores bonaerenses. La flamante norma establece, entre otros puntos clave, la naturaleza alimentaria de los honorarios profesionales, el carácter

de orden público de los mínimos arancelarios, fija que los honorarios serán regulados en la moneda IUS a fin de evitar las distorsiones provocadas por la inflación, el IUS arancelario se calculará sobre la totalidad de los conceptos que integran la real remuneración percibida por un juez de Primera Instancia con quince años de antigüedad, por solo citar algunos de sus pasajes. Por otro lado, la Gobernadora Vidal vetó los dos últimos párrafos del artículo 18 en cuanto a los honorarios de los abogados del Estado y el artículo 61 en su totalidad que establecía que la ley se aplicaba a procesos ya iniciados.



COMENTARIO A JURISPRUDENCIA

Obra: *Emilia*
Artista: *Luz Mala*

He perdido

Un pedazo de tierra
he perdido
cruzando alambrados
portentos de luz,

suelo pisado en postales,
infancia

barro del tiempo
que borra linajes,
encierros

sales del ser
pueblan
nuevas miradas

pequeñas verdades

Autor: *Matías Fittipaldi*

Duelo de Cortes: El caso “Fontevécchia” y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana

Román De Antoni

El pasado 14 de febrero de 2017, la nueva composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹ dictó el fallo “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevécchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, en donde ha adoptado una novedosa postura respecto al valor de los pronunciamientos de organismos jurisdiccionales internacionales cuando ordenan “*dejar sin efecto*” decisiones adoptadas en la justicia nacional. Nueve meses después, la Corte Interamericana² consideró que el Estado argentino incumplió la medida. Ambos pronunciamientos han reavivado la discusión en la doctrina constitucionalista respecto al alcance de la soberanía jurídica de los estados y su relación con el derecho internacional. ¿Cuál es el “nuevo valor” de las sentencias de la Corte Interamericana para la CSJN? ¿Hay un cambio de postura en la decisión del tribunal?

I. Antecedentes del fallo de la CSJN

La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto solicitó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana dictado en el año 2011 en la causa “Fontevécchia y otros c/República Argentina”³, se dejara sin efecto una sentencia firme del año 2001 en la que CSJN confirmó una condena civil

¹ En adelante “CSJN”.

² En adelante “Corte IDH”.

³ Corte IDH. Caso Fontevécchia y D’Amico Vs. Argentina. Sentencia del 29/11/11.

de indemnización por daños y perjuicios contra los periodistas Jorge Fontevecchia y Carlos D'Amico por violación a la vida privada del ex presidente Carlos Menem, a raíz de una publicación periodística en la revista "Noticias" en la que se contaba acerca de un hijo no reconocido del ex presidente –Carlos Menen Jr.–.

En esa decisión, la Corte Interamericana –luego que el proceso transite durante más de 10 años por las instancias ordinarias del sistema interamericano (SIDH)– declaró que el Estado argentino violó el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (art. 13, CADH), ordenando, cómo uno de los modos de reparación a la víctimas, dejar sin efecto la condena civil impuesta a Fontevecchia y D'Amico y todas sus consecuencias.

La CSJN, a través del voto conjunto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz, y el voto propio del juez Horacio Rosatti,⁴ resolvió desestimar el pedido de revocación de la Secretaría de Derechos Humanos, bajo las siguientes afirmaciones, las cuales a continuación pasaré a resumir:

a) *Valor de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH):*

Las sentencias dictadas en procesos contradictorios contra el Estado Argentino son "obligatorias" y "vinculantes", siempre y cuando: (i) Sean dictadas "*dentro del marco de sus potestades remediables*" (Considerando N° 6); (ii) Sean sancionadas dentro de las funciones materiales que el art. 63 de la CADH le concede a dicho órgano internacional (considerando N° 20);

Dicho de otro modo, la Corte Nacional reconoce el valor jurídico que poseen las sentencias de la Corte IDH, pero ella misma se arroga una nueva competencia: determinar cuándo ese tribunal actúa dentro de las competencias del art. 63 de la Convención Americana.

⁴ Únicamente Maqueda voto en disidencia.

b) *Alcance de doctrina de la "Cuarta Instancia":*

Para la CSJN, la Corte IDH no constituye una "cuarta instancia" que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que resulta "*subsidiaria, coadyuvante y complementaria*" (Considerando N° 8); En ese sentido, la CSJN entiende que dejar sin efecto –o en sus propias palabras "*revocar*"– una decisión propia, implica "*transformar a la Corte IDH en una cuarta instancia, en clara violación a los principios estructurales del Sistema Interamericano*" (Considerando N° 11); "*La idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de "cuarta instancia", en tanto una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior*" (considerando N° 11);

Con respecto a la doctrina de la llamada "cuarta instancia", vale decir que la misma no ha tenido desarrollo profundo en la jurisprudencia de la Corte IDH, pero "sí" en la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), organismo que ha afirmado que su función no es ser –en principio– "*una cuarta instancia para resolver errores de hecho o de derecho cometidos por los tribunales locales dentro de la esfera de su competencia a menos que ellos constituyan violaciones a la Convención*"⁵ como puede ser afectaciones al debido proceso o a la protección judicial. En otros términos, siempre que se aleguen violaciones a derechos contemplados en ese instrumento internacional los organismos del sistema interamericano pueden revisar las decisiones de los tribunales nacionales.

c) *Límite material a la competencia de la Corte Interamericana:*

La CSJN sostiene que el tribunal interamericano se extralimitó en su función, en tanto al "revocar" una sentencia local incurrió en un "*mecanismo que no se encuentra previsto por el texto convencional*" (Considerando N° 12); Así, sostuvo –luego

⁵ CIDH, Informe N° 39/96, Caso N° 11.673, Marzióni, Argentina, 15 de octubre de 1996, párrafos 50-51

de citar el art. 63.1 de la CADH– que la Convención Americana “*no contempla la posibilidad que la Corte Interamericana deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional*” (considerando N° 13) y que incluso la propia Corte Interamericana ha dicho que este tipo de decisiones resulta en ocasiones “improcedente”, haciendo referencia a los fallos “*Aloeetoe Vs. Suriname*” del año 1993 y “*Blake vs. Guatemala*” de 1999.

De lo expuesto por la CSJN surge una premisa y una posición política más que notoria: la Corte Interamericana no puede “revocar” sentencias de tribunales nacionales. A su vez, esta polémica posición, es justificada mediante la invocación de fallos de la Corte IDH en donde el tribunal interamericano afirmó que –en algunas oportunidades– sus propios pronunciamientos, cómo modo de reparación, no pudieron ser cumplidos.

Estas citas jurisprudenciales resultan totalmente alejadas de lo efectivamente resuelto en aquellos casos, dado que allí las sentencias de la Corte se referían a hechos claramente distintos al de estudio y no a la potestad de un Estado “de limitar o no” los efectos de un fallo.

d) *Alcance del derecho público interno por sobre el derecho internacional. Interpretación del art. 27 de la CN.*

Para la Corte, los instrumentos internacionales deben ajustarse a la “esfera de reserva soberana” indicada por el constituyente en el art. 27 de la Constitución, en la que se encuentran los principios de derecho público local, en base a ello no resulta posible que la Corte Interamericana modifique una decisión de la Corte Nacional pasada en autoridad de “cosa juzgada” (considerando N° 16). Con posterioridad, afirma que, entre dichos principios, se encuentra el carácter de la CSJN como órgano supremo local y cabeza del Poder Judicial, por lo que privarlo de esos caracteres y sustituirlo por un órgano internacional, atentaría contra lo dispuesto en los arts. 27 y 108 de la CN (considerando N°17).

Finalmente, el voto culmina, luego de invocar citas de Joaquín V. González y Carlos Saavedra Lamas, con una interpretación

del art. 27 de la CN, en la que se sostiene que el constituyente de 1994, al incorporar los tratados internacionales con jerarquía constitucional lo hizo reafirmando "*la plena vigencia del derecho público como valladar infranqueable para los tratados internacionales*" (considerando N° 19).

II. Nueva integración de la CSJN: cambio de posición respecto al alcance del derecho internacional de los derechos humanos

Lo resuelto por el máximo tribunal argentino marca sin lugar a dudas una tendencia que se perfila en la nueva composición de la Corte Nacional: (i) la imposición del derecho público nacional sobre el derecho interno y (ii) un claro freno a la tendencia "aperturista" del derecho internacional de los derechos humanos por el que venía transitando la vieja composición del tribunal.

Esto, tal vez, podía avizorarse de la lectura de algunas de las impugnaciones presentadas en el proceso de selección de los nuevos integrantes (Rosatti y Rosenkratz), quienes fueron criticados por poseer "posiciones restrictivas" respecto al alcance del derecho internacional de los derechos humanos y al uso del "control de convencionalidad", que aquí "ratifican".⁶

El valor de las decisiones de organismos internacionales, no resulta materia novedosa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el contrario, tal como se aprecia en el voto de Maqueda, en los últimos 15 años, existieron diferentes pronunciamientos que indicaron una progresiva apertura de nuestro ordenamiento nacional al derecho internacional de los derechos humanos, los cuales contaban en su mayoría con un factor común: la invocación como primer medida al principio de derecho internacional público denominado "*Pacta sut servanda*", que indica que si un Estado ha firmado y ratificado un instrumento internacional, debe ser

⁶ Ver <http://cels.org.ar/documentos/Impugnaci%C3%B3n.pdf>

cumplido e interpretado de “buena fe” (artículos 26 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Fallos trascendentes de la antigua composición de la Corte respecto al alcance del derecho internacional de los derechos humanos

| | |
|----------------------|---|
| 1. “Espósito” (2003) | Este fallo marcó la primera oportunidad en que la antigua composición de la Corte inició el camino de apertura del derecho internacional de los derechos humanos, así, con un alcance totalmente distinto al fallo de análisis, la CSJN sostuvo que en el caso la decisión de la Corte IDH resultaba “de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.I, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. ^(a) |
| 2. “Simón” (2005) | El criterio establecido en “Espósito” fue reafirmado con posterioridad en el Caso “Simón”(2005) en el cual estableció que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como las directivas de la CIDH constituyen una “imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. ^(b) Aquí, fue notable el cambio de lenguaje utilizado por el supremo tribunal nacional, que ya no aludía a una “guía” como la había sostenido en la década de 1990. ^(c) |
| 3. “Mazzeo” (2007) | Aquí, la CSJN se refirió por primera vez en forma expresa al “control de convencionalidad”, una creación doctrinaria de la Corte Interamericana que obliga a todos los jueces nacionales firmantes del Pacto de San José a ejercer un control de la Convención Americana. En sus decisiones. Así, sostuvo lo siguiente: “El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”. ^(d) |

| | |
|--|--|
| <p>4. “Videla” (2010)</p> | <p>En este pronunciamiento, la CSJN confirmó su tendencia de apertura al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, afirmando lo siguiente: “...esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es <i>una insoslayable pauta de interpretación</i> para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial <i>debe ejercer una especie de control de convencionalidad</i> entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (el subrayado me pertenece).^(e)</p> |
| <p>5. “Rodríguez Pereyra c/Ejército Nacional” (2012)</p> | <p>En este fallo, de pura tendencia “aperturista”, la CSJN marcó lineamientos sobre la doctrina del “control de convencionalidad”, poniendo en relevancia el funcionamiento armónico del sistema interamericano con el sistema judicial local. Debo destacar que esta cuestión ha sido omitida en el fallo aquí analizado. “... los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), <i>incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango</i>” (el subrayado me pertenece).^(f)</p> |

| | |
|--|--|
| 6. Carranza Latrubesse (2013) | El más alto tribunal nacional –en su voto mayoritario– postuló la obligatoriedad de cumplir en toda circunstancia con los informes “del artículo 51” de la Comisión Interamericana ^(g) y, en el caso, con las recomendaciones formuladas en el informe N° 30/97, ^(h) por lo que el Estado debió indemnizar al actor ante el incumplimiento de dicho informe. En su resolución sostuvo lo siguiente: “si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de Derechos Humanos, como es el caso de la Convención Americana, <i>tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos</i> para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA)”. ⁽ⁱ⁾ |
| 7. Mohamed (2015) | En esta última decisión, la CSJN sostuvo –en una posición totalmente contraria a la afirmada en “Fontevicchia”– que: “... a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo con lo dispuesto en el art.75, inc. 22°, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ella, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional”. ^(j) |
| <p>^a CSJN. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. 18/11/2003. Considerando N° 6.</p> <p>^b CSJN. Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad y otros. Causa N° 17.768C. 14/07/2005. Considerando N° 17.</p> <p>^c Ver CSJN. Fallos 318:514; 311:274; 318:2611.</p> <p>^d CSJN. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad, 13 de Diciembre de 2007, considerando 21 del voto de la mayoría.</p> <p>^e CSJN. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación. C.s. V.2.8.1. XVI (31/8/2010). Considerando N° 8.</p> <p>^f CSJN. Rodríguez Pereyra C/Ejército Nacional. Sentencia del 27 de noviembre de 2012. Considerando 12 del voto mayoritario.</p> <p>^g CADH, Art. 51°: “1.Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión</p> | |

y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe".

^h CIDH. Informe N° 30/97. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina10.087.htm>, acceso 8 de junio de 2015.

ⁱ CSJN. Carranza Latrubesse c/Estado Nacional. 6/8/2013. Considerando N° 3.

^j CSJN. Resolución 477/15. Considerando VI.

Para finalizar este punto, la postura que adoptaba la anti-gua composición de la CSJN fue también compartida por varios tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica,⁷ el Tribunal Constitucional de Bolivia,⁸ el Tribunal Constitucional del Perú,⁹ la Corte Constitucional de Colombia,¹⁰ la Suprema Corte de la Nación de México¹¹ y la Corte Suprema de Panamá,¹² los cuales otorgan un criterio de apertura y obligatoriedad respecto a las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana en relación a las decisiones en la justicia doméstica.

⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), Sentencia de 9 de mayo de 1995, considerando VII.

⁸ Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente No. 2006-13381-27-RAC). Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010, apartado III.3. sobre "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

⁹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12 y sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000, párr. 6.

¹¹ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Expediente Varios 912/2010, decisión de 14 de julio de 2011.

¹² Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acuerdo No. 240 de 12 de mayo de 2010, mediante el cual se da cumplimiento a la sentencia de 27 de enero de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Santander Tristán Donoso contra Panamá.

Postura contraria ha adoptado, por ejemplo, la Corte de Venezuela¹³, la cual posee un criterio similar al que pareciera brindar ahora la corte argentina, restringiendo el alcance de las sentencias emanadas del más alto tribunal interamericano. Al respecto, cabe agregar que esta es una de las razones por las que el país “bolivariano” se retiró del Sistema Interamericano de derechos humanos en el año 2013.

III. El procedimiento de supervisión de la Corte Interamericana: la audiencia pública

Retornado a los vaivenes del caso en estudio, vale decir que luego del pronunciamiento de la Corte Nacional, la cuestión continuó en el plano interamericano. Es que con posterioridad a cada sentencia de fondo que dicte la Corte IDH, el mismo tribunal realiza un mecanismo de seguimiento a los fines de verificar el cumplimiento de lo oportunamente dispuesto. Dicho procedimiento se encuentra regulado en el art. 63 del Reglamento de la Corte IDH¹⁴ y, como modo de seguimiento, prevé la realización de audiencias (si es que el tribunal lo considera pertinente).

En este marco, luego de que los representante de la víctima denunciaran el incumplimiento del Estado argentino a raíz de la sentencia de la CSJN, la Corte IDH resolvió convocar a una

¹³ Ver por ejemplo caso Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela.

¹⁴ Reglamento Corte IDH. Artículo 63. Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes legales. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes. 2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir las pericias e informes que considere oportunas. 3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar a las partes a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. 4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

audiencia con las autoridades del Estado, la Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas, la cual se llevó a cabo el día el 21 de agosto de 2017 en la sede del Tribunal costarricense¹⁵.

En la audiencia pública, el Estado –a través de sus representantes– “ratificó” *“la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana [...] en todos sus términos”*. Respecto a dejar sin efecto la condena civil, el Estado afirmó que, en virtud del principio de la separación de poderes, en la República Argentina *“la Corte Suprema argentina [...] es quien tiene que resolver este tema porque implicaba la intervención de un expediente judicial”*, por lo que *“la Corte Suprema es el Estado argentino”*. Afirmó que *“el Poder Ejecutivo no puede [...] arrogarse funciones judiciales”*; que no es un tema de *“falta de voluntad”*, sino que *“no tiene posibilidad de hacer nada más”*, ya que *“no tiene herramientas de derecho interno que le permitan hacer algo diferente a lo ya hecho”*. Afirmó que, *“por tal razón, nada tenía ni podía agregar el Estado argentino en esta instancia a través de su órgano ejecutivo a lo expuesto por su órgano judicial máximo actuando dentro del ámbito de sus potestades y atribuciones constitucionales, en aquella sentencia que fuera remitida oportunamente”*.

Por su parte, los representantes de las víctimas informaron “amplios” argumentos respecto a las razones por las cuales consideran que la decisión de la Corte Suprema de 14 de febrero de 2017 implica un *“manifiesto incumplimiento”* de la Sentencia

¹⁵ En esta audiencia comparecieron: a) por el Estado: Javier Salgado, Agente, Director de la Dirección Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Siro de Martini, Asesor de Asuntos Internacionales de Derechos Humanos del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, y Ramiro Badía, Coordinador de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; b) por los representantes de las víctimas: Diego Morales, Director del Área de Litigio y Defensa Legal del CELS y Damián Loreti, Secretario de la Comisión Directiva de dicha organización, y c) por la Comisión Interamericana: Francisco José Eguiguren Praeli, Presidente, Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, y Selene Soto Rodríguez, abogada de la Secretaría Ejecutiva. La grabación de la audiencia pública se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://vimeo.com/230510053>.

de la Corte Interamericana respecto a la reparación relativa a dejar sin efecto la atribución de responsabilidad civil a las víctimas, así como que también implica un “grave retroceso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que pone a Argentina al margen de sus compromisos internacionales”, y que tiene efectos que “exceden por mucho el caso de referencia y plantean un cuadro de debilitamiento general de la protección de derechos humanos en la Argentina”.

Finalmente, los representantes de la CIDH expresaron que “la decisión de la Suprema Corte Argentina es un grave obstáculo para el cumplimiento de la Sentencia de la Corte Interamericana, cuyas implicancias trascienden al caso”. Al respecto sostuvo, entre otros argumentos, que “el desconocimiento por parte del máximo tribunal argentino de la competencia de la Corte Interamericana en este caso, vulnera el derecho de las víctimas [...], dado que no ha cesado la violación en su perjuicio, [y ...] también genera un efecto sistémico regresivo más general para Argentina, en tanto desconoce la exhaustiva ponderación realizada por la Corte Interamericana”.

IV. La sentencia de supervisión de (in)cumplimiento de la Corte IDH

Luego de oídas las distintas posiciones y analizadas las constancias del caso, la Corte IDH emitió su sentencia de supervisión de cumplimiento el día 18 de octubre de 2017. Allí, consideró que el Estado no había cumplido con las medidas de reparación dispuestas en su sentencia sobre el fondo, y ordenó cumplirlas.

El fallo, además, deja algunos puntos interesantes de análisis que a continuación pasaré a sintetizar:

a) Obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana. La “cosa juzgada internacional”

En el párrafo 13° del pronunciamiento, la Corte IDH reafirmó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la CADH “el fallo de la Corte será definitivo e inapelable” y

*produce los efectos de "autoridad de cosa juzgada internacional". Además estableció que el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia es una obligación que no está sujeta a condiciones, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, "[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Y agregó "Dichos Estados tienen la obligación convencional de implementar tanto en el ámbito internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las Sentencias, y de no cumplirse se incurre en un ilícito internacional. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional"*¹⁶.

Por otra parte, en el párrafo 14° el tribunal estableció que *"Los Estados Parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado"*; y frente a la postura soberanista de la CSJN dijo que *"...en lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron"*¹⁷.

b) *"Dejar sin efecto" no es sinónimo de "revocar"*

Por otro lado, la Corte IDH sostiene que "dejar sin efecto" la sentencia, como medida reparatoria, no implicaba necesariamente

¹⁶ Corte IDH. Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina. Sentencia de supervisión de cumplimiento. Párr. 13

¹⁷ Corte IDH. Ídem. Párr. 14.

“revocar” el fallo. Así, sostuvo que *“la Corte Suprema interpretó que lo solicitado era sinónimo de revocar la sentencia emitida por dicho tribunal interno en el 2001”* y recordó que esa misma reparación de “dejar sin efectos” sentencias internas *“ha sido cumplida por otros Estados y por Argentina en casos similares a éste, en los que se constató una violación a la Convención Americana por la imposición judicial de responsabilidades penales o civiles ulteriores contrarias al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”*^{18,19}.

Lo novedoso del fallo, es que la Corte IDH seguidamente le demostró al Estado las posibles soluciones que podría haber adoptado para “dejar sin efecto” la sentencia. Así expresó que: *“El estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas web de la Corte*

¹⁸ En el caso Herrera Ulloa se ordenó a Costa Rica “dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia [penal condenatoria] emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José” en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa. En el caso Palamara Iribarne se ordenó a Chile “dejar sin efecto [...] en todos sus extremos, las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne: la sentencia de 3 de enero de 1995 de la Corte Marcial de la Armada en la Causa Rol No. 471 por el delito de desacato y las sentencias emitidas por dicha Corte Marcial [...] el 3 de enero de 1997 y por el Juzgado Naval de Magallanes el 10 de junio de 1996 por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares”. En el caso Kimel se ordenó a Argentina “dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriv[aran]”. Para ello el Estado debía dejar sin efecto “la sentencia condenatoria emitida en contra del señor Kimel[que] implicó la violación de su derecho a la libertad de expresión en todos sus extremos”. En el caso Tristán Donoso se ordenó a Panamá “dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Santander Tristán Donoso y todas las consecuencias que de ella se deriv[aro]n”. Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, punto resolutive cuarto; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, punto resolutive décimo segundo; Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, punto resolutive séptimo, y Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, punto resolutive décimo cuarto.

¹⁹ Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Sentencia de supervisión de cumplimiento. Párr. 20

Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana"²⁰.

c) *Consideraciones de la Corte IDH frente a las afirmaciones de la CSJN*

Seguidamente, la Corte IDH se detiene a analizar los considerandos del fallo de la CSJN y afirma²¹:

- Que la CSJN se atribuyó competencias que no le corresponden, pues la obligatoriedad surge del derecho internacional, de la Convención Americana y del reconocimiento de la competencia de la Corte IDH (párrafo 23).
- Que la Corte IDH ya ha determinado que la obligatoriedad de sus fallos no puede quedar al arbitrio de un órgano del Estado –especialmente de aquél que generó la violación–, pues se generarían restricciones que harían inoperante la función del tribunal internacional (párrafo 24).
- Que la posición de la CSJN “*contrasta ampliamente con su línea jurisprudencial anterior, la cual había sido destacada por este Tribunal como un ejemplo positivo en cuanto al reconocimiento que han hecho tribunales de la más alta jerarquía de la región sobre el carácter vinculante de las Sentencias de la Corte Interamericana y a la aplicación del control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta*” Así, destacó que las decisiones adoptadas por la CSJN en los años 2004 y 2011 en los casos “Bulacio” y “Bueno Alves”, permitieron avanzar con la obligación de investigar ordenada en esos casos, al “*dejar sin efecto*” o “*revocar*”, respectivamente, decisiones de tribunales inferiores (párrafo 25).

²⁰ Corte IDH. Ídem. Párr. 21

²¹ Recomiendo la lectura del blog de Alberto Bovino “No Hubo Derecho” sobre el tema. Disponible en: <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/search?updated-max=2017-11-06T15:48:00-03:00&max-results=13>

- Que cuando la CSJN afirmó que la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH está condicionada a aquellas que hayan sido dictadas “*dentro del marco de sus potestades remediales*”, se arrogó una función que no le corresponde, la de determinar cuándo ese Tribunal actúa en el marco de sus competencias (párrafo 26).
- Que frente a lo dicho por la CSJN en cuanto afirma que la medida dispuesta por la Corte IDH constituye “*un mecanismo reparatorio que no se encuentra previsto por el texto convencional*”, la Corte interamericana reafirmó su competencia para ordenar las medidas reparatorias en base a lo dispuesto en los arts. 63.1 de la CADH y a los principios de derecho internacional de los derechos humanos (párrafos 27 a 29).
- Que en el caso era posible la restitución de la situación anterior a la violación denunciada dado que se trataba de dejar sin efecto una sentencia de índole civil (párrafo 30).
- Que la CSJN, al rechazar la facultad de la Corte IDH de dejar subsistente un acto jurisdiccional violatorio de la CADH porque fue un acto emitido por el más alto tribunal de Argentina. Con ello, sugeriría que es el único tribunal del Estado cuyas decisiones no pueden ser dejadas sin efecto a pesar de ser violatorias de derechos humanos. Para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado, independientemente de sus funciones o jerarquía, puede generar la responsabilidad internacional del Estado (párrafo 31).
- Que al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas, la Corte Interamericana no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales internos, sino que determina si éstos han incurrido en sus decisiones en alguna violación de los derechos humanos u obligaciones internacionales reconocidos en los

tratados sobre los cuales este Tribunal tiene competencia (párrafo 31).

– Que con respecto al alcance del principio “subsidiariedad” del sistema interamericano de derechos humanos que brindó la CSJN, la Corte IDH reafirma que ésta sólo puede ser exigida en el ámbito internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios en el ámbito nacional y aclara que, en el presente caso, precisamente porque la violación no se resolvió ni se reparó en el ámbito interno, las víctimas activaron los mecanismos de protección internacional, los cuales no pretendían sustituir a las jurisdicciones nacionales, sino complementarlas en la protección de derechos humanos (párrafo 32).

– Finalmente, la Corte IDH recordó que corresponde al Estado asegurar que no se torne ilusoria la efectividad del Sistema Interamericano al someter a las víctimas a un complejo proceso a nivel internacional, para que después del mismo, quede al arbitrio de órganos del Estado cuándo deben ser cumplidas las reparaciones ordenadas para subsanar la violación en su perjuicio. La ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana es parte fundamental del derecho de acceso a la justicia internacional. Lo contrario supone la negación misma de este derecho para víctimas de violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana (Párrafo 35).

Con estas consideraciones, la Corte IDH resolvió mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación ordenadas y dispuso que el Estado presente, a más tardar el 28 de febrero de 2018, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas que se encuentran pendientes de cumplimiento.

V. Conclusiones

Sin lugar a dudas, los operadores jurídicos argentinos nos encontramos actualmente frente a complejo entramado respecto al alcance que poseen los pronunciamientos de los organismos del Sistema Interamericano, en especial, las sentencias de la Corte IDH, dado que nos situamos ante dos pronunciamientos contundentes, rígidos y, por sobre todo, contradictorios. El margen de apreciación de los fallos del organismo interamericano claramente se ha debilitado en el derecho interno con la nueva postura de la CSJN.

Por otro lado, esta incertidumbre también es producto de la propia contradicción de la Corte nacional dado que, por un lado afirmó que las sentencias de la Corte IDH son “*vinculantes*” y “*obligatorias*”, pero de seguido estableció que es facultad suya establecer si las mismas son dictadas en “el marco” de la competencia convencional. En otros términos, pareciera ser que es la propia Corte quien por imperio propio tiene la potestad actual de decidir “*si cumple o no cumple*” con lo dictado en dichas sentencias, aunque vimos que la Corte IDH deslegitimó dicho criterio. Como afirma el constitucionalista Gustavo Arballo “*esto es muy peligroso, porque si vamos a interpretar las sentencias de la Corte Interamericana con esta lógica mezquina todo el sistema sería inoficioso –y el mismo Ejecutivo, este u otro cualquiera, podría invocar esta idea para decir, cada vez que no le simpatice, que el Tribunal obró fuera de sus potestades remediales*”²².

En peor posición, por su propia naturaleza, se encuentra las decisiones que emanan de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), dado que si la internalización de las decisiones de un tribunal con competencia contenciosa, como lo es Corte IDH, es interpretada de manera restrictiva, más aún lo serán las decisiones del organismo con sede en Washington que no sólo emite informes sino también adopta medidas cautelares.

²² <http://www.saberderecho.com/>

Sin pretender un análisis de otra índole, el incumplimiento de la medida cautelar otorgada a favor de Milagros Sala es un claro espejo de tal situación²³.

En efecto, ante este nuevo escenario jurisprudencial, con total seguridad, si el Estado mantiene su postura, surgirán un sin números de inconvenientes en la ejecución de sentencias contra el Estado argentino cada vez que un organismo del sistema de protección internacional de derechos humanos ordené "dejar sin efecto" una pronunciación judicial doméstico pasado en autoridad de "cosa juzgada". Recordemos aquí, que la mayor cantidad de casos en el Sistema Interamericano que posee el Estado argentino giran en torno a denuncias de violaciones a las garantías judiciales (art. 8 de la CADH) y a la protección judicial (art. 25 de la CADH), por lo que es *altamente* probable que la discusión se repita de seguirse la misma receta.

Por otro lado, como afirma la Corte IDH, el fallo de la corte local viene a colocar una enorme barrera al uso del "control de convencionalidad" por parte de los jueces inferiores, doctrina que se viene propagando desde hace más de 10 años en diferentes sectores académicos en todo el continente y que como vimos en los puntos anteriores fue receptada por la CSJN ¿Habría algún juez valiente que se anime a aplicar la doctrina de la Corte IDH cuando haya colisión entre una norma local

²³ El 27 de julio de 2017, tras haber recibido información de ambas partes y haber efectuado una visita al centro de detención, la Comisión Interamericana otorgó medidas cautelares a favor de Milagro Sala a través de la Resolución 23/17. A juicio de la Comisión, existían suficientes elementos para considerar que, entre otros aspectos, las condiciones de detención de Milagro Sala constituían una situación de hostigamiento y estigmatización que ponía en riesgo su vida e integridad, situación agravada por el estado de la salud mental de la beneficiaria. Por lo anterior, la CIDH dispuso que el Estado argentino debía adoptar medidas para garantizar los derechos a la vida e integridad personal de la beneficiaria; concertar con ella las medidas a tomar; y teniendo en cuenta la excepcionalidad de la detención preventiva, adoptar medidas alternativas, tales como el arresto domiciliario o que la beneficiaria Sala enfrentara el proceso en libertad. Luego de otorgamiento, el 3 de noviembre de 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) que adopte medidas provisionales a favor de Milagro Sala con respecto al Estado de Argentina, porque considera que el Estado ha incumplido las medidas cautelares dictadas en su favor.

y la CADH? Pese a ello la sentencia de supervisión alienta a continuar su uso.

Lo cierto es que esta disputa entre cortes recién tuvo su segundo capítulo de la saga (o cuarto, desde donde se mire) y continuará el 18 de febrero de 2018 cuando venza el plazo para que el Estado presente sus informes. Todo pareciera indicar que de continuarse en esa rígida posición (incumplimiento de las medidas reparatorias), el caso termine resolviéndose en el ámbito de la asamblea de la Organización de Estados Americanos²⁴, o en un catastrófico escenario, con un Estado retirándose del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tal como lo hizo en su momento Perú y, como enuncié previamente, Venezuela.

Sin embargo, en este caso en particular, la Corte IDH (pese a no estar de acuerdo con la postura de la CSJN) le abrió las puertas al Estado argentino mostrándole amablemente las “cartas” con las que podría cumplir las medidas y así continuar la relación armónica entre los dos ordenamientos. Como afirma Andrés Gil Domínguez “...*la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ofrece a la Corte Suprema de Justicia una salida razonada y lógica –dentro del diálogo interjurisdiccional que planteó oportunamente Rosatti– para que esta retome el sendero de la tutela útil y progresiva de los derechos humanos, el acatamiento de las sentencias condenatorias del Estado argentino y la expansión del control de convencionalidad interno*”²⁵.

En definitiva, ante esta nueva oportunidad que brinda la Corte IDH, lo más deseable es que el Estado argentino cumplimente lo ordenado y sugerido en la sentencia de supervisión. Desperdiciar esa oportunidad sería realmente incomprensible y agregaría una nueva injustificada regresión en la materia²⁶.

²⁴ Conforme lo dispone el artículo 65 de la CADH.

²⁵ Gil Domínguez, Andrés. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos reafirma su competencia y el alcance del control de convencionalidad externo en el caso “Fontevicchia”. Disponible en <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/>

²⁶ Gil Domínguez, Andrés. Idem.

En rigor, ante este panorama que pareciera significar una etapa de retroceso en materia de protección de derechos humanos producto de los flamantes cambios jurisprudenciales de la nueva integración de la CSJN – que pareciera evidenciar también en el fallo “Muiña”²⁷–, sumada a la incertidumbre actual que reina respecto al valor interpretativo de las decisiones de los organismos mencionados, entiendo que es el Congreso de la Nación quien debe adecuar las normas procesales y sustanciales a los derechos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El ejercicio efectivo de estos roles por parte del Poder Legislativo permite una mejor y mayor protección de los derechos de la ciudadanía a nivel nacional y su acción posibilitaría que exista una mejor articulación entre la protección regional y nacional de derechos humanos, de modo de contar con un sistema integrado de protección efectivo²⁸.

La cuestión central no sólo se reduce al valor restringido que ahora el máximo tribunal nacional le otorgó a estos instrumentos como elementos interpretativos “en abstracto”, sino que también el problema se torna más complejo cuando hablamos de ejecución de sentencias en los casos “en concreto”. Frente a este vacío interpretativo, la Corte Interamericana ha sostenido que: *“Corresponde a los Estados expedir las normas y ajustar las prácticas para cumplir lo ordenado en las decisiones de la Corte Interamericana, si no cuentan con dichas disposiciones”*²⁹.

El establecimiento de órganos y el desarrollo de políticas y procedimientos que aseguren el cumplimiento cabal de las decisiones del Sistema Interamericano es un requerimiento de

²⁷ CSJN 1574/2014/RHI. Autos “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario”. En este pronunciamiento la CSJN aplicó el beneficio de la ley conocida como “2x1” (ley 24.390-derogada-) para los delitos de lesa humanidad.

²⁸ CEJIL. Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos. P. 11

²⁹ Corte IDH. Caso García Prieto y otros v. El Salvador. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N° 168, Voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 4.

la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁰. Por ello, ante la nueva agenda de la Corte Nacional y lo expresado por la Corte IDH en la sentencia de supervisión, pese a no ser suficiente, es necesario que el Congreso argentino, en la misma senda que ha reaccionado frente al fallo “Muiña”, lo haga ante la oscura situación que se plantea en “Fontev ecchia” con las decisiones de los organismos del Sistema Interamericano, reinterpretando así el alcance del art. 75 inc. 22 de la CN y la fuerza de las decisiones de los organismos de protección del sistema, tanto en su valor interpretativo como en su faz de ejecución.

En suma, este “duelo de cortes” que se vislumbra en Fontev ecchia resulta un enorme disparador de diversos temas que abarcan cuestiones de índole constitucional, convencional, derecho internacional y exige un profundo debate y análisis sobre la naturaleza propia del sistema interamericano de derechos humanos. Aunque parecía una verdad de perogrullo, todo indica que los operadores jurídicos debemos volver a recoger la lectura de los viejos debates de los constituyentes del 94´ que decidieron jerarquizar la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporándola a nuestra Constitución Nacional.

VI. Síntesis final

- Nos encontramos ante un diálogo entre Corte IDH y CSJN que aún no ha finalizado.
- La corte IDH advierte un retroceso en la nueva postura de la CSJN que puso freno a la tendencia “aperturista” del “derecho internacional de los derechos humanos”;
- El resolutorio de la CSJN (i) debilita la protección a los derechos humanos en el orden interno, (ii) desalienta –de manera indirecta– el uso de la doctrina del “control de convencionalidad” y (iii) profundiza la crisis de “legitimidad” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, vapuleado y debilitado también por su grave situación financiera;

³⁰ CEJIL. *Ob. Cit.* P. 16

- La Corte Suprema se "*auto-colocó*" como el único poder soberano del Estado al cual no se le pueden "revisar" sus decisiones. La Corte IDH deslegitimó tal postura y le brindó una nueva posibilidad al Estado para que cumpla con las medidas reparatorias en el caso.

- El estado argentino se encuentra frente a una nueva posibilidad remediar su diálogo con el sistema interamericano de derechos humanos.

- Se continúa evidenciando un marco de incertidumbre sobre el valor interpretativo de las decisiones de los organismos del sistema interamericano y su modo de ejecución, por lo que para reforzar su acatamiento, resulta necesario que el Poder Legislativo adopte nuevos mecanismos que aseguren el cumplimiento efectivo de las obligaciones convencionales que Argentina ha asumido.

Bibliografía utilizada

CEJIL. Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos. Buenos Aires: Center for Justice and International Law - CEJIL, 2009;

Comas, Rocío; De Antoni, Román y otros [et al.]. Maestría en derechos humanos y democratización en América Latina y el Caribe: tesis destacadas del año académico 2014-2015 1a edición - San Martín : UNSAM EDITA, 2016.

Novedades de la Suprema Corte Bonaerense y la Corte Suprema Nacional

Juan Francisco Díaz

I. Corte Suprema de Justicia de la Nación

Los daños que sufren integrantes de la Policía en cumplimiento de sus misiones no se indemnizan por las reglas de la responsabilidad del Estado

La Corte Suprema ratificó su jurisprudencia que dispone que los daños originados en el cumplimiento de funciones específicas de las fuerzas armadas o de seguridad no se indemnizan por las normas de la responsabilidad del Estado sino que cuentan con un régimen especial propio. El tribunal se remitió al precedente “Leston” (2007) en donde aplicó analógicamente el fallo “Azzetti” (1998) en el que fijó que los daños consecuencia de una acción bélica –Guerra de Malvinas– no se indemnizan por las normas de la responsabilidad estatal. (CSJN “*Goyenechea, Raquel Fermina y otros c/Estado Nacional Ministerio del Interior Policía Federal s/accidente en el ámbito militar y Fzas. de Seg.*”, 26 de septiembre de 2017).

La Corte confirmó que el Estado debe brindar información sobre la situación educativa de las personas con discapacidad

Así lo dispuso el máximo tribunal al rechazar un recurso contra la decisión de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal que, por remisión al dictamen del Fiscal General Rodrigo Cuesta, ordenó al Estado brindar información sobre la situación educativa de las personas con discapacidad.

Se trató de una causa iniciada por las asociaciones ACIJ, ADC, ASDRA y REDI en la que solicitaron se ordene al Ministerio de Educación cesar en la omisión consistente en no producir datos sobre la situación educativa de las personas con discapacidad.

La sentencia, ahora confirmada, ordenó que, en un plazo de 90 días hábiles judiciales, “realice las acciones y gestiones administrativas necesarias, en el marco de sus competencias, para asegurar la producción de la información solicitada”. (CSJN “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c/EN - M° Educación s/amparo ley 16.986”, 3 de octubre de 2017).

La Corte afirmó la responsabilidad periodística por difusión de información falsa cuando la fuente citada es genérica e indeterminada

El máximo tribunal confirmó hoy la sentencia de condena contra una productora y contra Samuel “Chiche” Gelblung por la difusión de información falsa respecto de un hombre al que se lo vinculaba con el homicidio de una menor. La Corte afirmó que la doctrina “Campillay” no protege al medio cuando deja de ser un simple difusor de una información originada en una fuente distinta y se transforma en el autor de una información dañosa o agravante. Los jueces tampoco consideraron aplicable la doctrina de la “Real Malicia” y afirmaron que, en el caso, bastaba la simple culpa para atribuirles responsabilidad a los demandados. (CSJN “Martín, Edgardo Héctor c/Telearte S.A. y otros s/daños y perjuicios”, 3 de octubre de 2017).

La Corte Suprema no se pronunció sobre la ley que obliga a concurrir ante la Justicia Civil en casos de accidentes de trabajo

El máximo tribunal, por mayoría integrada por Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz, decidió por razones formales que no le correspondía pronunciarse acerca de la validez constitucional del artículo 17 de la ley 26.773 que dispone que los reclamos de indemnización de daños provocados por accidentes de trabajo planteados con fundamento en el código civil deben ser resueltos por jueces civiles y no por jueces laborales. En disidencia, los jueces Maqueda y Rosatti, votaron por declarar inconstitucional la norma dado que priva al trabajador del fuero y procedimiento especializados a su especial reclamo. (CSJN

“Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Núñez Benítez, Marciano c/Promotion Building S.A. y otros s/daños y perjuicios (accidente de trabajo)”, 10 de octubre de 2017).

Declararon la inconstitucionalidad de alícuotas diferenciales en materia de Ingresos Brutos para personas radicadas fuera de la provincia

La Corte Suprema, por unanimidad y en dos causas, declaró la inconstitucionalidad de los regímenes establecidos por las provincias de Santa Fe y Chaco en relación al impuesto sobre los ingresos brutos, en cuanto imponen alícuotas superiores a los contribuyentes o responsables del tributo radicados fuera de sus jurisdicciones. Se trata de los casos “Bayer” y “Harriet y Donnelly” en los que el tribunal, por aplicación del precedente “Bolsa de Cereales de Buenos Aires”, consideró que “el distinto domicilio de una persona no puede ser un elemento diferenciador dentro de una categoría obligada al pago o a la recaudación del tributo”. (CSJN “Bayer S.A. c/Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, 31 de octubre de 2017).

La Corte Suprema requirió adecuar la legislación penal juvenil a los estándares mínimos de protección en materia derechos humanos

El máximo tribunal, en consonancia con el dictamen del procurador Casal, requirió al Poder Legislativo que en un plazo razonable adecue la legislación penal juvenil a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Recuérdese que la norma que rige la materia es el decreto-ley 22.278, firmado por el presidente de facto Videla, en 1980. La Corte recordando las previsiones de la Corte Interamericana en el fallo “Mendoza” y la Convención de los Derechos del Niño resaltó la necesidad de adecuar la regulación de esta temática. (CSJN “A.,C.J. s/homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/juicios/casación”, 31 de octubre de 2017).

La Corte Suprema declaró la constitucionalidad del Reglamento para el Ingreso Democrático al Ministerio Público Fiscal

El máximo tribunal, con el voto de los todos sus ministros, avaló el mecanismo previsto por la Resolución PGN 507/2014 en cuanto establece, en el caso del agrupamiento “técnico administrativo”, un sorteo de todos los postulantes aprobados a los fines de confeccionar la lista de candidatos al ingreso. La Corte, considerando que el procedimiento es respetuoso de los artículos 16 y 28 de la Constitución, señaló que “la decisión de dar iguales chances a todos los postulantes que alcancen o superen el puntaje necesario, no constituye un indebido privilegio de persona o grupo alguno”. (CSJN “*Galindez, Nicolás Emanuel c/Ministerio Público Fiscal de la Nación s/amparo ley 16.986*”, 9 de noviembre de 2017).

La duración de los jueces de Salta debe ser resuelto por el Poder Judicial de esa provincia

La Corte Suprema rechazó tratar un planteo de inconstitucionalidad del sistema periódico de nombramiento de integrantes de la Corte de Salta, formulado por la Federación Argentina de la Magistratura. El máximo tribunal entendió que la cuestión era sobre “temas que pertenecen al derecho público local”. (CSJN “*Federación Argentina de la Magistratura c/Salta, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad*”, 14 de noviembre de 2017).

Se intoxicó con unas empanadas y demandó al comercio pero perdió el juicio por no presentar el ticket

Un abogado y su familia demandaron a una fábrica de empanadas porque se intoxicaron con el producto y perdieron el juicio dado que no acompañaron el comprobante de la compra. El caso llegó hasta la Corte Suprema, quien ratificó la sentencia y además les impone pagar \$300.000 por los gastos del juicio. (CSJN “*Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Varizat, Emilio Alejandro y otros c/Palerva SA y otros si daños y perjuicios*”, 14 de noviembre de 2017).

II. Suprema Corte de Justicia Bonaerense

La Suprema Corte bonaerense ordenó tramitar un proceso colectivo por el derecho humano al agua

Se trata de la causa “Kersich”, iniciada por vecinos de la localidad bonaerense de 9 de Julio que detectaron en el agua niveles de arsénico que ponían en riesgo la salud de la población. En 2014, la Corte Nacional pronunció que el agua es un derecho humano y que los jueces deben darle especial tutela. En consonancia con ello, ahora, el máximo tribunal bonaerense resolvió que debe tramitar como proceso colectivo y mantenerse la cautelar que obliga a ABSA a suministrar agua potable a los habitantes del referido partido bonaerense. (*SCBA “Kersich, Juan G. y otros contra Aguas Bonaerenses S.A. y otros sobre amparo”, 27 de septiembre de 2017*).

La Suprema Corte bonaerense estableció criterios temporales para aplicar la nueva ley de honorarios

El máximo tribunal de la Provincia de Buenos Aires se pronunció hoy en la causa “Morcillo” y fijó la pauta que deberán atender los tribunales inferiores en virtud de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Honorarios. De esta forma, la Corte estableció que las tareas profesionales cumplidas bajo la vigencia del régimen anterior se deberán determinar conforme a dicha pauta, es decir, siguiendo el sistema cuya unidad arancelaria (IUS) fue fijada por Acuerdo 3871/2017. (*SCBA “Morcillo Hugo Hector c/Provincia de Bs. As. s/inconst. Decr.-Ley 9020”, 8 de noviembre de 2017*).

La Suprema Corte bonaerense fijó pauta del plazo de caducidad de la acción de inconstitucionalidad en casos previsionales

El máximo tribunal de la provincia resolvió que el plazo de caducidad de 30 días para iniciar una acción originaria declarativa de inconstitucionalidad también es aplicable a asuntos previsionales. La Corte, de esta forma, modificó su doctrina legal

que consideraba inaplicable dicho plazo a ese tipo de derechos dado que, fundó la mayoría, cuando se estableció aquel criterio eran muy restringidas las vías para hacer planteos de inconstitucionalidad, mientras que ahora, se habilita tal situación tanto en el amparo como en las acciones ante los jueces en lo contencioso administrativo. (SCBA “*Poy Maria Mercedes c/Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad de Ley 11.761 y 13.364*”, 25 de octubre de 2017).

Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

James Vertiz Medina

Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340

I. Hechos. El caso se relaciona con el despido arbitrario del Sr. Alfredo Lagos del Campo como consecuencia de manifestaciones realizadas siendo dirigente laboral en las que denunciara sobre actos de injerencia indebida de los empleadores en la representación sindical de los trabajadores, motivo por el cual fue despedido, medida que fue confirmada por los órganos judiciales del Perú.

II. Fondo. En este caso, el Tribunal de San José aborda la violación del derecho a la libertad de expresión desde el ámbito de las relaciones entre particulares en contextos laborales, resaltando que la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser. Asimismo subrayó que en el ámbito laboral, la responsabilidad del Estado se puede generar bajo la premisa de que el derecho interno, tal como fue interpretado en última instancia por el órgano jurisdiccional nacional, habría convalidado una vulneración del derecho del recurrente, por lo que la sanción, en último término, deriva como resultado de la resolución del tribunal nacional, pudiendo ello acarrear un ilícito internacional.

Por otro lado, en esta histórica sentencia, la Corte declara por primera vez, y haciendo aplicación del principio *iura novit*

curia, la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dando un decisivo paso hacia la justiciabilidad plena y directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En el caso, invocó su jurisprudencia sentada en el caso “Acevedo Buendía y otros vs. Perú” (2009), y como lo destaca el juez Ferre Mac Gregor, a través de una interpretación evolutiva y apartándose de su jurisprudencia tradicional, la Corte IDH le otorga un nuevo contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, leído a la luz del artículo 29 del mismo instrumento.

En tal sentido, consideró el derecho a la estabilidad laboral como un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, del cual se derivan, para las relaciones laborales en el ámbito privado, las siguientes obligaciones estatales: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.

También en esta oportunidad la Corte Interamericana aplicó la protección del derecho de asociación en contextos laborales en relación con el artículo 26 del Pacto de San José.

III. Reparaciones. Entre otras medidas le ordenó al Estado de Perú pagar la cantidad fijada en la Sentencia por concepto de daño material, lo cual incluye el lucro cesante por los salarios dejados de percibir y su legítima pensión y beneficios sociales. Asimismo, otorgó un monto por concepto de daño inmaterial por las violaciones acreditadas.

Corte IDH. Caso Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 338

I. Hechos: El caso se relaciona con la muerte de Johan Alexis Ortiz Hernández, de 19 años de edad, en una instalación militar, siendo estudiante de la Escuela de Formación de Guardias Nacionales, como consecuencia de disparos de arma de fuego en el contexto de una práctica de fogeo realizada con balas reales, y en el que el Estado no dio una respuesta de manera adecuada ni oportuna, al no contar con personal médico especializado ni con una ambulancia que le permitiera recibir atención mientras era trasladado hasta un centro médico.

II. Fondo: El Tribunal Interamericano subrayó en este caso que, si bien la actividad militar conlleva en sí misma un riesgo por la naturaleza de sus funciones, el Estado se encuentra en la obligación de proteger la vida e integridad personal de los miembros de las fuerzas armadas en todos los aspectos de la vida militar, incluyendo los entrenamientos para afrontar situaciones de guerra o conflicto, así como el mantenimiento de la disciplina militar, entre otros. En esta línea, la Corte consideró que recae sobre el Estado el deber de adoptar medidas preventivas de diversa índole, entre ellas de carácter administrativo o legislativo, a fin de reducir el nivel de riesgo al que se enfrentan los miembros de las fuerzas armadas en el marco de la vida militar.

En el asunto, el reproche y la consecuente atribución de responsabilidad estuvo determinada por la ausencia de regulación apropiada en la ejecución de la práctica o entrenamiento militar en lo relativo a la utilización de balas de fogeo y/o balas reales, la que está permitida en tanto la misma no genere un riesgo excesivo sobre la vida e integridad de las personas; por a la falta de cumplimiento de las medidas de seguridad para proteger el derecho a la integridad personal y a la vida, incluyendo la previsión y provisión de atención médica oportuna y adecuada;

y asimismo por lo atinente al carácter arbitrario de la muerte y la plausibilidad de las –4– hipótesis planteadas sobre cómo sucedieron los hechos. Por esto, y atento el reconocimiento de responsabilidad estatal, la Corte decidió que se violaron los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

III. Reparaciones: La Corte estableció entre otras medidas de reparación, y para recuperar la memoria de la víctima, que se designar con el nombre de Johan Alexis Ortiz Hernández una promoción de egresados de la Escuela de Formación de Guardias Nacionales; y que de acuerdo a la naturaleza y finalidad de cada ejercicio en el ámbito de la instrucción militar de los estudiantes de la Escuela de Formación de Guardias Nacionales, establecer de forma expresa el tipo de municiones a utilizarse y, en su caso, justificar de forma estricta la necesidad militar de utilizar balas reales en un ejercicio en concreto.

**Corte IDH. Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil.
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333**

I. Hechos: El caso se relaciona con la falta de investigación y sanción de los responsables por las ejecuciones extrajudiciales de 26 personas, así como por la comisión de actos de violencia sexual tres mujeres, dos de ellas niñas, todas en el marco de dos redadas policiales efectuadas por la Policía Civil de Río de Janeiro en 1994 y 1995 en la Favela Nova Brasilia. Las autoridades policiales justificaron dichas muertes mediante el levantamiento de actas de resistencia al arresto.

II. Fondo: Al tratar sobre el fondo del caso, en primer lugar, elabora estándares sobre independencia de los órganos investigadores en casos de muerte derivada de intervención policial. En tal sentido subrayo que, el elemento esencial de una investigación penal sobre una muerte derivada de intervención

policial es la garantía de que el órgano investigador sea independiente de los funcionarios involucrados en el incidente. Esa independencia implica la ausencia de relación institucional o jerárquica, así como su independencia en la práctica. En ese sentido, en los supuestos de presuntos delitos graves en que prima facie aparezca personal policial como posible imputado, la investigación debe estar a cargo de un órgano independiente y diferente de la fuerza policial involucrada en el incidente, tales como una autoridad judicial o el Ministerio Público, asistido por personal policial, técnicos de criminalística y administrativos, ajenos al cuerpo de seguridad al que pertenezca el posible imputado o imputados.

Luego se refiere a los estándares relativos a debida diligencia y plazo razonable en casos de alegada violencia sexual. Allí la Corte destaca que, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará, ha considerado que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. Asimismo, de conformidad con el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril.

En el caso la Corte también reitera su jurisprudencia de que la violación sexual es una forma de tortura, y que en casos de violencia contra la mujer, ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia.

Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia; vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso, y vii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación. Asimismo, en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género.

III. Reparaciones: En esta ocasión, la Corte ordenó entre otras medidas reparatorias la de publicar anualmente un informe oficial con los datos relativos a las muertes producidas durante operativos de la policía en todos los estados del país y con información actualizada anualmente sobre las investigaciones realizadas respecto a cada incidente resultante en la muerte de un civil o de un policía; la de establecer los mecanismos normativos necesarios para que en supuestos de presuntas muertes,

tortura o violencia sexual derivadas de intervención policial, en que prima facie aparezca personal policial como posible imputado, desde la *notitia criminis* se encargue la investigación a un órgano independiente y diferente de la fuerza pública involucrada en el incidente, tales como una autoridad judicial o el Ministerio Público, asistido por personal policial, técnico criminalístico y administrativo ajeno al cuerpo de seguridad al que pertenezca el posible imputado o imputados; y la de adoptar las medidas necesarias para que el Estado de Río de Janeiro establezca metas y políticas de reducción de la letalidad y la violencia policial.

Corte IDH. Caso Zegarra Marín vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331

I. Hechos: El caso se relaciona con la violación al principio de presunción de inocencia y al deber de motivación de las sentencias en perjuicio del señor Zegarra Marín, a cargo de la Subdirección de Pasaportes de la Dirección de Migraciones y Naturalización del Perú, quien fue condenado por la supuesta expedición de pasaportes tramitados en forma irregular, en base a las declaraciones de sus coimputados, como único elemento de prueba en la causa.

II. Fondo: En este caso la Corte construye y reafirma sus estándares en materia del alcance del principio de presunción de inocencia; del valor probatorio de co-imputados; sobre la carga probatoria y la inversión de la misma; y sobre el deber de motivar.

Respecto del valor probatorio de las declaraciones de coimputados, la Corte resaltó que las declaraciones de los co-acusados revisten valor indiciario y, por consiguiente, forman parte de la prueba indirecta o indiciaria, debiendo valorar sus contenidos conforme a los principios de la sana crítica; es decir, que para alcanzar una condena es necesario que sean varios

los indicios y que, entre ellos, sean serios y precisos, así como concordantes. El coimputado no tiene el deber de presentar declaraciones dado que realiza un acto sustancial de defensa, a diferencia del testigo.

En relación a la carga probatoria y la inversión de la misma, la Corte reiteró que la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado, y que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. En consecuencia, al presumir la culpabilidad del inculpado, requiriendo que sea éste quien demuestre su inculpabilidad, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia. Asimismo, destacó que la carga de la prueba en procesos penales se sustenta en el órgano del Estado, por lo que no existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni de aportar pruebas de descargo. Es decir, la posibilidad de aportar contraprueba es un derecho de la defensa para invalidar la hipótesis acusatoria, contradiciéndola mediante contrapruebas o pruebas de descargo compatibles con hipótesis alternativas (contra-hipótesis), que a su vez la acusación tiene la carga de invalidar.

Sobre el deber de motivar, la Corte subraya la relevancia de la motivación, a fin de garantizar el principio de presunción de inocencia, principalmente en una sentencia condenatoria, la cual debe expresar la suficiencia de prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria; la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, incluidas aquellas que pudieran generar duda de la responsabilidad penal; y el juicio final que deriva de esta valoración. En su caso, debe reflejar las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria. Lo anterior, permitiría desvirtuar la presunción de

inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable. Ante la duda, la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, operan como criterio decisorio al momento de emitir el fallo.

III. Reparaciones: la Corte determinó entre otras, como medida de reparación integral, que la sentencia de condena que fue emitida en el proceso penal en contra de Agustín Zegarra Marín carece de efectos jurídicos en lo que respecta a la víctima en el presente caso y, por lo tanto, dispone que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para dejar sin efecto las consecuencias que de ella se derivan así como los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales, que existan en su contra a raíz de dicho proceso, otorgándole a Perú el plazo de un año para cumplir con la misma.



OPINIÓN

Obra: *Paula y Paz*
Artista: *Luz Mala*

Pariente del pasado

Me encontré con una pariente
del pasado,
entre escombros de la memoria.

Ese ojo sonámbulo,
hacedor de destinos
y despistes.

Palabra que en la noche
no descansa,
acaricia roe remueve
la sabia de los días apilados.

Castillo que despierta
de una vigil espera.

Belleza sentada en soledad
detrás de un mueble añejo.

Autor: Matías Fittipaldi

Cuestión de principios

Daniel Bonjour¹

Antes de comenzar la transcripción de las primeras líneas que redacte respecto del actual proyecto de reforma en materia laboral presentado en escena días atrás por el gobierno, medite un rato qué título habría de llevar; luego de ese espacio de meditación opte por “*Cuestión de Principios*”, precisamente porque en el análisis que lleve adelante sobre semejante afrenta a los derechos del trabajador, son los “principios” que campean en materia de derecho del trabajo que están siendo brutalmente vulnerados, debilitados y lo que es peor, eliminados de un plumazo de una materia tan vinculada al espíritu de solidaridad social.

El proyecto en danza, no puede pasar; ¿qué queremos decir con esto? Sencillamente que no resiste el mínimo análisis a la luz de la normativa laboral que define los términos del contrato de trabajo, en las ideas plasmadas actualmente en la LCT (Ley de Contrato de Trabajo), y demás normativa vigente; vamos más allá; por así decirlo, para que una reforma de semejante naturaleza pueda pasar por el tamiz al que se debe someter todo proyecto de reforma ante el Congreso de la Nación, podríamos decir, es

¹ Abogado UNLP. Profesor de Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Abierta Interamericana), Docente Adscripto de Derecho Social –del trabajo y previsión– (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata). Profesor de Derecho Romano (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata/Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires/Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Abierta Interamericana/Facultad de Derecho de la Universidad de San Isidro Dr. Plácido Marín). Profesor de Economía Política y Teoría del Derecho en Universidad Abierta Interamericana. Apoderado Fiscal Externo de la Fiscalía de Estado de la Pcia. de Buenos Aires. Director Ejecutivo de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Asesor Letrado de la Secretaría de Desarrollo Social del Municipio de La Plata. Profesor en Docencia Superior UTN (Universidad Tecnológica Nacional).

menester que cuente –entre otras cosas– con legitimidad; esto es, puede que llegue a ser ley si se siguen los procedimientos establecidos por la CN para la sanción de las leyes, empero, también puede resultar de carácter ilegítima dicha ley y, en el caso que se ventila, a todas luces “inconstitucional”.

Dice el artículo 14 bis de la Constitución Nacional: *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”*.

En esa primera parte de la redacción del artículo se halla plasmado el denominado “principio protectorio” del derecho del trabajo; es que, precisamente, la materia del derecho del trabajo nació a la luz de acontecimientos que dieron lugar a forjar ciertas garantías y beneficios a favor de quienes desde siempre fueron la parte más débil en la relación de contrato de trabajo; esa parte más débil siempre fue el trabajador.

Podrá preguntarse el lector ¿por qué el autor transcribe literalmente el art. 14 bis de la CN, por qué se remite a ciertos acontecimientos de la historia que dieron lugar a la aparición en la escena jurídica de las normas de derecho laboral? Veamos porque.

El actual proyecto no pasa –dijimos–; para que pase por aquel tamiz al que referimos antes debe ser reformada la Constitución Nacional, pero no puede ser ésta “cualquier reforma”, tiene que ser una reforma que elimine el mentado artículo 14 bis; ¿por qué? Porque el proyecto de reforma echa por tierra el principio protectorio, lo derriba, lo destroza, lo derrumba, lo ignora. Semejante proyecto..., me da que pensar; me da que pensar en que muy probablemente el redactor de semejante obra, desconoce las más mínimas reglas del derecho del trabajo; permítaseme pensar que un laboralista –se trate de aquellos que defienden las posturas de las empresas, y obviamente aquellos que defendemos con mayor esfuerzo los derechos de los trabajadores–, no puede haber sido el autor de –por usar con todo el propósito, un término despectivo–, “esa cosa”, tildada de proyecto.

Es que, el principio protectorio tal como lo hemos aprendido y enseñado, viene a “proteger” a la parte más débil en la relación laboral, y de él se derivan “otros principios”; por solo mencionar algunos y con el desorden que el intelecto marca en estas horas de agotamiento y furia, mencionemos el principio de progresividad, el de la condición más beneficiosa (art. 7 LCT), el de irrenunciabilidad (art. 12 LCT), el de la norma más favorable (art. 9 I Párr. LCT), el principio in dubio pro operarii (art. 9 II Párr. LCT), el de la ley más benigna, el de orden público laboral, etc. etc. etc. No podemos pasar por alto que los principios son pautas sociales, que orientan al juez, al intérprete de la norma o ley, son inmutables, son ideas esenciales sobre las que se sustenta el derecho y, en nuestro caso, el derecho del trabajo.

El proyecto actual es violatorio ya no solo de los principios que rigen la materia, ya no solo de la Constitución Nacional, sino que, también ponen en debilitamiento compromisos asumidos

por el Estado Nacional en materia de derechos del trabajo como los derivados del vínculo con la Organización Internacional del Trabajo, los compromisos asumidos por el Estado en materia de Derechos Humanos, léase, Pacto de San José de Costa Rica (arts. 24 y 26), y su Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, arts. 6, 7 y 8), y otra suma de Tratados y/o Convenciones.

Mencionamos al pasar el principio de progresividad; este nos marca un iter definido, el que indica que todas aquellas conquistas que con el tiempo han ido traducéndose en derechos adquiridos, no pueden modificarse –para utilizar un término que nos recuerda nuestra actividad docente romanista–, “in peius”; es decir, el actual proyecto, reforma “en perjuicio” de los trabajadores “toda la materia”; este mismo principio implica que, se puede avanzar, incrementar las conquistas, los derechos, “nunca, en desmedro”.

Por allí, el art. 14 bis CN que antes transcribimos refiere a “*condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada*”; este es uno de los aspectos que de arranque debemos mencionar que el proyecto vulnera; se hace referencia en él a “Banco de Horas”, mediante el que se modifica el computo de la jornada, pasando a ser anual, compensando excesos de jornada en el año y sin obligación de abonar jornadas extraordinarias. Acto seguido, la jornada de 8 puede pasar a 10 teniendo en cuenta promedios como base de cálculo. Y, hablando de base de cálculo, respecto de las indemnizaciones por despido elimina el sueldo anual complementario, las horas extraordinarias, premios, compensaciones de gastos y otros rubros no mensuales.

El proyecto supuestamente pretende propender a la incorporación de mayor cantidad de trabajadores al sector de “registrados”, es decir, pretendería reducir el “trabajo informal”; ¿así? Lo dudo. Las premisas contempladas en la Ley 24013 son también echadas por tierra, la deficiente registración laboral, y la inexistente registración no son sancionadas más, se favorece a empleadores que actúan cual dominus respecto de sus esclavos, sin sancionarlos por la inconducta, por el ilícito cometido

al poner en estado de mayor vulnerabilidad a los trabajadores manteniéndolos fuera de los beneficios que las leyes les acuerdan; se condonan las deudas por aportes, contribuciones, multas, y extingue acción penal; los trabajadores, cualquiera sea el tiempo que hayan pasado sin ser registrados, solo se les reconocerá hasta 5 años a los efectos previsionales pero a valores de salario mínimo, vital y móvil.

Llegados a este punto, casi final producto de la indignación, es dable atender a la creación de un pretendido instituto de “trabajador autónomo económicamente dependiente”; o sea, a mi modesto entender, destroza el ejemplo al que habitualmente recorro para hacer gráfico el principio –que hasta aquí no había mencionado–, de “primacía de la realidad”, hablo del “trabajador en relación de dependencia, que es obligado –sí, obligado–, a inscribirse en el “monotributo”; o ¿estaré equivocado?

Para no alongar más este que de inicio pretendía ser un breve análisis de algo que me parece a todas luces inconstitucional, se me permita agregar que, no es así como se logra confiabilidad, no es así como se logra seguridad jurídica, no es así como se consolida la actividad económica, no es así..., como un gobierno debe velar por respetar la Carta Magna y las directrices que derivan de su Preámbulo y –entre ellas–, afianzar la justicia y promover el bienestar general.



TRABAJOS DE GRADO

Obra: *Ofelia*
Artista: *Luz Mala*

Cielo final

En la galería tortuosa
del insomnio
acampan las bestias
del descontento

la imposible cifra
del deseo
con sus esperpentos de exilios
y separaciones

arduas negociaciones
entre horizontes de sábanas
van templando
los regateos del goce

el cielo final de los cuerpos

Autor: Matías Fittipaldi

Derecho Humano a la Educación: la educación inclusiva

Evelyn Regina Zamboni¹

I. Introducción

En este trabajo me propuse ubicar adecuadamente a la educación como derecho para poder comprender la regulación que existe actualmente y como llegamos a ella. En base a esto llegar a entender el porqué de los problemas que hay en nuestro país referentes a la educación y si es un problema legal o no.

Empecé conceptuando a la educación como un derecho humano, y como tal, un derecho amparado en múltiples tratados internacionales. A su vez, a las leyes que tiene la Argentina sobre este derecho, tanto nacionales como provinciales.

A lo largo del trabajo se ve que hay una muy buena regulación pero que en la práctica en realidad falta mucho para que todo lo bueno se vea plasmado en su totalidad y para todos. Sigue habiendo innumerables problemas con el acceso, permanencia y, ni hablar del egreso, sin mencionar, claro está, los problemas de discriminación que se suman en las escuelas.

Casi llegando al final del trabajo desarrolle un fallo reciente sobre educación inclusiva y discriminación, para ver reflejado en la realidad todo lo amparado por las normas.

Finalmente, escribí una conclusión personal sobre lo que pensaba sobre la educación antes de hacer el seminario y como fui viendo los problemas a medida que me interiorizaba en el tema.

¹ Estudiante de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Correo electrónico: evelynzamboni@gmail

II. Derecho humano a la educación

El derecho a la educación es un derecho humano fundamental receptado en distintos instrumentos internacionales; la Convención de los Derechos del Niño es la que contiene una visión integral del derecho a la educación. Nuestra Constitución Nacional reconoce el derecho de toda persona “*de enseñar y de aprender*” en su artículo 14, estableciendo que la educación es una obligación indelegable del Estado, e incorpora por medio del artículo 75 inciso 22 tratados internacionales que hacen expresa referencia a este derecho, por lo que adquieren jerarquía constitucional.

La educación está ligada al conocimiento, a su creación y a su transmisión. Está vinculada al desarrollo humano, social, económico, y con la radicación de la pobreza, siendo un medio indispensable para realizar otros.

En la actualidad, el valor del conocimiento es muy elevado, es lo que lleva a las personas a tener acceso al mundo moderno. La educación debe impactar en el autoestima y confianza de los niños y niñas para que puedan llegar al máximo de sus capacidades para luego poder desempeñarse en el mundo que viven.

Es indudable que la educación debe ser accesible para todos, especialmente para los grupos más vulnerables. La no discriminación se tiene que aplicar en forma inmediata para que todos puedan gozar del derecho humano a la educación, ya que la exclusión es una forma de discriminación. Además se estaría vulnerando lo establecido en el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional donde todas las personas deben encontrarse en un plano de igualdad de oportunidades, en este caso específico, referido a la posibilidad de acceso a la educación desde el punto de vista cultural y económico (por ejemplo con becas para poder comprar útiles o libros).

En 2015 la Organización de Naciones Unidas adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible un plan de acción que posee 17 objetivos. La agenda consiste en llegar al 2030 con el cumplimiento de las propuestas dispuestas en ella.

El cuarto objetivo de la Agenda 2030 es “*Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos*”.

La UNESCO es quien dirige y coordina a la Agenda Educación 2030. Con ella se pretende tomar medidas audaces y urgentes para dar una nueva visión sobre la educación, renovando el sector y con la aspiración de no dejar a nadie rezagado.

En el artículo 7 de la Declaración de Incheon toman el compromiso de “*hacer frente a todas las formas de exclusión y marginación, las disparidades y las desigualdades en el acceso, la participación y los resultados de aprendizaje*”. Asimismo, se reconoce la igualdad de género, el derecho a una educación de calidad, las oportunidades de aprendizaje a lo largo de la vida y el desarrollo de sistemas más inclusivos, entre otros.

1. Marco jurídico a nivel internacional

A nivel internacional el derecho a la educación está consagrado en diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Seguidamente mencionaré los que considero pertinentes para este trabajo.

La *Convención sobre Derechos del Niño*, en su artículo 28, reconoce el derecho a la educación, cuyo ejercicio debe ser progresivo y darse en igualdad de oportunidades. Dispone que se debe “*implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos*”, además de fomentar lo mismo para la enseñanza secundaria. Asimismo, proclama que quienes adhieren tienen que “*contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo*”. Considero que este es el instrumento más importante al respecto por enfocarse en lo que necesita cada niño, niña y adolescente para poder insertarse en el mundo con todas las herramientas que necesita para poder desarrollarse plenamente.

La Observación General número 1 del Comité de los Derechos del Niño dispone que los objetivos y valores que están en la Convención sobre educación “*se expresan en forma muy*

general y sus repercusiones son potencialmente muy amplias". Aun así, se precisa que los adherentes regulen sobre esto, ya que no es posible si no se hace que los principios inspiren verdaderas políticas educativas.

De modo más general y con algunas equivalencias, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, establece en el artículo 13 el reconocimiento de este derecho. Instituye que la educación *"debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad"*. También dispone sobre la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria como la Convención sobre los Derechos del Niños.

En el aparatado 2 de ese mismo artículo, dispone que la enseñanza superior tiene dos principios fundamentales: la accesibilidad igualitaria y meritosa, y la gratuidad. Con respecto a la accesibilidad, se refiere a que es para toda persona que haya cumplido con las etapas educativas anteriores.

La Observación General número 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que la educación es *"un medio indispensable para realizar otros derechos humanos"*. La educación es el principal medio para que las personas puedan *"salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades"*. Establece que *"está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer"*.

La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* reconoce que los países deben asegurar la educación inclusiva en todos los niveles y a lo largo de la vida. Se deberá asegurar que *"las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad"* y que *"puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás"*.

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* dispone en el artículo 12 que el derecho a la educación

debe estar inspirado “*en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humana*”. La educación tiene que servir para capacitar a las personas y así lograr múltiples propósitos, entre los que nombra “*una digna subsistencia, mejoramiento del nivel de vida y ser útil a la sociedad*”.

2. Rendimiento internacional

Más allá de la normativa que existe a nivel internacional, muchos países están comprometidos con la educación. Para evaluar los conocimientos y habilidades que obtienen los alumnos se realizan cada 3 años las evaluaciones PISA², que es un proyecto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Las evaluaciones PISA sacan a relucir a los países que tienen un buen rendimiento y equidad en las oportunidades de aprendizaje. Además de valorar a los niños y niñas en lectura, matemática y ciencia, estudian la motivación de los alumnos, la concepción que tienen sobre sí mismos y sus estrategias de aprendizaje.

La evaluación se realiza a adolescente de entre 15 y 16 años, por encontrarse cerca de tener que insertarse en el mundo laboral y/o en la educación superior.

En base a los resultados algunos países celebran lo conseguido y otros se esfuerzan por lograr una mejor posición en el ranking que se realiza pasada la evaluación.

Con respecto a Argentina, nuestro país fue excluido de los listados de la última evaluación por haber defraudación en los resultados, ya que faltaban escuelas que históricamente habían realizado la evaluación. Sin embargo, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue analizada independientemente del país y figura en los listados, presentando además una mejoría en las 3 categorías.

² Programme for International Student Assessment (Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos en Español).

Aun no apareciendo en el ranking, Argentina es uno de los peores países en rendimiento. Se cree que es porque los alumnos no estudian y están constantemente en redes sociales, porque los docentes no enseñan bien y porque la política mira hacia otro lado.

III. La educación en Argentina

Montesquieu destacaba que *“en el régimen republicano es en el que se necesita de toda eficacia de la educación”*. La educación alimenta la calidad democrática, y con ella se forma a los ciudadanos para que puedan ejercer sus derechos, contribuyendo a la formación de la opinión pública, y a que los gobernantes sean capaces.

La democracia conlleva la igualdad de oportunidades, lo que tiene como consecuencia que toda persona tenga las mismas posibilidades de desarrollo que otra sin discriminación de ningún tipo.

Con la igualdad de oportunidades se da la libertad para que cada persona logre los resultados de los que sea capaz. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 12 consagra que *“el derecho a la educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos”*.

La primer ley argentina sobre educación fue la 1420, dictada en 1884 durante el gobierno de Julio Argentino Roca. Disponía como único objetivo de la escuela primaria *“favorecer y dirigir simultáneamente el desarrollo moral, intelectual y físico de todo niño de 6 a 14 años de edad”*. Estableció la obligatoriedad, la gratuidad y la gradualidad de la instrucción primaria, dejando como opción la educación católica, lo que provocó la oposición de la Iglesia.

Luego de la dictadura en nuestro país, ya estando en democracia nuevamente, se pretendió superar el paradigma autoritario, tratando de lograr una escuela actualizada y poniéndose fin a la persecución ideológica. La Ley 24.195 estableció

los roles de la Nación y de las Provincias para tratar de homogeneizar los contenidos básicos. Esta ley fue muy criticada ya que no superaba en mucho a su antecesora, instauraba el rol principal de la Iglesia y la escuela católica, y seguía modelos que habían fallado en el extranjero.

En 2005 se sancionaron dos leyes, una sobre educación técnica y profesional, y otra sobre financiamiento educativo. Finalmente, en 2006 se sancionó la Ley de Educación Nacional Argentina (ley 26.206); esta obligó al Estado a garantizar condiciones educativas adecuadas que permitan la igualdad de oportunidades en el acceso y los resultados educativos a través de la provisión de diversos recursos.

La ley 26.206, que es la que rige actualmente, postuló lo establecido por la Constitución Nacional sobre la responsabilidad indelegable del Estado con respecto a la educación, y la participación subsidiaria de la sociedad y la familia. Entre otras reformas, varió de modelo educacional, y dispuso la obligatoriedad de la primaria y la secundaria.

La ley de Educación Nacional tiene como objetivos: brindar formación ciudadana comprometida con valores éticos, garantizar la inclusión, concebir cultura de trabajo y esfuerzo, fortalecer la escritura y la lectura, asegurar a los pueblos indígenas el respeto a su lengua e identidad cultural, promover valores para prevenir el uso de drogas, entre otros. Todo ello para que sea aplicado en un pie de igualdad en ámbito nacional, sin perjuicio de las facultades de las Provincias para poder legislar sobre la cuestión en virtud de sus autonomías.

Además, entre sus premisas se encuentra el acceso a la información y al conocimiento (artículo 3) y para ello el Estado debe garantizar la provisión de recursos económicos, materiales, culturales, pedagógicos y tecnológicos a estudiantes, familias y escuelas en situación económica desfavorable (artículo 80); a lo cual le suma el derecho a los estudiantes a aprender con instalaciones y equipamientos adecuados (artículo 126 inciso j). Dado el avance de la sociedad en materia de internet la obligación

del Estado incluye el acceso para el estudio, comprensión y utilización de tecnologías digitales.

Asimismo, en virtud de lo prescripto por el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional y convenios internacionales, otro de los derechos contenidos expresamente en la ley educativa argentina es la recepción de la gratuidad de la educación pública estatal. En tal sentido y conforme lo expuesto más arriba, siguiendo los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, tal gratuidad tiene que estar garantizada en los casos en que la educación sea impartida en forma virtual y mediante el uso de TICs (Tecnología de la Información y Comunicación).

Precisamente el uso de estas nuevas tecnologías permite la denominada “personalización masiva” lo cual tiene directa implicancia sobre el derecho a la adaptación de la educación con respecto a las necesidades específicas de grupos diversos de estudiantes, fomentando de esta forma la integración de “las diferencias” (artículos 42/45 y 52/54). Es este el momento de resaltar que ello trae aparejado para el Estado la obligación de dotar a todas las escuelas de los recursos materiales necesarios para garantizar una educación de calidad (artículo 85) y la de incorporar herramientas tecnológicas al proceso de enseñanza y aprendizaje (artículo 94 y 99).

Ha sostenido la UNESCO que las TICs constituyen un elemento idóneo para garantizar los derechos contemplados en las normativas vigentes y que “*pueden contribuir al acceso universal a la educación, a la igualdad en la instrucción, el ejercicio de la enseñanza y el aprendizaje de calidad y el desarrollo profesional de los docentes*”³. Los recursos para lograr el cumplimiento efectivo de estas premisas no se limitan al simple acceso a información textual sino que existen nuevas formas de alfabetización que incluyen música, juegos y videos.

En 2010 se dio a luz al Plan Conectar Igualdad para “*recuperar y valorizar la escuela pública, y reducir las brechas*

³ <http://www.unesco.org/new/es/unesco/themes/icts/>

*digitales, educativas y sociales en el país*⁴. Este propone utilizar nuevos métodos didácticos para transformar los modelos de enseñanza; se trata de una política de inclusión digital de alcance federal. El Programa conlleva la distribución en comodato de computadoras portátiles para estudiantes del secundario, que si egresan podrán conservarlas.

A los fines de asegurar que el derecho a la educación se efectivice realmente la ley 25.864 establece en su artículo 1 “*un ciclo anual mínimo de 180 días de clases*” y en su artículo 2 prescribe “*que las autoridades respectivas deberán adoptar las medidas necesarias a fin de compensar los días de clases perdidos*” en caso de no llegar al número mínimo de días establecidos.

Varios instrumentos internacionales disponen que los padres tienen derecho preferente a escoger la educación de sus hijos. Con respecto a esto, más allá de las leyes sancionadas sobre educación, la ley 26.944, es decir, el Código Civil y Comercial de Nación, entabla un nuevo paradigma de la infancia y adolescencia.

Por lo anterior se consagran tres principios: la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho a ser oído. En base a esto se garantiza el ejercicio personal de los infantes en sus derechos.

Este nuevo paradigma conlleva que los niños, niñas y adolescentes puedan tener voz en lo que respecta a sus derechos, incluyendo lo referente a su educación. Ya sea para cambiar de colegio, querer otra modalidad de bachiller, aprender idioma, o algún deporte, ellos podrán opinar sobre esto y sus padres deberán tenerlo en consideración; siempre debiendo primar lo mejor para los niños.

Tomando los principios del nuevo paradigma se desprende que no es conveniente establecer una edad a partir de la cual el niño o niña puede elegir el tipo de educación, sino que se deberá tener en cuenta la madurez y su desarrollo emocional.

⁴ <http://www.conectarigualdad.gov.ar/seccion/sobre-programa/que-conectar-igualdad-53>

En síntesis, la nueva legislación permite una posibilidad de intervención de los niños para opinar sobre asuntos atinente a su educación, sin que ello signifique que los padres dejen de tener la potestad para procurar lo mejor para sus hijos.

1. Estadísticas en la Provincia de Buenos Aires

En 2007 se sancionó la Ley de Educación Provincial número 13.688 para incorporar las reformas que se hicieron en el sistema a nivel nacional. Los objetivos de esta ley son: educación de calidad, igualdad de oportunidades, obligatoriedad escolar, garantizar el acceso, la permanencia y el egreso, capacitar en forma permanente a los docentes, entre otros.

Al analizar la ley de la Provincia, durante el seminario y luego a la hora de realizar el trabajo, comprendí que esta regula sobre la educación de forma que debería estarse en las mejores condiciones con respecto al acceso, la permanencia y al nivel alcanzado; sin embargo, al observar la realidad esto no es así. Es por esto que busqué información para saber lo que sucede en la Provincia, y encontré que UNICEF⁵ realizó un estudio sobre estadísticas en educación.

Cuando se evalúa la asistencia escolar de la población se pueden reconocer avances en los últimos años, estando casi universalizado el acceso en las zonas urbanas. Aun así, la población fuera de la escuela está principalmente compuesta por niños y niñas de familias con ingresos bajos, y no se garantiza el egreso de todos aquellos que tienen acceso a la educación. Como se mide con la Encuesta Anual de Hogares Urbanos, no se tiene en cuenta los problemas que puede haber en zonas rurales, donde muchos niños no pueden llegar a las escuelas, o no pueden elegir su educación en razón de la distancia.

Asimismo, la sobreedad comienza a manifestarse desde el principio, incrementándose año a año. De esta manera se refleja

⁵ En un documento llamado "La educación en cifras. Indicadores seleccionados para la caracterización del sistema educativo" del año 2010.

el fracaso del sistema, ya que aproximadamente son solo el 33,5% los niños y niñas que egresan sin sobreedad, es decir, sin repetir ningún año.

Las cifras no son nada alentadoras, ya que en 2010 solo uno de cada tres adolescentes terminaba la secundaria, lo que da un porcentaje de 32,4%, y el 29,2% de los adolescentes permanecía fuera del sistema.

La realidad sobre acceso y permanencia en el ámbito educacional es de alta preocupación; es necesario más que normas, que nadie cumple, para poder llegar a garantizar el derecho a la educación.

IV. La exclusividad del derecho a la educación inclusiva

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶ consagra un nuevo paradigma sobre la discapacidad, por el cual se regula con el modelo social de discapacidad, que perfila que *“las causas que originan la discapacidad no son individuales –de la persona afectada– sino sociales –por la manera en que se encuentra diseñada la sociedad”*⁷.

La CDPCD, en su artículo 1, define a la discapacidad estableciendo que *“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

El artículo 24 de la CDPCD dispone que los Estados Partes asegurarán que *“las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad”*. Asimismo, la Observación General Nro. 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con

⁶ En adelante CDPCD.

⁷ Palacios Agustina, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Madrid, Ediciones Cinca, 2008, p. 103.

Discapacidad dispone que *“el término ‘discriminación contra las personas con discapacidad’ significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”*.

La educación inclusiva conlleva una efectivización progresiva que no excluye la obligación de asegurar un contenido mínimo y exigible de manera inmediata, es decir, el acceso a la educación sin discriminación. La obligación de garantizar el nivel mínimo de satisfacción del derecho a la educación inclusiva debe asegurar los ajustes razonables necesarios para que los alumnos accedan, permanezcan y egresen de la escuela secundaria, ya que si no fuese así se los excluiría indirectamente del acceso a la educación.

Todos los estudiantes aprenden siguiendo un plan de estudios que es diseñado sobre las necesidades de los alumnos que son considerados “normales”, debiéndose en realidad modificar por el reconocimiento del derecho a la educación inclusiva, y con ello la creencia en la diversidad. La CDPCD establece, con respecto a la educación inclusiva, que deberán hacerse ajustes en función de las necesidades individuales, lo que en la práctica de nuestro país es al revés, ya que cada individuo debe ajustarse al sistema.

Asimismo la ley nacional 26.206 lesiona el derecho a la educación inclusiva ya que no prohíbe en ningún momento que las escuelas comunes rechacen la inscripción o discriminen a un alumno por motivos de discapacidad.

En Argentina, un alto porcentaje de niños y niñas con discapacidad no asiste a la escuela, y la mayoría de los que si lo hacen asisten a escuelas especiales. Más allá de la recepción de numerosos tratados y leyes que amparan la educación inclusiva, puede verse que en realidad se excluye a estos niños del sistema

“normal”, dándoles un trato que no sigue con el principio de igualdad de oportunidades.

Puede comprenderse que los niños y niñas con discapacidad que pueden acceder a una escuela “normal” son solo aquellos “exclusivos” que logran hacerlo, muchas veces por luchas de sus padres para el reconocimiento de los derechos de sus hijos. Si estos chicos no concurren a una escuela “normal” no podrán desempeñarse en un futuro, ya que la secundaria es obligatoria y por ello es requisito para acceder a la educación superior y para muchos trabajos.

1. Problemas de la educación inclusiva

Más allá de las leyes y convenciones que imperan en la Argentina sobre Educación Inclusiva, hay problemas que son más de fondo, como la falta de formación, la cultura distorsionada o que no acepta lo que no es “común”.

En los casos en que niños con discapacidad pueden acceder a una enseñanza “normal”, precisan de una maestra integradora, que se encarga de orientar la intervención de la docente a cargo del grado para poder facilitar la enseñanza del niño.

El problema de las maestras integradoras es que depende de que el colegio tenga psicopedagoga o directamente deban ser aprobadas por la obra social del niño, por lo que muchas veces los casos tienen que judicializarse para lograr una cobertura, parcial o total. Esto se debe a que en la actualidad muchas escuelas no poseen gabinete con profesionales idóneos en la materia, y también un vasto sector de la sociedad no cuentan con obra social para sufragar los gastos que este tipo de educación integradora requiere, no contando con recursos económicos suficientes para enfrentarlos en forma particular. Consecuentemente, muchos niños quedan excluidos del sistema educativo de acuerdo a sus reales capacidades. Las ayudas del Estado no son lo suficientemente rápidas en otorgarse para la edad cronológica de quien ha de ser su beneficiario.

Asimismo, cuando hay una maestra integradora en el grado, muchas veces tiene más de un niño con discapacidad. Dependiendo la discapacidad que posean los chicos, será más o menos el desempeño que pueda lograr la maestra, y ahí entra en juego el derecho de poder aprender de quienes necesitan de este apoyo para poder incluirse en la educación “normal”.

Investigaciones han demostrado que la escuela es “*el ámbito social más valorado de interacción*”⁸, por ello fomenta a la inclusión y favorece a las personas con discapacidad por estimular actitudes no discriminatorias. Sin embargo, la realidad no está preparada para esto, vivimos en un mundo donde los problemas de *bullying* son muy grandes, y en gran cantidad de situaciones los docentes no están preparados para combatirlos. En mi opinión, para ayudar a la educación inclusiva, y a todos los niños y niñas que la necesitan, se deben romper barreras culturales y dejar atrás la mirada que diferencia entre “normales” y los “no normales”, ya que las leyes solas no pueden modificar esto si no existe una profunda concientización cultural al respecto.

Algunas soluciones que posibilitan la educación inclusiva son sencillas y, otras requieren de trabajo. La diversidad debe ser valorada, no solo aceptada. Para que la inclusión se logre se requiere que la sociedad tenga una actitud de aceptación, respeto y valoración de las diferencias.

2. Fallo sobre educación inclusiva

César Alan Rodríguez promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires⁹ y la Escuela Jesús María de San Vicente de Paul con el objeto de que se le entregue el certificado oficial de finalización de estudios secundarios y la demás documentación oficial escolar que corresponda, en igualdad de condiciones que a sus demás compañeros.

⁸ “Educar en la Diversidad”, trabajo de Ruiz. 2010.

⁹ En adelante GCBA.

Cesar Alan Rodríguez tiene síndrome de down y cursó sus estudios con un proyecto pedagógico individual¹⁰, diseñado con ajustes razonables, metas personalizadas y una propuesta pedagógica-didáctica que atiende a sus necesidades. Todos los años aprobó la cursada de cada nivel acorde al PPI elaborado por la escuela, pero no obstante ello, al terminar quinto año se le comunicó verbalmente que no le extenderían el título correspondiente por considerar que no había alcanzado los contenidos mínimos que habilitan su emisión, sin ningún tipo de notificación previa a él o a sus padres de tal circunstancia.

Frente a sus pedidos la escuela se escudó en que la negativa a entregarle el título obedecía a que la Dirección General de Escuelas de Gestión Privada no autorizó a hacerlo porque tiene una discapacidad intelectual y cursó con currícula adaptada.

La escuela al presentarse sostuvo que no contaba con las facultades y la posibilidad de emitir el título en las condiciones solicitadas por el amparista. El GCBA negó encontrarse en condiciones de obtener el certificado de estudios; postuló que se autorizó a Alan a continuar las cursadas sucesivas con su grupo de compañeros a fin de priorizar los aspectos socio afectivos.

El Juzgado Administrativo y Tributario nro. 1 resolvió que la Escuela Jesús María de San Vicente de Paul extienda a César Alan Rodríguez el correspondiente título oficial de finalización de sus estudios secundarios, y que el GCBA lo legalice. Se argumentó que más allá de ser discriminatorio, es irrazonable darle un PPI a un alumno en razón de su discapacidad, para luego exigirle el conocimiento de los contenidos del plan general no ajustado.

Actualmente, el GCBA apeló la resolución y todavía no se ha dictado un fallo definitivo, puesto que se encuentra en tratamiento por los órganos superiores.

En una entrevista televisiva Alan explicó su lucha por conseguir el título analítico que se niegan a darle. Expuso que siempre curso en el mismo colegio, y rindió exámenes como

¹⁰ En adelante PPI.

todos sus compañeros, la única diferencia es que contaba con una maestra integradora para que lo ayudara cuando no entendía algo o se perdía en la explicación.

Alan quiere el analítico para poder estudiar informática. Al coartarle el derecho a la educación inclusiva, le están cerceñando las alas a un joven que sueña con desarrollarse en su vida de manera completa, y ser feliz con sus logros.

Hasta el momento en que le negaron el analítico, Alan nunca se sintió diferente, pero con todo lo sucedido cree que lo están discriminando. Le están negando algo que para él es todo, resquebrajándole su sueño de continuar con su educación y vulnerando sus derechos.

Alan es un chico que ayuda a sus padres en el local de tatuajes en el que trabajan, colabora en cursos de reanimación cardiopulmonar del Hospital Churruca, toca cajón peruano, y es instructor de arquería en la Federación Argentina de Tiro con Arco (FATARCO). Por qué negarle el título analítico cuando curso con la curricula que le dieron desde el Ministerio de Educación; viéndose que es una persona ansiosa por hacer cosas y adquirir conocimientos.

Por todo lo anterior, resultando una situación sumamente injusta, sin mencionar que es totalmente ajena a derecho puesto que se contradice con la legislación vigente sobre capacidades diferentes, espero que se resuelva favorablemente para Alan y que siente un precedente para otros tantos casos similares al mismo.

V. Conclusión

“Donde hay un derecho, hay un remedio’ es una máxima legal clásica. Los individuos gozan de derechos, no en sentido moral sino legal, solo si su propio gobierno repara en forma justa y predecible las ofensas que sufren”¹¹.

¹¹ Stephen Holmes y Cass Sunstein, “El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos”, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2015.

La educación es algo que siempre me interesó, y a medida que fui conociendo más sobre el tema me di cuenta que el problema no son las leyes sino quienes deben acatarlas y la sociedad en sí. Las leyes están y es hora de que empiecen a servirle a todos los niños y niñas para que puedan acceder, permanecer y egresar de las escuelas, con los conocimientos que necesitan para desarrollarse en el día a día y sin sufrir discriminaciones.

Es difícil de imaginar que una persona pueda reclamar o luchar por sus derechos sin tener educación, para pedir es necesario saber lo que se quiere y hasta donde se puede obtener por la vía legal. La educación es fundamental para lograr incontables objetivos para las personas que pueden acceder a esta.

El respeto al derecho a la educación no garantiza que todos los ciudadanos sean inteligentes, pero si el Estado no vela por asegurar la igualdad de oportunidades estaría discriminando.

La educación se relaciona con obtener una vida digna, la cual debería estar lejos de las estigmatizaciones sobre lo que es “normal”, y por ende lejos de los actos de discriminación. La educación también ayuda a la cultura, a saber más sobre el país en que se vive, en las relaciones con las personas, en la solidaridad y a no hacer distinciones cuando las personas pueden llegar al mismo resultado aunque usen caminos o herramientas diferentes.

Lo que sabemos que corresponde un derecho a la educación en general, y a la educación inclusiva más en particular, debemos ayudar a quienes no lo saben para poder conseguir garantizar este derecho, y así después ellos comiencen a saberlo para ayudar a quienes no. Se trata de luchar para que todos posean las mismas oportunidades y se forjen su camino con más herramientas, para así obtener mejores resultados.

Al empezar con el trabajo encontré la siguiente cita que me pareció muy acertada: *“Cuando se nace pobre, estudiar es el mayor acto de rebeldía contra el sistema. El saber rompe las cadenas de la esclavitud”* (Tomás Bulat).

Necesitamos de más rebeldes que luchen por conseguir una libertad intelectual para llegar a cumplir con metas o expectativas, que tal vez en un principio no tenían porque no sabían que podían llegar más lejos de lo que se encontraban.

Evidentemente en nuestro país hubo un retroceso en materia educativa y resulta absolutamente necesario que se retomen las banderas educativas mencionadas más arriba, las que resultarán no solo en beneficio de cada persona en particular, sino que obviamente asegurarán una mejor sociedad para sus integrantes y para el futuro.



INVESTIGACIÓN

Obra: *Filomena*
Artista: *Luz Mala*

Los amantes

Polizones del tiempo
viajan
por un espacio invisible
retornan
de un más allá
sin gravedad.

Fugitivos del aquí y ahora

ciudadanos
de un país inesperado
que surge
en la vecindad del secreto

sus reglas rompen
todo orden patrimonial

con la tinta de la ocasión
rubrican sus nombres recónditos

criaturas inacabadas,
su condición es la indigencia.

Autor: Matías Fittipaldi

Patrimonio digital

Jaime Alberto Díaz

I. Patrimonio digital *lato sensu*

En el desarrollo del presente trabajo de investigación se podrá encontrar con la deconstrucción de diversos conceptos que, a saber de los expertos en la materia, podrían considerarse indiscutibles y axiomas inamovibles en la enseñanza de los mismos; sin embargo, el progreso tecnológico en la era de la información ha invitado a buscar que estos conceptos se reconstruyan o bien se flexibilicen en afán de sobrevivir a los cambios incesantes que ocurren en la vida *on line*. Ejemplo de lo anterior, recae sobre el concepto de *patrimonio*, que en sus diferentes teorías ha encontrado un debate interminable sobre todo en el mundo del derecho civil, sin embargo, por ahora nos ajustaremos al concepto que nos brinda José Alfredo Domínguez Martínez: "... en términos generales, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica" (Domínguez, 2008)¹ (Teoría Clásica). Concepto –y teoría– que se ajusta de forma adecuada a la realidad jurídica que nos enfrentamos en la vida *off line*, sin embargo, en la vida *on line* nos existe al hueco dogmático que yace sobre todo aquello que se genera en internet, pues al parecer de los diversos cuerpos normativos (tanto en Derecho Nacional como en Derecho comparado) no es prudente hablar de patrimonio digital desde la perspectiva de derecho privado, de acuerdo al término de patrimonio que nos brinda Domínguez Martínez.

¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. *Derecho Civil, parte general, personas, cosas negocio jurídico e invalidez*. Editorial Porrúa. Edición 11. Página 215, México, 2008.

La aproximación más cercana que existe sobre regulación del patrimonio digital lo encontramos en la *Carta Sobre la Preservación del Patrimonio Digital* (UNESCO, 2003)², en la cual se acuña el término desde la perspectiva del Derecho internacional público, lo que a parecer de este autor, genera un inigualable antecedente para analizar este concepto desde el punto de vista del derecho privado y analizar su composición en la particularidad de los individuos. Así las cosas, en la Carta de referencia, se percibe la preocupación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, sobre la posible y muy probable desaparición del patrimonio que se origina en internet; en primer lugar, parten de la máxima que la desaparición de cualquier forma de patrimonio empobrece el acervo de todas las naciones, en segunda posición, la UNESCO considera que la inestabilidad de internet es un riesgo latente para la información y conocimiento acumulado en formato html, es decir, que la información digital está expuesta a la obsolescencia técnica y el deterioro físico. Así las cosas, UNESCO tiene presente la probable desaparición del “patrimonio digital”, cómo si éste fuere una especie en la lista de peligro de extinción y proclamó que las naciones debían unir esfuerzos para que generaciones actuales y futuras tengan acceso a este acervo cultural. En tales términos el artículo primero de esta Carta, dicta:

El patrimonio cultural como herencia común.

Artículo 1- Alcance. El patrimonio digital consiste en recursos únicos que son fruto del saber o la expresión de los seres humanos. Comprende recursos de carácter cultural, educativo, científico o administrativo e información técnica, jurídica, médica y de otras clases, que se generan directamente en formato digital o se convierten a éste a partir de material analógico ya existente. Los

² UNESCO. *Carta sobre la preservación del patrimonio digital*. 15 de octubre de 2003. Versión en español que se puede consultar a través del portal http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17721&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html . Consultado el 29 de mayo de 2017.

productos “de origen digital” no existen en otro formato que el electrónico.

Los objetos digitales pueden ser textos, bases de datos, imágenes fijas o en movimiento, grabaciones sonoras, material gráfico, programas informáticos o páginas Web, entre otros muchos formatos posibles dentro de un vasto repertorio de diversidad creciente. A menudo son efímeros, y su conservación requiere un trabajo específico en este sentido en los procesos de producción, mantenimiento y gestión.

Muchos de esos recursos revisten valor e importancia duraderos, y constituyen por ello un patrimonio digno de protección y conservación en beneficio de las generaciones actuales y futuras. Este legado en constante aumento puede existir en cualquier lengua, cualquier lugar del mundo y cualquier campo de la expresión o el saber humanos.³

La primera distinción que es prudente analizar del bello párrafo que nos brinda la Organización de las Naciones Unidas, es el doble origen que podría existir sobre el patrimonio digital. Esto es, tenemos los recursos que se han generado en formato digital y que no existen de forma material, más allá de lo que conocemos en la red de redes, por otro lado, contamos con los recursos de origen tradicional y que han sufrido una transformación digital, sin que necesariamente implique la desaparición del formato analógico (tradicional). La segunda disección que es prudente realizar sobre el primer artículo de la Carta, es que, a pesar de la creencia popular de la “infinita” estabilidad de los recursos digitales, es sabido que estos también pueden desaparecer y, en algunas ocasiones, con mucha mayor velocidad que los recursos analógicos. Es decir, es inverosímil afirmar que internet tiene memoria perpetua, dado que si bien es cierto, el origen digital de los mismos permite un mejor almacenamiento, distribución y reproducción, no debemos dejar fuera aquellas plataformas o dispositivos que están diseñados con “memoria

³ Op. cit., 2

temporal selectiva”, tal como los archivos temporales (cookies) de navegación o aplicaciones cómo lo son *Snapchat*.

Hasta este punto, quizá no logré convencer a mi lector de la relevancia sobre la protección del patrimonio digital, sin embargo, en el año 2013, la empresa de tecnología y desarrollo CISCO emitió una infografía sobre las estimaciones de cantidad de recursos, datos e información que existía en internet. A saber, nos dejó clara la desaparición de medidas tradicionales de almacenamiento de información para comenzar a hablar sobre Petabyte, Exabyte, Zettabyte y Yottabyte (CISCO, 2004)⁴:

Tabla 1

| Término de tráfico | Es equivalente a | ¿A cuánto equivale? |
|---------------------------|---|---|
| 1 Petabyte | 1,000 Terabytes o 250 mil DVD's | 480 Terabytes significan una biblioteca digital con todos los libros catálogos del mundo en todos los idiomas |
| 1 Exabyte | 1,000 Petabytes ó 250 millones de DVD's | 5 exabytes son equivalentes a la transcripción de todas las palabras alguna vez habladas. 400 exabytes es la cantidad de información que cruzó en internet, sólo en el año 2012 |
| 1 Zettabyte | 1,000 Exabytes ó 250 billones de DVD's | Es equivalente a la cantidad de información que ha cruzado internet desde su creación |
| 1 Yottabyte | 1,000 Zettabytes o 250 trillones de DVD's | 20 Yottabytes equivalen a una fotografía instantánea de la superficie entera del planeta Tierra |

⁴ CISCO. *Visual Networking Index (VNI) IP Traffic Chart*. Consultada en línea a través del vínculo http://www.cisco.com/cdc_content_elements/networking_solutions/service_provider/visual_networking_ip_traffic_chart.html el pasado 31 de mayo de 2017. Es importante destacar que, para este estudio la compañía tomó como referencia la base de estimaciones hasta 2006 realizada por la *University of Pennsylvania School of Medicine*, los datos del profesor Roy Williams, expuestos en su artículo “Data Powers of Ten”, del año 2000 y el resto, se reproduce de las opiniones expertas emitidas en el VNI 2013.

Entre otras estadísticas de la compañía CISCO, destacan las que compiló en junio de 2016 en el marco del *Cisco Visual Networking Index (VNI)*, en la que afirma que para el año 2020: i) tomaría más de 5 millones de años mirar la totalidad de videos que se han subido a internet; ii) el número de dispositivos conectados a la red superarán en más de tres veces la cantidad total de población humana; y iii) La información que para el año 2016 hubo superado el primer Zettabyte, se triplicaría y alcanzaría, al menos los 2.3 Zettabytes (CISCO, 2004)⁵. Si a estos parámetros incluimos que, en realidad, la tendencia de creación y almacenamiento hoy en día se realiza preferentemente en internet, descubriremos que estamos en un punto medular en la construcción de historia y antropología moderna; para sustentar lo anterior, invocaré el estudio que realizó la Asociación Mexicana de Internet en colaboración con INFOTEC, en el que destaca que los cibernautas mexicanos comienzan a interactuar en la red a partir de los 3 años y que la cultura de los Estados Unidos Mexicanos es permanecer al menos 8 horas del día conectado a la web, preferentemente a redes sociales como lo son Facebook y Youtube (AMI/ INFOTEC, 2017)⁶. Estos datos no son números aislados de la realidad y que reflejan el interés de otras latitudes, toda vez que, si se advierte que los mexicanos pasamos el 50% de nuestro día productivo en línea, así como lo hacen ciudadanos de otras partes del mundo, esto también implica que el tráfico de datos que ocurre, así como el nivel de creación, es superior, inclusive, sobre lo que se realiza en recursos analógicos. Bajo esta premisa mayor, la UNESCO comprendió la problemática y la formuló ante las naciones

⁵ CISCO. *The Zettabyte Era- Trends And Analysis*. Documento que forma parte del CISCO © Visual Networking Index (VNI). Consultado en línea el 31 de mayo de 2017 a través de <http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/vni-hyperconnectivity-wp.html>

⁶ Asociación de Internet.Mx/ INFOTEC. 13° Estudio sobre los hábitos de los usuarios de Internet en México 2017. Mayo 2018. Consultado en línea a través del vínculo https://www.infotec.mx/work/models/infotec/Resource/1012/6/images/Estudio_Habitos_Usuarios_2017.pdf el pasado 31 de mayo de 2018.

involucradas: ¿qué haríamos si internet, de pronto, decide que toda la información que hasta ahora se ha almacenado debe desaparecer? Indiscutiblemente ello traería aparejada la desaparición de miles de exabytes que acreditan el paso del hombre por la tierra. Nuestros antepasados lucharon por dejar en medios analógicos su historia, su progreso y su aportación a la humanidad, ya que no siempre contaron con los mejores mecanismos para brindar evidencia del proceso de creación que atravesaron para llegar al puerto de destino; tallarlo en roca, madera, inclusive en papel, ahora parece absurdo cuando se tiene al alcance de un golpe de ratón, internet y las tecnologías de la información y la comunicación, empero, esto no hace que este medio de almacenamiento sea igual de efímero e inestable que otra –anterior– forma de comunicación creada por el hombre. En caso de que internet y los datos en él almacenados hasta el día de hoy desaparecieran, ello implicaría llevarse consigo la historia de la humanidad y su evolución al menos de los últimos lustros. Así lo sostuvo la organización de referencia en el artículo 3° de la Carta, a saber:

Artículo 3 - El peligro de pérdida.

El patrimonio digital del mundo corre el peligro de perderse para la posteridad. Contribuyen a ello, entre otros factores, la rápida obsolescencia de los equipos y programas informáticos que le dan vida, las incertidumbres existentes en torno a los recursos, la responsabilidad y los métodos para su mantenimiento y conservación y la falta de legislación que ampare estos procesos.

Los cambios en las conductas han ido a la zaga del progreso tecnológico. La evolución de la tecnología digital ha sido tan rápida y onerosa que los gobiernos e instituciones no han podido elaborar estrategias de conservación, oportunas y bien fundamentadas. No se ha comprendido en toda su magnitud la amenaza que pesa sobre el potencial económico, social, intelectual y cultural que encierra el patrimonio, sobre el cual se edifica el porvenir.⁷

⁷ UNESCO, op. cit., 2

II. Patrimonio digital *strictu sensu*

Con independencia del temor globalizado que ha establecido UNESCO, la preocupación que enfrentamos los particulares, alejados tanto del concepto de patrimonio digital (*lato sensu*) como de las intenciones de conservación a qué hace referencia la Carta sobre la preservación del patrimonio digital, es que ésta, se desvía de la protección de los bienes y derechos de los particulares, sobre todo si estos son considerados con bajo mérito cultural para que resulte digna su protección para la posteridad. Así lo sostiene, *a contrariu sensu*, la propia declaración, cuyo texto literal prescribe:

Artículo 7 - Seleccionar los elementos que deben conservarse.

Al igual que ocurre con el conjunto del patrimonio documental, los principios de selección pueden diferir de un país a otro, aun cuando los principales criterios para determinar los elementos digitales dignos de conservación sean su significado y valor duraderos en términos culturales, científicos, testimoniales o de otra índole. Indudablemente, se deberá dar prioridad a los productos “de origen digital”. Los procesos de selección y de eventual revisión subsiguiente han de llevarse a cabo con toda transparencia y basarse en principios, políticas, procedimientos y normas bien definidos.⁸

Fundamento que permite evidenciar la hipótesis sostenida en el presente capítulo, ya que parecería que los Estados tienen un poder absoluto para determinar qué –bajo un subjetivo análisis gubernamental– elementos digitales son dignos de conservarse; siendo el único criterio objetivo, el “origen digital” que estos deben tener para ser considerados aptos para esta arca de Noé digital. Quizá se podría debatir el punto de vista que coloco en manos del lector, bajo la noción de que los Estados se encuentran obligados a determinar principios, políticas y procedimientos para el almacenamiento de referencia,

⁸ UNESCO, op. cit.. 2

empero, hasta hoy en día no existen normas que en derecho positivo permitan identificar las obras o recursos que alcanzarán el mérito solicitado. Sin conceder oportunidad al anterior argumento, cabe destacar que esto inclusive resulta violatorio de Derechos Humanos si es que se sostiene la revisión de Derechos de Autor sobre los recursos creados; ya que la legislación de los diversos Estados que se encuentran adscrito al Convenio de Berna, que administra la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, no permitan la valoración “subjetiva” de las entidades encargadas de la protección de las prerrogativas a favor de los autores, más allá de considerar si ésta es original y se fijó en un soporte material o electrónico susceptible de reproducción.⁹

La tesitura sostenida por la UNESCO resulta confusa y excluyente bajo las razones de derecho expuestas, máxime si sometemos a consideración de esta organización, el patrimonio digital particular que se hubiese generado y que, a saber de las entidades gubernamentales no cuenta con el mérito suficiente para ser susceptible de la protección que sugieren las naciones. Tal parecería que un examen subjetivo y burocrático podría borrar de la historia humana, el patrimonio que los individuos generan en internet de forma consuetudinaria, en perjuicio de los individuos. A consideración del lector, quisiera compartir algunas reflexiones sobre Patrimonio Digital en Sentido Estricto, mismas que permitirán fortalecer la hipótesis sostenida.

⁹ Así lo sostiene el artículo 5° del Convenio de Berna, cuyo inciso 2) sostiene que el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos por el propio Convenio y la legislación de cada país, no se podrá subordinar a ninguna formalidad. Máxime que el propio Convenio, en su artículo 1°, prescribe que se considerará “original” cualquier obra de las catalogadas por dicho Tratado Internacional. Es decir, que la originalidad de la obra se concederá en atención de la calidad de la creación que se ostente como obra, único elemento de discreción permitido por la materia, sin que sea permisible la aplicación de criterios administrativos que pudieren condicionar el ejercicio de derechos de autor, derivados de la obra. Puede consultar el texto íntegro del Convenio de Berna, vigente a partir del año 1984, derivado del Acta de París del 24 de julio de 1971, a través del vínculo <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/> Consultado en línea el 01 de junio de 2017.

II.1. Datos biométricos

El diccionario de la Real Academia Española define a la “biometría” como el estudio mensurativo o estadístico de los fenómenos o procesos biológicos, sin embargo, me gustaría invocar el concepto de “biometría informática” que acuñó la compañía multinacional, *Aware Inc.*, en la que indica que la biometría es la autenticación física y lógica de las personas en controles de acceso, así como el reconocimiento casi en tiempo real de sospechosos de un control fronterizo; asimismo, precisa que la biometría persigue 3 fines fundamentales: 1) verificación, 2) identificación y, 3) control de duplicados. Derivado del mismo estudio, la compañía *Aware Inc.*, precisa que debemos comprender por datos biométricos: “...se refieren a las características físicas (y conductuales) más propias de cada uno, que pueden ser detectadas por dispositivos e interpretadas por computadoras de modo que pueden usarse como nuestros representantes en el ámbito digital...” (Aware, 2017)¹⁰. Esto permite generar una base de datos que vincula al usuario con una serie de datos personalísimos, que le brinda verificación, identificación y control para el acceso a plataformas y ejecución de procesos. Hasta este punto, se presentan 3 niveles de utilización de los datos biométricos. En primer lugar, tenemos la verificación, que consiste en realizar comparación biométrica entre los nuevos datos proporcionados por el usuario que pretende tener acceso a un equipo, aplicación informática o base de datos y el dato biométrico anteriormente proporcionado y que se señaló como referencia autorizada de acceso; el dato biométrico sustituye el *password* o PIN, de tal suerte que si el nuevo dato biométrico coincide con el que se encuentra almacenado en el equipo (base central o teléfono inteligente); la comparación que se ejecuta en este tipo de procesos es conocida como “uno a uno”. La identificación biométrica opera de manera similar, sin

¹⁰ Aware. ¿Qué es la biometría?- Documentos Informativos. Aplicaciones biométricas. Consultado en línea el 01 de junio de 2017, a través del vínculo <https://www.aware.com/es/que-es-la-biometria/aplicaciones-biometricas/>

embargo, la comparación del nuevo dato biométrico no ocurre sobre una plantilla única almacenada, sino que la equivalencia se realiza sobre una base de datos (Big Data); es decir, en el proceso de identificación se aplican más de un dato biométrico y a su vez, estos son analizados y comparados –mediante procesos lógico matemáticos– a una base de datos centralizada que permiten definir si el usuario que se pretende autenticar, es la persona que dice ser; a esto se le llama comparación “uno a muchos”. Por último, el control de duplicado consiste en la comparación de bases de datos –biométricos– con otras bases, en afán de eliminar la duplicidad de usuarios y evitar posibles fraudes digitales.

La utilización de datos biométricos para operar equipos de alta tecnología se encontraba reservada para empresas y grandes corporativos, sin embargo, la individualización, disminución de costos y la reducción de la tecnología permitió que cualquier propietario de un teléfono inteligente contara con esta herramienta en sus manos, así también, debió alimentar su equipo o algún servidor central con la información biométrica suficiente para lograr acceder al mismo, sin que, en muchos de los casos conozcan cómo es que se resguarda esa información por los fabricantes del hardware o los desarrolladores del software. Sin embargo, algunas compañías ya han comenzado a mostrar interés en el blindaje de los datos que se almacenan en los equipos telefónicos particulares o bien, que se generan a través de estos, tal es el caso de *Samsung* quién lanzó una gama de productos de seguridad de datos llamados *Device Encryption* y *On Device Encryption* (Samsung, 2016)¹¹, que ofrecen seguridad tanto a empresas como a particulares, para proteger los datos sensibles que pudieran vulnerarse.

Desde la panóptica jurídica, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (México, 2010)

¹¹ Samsung. Soluciones para dispositivos Móviles. Encriptación de datos. Consultado el 01 de junio de 2017 a través del vínculo <http://www.samsung.com/es/business/solutions-services/mobile-solutions/security/encryption>

reviste suma importancia a los datos personales, especialmente a aquellos de carácter sensible, mismos que se definen en el artículo 3, cuyas fracciones V y VI a la letra indican:

Artículo 3 - Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

V. Datos personales: Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.

VI. Datos personales sensibles: Aquellos datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futura, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual. (CDHCU, 2010)¹²

La aproximación legal que se invoca, nos permite comprender que los datos biométricos son de naturaleza sensible y constituyen parte del patrimonio digital que de forma voluntaria o involuntaria, generan los usuarios en internet. Independientemente de su fuente volitiva, existe obligación de los fabricantes y desarrolladores de software, de indicar el fin del almacenamiento de los datos biométricos, así como la forma en que serán almacenados.

II.2. Datos personales

En seguimiento a la cadena de protección que debe existir en los dispositivos de comunicación, hay un nivel menos complejo aunque igual de sensible que los datos biométricos; hablamos del nombre, iconografías de nuestra propia imagen, usuarios y datos generales de identificación como lo podrían

¹² Cámara de Diputados del H. Congreso de La Unión. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Expedida el 05 de julio de 2010. Se puede consultar el texto íntegro de la ley, a través del vínculo <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>

ser edad, sexo, religión, preferencia política, filosófica o moral, así como los *nickname*, *user name* y contraseñas (*password*) que solicitan las plataformas para iniciar la navegación en cualquiera de sus modalidades. Tal como se indicó con anterioridad, los cibernautas invierten una gran cantidad de horas productivas en internet y del tiempo invertido, mayormente se disfruta la navegación en redes sociales como *Facebook*, *Whats App*, *Twitter* o *Youtube*.¹³ Específicamente, el 97% de los usuarios mexicanos navegan en la web para acceder a la red social denominada *Facebook*, por lo cual se advierte que se genera a cargo de esta plataforma responsabilidad de tratamiento sobre los datos personales que pudiere generar consecuencias de derecho. A efecto de lo anterior, invocaremos el concepto de Base de Datos, Encargado, Responsable y Tratamiento de la Ley Federa de Protección de Datos Personales:

Artículo 3 - Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

...

II. Bases de datos: El conjunto ordenado de datos personales referentes a una persona identificada o identificable.

...

IX. Encargado: La persona física o jurídica que sola o conjuntamente con otras trate datos personales por cuenta del responsable.

...

XIV. Responsable: Persona física o moral de carácter privado que decide sobre el tratamiento de datos personales.

...

XVIII. Tratamiento: La obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales.

¹³ Op. cit., 6

Si para ello somos meticulosos, resulta necesario hacer una revisión a las políticas, términos y condiciones de cada una de las redes sociales en las cuáles tenemos acceso, así como del propio buscador *Google*, que ha determinado reglas generales para aquellos que ocupen sus servicios, así como lo de sus plataformas filiales. Al respecto, realizaremos las consideraciones necesarias en el capítulo respectivo dentro de la presente obra.

En términos generales, se advierte que no sólo los mecanismos que permiten a las plataformas identificar a la interfaz humana mediante elementos legalmente reconocidos, son los considerados datos personales, sino que esto también pudiere englobar nombres de usuario y contraseñas –inclusive bancarias– entre los datos personales de carácter sensible pero de naturaleza digital. Datos que hoy en día poseen un valor económico en el *black market* y *deep web* por las infinitas posibilidades ilícitas de su mala utilización.

II.3. Identidad y reputación digital

Tal como lo reconoce el Maestro Francisco José Santamaría Ramos, de la Universidad Complutense de Madrid, la “existencia paralela entre la vida física y la vida virtual genera que las personas físicas y jurídicas deban producir lo que hoy se conoce como *identidad digital*, que deriva en la *reputación digital*” (Santamaría, 2015)¹⁴. Sin embargo, han sido pocas las instituciones que han dedicado su tiempo y esfuerzo académico a estudiar las consecuencias de un mal manejo de la reputación digital y cómo es que ésta se puede destruir en cuestión de segundos. Verbigracia, en noviembre del año 2016, la marca internacional y productora de anteojos/lentes conocida como *Hawkers*TM lanzó un *tuit* en apoyo a Donald Trump, triunfador y ahora presidente de los Estados Unidos de América: “Mexicanos, pónganse estos lentes para que no se les noten los ojos hinchados

¹⁴ SANTAMARÍA Ramos, Francisco José. *Identidad y Reputación Digital. Visión Española de un Fenómeno Global*. Revista Ambiente Jurídico. Número 17. Enero 2015

mañana en la construcción del muro (sic)”¹⁵. Ante el ritmo social y la preocupación mundial que existió, sobre la posible elección de un candidato que había manifestado abiertamente su animadversión a los inmigrantes, sobre todo aquellos de origen hispano-latinoamericano, asimismo, demostrar su alta intención de excluir de diversos tratados internacionales a la nación americana¹⁶, provocó que la marca fuere duramente atacada durante las elecciones y que, a pesar del terror colectivo que se sufría en redes sociales (#eleccionesUSA, #elecciones2016), colocarse en la tendencia y, finalmente, culminar con la reacción del piloto mexicano de Fórmula 1, Sergio “Checo” Pérez, quién a través de su cuenta oficial en *Twitter* dictó que rompía relaciones con la marca Hawkers por atentar contra el pueblo mexicano y los ideales que los identificaban como nación. Al respecto, la marca de lentes culpó al CM (*Community Manager*) de la Ciudad de México y se vio obligada a desplegar un comunicado en uno de los diarios de mayor circulación nacional para disculparse con los mexicanos, debido al desafortunado mensaje. Posteriormente, ofreció al piloto mexicano la creación de una fundación en apoyo a niños en

¹⁵ El tuit original fue eliminado de la cuenta oficial en Twitter de Hawkers, sin embargo, la campaña que se lanzó en contra de la compañía le generó pérdidas millonarias y que hoy en día, sea una de las marcas con peor reputación digital en el mercado mexicano. Puede consultar la historia y artículo completo, a través del diario en línea El Huff Post, *La empresa Hawkers paga muy cara una broma sobre Trump en Twitter*, Internacional, Redacción, 10 de noviembre de 2016, disponible en la red a través del vínculo http://www.huffingtonpost.es/2016/11/10/hawkers-trump_n_12894462.html, consultado el 03 de junio de 2017.

¹⁶ A la fecha de redacción de la presente obra, el presidente electo Donald Trump, ha determinado que los Estados Unidos de América quedan excluidos del Acuerdo de Asociación Transpacífico y, recientemente, anunció que abandonará el Acuerdo de París sobre cambio climático, a lo que el mundo respondió: #MakeThePlanetGreatAgain. Para mayores referencias, puede consultar *Donald Trump anuncia que Estados Unidos abandonará el Acuerdo de París sobre cambio climático* (BBC mundo, 01 de junio de 2017 <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40124921>) y *Trump retira a Estados Unidos del tratado comercial con el Pacífico* (BASSETS, Marc. El País, Enero 2017 http://internacional.elpais.com/internacional/2017/01/23/estados_unidos/1485184656_242993.html)

situación de calle, que llevaría su nombre: “Fundación Querido Sergio x Hawkers”, con una inversión inicial de 500 mil pesos y aportaciones anuales superiores al millón de pesos.¹⁷

En seguimiento a lo expuesto, el autor Carlos Pinzón, encargado del área *Social Media* para la firma española *Invenio PRO*, señala que existe diferencia entre la identidad digital y la reputación digital, en el entendido que la segunda es consecuencia de la primera. Así, la identidad digital es:

... lo que nosotros mismos vamos creando en internet. Cuando subimos una foto a Facebook, cuando enviamos un tuit con un comentario o cuando detallamos nuestro currículum en *LinkedIn*, nos estamos forjando una identidad digital que nos está describiendo (sic) (PINZÓN, 2013)¹⁸

En un sentido amplio, señala Pinzón, la identidad digital constituye la referencia y percepción que poseo de mi persona y cómo lo reflejo en la red de redes, en pocas palabras, “lo que yo digo de mí”. La reputación digital, por otro lado, se construye de la dualidad entre lo que se controla y la información que un titular legítimo sube a la web con la intención de generar una percepción favorable de sí mismo y, por las valoraciones subjetivas que realizan los usuarios en internet que han interactuado con mi persona, perfil o producto. Es decir, es la consecuencia de la ejecución de la identidad digital y los comentarios, opiniones, valoraciones y juicios de valor que se realizan por los cibernautas en correspondencia con lo que se dijo que “somos”.

¹⁷ FORBES. *Hawkers propone a Checo Pérez crear una fundación con su nombre*. Portada. Últimas Noticias. Forbes Staff. Noviembre 17 de 2016. Se puede consultar en línea a través del vínculo <https://www.forbes.com.mx/hawkers-propone-a-checo-perez-crear-una-fundacion-con-su-nombre/> Mismo que se revisó el 03 de junio de 2017.

¹⁸ PINZÓN, Carlos. *Diferencia entre identidad digital y reputación on-line*. INVENIO PRO. Social Media. INVENIO PRO, Blog de Marketing Online. Junio 2013. Consultado en línea a través del vínculo <http://www.inveniopro.es/diferencia-entre-identidad-digital-y-reputacion-on-line/>, el 03 de junio de 2017.

En breves términos, la reputación digital es “lo que los demás dicen de mí” en la vida *on line*.¹⁹

Sin duda, los conceptos anteriormente descritos permiten advertir que la identidad y reputación digital no son elementos exclusivos de las personas físicas, sino que esto también afecta a las personas jurídicas. Sin embargo, a la aplicación de estas figuras cibernéticas en el ámbito de las corporaciones se les conoce como reputación empresarial. Al respecto, el concepto jurídico más aproximado a las hipótesis expuestas, se encuentra excelsamente definido por el diccionario legal de *Black*, mismo que define *Online Corporate Reputation* como la percepción que tienen los usuarios de internet sobre la empresa. De manera general –señala el diccionario legal en cita– se obtiene de blogs, foros públicos y artículos en la web. Y para sorpresa del autor y de algunos de mis lectores, ya incluye en su concepto la precisión de *Reputation Management*, considerándole como el servicio que puede influenciar la reputación *online* al redireccionar comentarios negativos y promover mensajes positivos a favor de la Empresa.²⁰ En ese tenor, el *Reputation Institute* publica de forma anual el índice de las marcas y compañías con mejor reputación en el mundo, entre las que incluye a marcas globales como *BMW*, *Google*, *Nike*, *Microsoft* e *INTEL*, para lo cual utiliza diversos factores de evaluación, como lo son calidad de productos, valor de la marca, posición en el mercado bursátil y determinante, la referencia que existe entre los cibernautas sobre la compañía.²¹

¹⁹ Op. cit., 18

²⁰ BLACK'S LAW DICTIONARY. *The Law Dictionary*. What is Online Corporate Reputation? Puede consultar la definición en inglés, a través del vínculo <http://thelawdictionary.org/online-corporate-reputation/>

²¹ Tan sólo en el año 2016, las 5 marcas mejor posicionadas lo fueron: 1) Rolex: 80.38, 2) Lego: 79.4, 3) Walt Disney: 79.2, 4) Cannon: 78.3 y 5) Google: 78.2. Puede consultar más información y el estudio completo con las 100 empresas mejores posicionadas a nivel global, así como los parámetros íntegros, a través del vínculo (REPUTATION INSTITUTE. <https://www.reputationinstitute.com/research/Global-RepTrak-100.aspx> Consultado el 03 de junio de 2017.

Debo someter a consideración del lector el concepto de identidad digital y reputación digital, dentro del universo de lo conocido como Internet 2.0 (*Web 2.0*), no sólo como un factor dentro del patrimonio digital que pudiere generar consecuencias de carácter comercial, sino también de carácter profesional o laboral, bajo la modalidad de contratación conocida como “Reclutamiento 2.0”, la cual consiste en la aplicación de redes sociales como herramienta de selección para las áreas de recursos humanos, en la cual se realiza una búsqueda entre perfiles laborales como es *LinkedIn* y se compara con lo que se encontró sobre el candidato en una red social más coloquial y flexible como lo es *Facebook*. En palabras del Maestro Pedro Rojas, este proceso permite a los departamento de RRHH “una aproximación muy estrecha a la persona y una cantidad de datos que nunca hubiesen obtenido usando métodos tradicionales, ya que los perfiles en redes sociales...dejan ver... dentro del interior del candidato potencial” (ROJAS, 2010)²²; ello pudiendo beneficiar el proceso de selección si es que el interesado cuenta con una buena reputación digital o bien, impidiendo la contratación del mismo y quizá, hasta bloquear su posible selección para otros procesos, en caso de no contar con una buena reputación *on line*.

Por último, es meritorio para el valor académico de la presente obra, aseverar que el concepto de reputación no es un elemento aislado de la ciencia jurídica ni de los tribunales. En términos del artículo 1916 del Código Civil Federal (México) se advierte que:

“...Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, *reputación*, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la

²² ROJAS, Pedro. *Reclutamiento y Selección 2.0. La nueva forma de encontrar talento*. Editorial UOC. España 2010.

integridad física o psíquica de las personas...” (El énfasis es añadido).

Así las cosas, se advierte que el aspecto “moral” de las personas, así como los elementos que definen sus derechos de personalidad se integran, entre otros, por la reputación. Este concepto no debe interpretarse más allá de lo previsto en el propio precepto, sin embargo, el afirmar que la reputación digital forma parte de esa integración *personalidad-persona*, permitiría argüir violaciones en contra de esa esfera jurídica, en tratándose de conductas que pudieran afectar dicha condición humana en la red de redes, sobre todo, aquellas que podrían *viralizarse* gracias al poder de las redes sociales.

II.4. Bienes de origen exclusivamente digital

La corriente de derecho que tradicionalmente separaba a los bienes en tangibles (materiales) o intangibles (inmateriales) se ha visto superada por el acelerado crecimiento de la red de redes, así las cosas, hoy en día se debe hablar que en la categoría de los intangibles debemos comprender a aquellos de naturaleza digital por nacimiento y los digitales por transformación. Los primeros, son aquellos que han nacido en el ciberespacio y sólo pueden ser concebido, apreciados y “enajenados” dentro del propio universo digital, en tanto que los segundos corresponden a una categoría de bienes que en origen fueron materiales, empero, que la necesidad y probable desaparición del soporte generó la necesidad de digitalizarlos, así nacieron a la vida en internet y en tanto el documento base original exista, éste no será considerado como el referente y evidencia única de la existencia de un hecho o acto jurídico. En palabras de la Maestra Adrian Porcelli, los bienes inmateriales son intangibles “como las ideas, costumbres, conocimientos, creencias, lenguajes, tradiciones, saberes, formas de expresión, artes o técnicas genéricamente abstractas...”, en tanto que los bienes digitales son “todos aquellos bienes culturales y no culturales que tienen forma digital, que están compuestos por ceros

y unos y que las computadoras se encargan de interpretar y presentarlos en forma de información” (Porcelli, 2015)²³. Dentro de los ejemplos que nos brinda la renombrada catedrática del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján, se encuentran los programas de cómputo, imágenes, música, sitios web, textos, libros y videos.

Lo anteriormente expuesto rompe el paradigma que tradicionalmente se ha comprendido sobre la concepción de bienes. Si tomamos como referencia el mundo de los libros digitales (bienes inmateriales digitales) de origen, Amazon representa el 70% del mercado de las obras literarias electrónicas. Esto ha permitido un acelerado crecimiento en la distribución y venta de estos ejemplares. Para el año 2010, se habían vendido 11 millones de lectores de libros digitales, de los que el 41.5% fueron *Kindles* de Amazon, lo que generó y permitió un crecimiento paralelo del estudio en formatos no tradicionales. Sin embargo, este sería un ejemplo sencillo de asimilar dentro del *metaverso* de posibilidades, ya que casos como la creación de videojuegos similares a *Second Life*, permite no sólo la creación de un *avatar*²⁴, sino que éste comience a generar

²³ Porcelli, A. *Los bienes digitales y el derecho de autor en internet. La denominada “piratería informática”*. Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Volumen 2, Número 3. 258.294. Revista electrónica del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján. 2015. Puede consultar el texto íntegro a través del vínculo <http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2015/06/RSOC009-16-ARTICULO-PORCELLI.pdf> Consultado el 03 de junio de 2017.

²⁴ Si bien el diccionario de la Real Academia Española brinda diversas acepciones, entre ellas “reencarnación o transformación”, éstas se alejan del significado que ha obtenido en el ciberespacio. A parecer del autor, el concepto más adecuado a la realidad digital, se desprende del texto publicado por la Universidad Tecnológica Metropolitana de Santiago de Chile, mismo que define al avatar como “una especie de caricatura de un ser de carne y hueso que no sirve para ridiculizarle, sino para localizar el lugar exacto en que ese ser humano se encuentra representado en el ciberespacio. Son representaciones gráficas de los personajes escogidos para representar a los usuarios en el entorno virtual” (Ferrada Cubillos, Mariela. *Términos de uso frecuente en la Web Social. Glosario*. Departamento de Gestión de Información. Universidad Tecnológica Metropolitana. Serie bibliotecología y gestión de información número 81, Abril 2013. Mismo que se puede consultar en línea a través del vínculo <http://eprints.rclis.org/19182/1/Serie%20N%C2%B081%20Mariela%20Ferrada.pdf>.

su propia reputación y, en ciertos casos, sus propios bienes; sin embargo, nadie esperaba que pronto este juego de realidad aumentada resultara del interés de las marcas y patrocinadores, quienes en poco tiempo detectaron el mercado potencial que sería generar *product placement* sobre la plataforma. Así las cosas, los patrocinadores pronto contactaron a los desarrolladores (*Liden Lab*) para comenzar un programa de inserción de productos, marcas e inclusive creación de empresas dentro de la propia plataforma, lo que generó derecho de propiedad a favor de un *alter ego* concebido en la red y por ende, actos y consecuencias de derecho que son susceptibles de un profundo análisis tales como “compraventa de terrenos virtuales” o “arrendamiento de inmuebles para espacios publicitarios”; sin embargo, en afán de ser consecuente con el discurso sostenido hasta ahora, es prudente señalar que estos bienes de origen eminente y exclusivamente digital (incluyendo el *avatar*), son intangibles que pueden generar un valor económico a favor de la persona jurídica que los opere en el mundo tangible. Hasta este punto, podría ocurrir la hipótesis en la cual existan conflictos entre personas físicas y avatares, avatares y avatares o bien personas morales y avatares; asimismo, podría considerarse que el patrimonio de bienes intangibles digitales cuyo dominio le “pertenece” al avatar fuere superior en valor económico de aquel que posee la persona física que lo opera.

A esta lista de posibles fortunas virtuales, podríamos sumar el ejemplo de los *bitcoins* y los *nombres de dominio*, los cuales también constituyen parte del patrimonio digital, sin embargo, estos serán analizados de forma puntual dentro del capitulado de la presente obra.

II.5. Una probable definición de patrimonio digital desde la perspectiva de derecho privado

En el año 2003, como consecuencia de la *Carta Sobre la Preservación del Patrimonio Digital*, la División de la Sociedad de la Información, de la UNESCO, a través de la Biblioteca

Nacional de Australia, prepararon el documento denominado “Directrices para la preservación del patrimonio digital”, mismo que consta de 176 fojas útiles e insiste en un concepto estricto de patrimonio, desde la perspectiva de derecho internacional público, ya que en su artículo 5.2.1 prescribe que “...el patrimonio digital está constituido únicamente por aquellos que se considera que poseen un valor permanente”²⁵, así las cosas, este concepto deja fuera los elementos de patrimonio digital anteriormente citados como lo son: i) datos biométricos, ii) datos personales, iii) identidad y reputación digital, y iv) bienes de origen digital. Patrimonio que está sujeto a consecuencias de derecho, actos de derecho y claro, intereses jurídicos diversos que pudieren reclamarse ante tribunales jurisdiccionales competentes. Así las cosas, sería prudente definir al patrimonio digital *strictu sensu* como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a un usuario, independientemente de su representación en el ciberespacio, que podrían reflejar contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica, mismo que debe ser atribuible a la persona física o moral que cuenta con capacidad de goce y ejercicio para interactuar en la red de redes. Aportamos esta definición con el espíritu crítico de contribuir a nuestra ciencia jurídica, sin embargo, debemos resaltar que la intención fundamental del presente capítulo radica en generar conciencia académica, práctica y jurisdiccional por lo que refiere a los bienes con naturaleza intangible y digital, en el entendido que aquéllos elementos de derecho que tienen origen en la red de redes, también conforman parte del patrimonio. Esto es, resultará procedente, en algún momento histórico-jurídico concebir el concepto de patrimonio como un todo integrado tanto por aquellos bienes cuya percepción y regulación recaen sobre figuras tradicionales de derecho, así como bienes digitales que no necesariamente se han estudiado

²⁵ UNESCO. *Memory of the World. Directrices para la preservación del patrimonio digital*. Preparado por la Biblioteca Nacional de Australia. División de la Sociedad de la Información. Puede consultar la versión en español de este documento a través del vínculo <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001300/130071s.pdf> Visto en línea el 03 de junio de 2017.

en el derecho positivo. Sin duda, ello también vencería el paradigma de negocios jurídicos que tradicionalmente se han aceptado, por ejemplo: ¿cómo se llevaría a cabo la transmisión de propiedad de un perfil de *Facebook*?, ¿cómo se considera a las contraseñas y datos generados en redes sociales respecto de la masa hereditaria? Estas incógnitas serán estudiadas en próximos capítulos y en un humilde intento del autor, brindaremos la respuesta que, a nuestro leal entender, pudiere abrir nuevas puertas en la *jurisprudencia*.

Bibliografía

1. Domínguez Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil, parte general, personas, cosas negocio jurídico e invalidez*. Editorial Porrúa. Edición 11. Página 215, México, 2008.
2. UNESCO. *Carta sobre la preservación del patrimonio digital*. 15 de octubre de 2003. Versión en español que se puede consultar a través del portal http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17721&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html . Consultado el 29 de mayo de 2017.
3. CISCO. *Visual Networking Index (VNI) IP Traffic Chart*. Consultada en línea a través del vínculo http://www.cisco.com/cdc_content_elements/networking_solutions/service_provider/visual_networking_ip_traffic_chart.html el pasado 31 de mayo de 2017. Es importante destacar que, para este estudio la compañía tomó como referencia la base de estimaciones hasta 2006 realizada por la *University of Pennsylvania School of Medicine*, los datos del profesor Roy Williams, expuestos en su artículo “Data Powers of Ten”, del año 2000 y el resto, se reprodujo de las opiniones expertas emitidas en el VNI 2013.
4. CISCO. *The Zettabyte Era- Trends And Analysis*. Documento que forma parte del CISCO ® Visual Networking Index (VNI). Consultado en línea el 31 de mayo de 2017 a través de <http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/vni-hyperconnectivity-wp.html>
5. Asociación de Internet.Mx/ INFOTEC. 13° Estudio sobre los hábitos de los usuarios de Internet en México 2017. Mayo 2018.

- Consultado en línea a través del vínculo https://www.infotec.mx/work/models/infotec/Resource/1012/6/images/Estudio_Habitos_Usuarios_2017.pdf el pasado 31 de mayo de 2018.
6. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Convenio de Berna*, vigente a partir del año 1984, derivado del Acta de París del 24 de julio de 1971, a través del vínculo <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/> Consultado en línea el 01 de junio de 2017.
 7. Aware. ¿Qué es la biometría?- Documentos Informativos. Aplicaciones biométricas. Consultado en línea el 01 de junio de 2017, a través del vínculo <https://www.aware.com/es/que-es-la-biometria/aplicaciones-biometricas/>
 8. Samsung. Soluciones para dispositivos Móviles. Encriptación de datos. Consultado el 01 de junio de 2017 a través del vínculo <http://www.samsung.com/es/business/solutions-services/mobile-solutions/security/encryption>
 9. Cámara de Diputados del H. Congreso de La Unión. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Expedida el 05 de julio de 2010. Se puede consultar el texto íntegro de la ley, a través del vínculo <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>
 10. Santamaría Ramos, Francisco José. *Identidad y Reputación Digital. Visión Española de un Fenómeno Global*. Revista Ambiente Jurídico. Número 17. Enero 2015
 11. El Huff Post, *La empresa Hawkers paga muy cara una broma sobre Trump en Twitter*, Internacional, Redacción, 10 de noviembre de 2016, disponible en la red a través del vínculo http://www.huffingtonpost.es/2016/11/10/hawkers-trump_n_12894462.html, consultado el 03 de junio de 2017.
 12. BBC *Donald Trump anuncia que Estados Unidos abandonará el Acuerdo de París sobre cambio climático* (BBC mundo, 01 de junio de 2017 <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40124921>) y *Trump retira a Estados Unidos del tratado comercial con el Pacífico* (BASSETS, Marc. El País, Enero 2017 http://internacional.elpais.com/internacional/2017/01/23/estados_unidos/1485184656_242993.html)
 13. Forbes. *Hawkers propone a Checo Pérez crear una fundación con su nombre*. Portada. Últimas Noticias. Forbes Staff. Noviembre 17 de 2016. Se puede consultar en línea a través

- del vínculo <https://www.forbes.com.mx/hawkers-propone-acheco-perez-crear-una-fundacion-con-su-nombre/> Mismo que se revisó el 03 de junio de 2017.
14. Pinzón, Carlos. *Diferencia entre identidad digital y reputación on-line*. Invenio Pro. Social Media. Invenio Pro, Blog de Marketing Online. Consultado en línea a través del vínculo <http://www.inveniopro.es/diferencia-entre-identidad-digital-y-reputacion-on-line/>, el 03 de junio de 2017.
 15. Black's Law Dictionary. *The Law Dictionary*. What is Online Coporate Reputation? Puede consultar la definición en inglés, a través del vínculo <http://thelawdictionary.org/online-corporate-reputation/>
 16. Rojas, Pedro. *Reclutamiento y Selección 2.0. La nueva forma de encontrar talento*. Editorial UOC. España 2010.
 17. Porcelli, A. *Los bienes digitales y el derecho de autor en internet. La denominada "piratería informática"*. Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Volumen 2, Número 3. 258.294. Revista electrónica del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján. Puede consultar el texto íntegro a través del vínculo <http://www.redsociales-unlu.net/wp-content/uploads/2015/06/RSOC009-16-ARTICULO-PORCELLI.pdf> Consultado el 03 de junio de 2017.
 18. Ferrada Cubillos, Mariela. *Términos de uso frecuente en la Web Social. Glosario*. Departamento de Gestión de Información. Universidad Tecnológica Metropolitana. Serie bibliotecología y gestión de información número 81, Abril 2013. Mismo que se puede consultar en línea a través del vínculo <http://eprints.rclis.org/19182/1/Serie%20N%C2%B081%20Mariela%20Ferrada.pdf>)
 19. UNESCO. *Memory of the World. Directrices para la preservación del patrimonio digital*. Preparado por la Biblioteca Nacional de Australia. División de la Sociedad de la Información. Puede consultar la versión en español de este documento a través del vínculo <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001300/130071s.pdf> Visto en línea el 03 de junio de 2017.



ENTREVISTAS

Obra: *Catalina*
Artista: *Luz Mala*

Despedida

dolor
que atesoramos,
cifra de los días
que vienen

dolor
que nos pertenece,
junto a sales y enseres

dolor
que no venera
el hambre ni la sed

dolor
que nos espera
en el umbral,

despedida

Autor: Matías Fittipaldi

Entrevista al Sr. Vicepresidente del Área Institucional de la Universidad Nacional de La Plata, Dr. Fernando Tauber



“El capital humano formado es el capital más importante que puede producir la universidad como una institución que produce conocimiento, porque producir conocimiento es producir soberanía”.



Editores de **Revista Derechos en Acción** (ReDeA) se reunieron en la sede del rectorado de la Universidad Nacional con el Dr. Fernando Tauber, quien se mostró interesado por la labor que viene desarrollando nuestra publicación. En el marco de ese encuentro le formulamos al Vicepresidente de la UNLP algunas preguntas que transcribimos a continuación.

Redea: El próximo año se cumple un siglo de la histórica reforma universitaria de 1918, aquel movimiento estudiantil de Córdoba que se levantó contra las prácticas autoritarias y dogmáticas de quienes dirigían la Universidad. ¿Cuál es su reflexión actual, cien años después, acerca de la vigencia de aquellos postulados?

La reforma del 18 fue la última gran revolución universitaria que existió en el mundo. La primera había sido el nacimiento propio de la universidad en el Siglo XI, con la universidad de Bolonia, esa primera universidad creada por estudiantes con su primer rector estudiante. La institución universitaria, de por sí, fue un hecho revolucionario, encuentra en una institución una síntesis de donde poner el conocimiento que la humanidad venía produciendo hasta ese momento.

La segunda gran revolución fue la universidad de Berlín, allá en 1810, con Humboldt creándola, e incorporándole a la enseñanza el sentido de la investigación, es decir, la producción de conocimiento que potenciaba la transmisión de conocimiento y viceversa: eso, entre medio de las dos revoluciones industriales, produjo la potencia alemana que nos acompañó hasta muy avanzado el siglo pasado.

Y la tercera revolución fue esta que nace en Córdoba y se extiende por América latina, que rápidamente toma nuestra universidad, en forma casi simultánea, y que incorpora a la enseñanza y a la investigación la extensión universitaria que redondea el modelo universitario de hoy: enseñanza, investigación y extensión.

Es bueno entenderlo, donde fue apareciendo cada uno de los pilares de la universidad: le da un sentido humanista, consolida la autonomía, el cogobierno, la libertad de cátedra, el acceso a las cátedras por concurso, a la extensión universitaria, la gratuidad de la enseñanza, el acceso irrestricto, transformar la universidad en el espacio natural de debate de los temas que le preocupan a la sociedad. Esos fueron los postulados de la reforma del 18. Como verán, todos tienen una particular vigencia, después paso todo un siglo largo, para que algunos de ellos se fueran consolidando. Hoy la autonomía universitaria es un tema naturalizado en las universidades públicas de la Argentina, no tan naturalizado en el resto de las universidades de América latina. Es un tema que defendemos diariamente como defendemos la democracia y custodiamos como custodiamos la democracia.

La gratuidad de la enseñanza y el ingreso irrestricto lo conseguimos con una Ley del año 2015, al final del gobierno anterior. Es decir, la gratuidad pendía de un decreto presidencial de Perón. Perón fue un presidente que tuvo una mala relación con las universidades públicas, pero tenía una visión sobre el desarrollo nacional y entendía que la educación superior era una herramienta fundamental del desarrollo. Por eso creó las universidades populares, luego las tecnológicas, las mayores dedicaciones a la investigación y le dió definitivamente gratuidad a la enseñanza superior, entre tantas otras cosas.

Recién en el 2015 la Argentina fue el primer país de América latina con una ley, no un decreto (que podía sustituirse por otro decreto), que garantiza la gratuidad de la formación de grado, el ingreso irrestricto y refuerza la autonomía universitaria y en el caso de la UNLP, deroga el espíritu la esencia de ese fatídico art. 50 que llevaba a que las facultades pudieran definir su propio sistema de ingreso por encima del cogobierno de la universidad, el consejo superior y la asamblea universitaria, lo que nos llevó a un conflicto de casi dos décadas con la facultad de medicina en dos conceptos de universidad : uno inclusivo y masivo y otro selectivo y privatista.

Redea: En ese marco la UNLAM (Universidad Nacional de La Matanza) y la UNSAM (Universidad Nacional de San Martín) iniciaron dos acciones judiciales para declarar la inconstitucionalidad del art. 2 de la nueva Ley y el art. 4 en referencia al ingreso irrestricto y la imposibilidad que tienen las facultades de poder decidir algún sistema de selección. Esto tuvo, tanto en primera instancia como en la alzada, una declaración de inconstitucionalidad. Con el cambio de gobierno a partir del 2015, el Estado Nacional dejó firmes esas decisiones por no apelarlas, con lo cual, quedó firme la declaración de inconstitucionalidad por la omisión en la continuidad del proceso por parte del estado y del actor, que eran las universidades. Esto llegó a la Corte Suprema de Justicia por una insistencia de la Procuradora General de la Nación, que tiene la representación del interés general de la sociedad en juicio, quien insistió en la constitucionalidad de la ley. Esto está en estado de decidirse en la Corte. ¿Cuál es la opinión en particular de la UNLP y el resto del CIM (Consejo Interuniversitario Nacional).

No solo dos universidades, también fue la universidad de Río Negro... yo creo que es toda una paradoja. Tanto desde el CIM como de cada una de las universidades, el concepto de universidad pública en función y al servicio de la sociedad, siempre interpretó que el contrato reformista era que el ascenso social se produjera a partir de la masividad en el acceso al conocimiento. Con lo cual resulta incómodo, sospechoso, que universidades públicas, que además representan intereses populares, puedan judicializar una decisión de gratuidad generalizada o de igualdad de oportunidades para acceder a la educación superior. Estas son conquistas de las cuales no deberíamos retroceder, conquistas de una sociedad que busca ser igual, que busca en las definiciones de justicia social hechos concretos como este, que es la oportunidad de acceder. La inclusión no significa que uno resigne la contraparte del contrato: uno siempre exige que estos beneficios sean para aquellos que tienen la voluntad

de hacer el esfuerzo de estudiar y recibir una educación de calidad. Con lo cual el sistema es recíproco. Nosotros damos las facilidades y oportunidades y pretendemos recibir el esfuerzo de cada uno de los individuos que se lleva, como resultado final un título universitario que le permite tener más oportunidades e inserción social con la expectativa de progreso. Así de simple fue el pensamiento del 18, de la reacción ante la universidad clerical de Córdoba. Esa mezcla de criollos y de inmigrantes que conformaban la sociedad de la época, distinguió en la educación la posibilidad de a partir del esfuerzo individual tener más posibilidades de construir una sociedad más igual, con más parecidos entre los extremos. La universidad en eso es una herramienta fundamental de oportunidades de progreso y desarrollo generalizado y de construcción de soberanía, es difícil de ver a una universidad que esté encontrándole la vuelta para vulnerar esos principios, esos postulados fundamentales.

Redea: Pensando en nuestra universidad... en los últimos días se realizaron elecciones en las distintas unidades académicas. ¿Que opinión le ha merecido este proceso electoral?

Nosotros estamos muy satisfechos con este proceso. Creo que la universidad, como todas las instituciones en democracia, va dando sus pasos hacia una mayor madurez. Tuvimos una etapa adolescente, que todos transitamos con encendidas disputas aun sin distinguir las diferencias de modelo. Nos fuimos enfocando en una condición que dejara más claro cuáles eran las diferencias en las que no podíamos claudicar, el modelo de universidad que pretendíamos construir, y me parece que eso le fue sacando dramatismo. La disputa enriquece, las mayorías y las minorías no significan enemigos irreconciliables, el pensamiento diferente es una condición que la universidad defiende encendidamente. Nosotros creemos que en la universidad, desde los distintos matices y miradas, se puede encontrar un lugar de convergencia en cuanto a para que estamos y que

queremos ser como institución pública y al servicio de nuestro pueblo y en eso pueden convivir distintas ideas. Creo que si hay una universidad que es reactiva al pensamiento único es la universidad pública, eso del avasallamiento, eso de hegemonizar en un único discurso ha sido un tema que ha encontrado una coraza en nuestra universidad y hemos defendido esa condición. Por eso las elecciones son un hecho democrático casi apolítico, el sistema de cogobierno es el espejo de lo que más puede conseguir un sistema democrático: todos los claustros, todos los niveles, todos representan, todos producen la síntesis de una elección, sea en su unidad académica o en los propios colegios de la universidad, sea en la Asamblea Universitaria.

Esta es una universidad que a partir de la reforma del estatuto del año 2008 tiene participación de los cuatro claustros, más los colegios universitarios de pregrado y eso significa un infinito nivel de representación. Haber incorporado al sector no docente al cogobierno fue todo un avance en la concepción política de la universidad. Poder realizar ese ejercicio cada cuatro años es un hecho celebrable y la verdad que no ha tenido grandes estridencias. Se ven en algunas unidades académicas procesos que se agotan por el propio sistema democrático y que le da oportunidad a una renovación, es el caso de medicina por ejemplo.

Redea: Haciendo un balance de los últimos años, ¿que logros podría destacar de nuestra Universidad y cuáles serían los desafíos que aún quedan pendientes de cara al futuro?

La universidad funciona con un plan estratégico desde el año 2004, plan que dirijo desde ese momento. Esa universidad transitó durante esos 14 años un proceso de satisfacción de demandas insatisfechas de grandes dimensiones. La UNLP había crecido tremendamente, tenía 40 mil integrantes cuando empezó la democracia y hoy tenemos 160 mil, con lo cual todo le quedaba chico. Necesitábamos metros cuadrados, presupuesto, equipamientos, cargos docentes, no docentes, todo esto fue tomando otra dimensión a medida que fuimos dando pasos

que consensuamos permanentemente en el debate político. Es innegable reconocerle el crecimiento edilicio, el desarrollo que ha tenido. Hemos duplicado la cantidad de docentes, se han consolidado en un estándar superior los salarios tanto docentes como no docentes, eran irrisorios en el principio de la década pasada, la gente venía a dar clases por el IOMA [obra social], hoy existe la carrera universitarias, hoy, aun desde facultades profesionalistas como la nuestra, hay intenciones de quedarse en la universidad, de investigar, de hacer una carrera universitaria, de hacer extensión, de hacer transferencia.

La UNLP es la universidad más compleja que tiene la Argentina, la UBA es la más grande, nosotros somos la más compleja. El balance es altamente positivo en cuanto a las metas que nos propusimos y el estado en el que está hoy, lo cual nos genera el desafío en pensar menos en las demandas insatisfechas y pensar más en las responsabilidades que tenemos que asumir a futuro, porque antes no teníamos aulas, ahora las tenemos, no teníamos laboratorios, ahora los tenemos, no teníamos cargos, ahora los tenemos. Debemos diseñar políticas académicas que efectivamente verifiquen que somos una herramienta de transformación y de desarrollo: el rendimiento académico, el crecimiento en el egreso, el sostenimiento de este proceso, que pasa a ser un desafío fundamental. Nosotros hoy tenemos todavía una gran cantidad de estudiantes que no llegan a probar dos materias al año, que no serían alumnos regulares, a pesar de ser una de las universidades públicas que tiene un estándar mayor. Aún tenemos relaciones que nos dejan muy lejos de la satisfacción, debemos explicarle a nuestra sociedad que de cada diez pibes que ingresan se reciben tres... y en el país el promedio es que se reciben dos: nuestro objetivo es que se reciban cinco, que por lo menos se reciban la mitad, no queremos parangonarnos ni con Finlandia ni con Canadá, porque nosotros además venimos de una educación pública gratuita, son otras condiciones, pero si queremos estar al nivel de otros países centrales como el propio Estados Unidos, 50% en la relación de ingreso/egreso.

Creemos que tenemos que asumir una responsabilidad particular en retener nuestros recursos humanos formados. El año pasado tuvimos situaciones incómodas en el rechazo de aspirantes de ingreso a carrera en el Conicet que ya eran doctores, que ya habían sido admitidos, que habían pasado por los requerimientos y que sin embargo se quedaron afuera. El capital humano formado es el capital más importante que puede producir la universidad como una institución que produce conocimiento, porque producir conocimiento es producir soberanía, es no tener que comprar afuera lo que podemos producir nosotros, con lo cual el tema tiene su cadena. No hay que analizarlo en una linealidad corta, sino en una proyección integral de cuál es el proyecto de desarrollo de este país. Para nosotros es central la retención de esos recursos humanos formados, de poder ofrecerles una mayor dedicación exclusiva, al menos por un tiempo, después que termina su doctorado. El que estudia el doctorado es porque quiere tener una carrera de investigación, y si los organismos de investigación no lo dejan entrar, no tiene retorno, se queda en un limbo o se tiene que ir al exterior. Esas son las cosas que hemos reclamado sin distinción de alineamiento político. Recuperemos los recursos que perdimos y sobre todo no dejemos ir los que tenemos formados y estamos formando, que son una inversión de toda la gente durante tantos años. La universidad tiene que tener su propia política de colaborar, no podemos suplantar a sectores supremos del Estado, pero si darle una señal a nuestros propios graduados de que nosotros pensamos en ellos y los pensamos en una dimensión estratégica, no solidaria. La solidaridad no es misericordia, nosotros pensamos en una sociedad de iguales, por eso pensamos en una sociedad solidaria, no misericordiosa de los que más tienen con los que menos tienen, que es naturalizar la diferencia. Por lo tanto nuestras políticas de extensión tenemos que impulsarlas en procesos formativos más que en la circunstancia de estar presente para resolver un hecho de necesidad, no porque no sea valioso, pero nuestra centralidad está en darle elementos perdurables a esa sociedad, a esa comunidad

que no está buscando en ser ingeniero ni filósofo, sino que lo que está buscando es tener herramientas para poder tener más oportunidades de progresar, de insertarse en el mundo del trabajo. Para pasar de una universidad pública a popular, que es lo que buscamos, necesitamos que este concepto esté presente, necesitamos construir redes, no en el estándar “marquetinero” del fenómeno global, sino en la condición de identificar a aquellos que tienen nuestros mismos objetivos, nuestros mismos problemas y nuestras mismas necesidades de fortalecer a nuestra sociedad. Desde ya que tenemos que integrarnos el mundo, aprovechar todas las oportunidades de vínculos, fortalecer procesos sustentables, alianzas estratégicas, porque estamos construyendo los mismo, con otras universidades, con otras instituciones, con los graduados... tenemos que consolidar la figura emprendedora de nuestros graduados creando logísticas que ninguno individualmente puede construir ni acercarse, y ponerla a disposición de todos:... estamos poniendo en marcha un “centro de la madera” que tiene que estar al servicio de los ingenieros forestales, estamos poniendo en marcha un “centro informático”, que tiene que juntar las microempresas que hoy conviven en La Plata en locales, casas de familia, y que puedan usar todo el potencial de la universidad...terminamos un “set de cine” que es el más moderno de América Latina para el desarrollo de industrias culturales, fijamos convenios en ese sentido para que esta ciudad, que tiene ese perfil universitario, de conocimiento y que tiene más de cien mil graduados activos viviendo en la región, pueda tener un efecto sinérgico que conlleve al desarrollo colectivo, esos son procesos de arrastre.

Escriben en este número:

BALDI, Eduardo
BARRIVIERA, Natalia
BAZÁN, Víctor
BONJOUR, Daniel
CEJAS, Verónica Amalia
CLÉRICO, Laura
DE ANTONI, Román
DÍAZ, Jaime Alberto
DÍAZ, Juan Francisco
ENNIS, José Luis
FERREYRA, Raúl Gustavo

FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán
GIAN TOMASI, Fiorella
GRES C., Pablo
GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador
HÄBERLE, Peter
PERÍCOLA, María Alejandra
STRASSERA, Bruno
TAUBER, Fernando
VERTIZ MEDINA, James
ZAMBONI, Evelyn Regina



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR