



OTOÑO 2018

# DERECHOS EN ACCIÓN



**REDEA**  
REVISTA  
DERECHOS  
EN ACCIÓN





OTOÑO 2018

# 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  
Dino Di Nella • Universidad Nacional de Río Negro  
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**

### **GABRIELA CAREGNATO**

(Chivilcoy, 1978). Realizó talleres de formación del Fondo Nacional de las Artes. Egresó como Lic. y Prof. en Artes Plásticas orientación en Pintura en la UNLP. Su obra se expuso de manera colectiva e individual en el C. C. Recoleta, MACLA La Plata, Museo Provincial Emilio Pettoruti, Galería Pabellón 4, Galería Teresa Anchorena, Museo de Arte Contemporáneo Raul Lozza, MUMART La Plata, Universidad de Palermo, Museo Pompeo Boggio, Galeria Damme, entre otros. Ha recibido numerosos premios y menciones. Las obras que aquí se presentan forman parte de las muestras “Asíndeton” y “Del libro de los dibujos en la cama”.

Contacto: gubyc@yahoo.com.ar  
<https://www.flickr.com/photos/gcaregnato>)

## **POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS**

### **NATALIA GERINGER**

(Santa Rosa, La Pampa, 1981). Descendiente de matrilineaje mapuche ranquel. Es profesora de Letras. Ejerció la docencia en la enseñanza media en su ciudad de origen hasta 2016. Participó en distintas ediciones del festival itinerante de poesía *El Rallador*: San Juan, 2016; la Pampa, 2016. En el mismo año, publicó su primera antología poética *Miniturios*. En agosto de 2017 fue publicada en la antología poética *Con voz propia*, certamen literario de la UNLPam.

### **MARTÍN RANINQUEO**

(La Plata, Buenos Aires, 1962). Bisnieto del cacique mapuche Segundo Raninqueo. Es músico y poeta. Publicó *El viento también recuerda*, antología de excombatientes de Malvinas (1996). Grabó un disco titulado *Poemas* junto al poeta Gustavo Caso Rosendi (2000), editó *Poemas al Flautista* (2003) y *Haikus de Guerra* con Xilografías de Julieta Warman (2013), traducido al inglés. Como músico, grabó *Después del incendio* (1998); “*Ffff*” (2001), *Gorrión criollo* (2007), *Río ir* (2012), *Viento* junto a Fabián Pássaro (2013), y *Vereda del Campo* (2018).

## **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

<b>EDITORIAL</b>	15
<b>ENSAYOS</b>	25
Los contratos administrativos en la emergencia de la Provincia de Buenos Aires	27
<i>Sebastián Mackanic Galuk, Mariano Puente         y Erika Carolina Deantoni Mosca</i>	
El derecho a la educación inclusiva, un título en igualdad de condiciones	60
<i>Estefanía Jacqueline Saccon</i>	
Hacia una interpretación marxista de la Constitución de los Estados Unidos	86
<i>Bertell Ollman (Traducción Pablo Gres C.)</i>	
El despido injustificado como instituto de control social	97
<i>Adolfo Nicolás Balbín</i>	
Articulación de docencia-investigación-extensión para una práctica pedagógica crítica en la enseñanza de los Derechos Humanos	126
<i>Alejandro Medici</i>	
Del discurso de odio a la reivindicación legal y social del término e identidad “travesti”	146
<i>Maite Guerrero y Karen Ailén Miranda</i>	
Una aproximación conceptual a la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo	162
<i>Enrique Catani</i>	

Argentina-FMI. Corsi e ricorsi . . . . .	177
<i>Luciano Vernetti</i>	
<b>COMENTARIO A LEGISLACIÓN . . . . .</b>	<b>207</b>
La legislación de la Provincia de Río Negro sobre violencia contra las mujeres en el ámbito familiar y sus mecanismos de acceso a la justicia . . .	209
<i>Daniela Heim y María Verónica Piccone</i>	
Algunas notas sobre un nuevo intento de reforma a la Constitución de la Provincia de Santa Fe . . . . .	233
<i>Ariel Strappa</i>	
Novedades legislativas . . . . .	256
<i>Eduardo Baldi</i>	
<b>COMENTARIO A JURISPRUDENCIA . . . . .</b>	<b>267</b>
La Corte Suprema es “suprema”: una relectura del derecho argentino desde Fontevecchia II . . . . .	269
<i>Ezequiel Rodrigo Galván</i>	
Razonabilidad, clave de bóveda en materia de garantía y ejercicio de derechos fundamentales . . . . .	278
<i>Jerónimo Guerrero Iraola</i>	
La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes . . . . .	295
<i>Laura Clérigo</i>	
Novedades de la Corte Suprema de Justicia Nacional .	318
<i>Juan Díaz</i>	
Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . . . .	321
<i>James Vértiz Medina</i>	

<b>OPINIÓN</b> .....	333
<i>¿Estado Gendarme o Estado Fraterno?</i> .....	335
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
<b>TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO</b> .....	349
Mobbing y Discriminación como Patologías Laborales	351
<i>Ramiro Pallares Di Nunzio</i>	
La concesión de la prisión domiciliaria a las madres de niños y/o niñas menores de cinco años o personas con discapacidad, a la luz de la metodología para el análisis de género del fenómeno legal .....	373
<i>Maria Cecilia Rita Villegas</i>	
<b>SECCION ESPECIAL:</b> <b>JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA</b> <b>EN ARGENTINA Y BRASIL</b> .....	385
El Poder Judicial como arma política. Sobre la intervención del partido justicialista en la República Argentina .....	387
<i>Guillermo Raúl Moreno</i>	
Política y Corrupción .....	401
<i>Carlos Raimundi y Ethel Galarza</i>	
Legalidades aparentes .....	410
<i>Pablo Angel Gutiérrez Colantuono</i>	
Estado de excepción. La forma jurídica del neoliberalismo .....	438
<i>Rafael Valim</i>	

El Juez, la construcción de los hechos y el Estado de excepción: un análisis del caso Lula . . . . .	462
<i>Silvio Luis Ferreria da Rocha</i>	
<b>ENTREVISTAS</b> . . . . .	483
Entrevista al jurista Luigi Ferrajoli . . . . .	485
Entrevista a Jueces de la República Popular de China	492
<i>Solange C. Seijas</i>	





## EDITORIAL

## **PEDERNAL ALADO**

I

Pampero,  
kurruf pampero,  
sigue aferrado a los barrotes  
de las ventanas.  
Sus ojos de lluvia,  
hondos de inmensidad.  
Abro mi ruka,  
entrás ranquelina  
vestidita toda de lluvia.  
(Afuera caen lágrimas de plata)  
Ranquelina,  
un día de flor.  
Ranquelina,  
florcita, me voy.

Autores: *Natalia Geringer y Martín Raninqueo*

### **Arte de la portada**

Obra: *Todos los ojos son la montaña*

Artista: *Gabriela Caregnato*

## Editorial

Damos la bienvenida a nuestros lectores al séptimo número de ReDeA correspondiente a la estación otoño de 2018 con las renovadas ganas de compartir con ustedes algunos sucesos jurídico-sociales, a nuestro entender importantes, acaecidos en los últimos tres meses en la Argentina, la región, y en nuestra querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

El comienzo del otoño nos trajo una desalentadora señal política para los países latinoamericanos, cuando a principios del mes de abril la Corte Suprema de Brasil decidió no aceptar el hábeas corpus presentado por **Lula Da Silva** y autorizar a la Justicia su detención. El resultado fue 6-5 y debió definir la presidenta del cuerpo (Cármem Lúcia Antunes) de quien se esperaba que se inclinara por admitir el recurso y, sin embargo, dio el golpe de gracia a las aspiraciones del ex presidente con un argumento contradictorio: explicó que votó para respetar la jurisprudencia instalada por el STF en 2016, que ella misma rechazó en su momento. Una enorme manifestación popular aguardó el resultado junto al líder del Partido de los Trabajadores del Brasil, quien cumplió la orden judicial y hasta hoy se encuentra privado de su libertad. En el presente número dedicamos una sección especial sobre la judicialización de la política en Argentina y Brasil, en la que especialistas en tal temática desarrollan algunos detalles técnicos y políticos del proceso judicial contra el líder del hermano país.

Hacemos nuestra la opinión de Lugi Ferrajoli, quien sobre esta cuestión dijo; “El 4 de abril fue un día negro para la democracia brasileña. Por una mayoría de apenas un voto, el Supremo Tribunal Federal de Justicia dispuso el arresto de Inacio Lula en un proceso plagado de violaciones a las garantías procesales. Pero no sólo fueron violados los derechos el ciudadano Lula. La víctima ha sido todo el proceso judicial, con sus innumerables

lesiones a los principios del debido proceso, junto al impeachment infundado desde el punto de vista constitucional que destituyó a la presidenta Dilma Rousseff con la finalidad de poner fin al proceso de reformas que tuvo lugar durante los gobiernos de ambos y que sacó de la miseria a 50 millones de brasileños. La jurisdicción suprema agredió de ese modo todo el acervo constitucional que tenía la misión de defender”<sup>1</sup>

El 14 de junio pasado, y luego de casi 24 horas de sesión, se aprobó en la cámara baja el proyecto de ley de la interrupción voluntaria del embarazo, con 129 votos a favor, 125 en contra del proyecto y una abstención.

Durante los dos meses anteriores más de 200 expositores pasaron por la comisión creada al efecto, en donde expusieron argumentos y fundamentos a favor y en contra, girando los mismos en torno a lo legal, lo médico, lo religioso, lo moral, lo social, lo cultural, lo político y hasta lo económico.

El proyecto presentado por “la campaña nacional por el aborto legal, seguro y gratuito” (el que ya fuera presentado 7 veces en el Congreso), encabezado por varios diputados de distintos partidos políticos, fue acompañado por el movimiento feminista, el que identificado con el pañuelo verde de la campaña, fue creciendo la última década y haciéndose presente en la calle con el lema: educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar y aborto legal para no morir, poniendo como contrapunto aborto legal vs. aborto clandestino. Con el avance del proyecto también fue mostrándose el movimiento “salvemos las dos vidas” encabezado por el grupo pro vida y aquellas posturas anti aborto.

El Proyecto presenta un articulado breve pero conciso. Las premisas fundamentales son: en primer lugar, se erige a la IVE como una consecuencia del ejercicio del Derecho Humano a la Salud de toda mujer, que no es decir poco (art 1). Así, toda mujer deberá tener acceso al aborto en los servicios del sistema

---

<sup>1</sup> Ampliar en la entrevista publicada en el presente número.

de salud, en un plazo máximo de 5 días, en las condiciones de la ley. Esto, según establece el art. 10, incluye a toda persona con capacidad de gestar, de acuerdo en lo normado en la ley de identidad de género 26.743.

Se establece como regla general el límite de las 14 semanas de gestación, excepto los casos previstos en su art 3: embarazo producto de una violación, riesgo en la vida o la salud física, psíquica o social de la mujer, y malformaciones fetales graves.

En todos los casos las Autoridades de cada Establecimiento Asistencial deberán garantizar la realización de la práctica (art 6). Asimismo, se impone la incorporación del aborto en las prestaciones médicas obligatorias también para obras sociales y prepagas (art 5), bajo consentimiento informado por escrito (art 4). Y se establece expresamente que no es exigible la autorización judicial previa (art 7).

En cuanto a la capacidad, el art 8 establece la presunción de que las adolescentes (entre 13 y 16 años) cuentan con aptitud y madurez suficiente para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento. Para el caso de menores de 13 años se requerirá su consentimiento con la asistencia de al menos uno de sus progenitores o representante legal. En cuanto a las personas con capacidad restringida, el art. 9 establece las pautas.

Asimismo el proyecto aprobado, modifica el código penal, manteniéndose sancionado el aborto realizado sin consentimiento de la mujer y aquel realizado después de la semana 14 (Finalmente, se derogan los arts 85 inc. 2, 86 y 88 del Código Penal de la Nación).

Con la aprobación del proyecto y luego del revuelo social que implicó su media sanción, se giró el mismo al Senado, encontrándose en estado de votación. Pero ante nuevas disidencias e indecisiones de la cámara alta, se resolvió pasar el mismo, previo a la votación, por 4 comisiones del recinto. Que sea Ley!

En el plano económico social es claro que los aumentos en las **tarifas de los servicios públicos** de energía han sido uno de los elementos que mayores inconvenientes les están

causando a las familias argentinas y que, ante ello, el Congreso Nacional sancionó –con alto consenso– una ley que declaraba la emergencia y establecía que los incrementos no podían superar el coeficiente de variación salarial pero, lamentablemente, el Poder Ejecutivo vetó la norma. Ante ello diremos que declamar un presunto consenso que no se verifica en las acciones estatales es un gesto de falsedad dirigencial y demostración de indiferencia por los problemas reales que aquejan a nuestra sociedad.

En el plano del sistema de administración de justicia debemos señalar una serie de situaciones que observamos con preocupación. El inicio de acciones judiciales del Poder Ejecutivos contra asociaciones civiles que litigan contra las subas en los servicios públicos referidos a la energía y el disparatado criterio de un cuestionado juez que avala tramitarlos es otro signo preocupante. Es que la tutela de derechos de incidencia colectivas cuyo daño obedece a una conducta estatal corresponde a los ciudadanos o asociaciones del tercer sector pero, en ningún caso, puede erigirse al Estado Nacional como ariete judicial para impedir el control judicial de sus actos y reglamentos administrativos.

El gobierno nacional inició una acción judicial para intentar bloquear medidas cautelares contra el aumento de las tarifas y denunció al Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) por su intento destinado a frenar el último aumento del gas. Pero no solo eso, sino también incluyó a todas las organizaciones de consumidores del país. La presentación la realizó el ministro de Medio Ambiente, Sergio Bergman, con el patrocinio del Procurador del Tesoro, Bernardo Saravia Frías. El objetivo principal es frenar a CEPIS y a “cualquier otra asociación, organizaciones e individuos, y hasta solicitudes cautelares de las primeras, requiriendo interrumpir la ejecutoriedad de la política energética y ambiental del Poder Ejecutivo Nacional que intente poner en cuestión la política tarifaria.”

El argumento principal es que el aumento de las tarifas es de interés público porque favorece el ahorro de energía, la eficiencia energética y el cuidado del medio ambiente. El Juzgado

Contencioso Administrativo Federal N° 3 certificó el proceso como colectivo y ordenó la inscripción en el registro respectivo.

La originalidad explayada en un muy breve escrito jurídico de diez páginas sorprende a propios y ajenos, por la carencia de fundamentos normativos que sostengan la pretensión, tanto respecto a las formas procesales como al fondo de la petición. La demanda pretende obturar cualquier intento de revisar la actuación del Poder Ejecutivo nacional referida al manejo de los recursos energéticos, generando un área dentro del Estado al margen de la ley. Claramente una petición semejante es manifiestamente inconstitucional, se opone a nuestro sistema republicano de gobierno y desconoce la plena vigencia del estado de derecho que debe regir en nuestro territorio.

Por otra parte, en el plano de los mismos litigios en materia tarifaria, también debemos poner de resalto la estrategia procesal del Poder Ejecutivo Nacional para, a través de numerosos planteos de inhibitoria, sustraer las causas de la Justicia Federal del Interior del país y concentrar los procesos en el Fuero Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta expresión de centralismo y la intención de poner obstáculos al control judicial, tratando de impedir a los ciudadanos concurrir ante los jueces de sus domicilios es otro aspecto que merece nuestro cuestionamiento. La Justicia Federal de Interior del país tiene una razón de ser y sus magistrados son aptos para conocer en los reclamos que, dentro de su órbita territorial, le realizan los ciudadanos allí domiciliados. Sostener, como hace el Poder Ejecutivo, que la sede de donde emanan los actos y resoluciones –Ciudad Autónoma de Buenos Aires– determina siempre la competencia de los tribunales de esa Capital es una negación del federalismo y del acceso a la justicia de millones de argentinos.

Vivimos en estos días una evidente crisis económica que poco a poco se traslada a toda la sociedad, afectando a sus sectores más vulnerables. El crecimiento inflacionario está produciendo una pérdida del valor de los salarios en todos los niveles, estimándose –aún por los propios cálculos de funcionarios del

gobierno federal– que el porcentaje anual rondará el 30 por ciento. En este contexto de depreciación de la moneda nacional e incremento significativo del valor del dólar, el Ministerio de Educación de la Nación sigue sin cumplir con su obligación legal de sentarse a discutir salarios y condiciones de trabajo con los gremios de docentes universitarios. Agrava esta situación la disminución presupuestaria del sistema universitario público nacional. En la provincia de Buenos Aires, su Poder Ejecutivo, ofrece un 15 por ciento de aumento a los diferentes sectores de agentes públicos, rechazando las negociaciones paritarias que, ya casi promediando el año, mantienen abiertos los conflictos con los gremios sectoriales de administración general, educación, salud y judiciales.

En el ámbito laboral el Poder Judicial obligó cautelarmente a la Provincia de Buenos Aires a cumplir con su obligación de negociación paritaria con el sindicato de los trabajadores judiciales (AJB) y –en otro precedente de relevancia– declaró la ultractividad de la cláusula convencional de la paritaria salarial docente acordada por las partes en el año 2017 de adecuación semestral por variación de índice de precios al consumidor, respecto a los sueldos del mes de enero de 2018 (Sentencia del Tribunal de Trabajo N° 4 en la causa “Federación de Educadores Bonaerenses y Otros c/Dirección de Cultura y Educación y Otros s/Amparo sindical”, del 14-VI-2018).

Por su parte el movimiento obrero organizado en sus centrales de trabajadores anunció un paro general para el lunes 25 de junio.

La reducción de gastos públicos y las políticas de ajustes presupuestarios parte de la idea –ventilada mediáticamente hasta el cansancio por funcionarios y empresarios– que el desequilibrio fiscal sólo puede encontrar su solución en disminuir salarios, eliminar servicios y prestaciones, achicar subsidios y minimizar lo más posible la presencia del Estado. No se les ocurre cobrarle más impuestos a los que más tienen, por el contrario aumentan la regresividad de nuestro sistema impositivo. Una consecuencia directa de esta política regresiva en materia

de derechos sociales es la actual reducción del presupuesto del **Hospital “El Cruce”**, establecimiento médico de excelencia con el mayor número de transplantes hepáticos, renales y de medula ósea del país. Sus trabajadores denunciaron públicamente el vaciamiento de la institución y el agravamiento de los problemas de insumos. Ello acompañado con la indefinición de la situación laboral de doscientos profesionales contratados y las bajas paritarias ofrecidas –15 por ciento en tres cuotas, cuando se exige un mínimo de 25 por ciento–. Sus autoridades oficialmente informaron un recorte presupuestario del 42,9 por ciento del presupuesto total del centro de salud.

El gobierno argentino –encabezado por su presidente Mauricio Macri– y el Fondo Monetario Internacional (F.M.I.) cerraron un acuerdo para un crédito por unos 50 mil millones de dólares. Según lo informado por el organismo en su comunicado de prensa 18/216, su directora gerente, Christine Lagarde, señaló que “se trata de un plan concebido e instrumentado por el gobierno argentino y que pretende fortalecer la economía en beneficio de todos los argentinos. Me complace saber que podemos contribuir a ese esfuerzo brindando respaldo financiero, que apuntalará la confianza del mercado, dándoles a las autoridades tiempo para abordar un abanico de vulnerabilidades de larga data”. Desde esta publicación, además de la enorme preocupación que nos genera un endeudamiento irresponsable de tal magnitud, creemos que dicho acuerdo debería pasar por el Congreso Nacional para su discusión y eventual aprobación.

En efecto, de conformidad al artículo 4 de la Constitución Nacional histórica, el Congreso es el titular de la potestad del uso del crédito público. Concordante con ello, el art. 75 inc. 4 de la Carta Magna reformada en 1994 estableció que le corresponde al Congreso “contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación”. Estas normas constitucionales, por una lógica razón de superioridad jerárquica, se encuentran por encima de cualquier otra disposición infraconstitucional en contrario, como podría ser la ley de administración financiera (que en su art. 60 dispone que no sería necesaria una ley del congreso para las

operaciones de crédito público que formalice el Poder Ejecutivo Nacional con los organismos financieros internacionales).

De todas formas, y más allá de denunciar la violación de preceptos jurídicos constitucionales, sostenemos que un endeudamiento de tamaña envergadura, que no solo trascenderá al actual gobierno sino que afectará tal vez a varias generaciones de argentinos, tiene que debatirse de cara a la sociedad por los genuinos representantes del pueblo.

En otro orden de cosas, queremos comentarles a nuestros lectores que el pasado 26 de abril de este año fue elegido un nuevo decano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Se trata del Profesor **Miguel Oscar Berri**, quien de acuerdo al estatuto de la UNLP estará en funciones durante los próximos cuatro años. Acompañarán al Sr. Decano en su gestión **Hernán Gómez** (Vicedecano); **Valeeria Moreno** (secretaría académica); **Carlos Marcelo Lamoglia** (secretaría de Posgrado); **Adolfo Brook** (secretaría de extensión); **Joaquín Eliseche** (secretaría de asuntos estudiantiles); **Hernán Ariel Navamuel** (secretaría económico financiera); **Fernando Maitini** (secretaría de relaciones institucionales); **Mariano Salgado** (secretaría de investigación). A todos ellos, desde esta publicación queremos desearles muchos éxitos en sus funciones.

Finalmente, como siempre, agradecer a todos aquellos que hacen posible que la revista se siga publicando en forma regular, mejorando número a número su calidad académica. ¡A todos los autores (profesores, académicos, investigadores, extensionistas y estudiantes), artistas gráficos, poetas y lectores, muchas gracias!

Los esperamos en la edición Invierno de 2018 (Nº 8).

#### STAFF EDITORIAL



**ENSAYOS**

## II

Una nube derredor,  
encendió el agua.

Guardo tus peces, *Luuwan*  
tus briznas de viento  
tu trigo y cizaña.

Una pampa agostada,  
entraña hambrienta  
costrita de gozo.

¿*Luuwan*, abrigarás la última lluvia?

¿Multiplicarás mis piedras  
derredor de este verano?

¿*Luuwan*, veré caer de tu ojo, mi alimento?

eza cautiva/hondura poesía/sexo mapuche/ Sagradas E

Autores: Natalia Geringer y Martín Raninqueo

### Arte de la portada

Obra: *Arquitectura de un torso con pie izquierdo*

Artista: Gabriela Caregnato

# **Los contratos administrativos en la emergencia de la Provincia de Buenos Aires**

*Sebastián Mackanic Galuk*

*Mariano Puente*

*Erika Carolina Deantoni Mosca*

## **1. Panorama de la normatividad contractual administrativa y su afectación a la actividad contractual**

La intención del presente trabajo es brindar un panorama general acerca de la normatividad contractual administrativa en el ámbito de la provincia de Buenos Aires y evaluar el impacto generado a partir de la sanción de una serie de leyes durante el año 2016, que modificaron sustancialmente la regulación de los contratos más importantes que suscribe la Administración Pública Provincial en el marco de su quehacer cotidiano administrativo.

En efecto, el régimen contractual de la provincia de Buenos Aires recibió una profunda transformación a partir de una serie de leyes que impactaron sustancialmente en el plexo normativo entonces vigente, constituido por la Ley de Contabilidad (Decreto-Ley N° 7764/71 y el Reglamento de Contrataciones), respecto del contrato de suministro, y la Ley N° 6021, en lo que corresponde al contrato de obra pública.

Esta afectación se produjo a partir de la aparición de nuevas leyes que pueden sistematizarse en dos corrientes o grupos diferentes, según la naturaleza sustantiva de las modificaciones introducidas:

- a. Corriente de emergencia**, caracterizada por normas específicas de emergencia;
- b. Corriente de reforma**, caracterizada por normas de reforma del régimen de compras o contrataciones del Estado.

La diferencia entre ambas no es menor ya que las normas de emergencia se constituyen en *excepcionales, transitorias y no sustitutivas* del régimen de fondo y tienen por finalidad paliar una situación coyuntural.

Por su parte, “las normas de reforma de la normatividad” son *genéricas o principales, permanentes y sustitutivas* y tienen por finalidad cambiar el sistema de compras vigente.

Dentro de esta clasificación preliminar, podemos identificar:

- a. **Corriente de emergencia:** ubicamos aquí a las Leyes N° 14.806, N° 14.812 y N° 14.815 (Títulos I y III);
- b. **Corriente de reforma:** nos referiremos en este aspecto a las Leyes N° 13.981 y 14.815 (Título II).

Realizando un somero análisis respecto de cada una de las normas mencionadas, y sin perjuicio de su tratamiento en particular en el transcurso del presente trabajo, destacamos respecto de las citadas leyes:

\* **Ley N° 14.806** declara la emergencia en materia de seguridad pública y de política y salud penitenciaria por el término de doce (12) meses. Este plazo, que se computa a partir del día de la publicación de la ley en el Boletín Oficial (26/01/16), es prorrogado (a partir de su vencimiento y por el término de un (1) año) por la Ley N° 14.866.

\* **Ley N° 14.812** declara la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos por el término de un (1) año, contado a partir de la entrada en vigencia que ocurrió a partir de su publicación en el Boletín Oficial (20 de abril de 2016), prorrogado por otro plazo igual por Decreto N° 52/17 (17/04/17).

Respecto de esta ley en particular se destaca la invitación a adhesión a los municipios, que será tratada oportunamente.

\* **La Ley N° 14.815** declara la emergencia administrativa y tecnológica. Fue publicada en el Boletín Oficial de fecha 26 de mayo de 2016, y la aplicación temporal de la ley se extiende por el plazo de un (1) año contado a partir

de esa fecha, prorrogado por otro plazo igual por Decreto N° 53/17 (17/04/17).

\* **El Decreto N°1300/16** (19 de octubre de 2016) pone en vigencia la Ley de Compras N° 13981 –en suspenso desde su promulgación (Decreto N° 477/09)–, a través de la aprobación de su reglamentación y con las modificaciones introducidas por el Título II de la Ley N° 14.815 (“De la Reforma Administrativa Normativa para la Agilización de los Trámites”). Con invitación a adherir a los Municipios de la provincia de Buenos Aires.

\* **Ley 14.828** (B.O. 29/07/16) Aprueba el “PLAN ESTRÁTÉGICO DE MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES”. Con invitación de adhesión a los municipios. Sus componentes son: Sistema de Gestión por Resultados; Atención Ciudadana y Participación y Gobierno Electrónico. Este último se implementa por: 1- Sede Electrónica; 2- Firma Electrónica y Digital; 3- Digitalización de Documentos y Procesos Administrativos; 4- Seguridad Informática; 5- Interoperabilidad y 6- Compras Electrónicas. (Decreto N° 1018/16 –B.O. 5/09/16- Reglamentación).

## 2. Emergencia. Noción conceptual

El régimen de la emergencia se presenta en un escenario complejo en el que se evidencia la difícil y traumática relación entre poder y derecho.

Allí se denota la tensión producto de una realidad acuciante y la necesidad de brindar una respuesta legal adecuada.

El régimen de la emergencia ha sido elaborado a partir de la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de casos célebres como *Ercoleano* (1922), *Avico* (1934), *Peralta* (1990) etc, y se inscribe como derivación del Poder de Policía del Estado, entendido como potestad de reglamentar derechos para garantizar la seguridad, salubridad y moralidad pública; luego ampliado a la promoción

del bienestar general, intereses económicos de la población así como la propia autopreservación del Estado<sup>1</sup>.

El Poder de Policía de la Emergencia se asienta en una situación de emergencia que al amenazar bienes jurídicamente protegidos, habilita entonces –al solo efecto de superarla– la limitación de derechos y garantías constitucionales.

El fundamento de las leyes de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad o perturbación que obligan a intervenir al Estado y poner en vigencia un derecho excepcional, es decir un conjunto de remedios extraordinarios destinados a asegurar el restablecimiento de la normalidad.

En el Poder de Policía de la Emergencia la potestad reglamentaria se hace más amplia y profunda; opera pues una intensificación del poder estatal y resultan válidos medios o procedimientos que en circunstancias normales no lo serían: “acontecimientos extraordinarios demandan remedios extraordinarios”.

Es que la emergencia constituye una situación extraordinaria que no es posible solucionar mediante previsiones contenidas en la legislación ordinaria.

La inutilidad o insuficiencia de los carriles normativos normales frente al estado de necesidad, gravedad o fuerza mayor que genera la emergencia obliga a adoptar otro tipo de ordenamiento legal para superar la excepcionalidad. Pero siempre es necesaria una norma que regule los mecanismos destinados a superar la crisis y la gradual transición a la normalidad.

La emergencia proviene de un hecho externo, temporalmente limitado, que afecta aspectos esenciales de la organización del Estado, creando una situación de peligro que autoriza la adopción de medidas que afectan las garantías individuales.

<sup>1</sup> Pueden citarse los casos “Ercolano c/Lanteri de Renshaw” (Fallos: 136:161); “Avico c/De la Pesa” (Fallos: 172:21); “Inchauspe Hnos. c/Junta Nacional de Carnes” (Fallos: 199:843); “Russo c/Delledonne” (Fallos: 243:472); “Cine Callao” (Fallos: 247:121); “Peralta” (Fallos: 313:1513); “Smith” (Fallos: 325:366); “SanLuis” (Fallos: 326:417); “Bustos” (Fallos: 327:4495)

Ha establecido reiteradamente la Corte Suprema que el estado de emergencia no crea potestades ajenas a la Constitución, sino que permite ejercer con mayor profundidad y energía los que ella contempla, llevándola más allá de los límites que son propios de los tiempos de tranquilidad y sosiego.

## ***2.1. La emergencia dentro del orden jurídico - requisitos de juridicidad de la emergencia***

Es útil recordar que el ejercicio del poder de policía de la emergencia exige determinados presupuestos y límites, de cuyo cumplimiento depende la validez de las leyes de emergencia y que han sido resumidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 243:466; 313:1513), siguiendo la doctrina legal de la Corte Suprema de los EEUU, en el famoso caso “*Home Building*”, de 1934, donde se discutió la constitucionalidad de una ley de moratoria hipotecaria, del siguiente modo:

**a. Ley-situación de emergencia.** La existencia de una situación de emergencia definida por el legislador. Tiene razón de ser en el principio de la división de poderes y por ende en las atribuciones que le otorga la Constitución al Poder Legislativo respecto del poder de policía y la potestad reglamentaria en materia de limitaciones extraordinarias de derechos constitucionales.

**b. Generalidad.** Que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos. Está vinculada al concepto de “fin público” e “interés legítimo” que comprende a aquellos valores cuya preservación interesa a toda la sociedad en su conjunto por estar vinculados al interés general de la misma.

**c. Razonabilidad medidas.** La razonabilidad de las medidas adoptadas por el legislador para superar la crisis. Constituye un condicionamiento impuesto por el artículo 28 de la Constitución Nacional, relativo a la legitimidad de toda actuación estatal. La razonabilidad consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretenden

lograr, exigiendo en las normas de emergencia que exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretenden superar.

**d. Transitoriedad-plazo indispensable.** La transitoriedad de las medidas, limitadas al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que la tornaron necesarias.

La emergencia constituye una situación extraordinaria, la cual no es posible solucionar mediante previsiones contenidas en la legislación ordinaria. En consecuencia, la medida dispuesta debe ser transitoria, ya que de lo contrario se trataría de medidas ordinarias y permanentes que no resultarían lógicas con la finalidad de restringir o limitar derechos para resolver una crisis extraordinaria.

Para ello, la Corte elaboró la distinción entre la sustancia y los efectos de un derecho. La sustancia comprende el contenido del derecho, mientras que los efectos refieren a su ejercicio temporal.

La Corte ha dicho que la validez constitucional de estas leyes se sustentan en que no afectan el contenido mismo de la relación jurídica de ninguna de las partes constitutivas de la obligación. En situaciones de emergencia o con motivo de ponerles fin, se ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente los efectos de los contratos libremente convenidos por las partes, siempre que no se afecte su sustancia, a fin de proteger el interés público en prevención de desastres o de graves perturbaciones.

## ***2.2. El poder judicial frente a las normas de emergencia. Alcance e intensidad del control judicial de la emergencia***

La juridicidad se perfecciona con el derecho a la tutela judicial efectiva. En esa dirección, es un asunto sumamente discutido y problemático en el Derecho Público, el real alcance de la revisión judicial de las leyes de emergencia.

La cuestión osciló entre la ausencia de control, vinculándose las medidas de emergencia con las cuestiones políticas,

de gobierno o institucionales, y el acceso a su revisión judicial a través de su vinculación con el concepto de juridicidad.

El criterio jurisprudencia imperante pareciera ceñirse a que es perfectamente controlable por el Juez la real existencia de la situación de emergencia y la configuración de los elementos esenciales que deben estar presentes en las leyes dictadas para superarla.

La actividad del juez está orientada a verificar, comprobar y demostrar que los hechos acreditantes condicen con la realidad, lo cual implica un juicio intelectivo que excluye toda valoración discrecional, importa aquí la existencia o inexistencia de un hecho.

Distinta es la situación relacionada con la apreciación de los hechos vinculada a la elección de la pautas y planes operativos a seguir, ya que tal aspecto entra dentro de la oportunidad, mérito o conveniencia, donde la valoración político discrecional es indudable.

Ciertamente no le incumbe al Poder Judicial juzgar acerca de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia de la ley y de los medios que ella arbitra para lograr sus fines. Solo le es dable examinar si los medios elegidos por el legislador son o no proporcionados a los fines que se propuso alcanzar.

La Corte ha sido terminante en los aspectos señalados. Así, sostuvo que “dentro de nuestro régimen constitucional, todo gobierno... está facultado para establecer la legislación que considere conveniente, tanto en situaciones ordinarias como en las de emergencia, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales.... La elección de los medios «convenientes» corresponde a quien tiene el ejercicio de los poderes constitucionales y, con el límite antes señalado, no puede ser objeto de revisión por los jueces” (“Fallos”, 238-76).

En expresa referencia al análisis que a los jueces corresponde de los presupuestos que legitiman el ejercicio del poder de policía de emergencia, la Corte señaló que “con relación al indispensable cumplimiento de estos cuatro requisitos... las facultades de los jueces son plenas... Fuera de ello, cesa la

competencia... del control jurisdiccional. La decisión acerca del acierto o la conveniencia... de las leyes de emergencia pertenece privativamente al Congreso. (“Fallos”, 243-479).

Por otra parte, en lo atinente a la intensidad del control judicial debe tenerse presente que tratándose de leyes extraordinarias dictadas para zanjar una situación de grave perturbación, donde existe una justificada y necesaria restricción sobre derechos y garantías tutelados por la Constitución, el control que el juez ejerce sobre las mismas es de **carácter diferenciado** respecto del nivel de control sobre leyes ordinarias dictadas en períodos de normalidad.

### ***2.3. Funcionalidad - Convivencia con los Regímenes Generales***

El régimen para las contrataciones de emergencia no implica la suspensión de las normas vigentes que conforman el régimen para las contrataciones del sector público, constituido básicamente por la entonces Ley de Contabilidad, reemplazada actualmente por la Ley N°13.981 y la Ley de Obras Públicas.

En muchos casos veremos incluso que ambas normas se complementan entre sí, dado que las normas de emergencia suelen reglar los procedimientos de selección del contratista particular, pero la ejecución de los contratos sigue rigiéndose por el régimen normativo que corresponda de acuerdo a la naturaleza de cada uno de ellos.

### ***2.4. Decisión inclusiva por parte de la Autoridad Administrativa***

Para que un ente realice las contrataciones siguiendo el procedimiento de emergencia, será necesario que previamente el órgano competente emita una resolución fundada donde especifique las razones por las cuales dicho contrato es necesario para superar la situación de emergencia que la ley declara y en consecuencia debe ser celebrado a través del procedimiento allí establecido.

En tal sentido, no bastará con la mera inclusión de la gestión tramitada en la emergencia que corresponda, sino que debe la autoridad administrativa (por intermedio del funcionario competente), brindar las razones por las cuales considera que, en ese caso particular, la contratación debe ser encausada a través de un procedimiento de emergencia, resultando esta valoración susceptible de control judicial en caso de arbitrariedad o de vicio en los elementos del acto administrativo que la dispone.

Es que si bien la consideración de una contratación como de emergencia constituye una facultad discrecional para la Administración, por cuanto la norma habilita a la Administración Pública a actuar conforme a una apreciación circunstanciada del interés público, tal consideración de oportunidad, mérito o conveniencia no quedará exenta del control judicial, si se dan supuestos de arbitrariedad manifiesta o ilegitimidad.

Esto último ocurrirá como se dijo por vicios en la competencia (resolución emitida por órgano incompetente), en la causa (inexistencia de las circunstancias o motivos invocados para considerar la contratación como de emergencia), en la forma (incumplimiento requisitos procedimentales) y en la finalidad (desviación de poder, contratación por motivos ajenos a la necesidad de superar la crisis de emergencia).

El Juez controla los límites externos relacionados con las reglas formales (competencia, forma, procedimiento, etc), pero también fiscaliza algunas fases del decisorio interno, como la logicidad, razonabilidad, coherencia, concordancia, paridad de tratamiento, buena fe.

Es decir, la labor del Juez abarca dos perspectivas diferentes, en relación con la formación de la decisión y algunos aspectos sustantivos.

## ***2.5. La Ley N° 11.340 - Ley Genérica o Básica de Emergencia***

Desde hace más de dos décadas, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires las declaraciones de emergencia en materia

de obra o para realizar acciones indispensables fueron reguladas por la Ley N° 11.340 –publicada en el B.O. el 18/11/92–.

Entre los fundamentos que estableció la Legislatura para la sanción de dicha norma, se expresó que “...*a raíz desastres tales como incendios, inundaciones, epidemias, etcétera, todos supuestos de fuerza mayor, han provocado que en ocasiones esta honorable Legislatura se viera precisada a dictar con la premura del caso, la ley respectiva que permitiera encarar la situación acaecida sin contar con toda la información necesaria que puedan brindar los organismos correspondientes del poder Administrador. Es por ello que se hace necesario promulgar una legislación que faculte al Poder Ejecutivo provincial para declarar ante tal circunstancias a los distritos afectados como zonas de emergencia.... Tales normas, de carácter excepcional han tenido antecedentes legislativos en nuestra Provincia, siempre con el objeto de efectivizar una ayuda inmediata hacia aquellas poblaciones que sufren los embates de situaciones imprevistas. Lo expuesto exterioriza la necesidad de brindar al poder Ejecutivo de una herramienta adecuada que le permita un accionar diligente ante la presencia de fatalidades como la descripta*”.

Ello significa que, por cuestiones de celeridad, se pretendió sancionar una norma marco que permitiese al Poder Ejecutivo declarar la emergencia ante situaciones de desastre que se produjeseen en zonas de la Provincia afectadas por casos de fuerza mayor, tales como incendios, inundaciones, terremotos, epidemias, etc.

En ese marco el artículo 2 establece cuales son los requisitos mínimos que debe contener el Decreto de declaración de Emergencia, en cuanto debe individualizar el fenómeno con las derivaciones que produce y los objetivos que se persiguen con la obra y/o acciones a ejecutar en la emergencia, en forma urgente e inmediata, mencionando claramente las zonas de influencia, a fin de justificar la toma de decisión y fundamentalmente el tiempo de duración de la medida adoptada.

Asimismo, en la búsqueda de agilizar los procedimientos de selección del cocontratante para paliar dichas situaciones,

se establecen excepciones a los principios rectores de esta materia, modificándose también el alcance de la intervención de los Organismos de Asesoramiento y Contralor sobre dichos procedimientos, sustanciados al amparo de la Ley N° 11.340.

Conforme a ello, por el art. 3 se faculta a utilizar las normas de excepción para la contratación de bienes, servicios y obras públicas, eximiendo asimismo del cumplimiento de las normas que regulan la intervención de la Asesoría General de Gobierno, Contaduría General de La Provincia y Fiscalía de Estado, como también del dictamen al que alude el artículo 10 de la Ley N° 6021 relacionado en materia de obra pública con el Consejo de Obras Públicas.

A su turno, el artículo 4 establece que ejecutada la obra y/o acción encarada, el Poder Ejecutivo deberá dar cuenta de su actuación a los Organismos de la Constitución, que entonces se produce con la culminación del vínculo contractual.

Es de resaltar que con buen atino el citado artículo 4 excluye la intervención de la Asesoría General de Gobierno, ya que no tendría ningún sentido que se le de intervención a un Órgano de Asesoramiento y consulta una vez finalizado el procedimiento y ejecutada la obra o las acciones que requirió la emergencia, dado que en esa instancia no habría nada que asesorar.

Ahora bien, a partir del año 2016 la Ley 11.340 que como se dijo otorgaba al Poder Ejecutivo la facultad de declarar la emergencia dejó de ser utilizada, dando lugar a nuevas Leyes de emergencia específicas como las Leyes N° 14.806, N° 14.812 y N° 14.815, las cuales no solo producen modificaciones de forma sino también de fondo, implementando en algunos casos verdaderos procedimientos de selección del contratante, escapando de los márgenes de la emergencia de necesario carácter excepcional<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Un análisis particular sobre los alcances de cada una de las emergencias sancionadas en este período puede leerse en GUILLERMO F. COMADIRA "LAS EMERGENCIAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES" El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo /

Sin embargo, otras emergencias del último período han sido declaradas al amparo de la Ley 11340, tales los casos de las emergencias hídricas declaradas por Decreto N° 121/17 E y 362/17 E.

### **3. Estudio de las emergencias en particular: Leyes n° 14.806 y n° 14.812**

Seguidamente, vamos a referirnos a las emergencias declaradas por las Leyes N° 14.806 (prorrogada por Leyes 14.866 y N° 14.990) y N° 14.812 (prorrogada por Decreto N° 52/17 E), relativa la primera a la materia de seguridad pública y política y salud penitenciaria y la segunda a las materias de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos.

Concretamente nos centraremos en el análisis de las cuestiones que impactan sobre los procedimientos de selección en materia contractual y las variantes que se introducen en los sistemas de ejecución de los contratos celebrados al amparo de las emergencias señaladas, haciendo especial hincapié en los contratos de suministro y obras pública, con prescindencia de las proyecciones que las leyes mencionadas tienen en otras esferas como las inherentes a las relaciones de empleo público, asignación y reasignación de funciones y otras modalidades previstas que requerirían de un análisis particular.

#### **3.1. Ley de Emergencia n° 14.806**

La Ley N° 14.806 declara la emergencia en materia de seguridad pública y de política y salud penitenciaria en todo el territorio de la provincia de Buenos Aires, con la finalidad de resguardar la integridad física y los bienes de la personas, por el término de doce (12) meses.

Este plazo, que se computa a partir del día de la publicación de la ley en el Boletín Oficial (26/01/16), es prorrogado (a

---

Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, publicada en Revista Rap, del 09/08/2017( páginas 451/472) Ediciones Especiales. El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo.

partir de su vencimiento y por el término de un 1 año) por la Ley N° 14.866, y luego por el mismo lapso por la Ley N° 14.990, publicada en el Boletín Oficial el 16/01/18.

A tal efecto, la Ley faculta a los Ministerios de Seguridad y de Justicia a adoptar en forma inmediata todas las medidas que resulten necesarias en el marco de sus respectivas competencias para el logro de la finalidad prevista.

Así, autoriza a dichos ministerios a ejecutar las obras y contratar la provisión de servicios y suministros necesarios para el cumplimiento de los objetivos previstos, utilizando las normas de excepción previstas en las Leyes de Compras (Ley N° 13.981), Obras Públicas (Ley N° 6021), etc., pudiendo eximirse del cumplimiento de las intervenciones previas de los Organismos de Asesoramiento y Control, destacando que una vez ejecutada la obra y/o la acción encarada debe darse cuenta de su actuación a los Organismos de la Constitución, que no hayan intervenido previamente. Similar tratamiento se le otorga a la participación del Consejo de Obras Públicas.

Asimismo, se autoriza a diferir el requerimiento de la constancia de inscripción en el Registro de Licitadores y considerar cumplimentada provisoriamente tal requisito con la presentación del certificado de inscripción en el Registro Nacional de Constructores de Obra Pública (RENCOP).

Crea también una Comisión Bicameral de carácter consultivo de seguimiento y control, a la que debe informar el Poder Ejecutivo respecto de los procedimientos que lleve adelante y con facultades para practicar observaciones y recomendaciones (artículo 12).

En términos generales, esta norma se adscribe a los lineamientos básicos de la Ley N° 11.340.

### ***3.2. Ley de Emergencia N° 14.812***

En lo que aquí nos interesa, la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos fue declarada por Ley N° 14812 (que entró en vigencia el día 20/04/16),

y reglamentada mediante Decreto N° 443/16. Asimismo, por Decreto N° 52/17 E –publicado el 21 de abril de 2017) se resolvió prorrogar el plazo de la emergencia por un año.

Entre sus fundamentos se establece la finalidad de resolver una situación de índole coyuntural en la materia señalada, a la que se debe dar urgente respuesta, brindar primordial atención y destinar los recursos pertinentes. Esto, a fin de acercar a los habitantes de la Provincia las soluciones que demandan, dando cumplimiento al mandato constitucional de promover el bienestar general.

Lo primero que cabe señalar respecto de la Ley N° 14.812, es que con ella el Gobierno Provincial se aparta de la tesis seguida en años anteriores, donde las emergencias de esta naturaleza eran declaradas por el Poder Ejecutivo en el marco de la Ley N° 11.340, que establecía una especie de autorización genérica para declarar de emergencia obras y/o acciones indispensables por casos de fuerza mayor, por una reconocida urgencia o debido a imprevistas circunstancias, ante situaciones de desastre que se produzcan en zonas de la Provincia, afectadas por casos de fuerza mayor, tales como: incendios, inundaciones, terremotos, epidemias, debiendo informar en el mismo acto, a la Legislatura y a los Organismos de la Constitución que corresponda, respecto a su declaración.

En estos casos la declaración de emergencia sólo habilitaba a contratar mediante procedimientos de excepción, con la obligación de dar intervención a los organismos una vez ejecutada la obra (art. 4).

Dentro de este grupo, podemos citar las emergencias hídricas declaradas por Decreto N° 121/17 E y posteriormente mediante Decreto N° 362/17 E.

Ahora bien, en el caso de la Ley N° 14.812, advertimos que la autorización legal es mucho más amplia, introduciendo variantes al sistema legal de contratación y ejecución en materia de obra pública provincial, relativa a emprendimientos de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos, que podemos abarcar en 6 grandes ejes:

a) *DESCENTRALIZACIÓN*: la ley establece una excepción legal al monopolio para la contratación y ejecución de la obra pública provincial que la Ley N° 6021 establece en cabeza del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, con la excepción de los organismos autárquicos (IVBA; SPAR; VIALIDAD) y la Dirección General de Escuelas (cf. artículo 3° y 75 de la Ley N° 6021).

En el contexto de la Ley N° 14.812, cualquier Ministerio puede encarar la ejecución de una obra pública provincial en el marco de su respectiva competencia (por ejemplo el Ministerio de Salud), sin necesidad de acudir al trámite de autorización y delegación contenido en el art. 3° de la Ley 6021 y su Decreto Reglamentario N° 5488/59.

Vemos aquí una diferencia radical con las emergencias declaradas al amparo de la Ley N° 11.340, que requieren que el propio Poder Ejecutivo autorice la delegación para la realización de las obras respectivas en el Ministerio que en su caso corresponda, de acuerdo a la materia sobre la cual versa la emergencia declarada.

b) *PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN*: en cuanto al procedimiento de selección, podemos mencionar la introducción de variantes procedimentales en los siguientes aspectos:

1) *Posibilidad de contratar por mecanismos de excepción* (Leyes N° 6.021 y modificatorias –de Obra Pública–, N° 5.708 y modificatorias –General de Expropiaciones–, N° 10.397 y modificatorias –Código Fiscal–, Ley 13.981 –Ley de Compras y Contrataciones– o las que en el futuro las reemplacen, y sus respectivos Decretos Reglamentarios; pudiendo además eximirse del cumplimiento de las prescripciones del Decreto Ley N° 9.853/82 -del Consejo de Obras Públicas).

En estos casos, la declaración de emergencia contenida en la Ley reproduce el esquema de las emergencias enmarcadas en la Ley N° 11.340, y permite tener por configurada la situación excepcional que habilita acudir a procedimientos de contratación directa que, en el marco de cada una de las leyes anteriormente citadas, requerirían de la acreditación de

una situación de urgencia particular para evadir los mecanismos ordinarios de contratación relacionados con la licitación pública o privada (según el monto).

2) *Publicidad*: otra variante que la Ley N° 14.812 introduce en el procedimiento de selección ordinario de la Ley N° 6021 se vincula con la publicidad, en tanto el artículo 3º establece una modalidad especial para la difusión del llamado al exceptuar de la publicación en el Boletín Oficial, debiendo efectuar la publicación de anuncios en el sitio web que determine la reglamentación, pudiendo además anunciarse en otros órganos de publicidad o en cualquier otra forma, si así se estimare oportuno.

También se aclara que los anuncios obligatorios se publicarán no menos de tres (3) veces y con una anticipación no menor de cinco (5) días hábiles de la apertura, contados a partir de la fecha de la primera publicación, estableciendo plazos y menores exigencias a las contenidas en el artículo 13 de la Ley N° 6021.

Cabe referir que mediante Decreto N° 443/16, se estableció que “los anuncios que deban efectuar los Ministerios, Secretarías y Entidades Autárquicas contratantes, en el marco de la Ley N° 14812, deben ser realizados en la página [www.gba.gov.ar](http://www.gba.gov.ar)” (cf. artículo 1º).

3) *Intervención de Organismos de Asesoramiento y de Control*: el artículo 4º de la norma en estudio dispone expresamente que “Previo a la adjudicación de los contratos y por única vez en todo el proceso de contratación, el Ministerio, Secretaría o entidad autárquica que hubiere procedido de conformidad con lo dispuesto en Artículo 2º, deberá dar cuenta de su actuación a los Organismos de Asesoramiento y Control, cumplimentando de esta manera lo establecido en el artículo 38 Decreto-Ley N° 7.543/69 –Orgánica de Fiscalía de Estado–, artículos 38 a 45 de la Ley N° 14.803 y modificatoria –Asesoría General de Gobierno– y la Ley N° 13.767 en cuanto a la intervención de la Contaduría General de la Provincia. La Contaduría General de la Provincia, Asesoría General de Gobierno y Fiscalía de Estado expedirán sus informes, dictámenes y vistas en un plazo máximo

y común de siete (7) días hábiles. Podrá requerirse su intervención simultánea remitiendo una copia certificada del expediente completo –en soporte papel o digital– a cada organismo.

En caso de que los Organismos de Asesoramiento y Control no remitieren el informe, dictamen o vista requerido en el plazo establecido precedentemente se entenderá que no existen objeciones que formular, quedando el funcionario requirente autorizado para disponer la continuación del trámite”.

Lo expuesto implica en primer lugar que la intervención de los organismos debe darse por una única vez –previo a la adjudicación– en todo el procedimiento, lo cual supone que no deben intervenir en forma previa a la aprobación de los pliegos, salvo los casos de preparación de pliegos tipos para la emergencia, que en la mayoría de los casos han sido remitidos para consulta de los organismos por tratarse de pliegos generales, destinados a regir un número indeterminado de procedimientos.

Por otro lado, la norma contiene una especie de presunción de que, a falta de opinión o dictamen en el plazo legal establecido, no existen objeciones que formular, asimilando los efectos de dicha omisión a la figura del silencio administrativo, institución esta que fue originariamente prevista en favor del administrado en el marco de una petición formulada frente a la Administración, y que en el caso ha sido criticada por cuanto desplaza el carácter obligatorio de la competencia administrativa de los Organismos de Asesoramiento y Contralor, y diluye la importancia de los informes, dictámenes y vistas como actos que integran la motivación del acto administrativo, en el caso destinado a la adjudicación de la obra a contratar con motivo de la emergencia.

Por último, la norma habilita un mecanismo de intervención simultánea similar al contenido en el Decreto nº 2138/89, con la salvedad de que en el caso se prevé un plazo máximo y común de 7 días hábiles.

4) *Consejo de Obras Públicas*: por el artículo 5º de la Ley se regula la intervención del Consejo de Obras Públicas, quedando

la misma reducida a la obligación de emitir informe técnico cuando se trata de evaluar proyectos de obras, caso en el que deberá expedirse en un plazo máximo de tres (3) días hábiles, pudiendo el órgano contratante darle intervención en la oportunidad que estime corresponda. Podrá requerirse su intervención remitiendo copia certificada del proyecto completo, ya sea en soporte papel o digital.

Finalmente, la norma dispone que en caso de que el citado Consejo no remitiera el dictamen en el plazo establecido precedentemente, se entenderá que no existen objeciones que formular, quedando el funcionario requirente autorizado para disponer la continuación del trámite.

Es de señalar que la obligatoriedad de la intervención del Consejo queda ceñida –como se dijo– al examen del proyecto de obra, y tiene su fundamento en la descentralización que la Ley dispone al amparo del artículo 2º, por cuanto la autorización a cada jurisdicción para la dirección de los procedimientos de selección y ejecución de obra pública debe necesariamente contemplar los resortes necesarios tendientes a salvaguardar la responsabilidad de la Administración por la autoría intelectual de los proyectos de obra (cf. art. 5º de la ley n° 6021), a cuyos efectos el Consejo de Obras Públicas ostenta en su carácter de organismo técnico especializado la facultad de revisar y sugerir modificaciones a los proyectos de las distintas jurisdicciones, que le sean remitidos para su consideración.

5) *Calificación de los oferentes. Registro de licitadores:* por el artículo 6º se autoriza a los órganos contratantes a diferir el requerimiento de la constancia de inscripción en los Registros de Proveedores y Licitadores y, en este último caso, a considerar cumplimentado provisoriamente tal requisito con la presentación del certificado de inscripción en el Registro Nacional de Constructores de Obra Pública (RENCOP). Se dispone también que la inscripción en los Registros de Licitadores y de Proveedores, respectivamente, deberá cumplimentarse obligatoriamente en un plazo máximo de noventa (90) días corridos; agregando el Decreto N° 443/16 que tal plazo debe computarse “desde el

vencimiento del término establecido para la presentación de las ofertas”.

El diferimiento de la inscripción en el Registro Provincial debe suplirse necesariamente con la inscripción del RENCOP, resultando inadmisible la oferta que no acredita inscripción en ningún Registro, por cuanto la norma no exime del requisito de la calificación, sino que permite suplirlo con la inscripción nacional supeditado a que la contratista regularice su inscripción en el Registro de Licitadores de la Provincia en el plazo legal establecido.

Se ha criticado la disposición normativa por cuanto permite la suscripción del contrato de obra (y aun el inicio de las tareas por parte de la contratista), sin acreditación de la inscripción registral en la Provincia de Buenos Aires, circunstancia que plantea el interrogante acerca del carácter de las responsabilidades contractuales que emergen frente el caso en que la contratista, una vez iniciada las tareas, no logre la inscripción registral dentro de los 90 días del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

c) *FAZ EJECUTIVA*: el tercer eje en el cual la Ley nº 14.812 introduce variantes importantes se vincula con la faz ejecutiva del contrato de obra, y se relaciona centralmente con la facultad conferida por el artículo 7º, que establece la posibilidad de rescindir, renegociar y aumentar o disminuir hasta un treinta y cinco por ciento (35%) las prestaciones y montos del contratista particular con relación a los contratos existentes a la fecha de entrada en vigor.

La interpretación sobre los alcances y límites de esa facultad debe darse –en principio– sobre los siguientes parámetros:

– Se puede renegociar sólo contratos existentes al 20/04/16, no aquellos que se suscriban con posterioridad (aunque tengan adjudicación anterior); en este último caso los contratos posteriores a la emergencia pueden ser redeterminados con los nuevos valores de referencia vigentes a ese momento, pero no renegociados al amparo de la emergencia declarada, por cuanto

la norma merece interpretación restrictiva y expresamente refiere “a los contratos existentes a la fecha de entrada en vigor”.

Sin embargo, excepcionalmente se ha autorizado la renegociación de adicionales (enmarcados en los artículos 7º y 9º d) de la Ley N° 6021) aprobados con posterioridad a la entrada en vigencia de la emergencia, por cuanto como se sabe en estos casos los trabajos son cotizados a precios de origen del contrato principal, de manera registran el mismo desfasaje de precios de los contratos comprendidos en la renegociación del artículo 7º.

- La renegociación debe versar sobre faltante de obra a ejecutar, sin incluir obra ejecutada, por cuanto el fin es asegurar la finalidad de que la obra sea culminada y no reparar eventuales pérdidas que la contratista puede haber tenido trasladando riesgo empresario al estado;
- Los contratos se renegociar por única vez;
- El límite del 35% por ciento aplica sobre saldo de obra redeterminado a la fecha de renegociación, no sobre precio contractual de origen, dado que el precio integra el estatus jurídico en que se encuentra el contrato al momento en que es renegociado, siendo esa la fecha de corte que determinó el legislador como parámetro para definir los alcances de la emergencia;
- El porcentaje contractual a renegociar implica siempre un máximo, cuya aplicación al caso concreto está sujeto a pautas de razonabilidad, que ponderen fecha de inicio de la obra, retraso en el pago de certificados y redeterminaciones, desfasaje de la ecuación económica financiera del contrato, etc.
- La renegociación puede versar sobre prestaciones y montos o sólo sobre monto, con el límite de las pautas dadas con anterioridad.

En este último supuesto, la interpretación que cabe asignar a la norma merece algunas disquisiciones, por cuanto más allá de reconocer que en la práctica la facultad de renegociación conferida por el legislador ha sido utilizada por la Administración para reparar el desfasaje de los precios contractuales derivados de la inflación (inclusive en forma acumulativa con el

sistema de redeterminación de precios sancionado por Decreto N° 2113/02), lo cierto es que la declaración de la Ley N° 14.812 no comprende –a diferencia de emergencias anteriores–, la emergencia económica-financiera, con lo cual los mecanismos de recomposición de los precios contractuales siguen siendo exclusivamente los sistemas de redeterminación de precios (actualmente regidos por el Decreto N°367/17 E).

Por último, el artículo 8º impone las condiciones que debe aceptar el co-contratante particular de cara a la renegociación, que son:

1. Adecuación del plan de trabajos a las condiciones de disponibilidad de fondos del comitente o contratante.
2. Adecuación del proyecto respectivo cuando ello resultare posible técnicamente, y no implicare una modificación mayor al treinta y cinco por ciento (35%).
3. Renuncia del co-contratante a su derecho a reclamar gastos improductivos, mayores gastos generales directos o indirectos de cualquier naturaleza, así como a cualquier otra compensación o indemnización derivada de la reducción del ritmo de obra o de su paralización total o parcial, devengados desde la celebración del contrato y hasta la fecha del acuerdo previsto en este inciso.
4. Renuncia del co-contratante a reclamar compensaciones o créditos no certificados, salvo los resultantes del acuerdo al que se arribe en el marco de las normas anteriores.

Finalmente, la norma habilita a que el Poder Ejecutivo modifique la naturaleza del contrato por otra que resulte más conveniente, desde el punto de vista financiero, a los intereses de la Provincia, registrándose en tal sentido un antecedente donde se modificó el Contrato de Concesión oportunamente celebrado con AUTOVÍA DEL MAR S.A., bajo la modalidad de concesión de obra pública por peaje, para la construcción, remodelación, mejoras, ampliación de capacidad, conservación, mantenimiento, administración y explotación del Corredor Vial integrado del Atlántico, conformado por las rutas número 2, 11, 36, 56, 63, 74

y rutas vinculadas en forma directa o indirecta; a los fines de que la empresa “Autopistas de Buenos Aires S.A. –AUBASA–” asuma la operación, mantenimiento y explotación del Sistema Vial Integrado del Atlántico, quedando en cabeza de AUTOVÍA DEL MAR S.A. (en el marco de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley N° 14.812) sólo lo atinente a la ejecución de las obras detalladas en el Anexo II del Acuerdo de Renegociación, con un Plan de Trabajos a llevarse adelante en un plazo de 36 meses, en el marco de la Ley N° 6021 .

d) *RESCISIÓN:* la Ley da la posibilidad de renegociar contratos existentes o bien disponer su rescisión, teniendo por configurada en este último supuesto la causal de fuerza mayor contemplada en el art. 65 de la ley 6021.

Se trata en este supuesto de una autorización conferida a la repartición comitente y no de un derecho del contratista, que no puede invocar la causal en su favor para evadirse del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, vinculadas con la ejecución en tiempo y forma de las tareas contratadas.

e) *ADHESIÓN MUNICIPAL:* como se dijo oportunamente, otro aspecto destacable de la norma es que prevé la posibilidad de la adhesión municipal mediante la respectiva ordenanza, salvando con ello la discusión de si es posible que los municipios sancionen sus propias ordenanzas de emergencia o si deben necesariamente adherir a una emergencia provincial, solución esta última que –al menos en esta caso– se supone razonable considerando que con la emergencia los municipios se exceptúan de la aplicación de normas de carácter provincial (vg. Ley Orgánica Municipal Decreto Ley N° 6769/58).

Ahora bien, a los fines de precisar cuáles son los alcances que puede tener una adhesión municipal a la emergencia, lo primero que hay que tener en cuenta es la propia ordenanza de adhesión, para ver si allí se dispone una simple y llana adhesión a la emergencia o bien si se precisan los alcances y límites de su aplicación en el ámbito municipal.

Es que en el marco de la emergencia declarada por Ley N° 14.812, encontraremos elementos que aparecen como directamente trasladables al ámbito municipal sin necesidad de reglamentación por parte del municipio, de manera que en tal caso la simple ordenanza de adhesión implica la aplicabilidad directa de tales elementos al ámbito municipal.

Podemos citar en este grupo las cuestiones relativas a: 1) reconocimiento de la situación fáctica que sustenta la emergencia (que el legislador provincial hace extensiva al municipio con la sola adhesión municipal); 2) la temporalidad de la medida adoptada (un año prorrogable por otro más), que el Consejo Deliberante local no podría modificar; 3) la posibilidad de acudir a normas de excepción sobre contrataciones contenidas en la Ley Orgánica Municipal y/u Ordenanza N° 165/73; 4) la posibilidad de renegociar contratos municipales existentes a la fecha de entrada en vigor de la emergencia.

Por otro lado, encontramos en la Ley de Emergencia Provincial elementos que no son directamente trasladables al ámbito municipal, y requieren de algún tipo de precisión o reglamentación en la propia Ordenanza de adhesión para que resulten aplicables, tales como: 1) las normas atinentes a la publicidad de las contrataciones, cuando no existe a nivel municipal página web donde publicar los llamados (puede suplirse la página web por otro medio de publicidad); 2) las disposiciones vinculadas con el Registro de Licitadores, dado que los regímenes contractuales municipales establecen la posibilidad de no exigir tal inscripción incluso para obras ordinarias, no enmarcadas en la situación de emergencia declarada; 3) la intervención del Consejo de Obras Públicas y de los organismos de control; que debe ser suplida por las oficinas municipales competentes; 4) la creación de la Comisión Bicameral de seguimiento y fiscalización, etc.

En estos casos, será el propio Municipio quien a través de su Departamento Deliberativo determine los alcances de la adhesión municipal y la forma de hacer aplicables las normas atinentes a publicidad, registro, organismos, comisión bicameral, etc.

f) *CONTROL PARLAMENTARIO*: por último, el artículo 10º de la norma dispone la creación de una Comisión Bicameral de seguimiento, fiscalización y control para la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos, en el ámbito de la Honorable Legislatura de la Provincia de Buenos Aires.

Se trata en este caso de una medida de control adoptada por la Legislatura Provincial, similar a la prevista con motivo de la sanción de las Leyes N° 14.806 y 14.815, a los fines de fiscalizar el cumplimiento de las acciones encaradas en el marco de la emergencia y la transparencia de los procedimientos seguidos por la Administración, a los fines de dar respuesta a los objetivos perseguidos con cada una de las leyes mencionadas.

#### **4. Emergencia administrativa y tecnológica**

La Ley N° 14.815, modificada por la Ley N° 14.853, declara la emergencia administrativa y tecnológica en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, con la finalidad de paliar el grave déficit en estas materias y posibilitar la realización de las acciones tendientes al fortalecimiento y modernización tecnológica de los organismos públicos provinciales.

La norma fue publicada en el Boletín Oficial el 26 de mayo de 2016, y su aplicación temporal se extiende por el plazo de un (1) año, contado a partir de esa fecha, pudiendo el Poder Ejecutivo, en caso de verificarse que las causales de la emergencia se mantienen, disponer su prolongación por única vez y por igual plazo.

Dicho plazo fue prorrogado por Decreto N° 53/17 (Publicado en el Boletín Oficial del 21/04/17).

El Poder Ejecutivo dispuso la reglamentación de la Ley N° 14.815 a través del Decreto N° 592/16 (30/05/16), aprobando el Procedimiento de Compras y Contrataciones.

##### ***4.1. Autoridades competentes***

La norma de emergencia en cuestión, autoriza a todos los ministerios, secretarías y entidades autárquicas, en el marco de sus

respectivas competencias, a ejecutar las obras o contratar la provisión de bienes y servicios que resulten necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la Ley N° 14.815, pudiendo recurrir a las normas de excepción previstas en las normas de contratación, estableciendo prescripciones específicas para el procedimiento de selección del contratista en materia de suministros.

Se crea asimismo una Comisión Bicameral de carácter consultivo, seguimiento y control, pudiendo requerir informes al Poder Ejecutivo y formular las observaciones, recomendaciones y propuestas que estime pertinentes (artículo 8°).

#### *4.2. Prescripciones específicas para el procedimiento de selección del contratista*

Lo novedoso de la norma –quizás con inspiración en la Ley Nacional N° 23.696 de Reforma del Estado Nacional (B.O. 23/08/89)–, es la implementación de un procedimiento de contratación de bienes y servicios con prescripciones específicas para la emergencia; ello, a diferencia de los anteriores regímenes que veníamos citando, que solamente reenvían a los procedimientos excepcionales de contratación previstos en las normas ordinarias de base. El procedimiento para las contrataciones de emergencia queda sujeto a los siguientes requisitos especiales:

##### *a) Informe de fundamentación*

El órgano contratante debe fundamentar y acreditar fehacientemente la necesidad de su aplicación mediante informe técnico.

Como cualquier otro procedimiento de contratación, se inicia con la solicitud de la necesidad de adquirir un servicio y/o insumo por la oficina (Sector/Departamento/Dirección) requeriente, debiendo sumarse a dicho pedido un informe técnico que explique los fundamentos legales, técnicos y operativos que justifican la aplicación del régimen de emergencia administrativa.

A tales efectos, el Decreto Reglamentario aprobó un modelo de Informe, denominado “Fundamentación del Encuadre - Solicitud de Contratación de bienes y/o servicios” (Anexo “A” del artículo 1º del Anexo I del Decreto N° 592/16) que deberá respetarse en todos sus puntos.

En cuanto a dicho informe, no es suficiente con declarar que el régimen de contrataciones a aplicar (ya sea con la derogada Ley de Contabilidad o el nuevo régimen aprobado por la Ley N°13.981) no resulta eficiente, debiendo centrarse el mismo en justificar la urgencia del insumo o servicio a contratar.

Otra de las novedades que incorpora la Reglamentación en materia de compras, es establecer fechas límites para la propia Administración Contratante. Ejemplo de ello es el plazo de habilitación del procedimiento desde el inicio de las actuaciones, computables a partir de la fecha de suscripción del Informe “Fundamentación del Encuadre - Solicitud de contratación de bienes y/o servicios”, por el lapso máximo de 45 (cuarenta y cinco) días corridos, hasta la recepción de las ofertas.

El plazo será perentorio, produciéndose de pleno derecho, a su vencimiento, la caducidad de las actuaciones.

Con carácter excepcional, por única vez y por igual plazo, podrán reconducirse las actuaciones, debiendo la repartición iniciadora justificar, mediante informe fundado, la necesidad de continuar con la tramitación.

#### *b) Procesos de contratación*

El presupuesto oficial servirá de guía para ubicar al procedimiento de contratación impulsado en uno de los dos procesos de contratación que la norma de emergencia reglamenta:

A) COMPRAS MENORES: Cuando el monto de la Contratación sea igual o inferior a las cien mil Unidades de Compra (100.000).

B) COMPRAS SUPERIORES. Cuando el monto de la Contratación sea superior a las cien mil Unidades de Compra (100.000).

La “Unidad de Compra” (UC), se crea como medida de valor expresada en moneda de curso legal, empleada para determinar el monto de los contratos comprendidos en el régimen. Si bien el artículo 4º del Decreto N° 592/16 fijó el valor de la UC en \$25, posteriormente el artículo 71 de la Ley de Presupuesto General de la Administración Pública Provincial para el ejercicio 2017 –Ley N°14.879– lo fijó en \$ 30.

*c) Bases de contratación*

Efectuada la correspondiente imputación preventiva del gasto, el organismo requirente elabora la documentación (Pliegos/Bases) que regirán la contratación.

Para las COMPRAS SUPERIORES se debe confeccionar las Bases de la Contratación, que contendrán, como mínimo, los requisitos que establece la propia reglamentación.

El acto administrativo que apruebe dichas Bases y los anexos de Especificaciones Técnicas, será dispuesto por los funcionarios que resulten competentes de acuerdo con los niveles de decisión y cuadro de competencias establecido en el Anexo II del Decreto N° 592/16.

Por otro lado, en las COMPRAS MENORES se podrá reemplazar las Bases de la Contratación por una “Invitación a cotizar”, procediéndose a continuación con la incorporación de las cotizaciones presentadas, al expediente del procedimiento.

En estos casos el criterio rector para la selección será el de la oferta de menor precio.

Asimismo, en las compras menores se podrá prescindir de la conformación de una Comisión Asesora de Preadjudicación y del acta de preadjudicación.

*d) Intervenciones de los Organismos de Asesoramiento y Control*

Para el caso de COMPRA SUPERIOR, con carácter previo a la adjudicación se le dará intervención simultánea a la Asesoría

General de Gobierno, a la Fiscalía de Estado de la Provincia y a la Contaduría General de la Provincia, quienes deberán expedirse en el plazo de cinco (5) días hábiles. Reproducimos aquí lo expuesto en oportunidad de analizar la intervención simultánea normada por el artículo 4º de la Ley N° 14.812.

A su turno, en el caso de COMPRAS MENORES, la norma dispone dar intervención previa a la adjudicación solo a la Fiscalía de Estado, quien deberá expedirse en el plazo de cuatro (4) días. Una vez finalizado el procedimiento, se dará intervención a la Asesoría General de Gobierno y Contaduría General de la Provincia

*e) Ofertas. proveedores inscriptos*

En ambos procedimientos de contratación deberá solicitarse la presentación de tres (3) ofertas, admitiéndose la recepción de ofertas espontáneas, a cuyo efecto se dispone notificación a las cámaras empresariales.

Los interesados en participar en los procedimientos de selección deberán estar inscriptos en el Registro de Proveedores y Licitadores de la Provincia de Buenos Aires, previo a la suscripción del acta de preajudicación, de existir la misma. Vemos aquí otra diferencia con lo dispuesto en la Ley N° 14.812, que establece la posibilidad de diferir la inscripción por 90 días desde la fecha del acto de apertura, lo cual supone que se puede adjudicar y aun suscribir el contrato sin acreditar la respectiva calificación registral.

En los supuestos de compras menores en que no exista preajudicación, el oferente deberá contar con dicha inscripción antes de la adjudicación.

De no existir tres proveedores para el bien o servicio solicitado, se requerirá al Registro de Proveedores y Licitadores de la Provincia y al Registro de Cámaras empresariales constancia de tal situación, quedando habilitada el área solicitante a continuar con el trámite, con los oferentes existentes.

Las invitaciones se notificarán –como mínimo– con dos (2) días de anticipación a la fecha fijada para la recepción de ofertas y/o cotizaciones.

Las invitaciones y comunicaciones se notificarán con la misma antelación prevista para las publicaciones.

Cabe destacar que en pos de lograr una mayor concurrencia, la Ley N° 14.815 establece la obligatoriedad de comunicar los procesos de contratación a las Cámaras Empresariales (y a través de ellas a sus asociados). A tales efectos, por Resolución N° 241/16 la Contaduría General de la Provincia creó el Registro de Cámaras y Organizaciones Empresariales.

#### *f) Publicaciones*

Los procedimientos de Contratación deberán publicarse obligatoriamente en el Boletín Oficial y en sitio Web de la jurisdicción.

En la COMPRA SUPERIOR, la publicación deberá realizarse de manera íntegra (publicar todo el acto administrativo que autorice el llamado), por el término de un (1) día como mínimo, y con una anticipación no inferior a cinco (5) días corridos de la fecha de apertura.

En la COMPRA MENOR, la Invitación a Cotizar se publicará en forma extractada en el Boletín Oficial (con iguales plazos que la compra superior).

Otra novedad que introdujo la Ley N° 14.815 fue la incorporación de las notificaciones electrónicas en los procedimientos de contrataciones.

Por su artículo 3º, autorizo al Poder Ejecutivo a reemplazar la notificación prevista en el artículo 63 del Decreto-Ley 7.647/70 (Notificación personal en el expediente administrativo o a través de cédula, telegramas, oficios u otros medios) por una notificación electrónica en los procedimientos administrativos que se efectúen en el marco de la ley de emergencia, garantizando la constancia de recepción, de fecha y de identidad

del acto notificado. El entonces Ministerio de Coordinación y Gestión Pública a través de la Resolución N°22/16 reglamento la implementación de la notificación electrónica en el marco de la ley de emergencia.

*g) Transparencia del acto de apertura y publicidad del acto de adjudicación*

El régimen de emergencia administrativa, introduzco dos precedentes en la legislación de contrataciones de la Provincia de Buenos Aires:

a) Mayor transparencia en los actos de apertura de ofertas en las Compras Superiores, al admitir la posibilidad de presenciar los mismos no solamente por los funcionarios públicos intervenientes y los oferentes, sino también a todos aquéllos que desearan presenciarlo (Dicho criterio se repetira en la Reglamentación de la Ley de Compras N°13.981, a través del Decreto N° 1300/16).

b) La publicidad del acto administrativo de adjudicación en la Compra Superior en la página web del Gobierno de la provincia de Buenos Aires (este requisito no se replicó en el artículo 21 del Anexo I del Decreto N°1300/16 reglamentario de la Ley de Compras).

Dicha exigencia es congruente con el principio de transparencia en las contrataciones, dado que es una norma que garantiza el acceso a la información pública como coadyuvante en la prevención de la corrupción, abjurando por un manejo de fondos públicos transparentes al cual todos los ciudadanos podamos acceder.

Al respecto la Corte Suprema, en la causa “Giustiniani, Rubén Héctor c/YPF S.A. s/amparo por mora” consideró que se trata de información que “no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina” CSJN, 10/11/2015, (El Derecho, 25/11/2015 con comentario de Pedro Coville; Fallos, t. 338, p. 1258).

*h) Constitución de garantías*

La norma establece las siguientes garantías:

a) De mantenimiento de oferta. En lo que respecta a la constitución de garantías es de resaltar que el decreto reglamentario, introduce una nueva modalidad, invirtiendo la carga del desistimiento del mantenimiento de oferta. Así, el artículo 21 de la reglamentación de la Ley N° 14.815 establece que “Si el oferente no manifestara en forma fehaciente su voluntad de no renovar la garantía de mantenimiento de oferta con una antelación mínima de diez (10) días anteriores al vencimiento del plazo, aquélla se considerará prorrogada automáticamente por un lapso igual al inicial”. Aclarando que en caso de resultar adjudicatario el oferente, esta garantía se mantendrá vigente hasta la constitución de la garantía de cumplimiento del contrato.

Esa nueva modalidad es luego replicada por el Decreto N° 1300/16.

En las compras menores podrá prescindirse de esta exigencia.

b) De cumplimiento de contrato.

c) Contra garantía: Con esta denominación se identifica a la garantía que deberá constituir el adjudicatario cuando este previsto en el Pliego la posibilidad de percibir precio adelantado en parte, debiendo constituirse por el cien por ciento (100%) del monto que se reciba en esa calidad.

d) Garantías de impugnación: es otra novedad de la norma la incorporación de las Garantías de Impugnación, las cuales no estaban previstas en la Ley de Contabilidad entonces vigente, y que eran aceptadas de manera excepcional en pocas ocasiones. Este criterio de exigir garantía de impugnación se repetirá en la reglamentación de la nueva Ley de compras N°13.981.

## 5. Conclusiones

Para finalizar, sin perjuicio del análisis de las leyes de emergencia mencionadas, destinadas a regir –como se dijo– durante un período excepcional de transitoriedad, destacamos que el régimen contractual ordinario de la provincia de Buenos Aires en materia de suministro (provisión de bienes y servicios) recibió

una profunda transformación en el año 2016, con el dictado del Decreto n° 1300/16, que puso en vigencia la Ley de Compras N° 13.981, a través de la aprobación de su reglamentación, e íntimamente vinculado con ello, las modificaciones que introdujo a la citada Ley de Compras N° 13.981 el Título II de la Ley N° 14.815 (“De la Reforma Administrativa Normativa para la Agilización de los Trámites”).

Así, entonces, con el dictado del Decreto N° 1300/16 (19 de octubre de 2016) se le otorgó operatividad a la Ley de Compras N° 13.981, que había quedado en suspenso desde su promulgación (Decreto N° 477/09 del año 2009).

En tal sentido, se puede observar que dado los cambios de paradigmas ocurridos en estos últimos siete años, parecería en algunos aspectos que la reglamentación va más allá de lo que establece la propia norma, lo cual requeriría de un estudio más profundo que permita desentrañar las implicancias reales de los cuestionamientos constitucionales posibles.

En virtud de ello, quedará para futuros abordajes el estudio específico y comparado de la nueva Ley de Compras N° 13.981 y su Decreto Reglamentario N° 1300/16, así como también el análisis acerca de la entrada en vigencia y las nuevas experiencias que se sucedan con relación a los Procedimientos Electrónicos de Compra (PBAC) en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

Con esa salvedad, a modo de reflexión final, compartimos con ustedes algunas consideraciones generales que pudimos extraer de esta primera etapa de reforma de la normatividad contractual, y de coexistencia de regímenes contractuales ordinarios con Leyes de Emergencia destinadas a regir durante un período de tiempo determinado.

Ellas son:

**1.** En la doble naturaleza de la Ley N° 14815 (normas de emergencia y normas de reforma), se advierte la intención de ensamblar el proceso de emergencia con la implementación de un nuevo régimen de compras y una digitalización del procedimiento a través de las nuevas tecnologías.

**2.** La emergencia sirvió como una herramienta de traslado hacia la nueva realidad contractual del régimen de compras de la Provincia de Buenos Aires.

**3.** Por un lado, se advierte un desplazamiento paulatino en el uso de las leyes de emergencia en lo que refiere al Contrato de Suministro, por la utilización de la nueva Ley de Compras. No así en lo que respecta al Contrato de Obra Pública, dado que en este caso el proceso de reforma de la Ley N° 6021 aún no se encuentra culminado.

Esta sustitución y el recupero de la aplicación de las normas ordinarias sobre las excepcionales, evidencian una buena práctica administrativa.

**4.** Por otra parte, las invitaciones de adhesión a los municipios bonaerenses incluidas en estas normas de modernización del régimen de compras, vislumbran la extensión del nuevo modelo contractual al ámbito comunal, consagrando la vigencia de una tendencia hacia la modernización administrativa que en el mediano plazo impactará en todos los órdenes y estamentos de la organización estatal.

**5.** La incorporación de mecanismos de redeterminación y revisión de precios para los Contratos de Adquisición de Bienes y Servicios (anteriormente regidos por el principio de invariabilidad de precios contenido en el artículo 23 del entonces vigente Reglamento de Contrataciones, aprobado por Decreto N° 3300/72), resulta sin duda un acierto que redundará en mejores condiciones para la contratación por parte del Estado Provincial, así como también posibilitará la celebración de contratos de mayor duración y conveniencia fiscal.

**6.** Se han contemplado en la Ley N° 13.981 nuevas modalidades contractuales como los Convenios Marco, cuya primera experiencia en funcionamiento ha demostrado ser un instrumento útil para centralizar la contratación de determinados bienes y servicios, agilizando los procedimientos y obteniendo precios más convenientes a los intereses de la provincia de Buenos Aires.

# **El derecho a la educación inclusiva, un título en igualdad de condiciones**

*Estefanía Jacqueline Saccon*

## **Introducción**

La educación inclusiva en Argentina ha tenido avances pero por sobre todo cuenta con muchos desafíos. Para contar con una verdadera Educación Inclusiva para todos<sup>1</sup>, dicho concepto debe versar sobre la totalidad de la educación, es decir, tanto en su ingreso, como en la permanencia y el egreso. En ésta última etapa, una de las más ansiadas por los estudiantes, es de vital significación la obtención del título que acredite y certifique toda la trayectoria educativa, el tan ansiado título secundario.

Si bien en materia de educación inclusiva se han obtenido algunos progresos, se puede constatar actualmente hechos de la práctica cotidiana que resultan obstáculos para alcanzarla.

Desde esta perspectiva, el sistema educativo debe velar por el derecho universal a una educación inclusiva y de calidad, sin discriminación, ni segregación, valorando la diversidad, tomándola como favorecedora y enriquecedora.

Respecto esta última etapa, que consiste en la obtención del deseado título secundario, es de vital significación que el mismo acredite y certifique la trayectoria educativa. Es ese “papel” el que no sólo reflejará el gran desafío y sacrificio de cada estudiante, y que podrá conservarlo como símbolo de logro alcanzado, será el primer requisito que se pedirá para acceder a otro paso importante en su proyecto de vida: la obtención de un empleo, seguir estudiando una carrera terciaria o universitaria.

---

<sup>1</sup> En este documento se procuró evitar el lenguaje sexista. Sin embargo, a fin de facilitar la lectura no se incluyen recursos como “@”, “x” o “-a/as”. En aquellos casos en los que no se pudo evitar el genérico masculino deseamos que se tenga en cuenta esta aclaración. La tendencia natural de las lenguas a cambiar en su desarrollo natural a través de la historia, permite potencialmente lograr una mayor inclusividad social.

## I. El Derecho Universal a la Educación Inclusiva. Realidades en la titulación de la trayectoria escolar de las Personas con Discapacidad

Históricamente se ha considerado a las personas con discapacidad como beneficiarias de ayudas sociales, pero ahora el derecho internacional las reconoce como titulares de derechos y pueden reclamar su derecho a la educación sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (1990), las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993) y la Declaración de Salamanca y Plan de Acción (1994) incluyen medidas que demuestran una conciencia y una comprensión cada vez mayores del derecho de las personas con discapacidad a la educación. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 4, 2016)

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante, CDPCD), con jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22) en su artículo 24 primer párrafo dispone *“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida (...)”*.

Es menester resaltar que la norma dispone “*sin discriminación*”, es decir, que a toda persona (con o sin discapacidad) que ingresa a la escuela y cumple toda su trayectoria allí, cuando se gradúa obtendría su título, en igualdad de condiciones. Dicho título permite, cumplir con la formalidad requerida poder seguir estudiando u obtener un empleo.

Para cumplir tal misión, los alumnos deberían encontrarse en un sistema inclusivo, un sistema que les permita ingresar y/o permanecer en igualdad de oportunidades respecto de todos.

Actualmente en nuestro sistema educativo coexisten dos tipos o modalidades de institución educativa, una denominada “escuela común” y otra denominada “escuela especial”. Originariamente en las escuelas comunes asistían todos los niños, menos los que poseían alguna deficiencia, ya que éstos eran inscriptos en centros educativos diseñados específicamente para responder a una deficiencia concreta, normalmente en un sistema de enseñanza especial. Esta forma de educación es una educación basada en la “segregación”, ya que se basa en el modelo médico/rehabilitador el cual considera que la persona con discapacidad es un objeto de la medicina, con un problema de salud, que debe rehabilitarse para ser considerada parte de la sociedad.

Es así que el diagnóstico médico de la persona será el que decida a que escuela debe ir, y qué educación debe recibir. Es un sistema que segregá y discrimina, ya que las personas van a escuelas distintas y reciben distintos tipos de educación.

Luego de estas dos instituciones educativas, con el avance del modelo social<sup>2</sup> de la discapacidad se comenzó a adoptar otro sistema de educación, pero manteniendo las dos instituciones, tanto la escuela común como la escuela especial, que es lo que llamamos “integración”, que se basa en tratar de normalizar a la persona, intentar que la misma pueda ser igual a un patrón estándar.

En este caso se permite que ciertos alumnos con discapacidad ingresen a una escuela común, siempre y cuando respondan al sistema educativo, tal como el mismo esta propuesto, y van a poder permanecer en la escuela común siempre y cuando respondan a lo que se les exige, sino tendrán que concurrir a la denominada educación especial.

---

<sup>2</sup> El modelo social de la discapacidad es adoptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y es el que sostiene que la discapacidad no es un problema de la persona, sino el resultado del encuentro entre las características de la persona y la forma en que fue diseñada la sociedad. Es decir, la discapacidad está en las barreras que la sociedad les interpone a las personas con discapacidad, que impiden la plena inclusión y participación en todos los ámbitos de la vida.

Tanto el sistema educativo de segregación, el cual toda persona o niño con discapacidad debía ser educado en una escuela especial, como un sistema educativo de integración, el cual permite el ingreso y permanencia de la persona con discapacidad en la escuela común siempre y cuando se aadecue y responda a las exigencias de la misma, responden a modelos medico/rehabilitador, que segregan, excluyen, y discriminan a todas las personas con discapacidad, y en nada se asemejan a la educación inclusiva, la cual refleja la realidad de nuestra sociedad, que todas las personas somos diferentes, todos los niños y niñas son diferentes, y que la escuela no debe esperar que todos hagan lo mismo de la misma manera sino que, partiendo de que todos somos diferentes se cambia la lógica.

Tampoco se espera menos de ningún alumno, sino se tiene que esperar lo máximo de cada estudiante y se debe dar a cada uno todos los apoyos y medios para que logren su trayectoria escolar. Es la escuela la que debe transformarse para educar a todos sus alumnos, sin importar sus características.

En la actualidad, lo que ocurre mayormente son dos cuestiones: en primer lugar, muchos niños con un diagnóstico medico (que decide sobre toda su vida, como un estigma) son inscriptos directamente en una escuela especial y, en segundo lugar, los que quieren ser inscriptos en una escuela modalidad común, como el resto de todos los niños, reciben una serie de obstáculos, con frecuencia negativas<sup>3</sup> a la matriculación. Solo unos pocos logran ingresar a escuelas comunes<sup>4</sup>. Cada vez que el padre, madre o responsable del niño o niña se acerca a una escuela para inscribir a su hijo, es una gran batalla llena de dolor, sufrimiento, prejuicios, y discriminación. Los pocos que pueden ingresar a una escuela común, al momento de su egreso, continúan con los problemas cuando tienen que recibir

<sup>3</sup> Estas conductas configuran actos de discriminación por motivos de discapacidad, prohibidos por normas nacionales e Internacionales.

<sup>4</sup> Recordemos que el derecho a la educación no es solo el que haya escuelas, es que todo niño o niña pueda acceder a ella, pueda ingresar, permanecer y egresar de la misma.

su título para poder ingresar al mercado laboral o continuar con sus estudios.

En esta etapa que denominamos titulación, nos surge el siguiente interrogante ¿qué ocurre en la práctica cotidiana en el sistema de titulación? Acercándonos a una respuesta constatamos que hoy en día una persona con discapacidad que transita todo su recorrido en la escuela “común”, con sus apoyos y adaptaciones necesarios, cuando se gradúa no obtiene el mismo título que el resto de sus compañeros (situación que denota una falacia al concepto de “sin discriminación”).

Pese a las conquistas de nuestro país en materia de derechos humanos y educación inclusiva, y aún en el actual modelo social de las personas con discapacidad, todavía subsiste como un sistema escolar segregado la denominada “Escuela Especial”<sup>5</sup>. Aunado a ello, la brecha entre el deber ser y la realidad se acrecienta, toda vez que alcanzada la meta máxima en la escolaridad, se le otorga a la persona con discapacidad un título “no homologable”, que opera como un obstáculo al real acceso a un empleo o a niveles superiores de educación.

Esta opción de escolarización para las personas con discapacidad no se ha extinguido en la actualidad y, con el correr del tiempo, se ha ido cuestionando pero aún subsiste firmemente. Incluso han modificado su “fachada”, adosándole formalmente el criterio de integración, pero su objetivo sigue siendo el mismo.

La Inclusión muchas veces es tomada como un sinónimo de integración. Pero no lo es. La integración educativa contempla que una persona con discapacidad pueda ingresar a una escuela “común” y que la dejen permanecer en ella. En cambio, la inclusión va mucho más allá. No es sólo el ingreso, sino que

<sup>5</sup> La educación especial fue creada con la idea de que había niños normales y niños diferentes. A estos niños “diferentes” les convendrían ámbitos y destinos institucionales diferentes. La educación especial tomó una orientación basada en el modelo médico, en el cual se pone el énfasis en el déficit y se favorece la segregación. Este principio marcó la creación de la escuela especial y continúa con algunos resabios en la actualidad.

el sistema educativo le asegure el apoyo y adaptaciones necesarias para el acompañamiento de sus trayectorias escolares en igualdad de condiciones y sin discriminación.

Cuando hablamos de inclusión en educación, hablamos de una “Educación para todos”, no solo para las personas con discapacidad como usualmente se supone, sino una educación sin segregación o discriminación por etnia, género, nacionalidad, procedencia social, capacidades o características personales. Una educación de calidad sin ningún tipo de discriminación ya sea dentro o fuera del sistema escolar, lo cual exige una transformación profunda de los sistemas educativos.

Un Sistema Educativo Inclusivo, propicia una sociedad inclusiva, pacífica y justa, una sociedad en donde todos pueden participar, tener voz, decisión, y donde la diversidad es valorada y apreciada.

La verdadera inclusión va más allá del acceso, implica el máximo aprendizaje y desarrollo de las potencialidades de cada persona. La inclusión así entendida supone un paso hacia delante respecto del movimiento de la integración. Este último se contenta con asegurar el derecho de las personas con discapacidad a educarse en las escuelas comunes, mientras que la inclusión aspira a hacer efectivo para toda la población el derecho a una educación de calidad, preocupándose especialmente de aquellos que, por diferentes causas, están excluidos o en riesgo de ser marginados. Los elementos que definen el derecho a la educación entendido en su sentido más amplio son una educación de calidad que posibilite el aprendizaje desde el nacimiento y a lo largo de la vida; obligatoriedad y gratuitad, universalidad y no discriminación; participación, y derecho a un trato justo y a una educación que incluya a todos. (Blanco Guijarro R., 2008)

Como figura en el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca del estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación, solo la educación inclusiva

puede ofrecer educación de calidad y desarrollo social a las personas con discapacidad, y una garantía de universalidad y no discriminación en el derecho a la educación. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 4, 2016)

## II. Ajustes y resistencias legislativas

El cambio de paradigma que trae aparejado la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad debería venir un cambio profundo en materia de legislación de nuestro país. Aún luego de 9 años de la ratificación y aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo por Argentina, restan muchos desafíos y obligaciones en materia legislativa, como también de políticas públicas.

Recordemos que la CDPCD en su artículo 4 establece las obligaciones generales por parte de los Estados, el cual dispone en sentido general adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención. También dispone que los Estados se comprometen a tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, como a su vez abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella.

En la actualidad la Educación Inclusiva en la Provincia de Buenos Aires, se rige por la Resolución N° 1664/17 de la Dirección General de Cultura y Educación (en adelante, DGCyE), que deroga la aciaga Resolución 4635/11 de la DGCyE. Esta última resolución establecía los lineamientos para la “integración” de los “sujetos con discapacidad”, y a su vez resaltaba la palabra “limitaciones” y “capacidades”, textualmente en el cuerpo de la

resolución esbozaba: “*permitir que el alumno descubra sus propias capacidades reconociendo sus limitaciones*”, palabras que en este contexto denotan terminología y pensamientos basados en el anterior modelo y no en el modelo o paradigma actual (paradigma social).

En cuanto a la certificación, establecía en su Anexo II que “*La calificación, acreditación y certificación la realizará la Dirección que corresponda de acuerdo con las situaciones particulares de cada alumno y a lo pautado en el Acuerdo Pedagógico y en el Proyecto Pedagógico Individual*”.

Respecto al tema central del presente trabajo, la homologación del título de nivel secundario, dicha Resolución expresaba que “*los alumnos que con su Proyecto Pedagógico Individual cumplimenten los Contenidos del Diseño Curricular de Nivel Primario, recibirán el certificado de finalización expedido conjuntamente por el Nivel y la Modalidad y firmado por el Director e Inspector de ambas escuelas*”, es decir, que aunque el alumno sea “integrado” en una escuela “común”, no recibiría el mismo título que sus compañeros sin discapacidad.

Como adelanté, dicha resolución no nos habla de “Inclusión”, sino de “integración” que como aludimos precedentemente, no son sinónimos, ni tampoco corresponde a lo establecido por la convención.

Además, dicha normativa siempre estaba centrada en el alumno, si el mismo no lograba los objetivos propuestos solo sería consecuencia de su discapacidad o de sus características.

Con la nueva resolución Nº 1664/17 de la DGCyE denominada “*Educación Inclusiva de Niñas, Niños, Adolescentes, Jóvenes y Jóvenes-Adultos con Discapacidad en la Provincia De Buenos Aires*”, comenzamos a tratar de adecuar nuestra legislación interna a la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad<sup>6</sup>. La misma entre sus fundamentos

<sup>6</sup> La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Art. 4 establece, entre otras cuestiones, que los Estados Partes, como lo es Argentina, se comprometen a “Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que

establece “*la educación inclusiva es un derecho de todas las personas que se despliega en la actualidad como un horizonte pedagógico que no queda reducida ni limitada únicamente a la educación de los estudiantes con discapacidad, sino que da cuenta del reconocimiento de las particularidades y necesidades de cada uno y de todos los alumnos*”, aquí vemos que esta nueva resolución a tenido un notable avance en cuanto a ser sustentada en una educación sin discriminación, universal, inclusiva y de calidad.

En cuanto a los principios que establece esta nueva resolución, uno de ellos es que la sola presencia de un niño, niña, adolescente, joven o joven-adulto con discapacidad por sí sola no torna necesaria la intervención de la modalidad especial. Este principio, dentro del escenario del cual venimos, considero que es un pequeño progreso, ya que destaca que no porque haya un alumno con discapacidad debe intervenir la modalidad especial. Igualmente, desde ya les anticipó, que no es lo que sucede en la realidad. Asimismo, se considerará la articulación con la modalidad de educación especial solo cuando la niña, el niño o adolescente con discapacidad lo requiera, en acuerdo con su familia y la institución educativa del nivel y/o modalidad.

En cuanto al tema que nos ocupa, en primer lugar con respecto a la certificación en el nivel secundario, menciona que será responsabilidad de la institución del nivel secundario en la que se encuentran inscriptos los estudiantes con discapacidad. El título o certificado analítico, tema central de este trabajo, será otorgado por la institución educativa del nivel en la que los/las estudiantes con discapacidad hayan cursado su último año. Es decir, según dicha normativa si cursó en una escuela común hasta su último año debería obtener el título conjuntamente con el de sus compañeros. Continua también expresando que la

---

sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención y a tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

Propuesta Pedagógica Inclusiva<sup>7</sup> (en adelante PPI) habilitará a los estudiantes con discapacidad a recibir el título o certificado analítico del Nivel, al igual que el resto de la población escolar, dando cuenta de su trayectoria educativa.

Aunque parece ser muy claro, en la práctica suceden muchas resistencias, incluso situaciones que la resolución no plantea como el caso de los alumnos que terminaron su secundario antes de dicha resolución y obtuvieron un título no homologable ¿Qué sucede aquí?, ¿podría cada uno reclamar su título homologable? ¿Qué sucede si finalizó sus estudios secundarios antes de dicha resolución, pero en el presente desea continuar sus estudios? ¿le será negado su derecho? En la práctica suceden numerosas situaciones de desigualdad y desconocimientos de derechos fundamentales como lo es el derecho a la educación. Esta resolución solo hace mención en una nota al pie sobre dicha particularidad, dando una solución un tanto ambigua ya que establece que “*para aquellas personas con discapacidad que hayan finalizado sus estudios en años anteriores a la firma de la presente norma, el Nivel secundario con las modalidades correspondientes, llevarán a cabo un análisis de cada trayectoria educativa a los fines de su evaluación y consideración*”.

Una situación tan importante, como lo es el título secundario para miles de alumnos que egresaron antes de la presente resolución solo se menciona en una nota al pie, como si fuera algo superfluo e irrelevante dicho escenario, que solo depende

<sup>7</sup> Consideraremos el PPI como una herramienta de planificación y de sistematización de los acuerdos dinámicos entre un alumno, su familia y sus docentes en pos de garantizar las condiciones educativas que cada alumno precisa, sin olvidar nunca la calidad. En otras palabras, elaborar un PPI no es sinónimo de eximir de materias ni implica tener bajas expectativas de logro en relación a un alumno. En este sentido, la construcción de un PPI debería estar basada en la identificación de las barreras al aprendizaje y la participación del alumnado y en la construcción de acuerdos y apoyos para su eliminación. Por eso, el PPI no implica reducción de contenidos u horario, sino, por el contrario, la sistematización de las estrategias que en un período determinado la escuela implementará para efectivizar el derecho a la educación de su alumnado con discapacidad. No todos los alumnos con discapacidad requieren un PPI, aunque sí probablemente necesiten apoyos. (COPIDIS & Grupo Artículo 24 por la Educación Inclusiva, 2017)

del tiempo en que terminan sus estudios para poder obtener el derecho o no a su título homologable al nivel. Además, tampoco establece un procedimiento para poder analizar cada una de las trayectorias.

Es importante destacar que tanto antes de esta resolución, como ahora lo que sucede es que aun cuando las niñas y los niños alcanzan todos los logros de su proyecto pedagógico individual o propuesta pedagógica de inclusión, al momento de la acreditación, se les exige tener aprobados todos los contenidos mínimos del nivel común, y no los de la currícula adaptada. Es una contradicción y la dicción de una educación que “falsamente alude ser para todos sin discriminación”.

En la mayoría de los casos los alumnos con discapacidad cuando egresan obtienen un título no homologable, un título diferente al resto de sus compañeros, un título que indica una resolución distinta, un sello impuesto que refuerza la idea de discriminación, o que dice “no homologable”, frase asimilable a “no es válido”, y bien sabemos que vivimos en un mundo donde el título secundario es uno de los elementos más importantes para poder acceder al mundo del trabajo, o bien seguir estudiando, derecho que será negado a toda persona que quiera ingresar al nivel terciario o secundario con un título no homologable.

De igual forma, resulta discordante que el sistema le permita ingresar a la escolarización, y que en el momento más importante, *como lo es la entrega del título y reconocimiento de ese ingreso y trayectoria*, se le entregue un papel que no le permite seguir estudiando o presentarlo como documento válido para acceder a un empleo, por el solo hecho de no reconocerlo como egresado apto.

Como también que de acuerdo a que año haya egresado tendrá un título homologable o un título no homologable, como si sus derechos dependieran exclusivamente de la suerte de haberse recibido en uno u otro año.

El título “no homologable” emitido por la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires al

concluir los estudios secundarios es contrario al derecho vigente y a la jerarquía normativa que fija el art. 31 de la Constitución Nacional y el cuerpo de normas constitucionales y convencionales que aseguran el derecho a la educación a favor de personas con discapacidad, sin discriminación (art. 75, incs. 19, tercer párrafo, 22 y 23 CN.).

Luego de idas y vueltas, de resistencias y oposiciones, antes de la resolución 1664/17 contamos a nivel local con un pequeño avance con respecto a la titulación en materia de Educación Inclusiva, la Resolución 311/16 del Consejo Federal de Educación (*organismo que reúne a la autoridad educativa de cada provincia argentina, donde se reúnen todos los ministros del país*). Dicho consejo emitió esta Resolución por medio de la cual se ordena emitir un título secundario en igualdad de condiciones entre alumnos/as con o sin discapacidad que hayan concluido las cargas curriculares (arts. 39/40 Res. 311/16 CFE).

Expresamente dice el art. 39: “*El PPI habilitará a los estudiantes con discapacidad a recibir el título y certificación analítica del nivel o modalidad, al igual que el resto de la población escolar, dando cuenta de su trayectoria educativa*”.

De igual manera dicha resolución en su Art. 32 establece “*Todos los/as estudiantes con discapacidad que certificaron el Nivel Primario, aunque sus aprendizajes hayan guardado escasa referencia con el diseño curricular jurisdiccional del Nivel Primario, ingresarán al Nivel Secundario en cualquiera de sus modalidades con las configuraciones de apoyo, los ajustes razonables y el acompañamiento de la Educación Especial, si resultara necesario*”. Es decir, este derecho se reconoce incluso en el caso de Proyectos Pedagógicos Individuales que no concuerden en su totalidad con la curricula general.

De aquí se desprende que antes de la derogación de la Resolución 4635/11 de la DGCE, por la resolución 311/16 tampoco debía ser aplicable, y no solo por ello, sino por ser contraria a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad (*superior a toda normativa interna, sea que se*

*trate de leyes, resoluciones o disposiciones de carácter nacional o local), y la Constitución Nacional, con lo cual carece de todo fundamento que la DGCyE aplique la anterior normativa o cualquier resolución que contrarie al Artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.*

En conclusión, un título no homologable, no solo es contrario a nuestra Constitución y a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, sino al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Ley de Educación Nacional N° 26206 y la Ley de Educación Provincial N° 13688 y, por último, con las salvedades mencionadas precedentemente las Resoluciones 311/16 del Consejo Federal de Educación y 1664/17 de la DGCyE.

Las resoluciones del Consejo Federal de Educación son normas obligatorias de carácter federal (art. 113 de la ley 26.206 y art. 11 de la Res. 1/07 del CFE). Por resolución 2945/17 del Ministerio de Educación de la Nación se le reconoce validez nacional a los títulos emitidos conforme resolución 311/16. Es decir, no quedan dudas de que la lucha por la Educación Inclusiva desde la parte normativa ha ido avanzando, pero ahora bien ¿En la práctica esto es así? ¿O restan todavía más desafíos por lograr?

La Convención Internacional de las Personas con Discapacidad es clara con respecto a la educación inclusiva, en cuanto a la titulación sin discriminación, y en igualdad de condiciones que el resto. Pero ahora bien, ¿Qué pasa con todas las Personas con Discapacidad que se graduaron antes de la Resolución 311/16 del CFE o de la Resolución 1664/17 de la DGCyE? A ellos se les emitió un título no homologable, ¿cada uno tiene que solicitar la “reconvención de su título”? o ¿ésta resolución solo es válida para los títulos que de ahora en más van a emitirse? Por supuesto que no nos queda dudas que cuando pensamos en los derechos a un título en igualdad de condiciones, no solo hablamos del derecho “de ahora en más”, sino que todas aquellas personas tienen su derecho a reclamar por su nuevo título en base al principio de no discriminación.

Los derechos humanos y su aplicación no pueden verse vulnerados por el tiempo ni por formalismos. El derecho universal a la educación prima sobre la época en la cual se emitió un título que es violatorio de las normas convencionales y constitucionales.

Actualmente, nos queda el interrogante de cómo el sistema educativo va a llevar a la práctica este proceso de restructuración, reconversión y emisión de todos los nuevos títulos y supresión de los emitidos en contra de nuestro valioso Derecho a una Educación Inclusiva. Tal vez este proceso incluso sume y dé la posibilidad (anteriormente negada) a que muchas Personas con Discapacidad, se planteen el volver a estudiar, el seguir otra carrera, y al menos puedan tener el derecho a decidir sin que otros decidan por ellos, el gran principio de Autonomía.

Del mismo modo a desarrollar su potencial humano, eliminar esa barrera de estereotipos y prejuicios que antiguamente se les asignaba a las personas con Discapacidad. Hoy estamos un nuevo paradigma y debemos luchar por reforzarlo, promover el reconocimiento de las capacidades y las habilidades de las personas con discapacidad (Art. 8 CDPCD), derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (Art. 19 CDPCD).

### **III. La Educación de las personas con discapacidad en los medios de comunicación ¿Cuál es el discurso sobre la titulación secundaria?**

La educación inclusiva es tomada en los medios de comunicación como el derecho de las personas que tienen “capacidades diferentes”<sup>8</sup>. Se sostiene como un paradigma reciente y novedoso,

---

<sup>8</sup> Usualmente escuchamos diferentes términos como discapacitado, capacidades diferentes, capacidades especiales, minusválido, mogólico, inválido, impedido o deficiente, como sinónimos para definir a las Personas con Discapacidad. Es importante la forma en que nos expresamos, ya que define y difunde maneras de ver el mundo y de entender a las personas. Esto tiene consecuencias en el respeto de los derechos de esas personas, por eso es de vital importancia expresarnos correctamente y decir personas con discapacidad, porque es así como el colectivo de personas con discapacidad eligió denominarse, porque ante todo somos

un proyecto a futuro en el cual cada padre podrá optar entre llevar su hijo a una escuela común o a una escuela de modalidad especial.

Es usual que en los discursos mediáticos subsista latente la distinción de escuelas y la diferencia entre los niños que tienen discapacidad y “el resto”, como si éste fuera un grupo homogéneo que necesita de las mismas prácticas de enseñanza, de evaluación y de aprendizaje. Lo que no resulta usual es escuchar el mensaje de “una escuela para todos” y el derecho al mismo título para todos los jóvenes graduados.

Con ese norte, la educación inclusiva es tomada como problemática, en el sentido que se menciona que los docentes no están preparados. Cabe preguntarse ¿preparados para qué? ¿Acaso debemos continuar con la formación docente como hace años atrás, siendo que hoy el objetivo de la educación ha cambiado? ¿Debemos tener docentes “comunes” y “especiales”? ¿Acaso también los docentes están preparados para todas las situaciones que surgen en la escuela?

Si los grupos áulicos hoy son heterogéneos, multigrados, diferentes en cada escuela, ciudad, y con diferentes culturas ¿Por qué no podemos formar docentes para las escuelas actuales?, donde el aula es un lugar no solo de enseñanza, sino de contención, diversión, y donde “quien enseña aprende al enseñar, y que quien aprende enseña al aprender” (Freire Paulo, 2004).

Siguiendo a Camillonni (s.f.), coincidimos en que las decisiones acerca de para qué hay que aprender y, en consecuencia, qué es lo que las personas deben aprender en cada uno de los ciclos de su vida, desde la niñez hasta la edad adulta, han variado según los marcos sociales, culturales, económicos, políticos y también filosóficos, de cada pueblo, cultura, época, clase social y género. Las tradiciones parecen haber consagrado en la

---

personas, no nos referimos a las personas con discapacidad como “discapacitados” porque la condición no define a una persona, tampoco con los demás eufemismos como “capacidades diferentes” o los nombrados precedentemente, ya que ponen adjetivos innecesarios sobre la persona.

actualidad, la necesidad de que ciertos contenidos sean aprendidos en instituciones escolares en edades determinadas, por lo que se podría pensar que los componentes fundamentales de los programas de formación en uso pueden sostenerse a lo largo del tiempo habiendo ya sufrido los inevitables procesos de decantación a los que la historia de la educación los ha sometido. No podemos seguir sosteniendo esto, como tampoco pensar que las cuestiones curriculares básicas ya han sido resueltas y que no es imprescindible someter a crítica constante los principios teóricos y prácticos que las sustentan.

Una de las operatorias que desactivan la puesta en práctica de la educación inclusiva es el afirmar en los medios de comunicación que los derechos conquistados y su puesta en práctica ya están asimilados y logrados. El tema se vio expuesto, como podrán recordar, con los casos de “Alan Rodríguez”<sup>9</sup>, o el de “Noelia Garella”<sup>10</sup>, casos en donde se ha puesto en boga la educación inclusiva en todos los medios de comunicación.

Durante el lapso que duraron estas noticias en los medios masivos de comunicación fue tema de discusión, de planteos, tratamiento, pero con el correr del tiempo se fue olvidando y

---

<sup>9</sup> Alan Rodríguez, un chico con Síndrome de Down quien terminó el secundario en el 2013 pero el Ministerio de Educación le niega el título. Fue a una escuela común –privada de la CABA– desde los 3 años y cursó toda su primaria y secundaria con un proyecto pedagógico individual. Cumplió año a año sus objetivos, pero al finalizar, le indicaron que su título no podía ser entregado porque, según el Ministerio de Educación, no había cumplido ciertos contenidos considerados mínimos por la normativa local. Con el patrocinio jurídico de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y el apoyo del Grupo Artículo 24 por la Educación Inclusiva, el INADI, la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Asociación por los Derechos Civiles y expertos en materia de educación y discapacidad, Alan inició un amparo para que se reconociera su derecho fundamental a la educación, sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, y se le entregue su título secundario oficial. La Justicia ratificó el derecho a la educación inclusiva, en el día mundial del síndrome de Down. (ACIJ, 2017). Disponible en: <http://acij.org.ar/la-justicia-ratifico-el-derecho-la-educacion-inclusiva-en-el-dia-mundial-del-sindrome-de-down/>.

<sup>10</sup> Noelia Garella tiene síndrome de Down, lo que no le fue obstáculo para estudiar y egresar con el título de maestra jardinera del Instituto terciario Dr. Antonio Sobral en 2007. Cursó la escuela como alumna integrada en el Colegio Santa Infancia de las Hermanas Concepcionistas, y el terciario en el Sobral. (Mariana Otero, 2012) Disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/maestra-especial-que-conquistó-villa-cornu>

amen de la importancia del planteamiento en la sociedad de este tema, solo ha generado presión en esos casos individuales, pero en el resto de los niños la situación sigue igual y las instituciones como el mismo sistema educativo sigue reticente a cumplir con los derechos adquiridos y avances normativos.

En esos momentos bastaba con sintonizar cualquier medio para escuchar hablar de la presente temática, muchos medios con el objetivo de concientizar y generar presión para lograr su efectiva puesta en práctica, pero otros tantos dando información errónea, como usualmente decimos, “desinformando”.

La comunicación es una herramienta persuasiva de una gran importancia para nuestra sociedad, ya que influye sobre la manera de actuar o de pensar de las personas, como también logra modificar la forma en que los hombres conocen y comprenden la realidad que los rodea. Es un instrumento político para lograr o no un cambio de paradigma o forma de ver el mundo.

A su vez, resulta ser fundamental para lograr una verdadera transformación, remodelar el lenguaje, derribar mitos, sensibilizar a la comunidad, romper con los estereotipos, visibilizar las barreras, y es un eje fundamental para acompañar los avances normativos.

Si analizamos cualquier noticia cuyo el eje está puesto en los niños y adolescentes con discapacidad y el sistema educativo, es notable que entienden a la educación inclusiva como la educación donde se permite el ingreso a la persona con discapacidad a la escuela común, sin dejar atrás la escuela “la especial”. Pero como mencionamos anteriormente, la educación inclusiva no es eso, sino una “educación para todos”, visibilizando la diversidad como la mayor riqueza humana existente.

Se trata de proveer una oferta que atienda a la diversidad, y que sea adecuada a las particularidades de los sujetos, sin que ello redunde en la fragmentación del sistema educativo. Esto supone la búsqueda constante de los caminos adecuados para lograr este objetivo.

Asimismo, la diversidad es una característica intrínseca de los sujetos (y en este caso de los alumnos), por lo tanto, no debe ser vista como un problema u obstáculo que hay que enfrentar, sino como una experiencia enriquecedora. No alcanza con incluir a los niños y jóvenes dentro de la escuela. Toda acción de inclusión educativa, debería tener como fin primordial el logro de aprendizajes significativos y de calidad en los estudiantes. Esto supone no sólo la adquisición de contenidos “sustantivos” sino la capacidad de resolver problemas y aprender a lo largo de toda la vida. (UNESCO, 2007)

La comunicación es un proceso de plática pública, y es importante que ésta tenga como base el paradigma social y de derechos de la discapacidad, buscar eliminar las barreras que la sociedad impone a los grupos históricamente vulnerados y construir conciencia social. Reflexionar y promover prácticas no discriminatorias, la libertad personal y una verdadera transformación social que garantice la verdadera educación inclusiva. La vida de las personas con discapacidad es ahora. El tiempo del cambio cultural es hoy. (COPIDIS y otro, 2017)

#### **IV. ¿Qué impacto genera en el proyecto de vida de las personas con discapacidad la forma en que se les ha otorgado el título secundario? Relevamiento en la Ciudad de La Plata sobre las barreras que impiden a los/as niños/as con discapacidad para obtener su título en igualdad de condiciones que el resto de sus compañeros/as**

En las entrevistas realizadas en la Ciudad de La Plata a alumnos con discapacidad que cursan su época escolar, como también graduados, personal docente, equipo directivo, equipo de orientación escolar, Directores/as, Inspectores/as, familias y personas que se acercan sobre éste tema a Clínicas Jurídicas de Derechos Humanos, Comisión Discapacidad<sup>11</sup> de la Facultad

---

<sup>11</sup> Clínicas Jurídicas es un programa del Área de Extensión universitaria de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, de la Universidad Nacional de La Plata, dirigida por el Abog. José María Martocci, que apunta a prestar Servicios Jurídicos a distintas problemáticas

de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad Nacional de La Plata (en adelante UNLP) se ha indagado sobre su punto de vista acerca de qué situaciones, características, condiciones y/o obstáculos, existían a la hora de obtener su título y proseguir su camino hacia un empleo o institución educativa terciaria o universitaria. Como también prácticas educativas tendientes a lograr la Educación Inclusiva de las Personas con discapacidad.

Dichas respuestas en base a sus experiencias de la vida cotidiana tienen en común frustraciones, angustias, preguntas, y promesas. Frustraciones, por ejemplo, en el caso de una graduada que quiso proseguir con sus estudios y comenzar este año la carrera de “Maestra Inicial” en la ciudad de La Plata, obteniendo como respuesta la negativa de diversos Institutos de Formación Docente a raíz de su título de secundaria, ya que el mismo no tenía validez, con lo cual no podía ser inscripta y proseguir sus estudios. De igual modo, las respuestas fueron, en conclusión, que por cuestiones formales no podía acceder a este sueño de ser en un futuro una Maestra de educación Inicial.

**Su madre relataba que su bronca no es que en un futuro su hija no quiera terminar la carrera, o no pueda lograrlo por diversos**

---

colectivas vinculadas a la Discapacidad, que permitan modificar las prácticas que obstaculizan la protección de derechos fundamentales, protegidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con Jerarquía Constitucional.

Aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: autonomía y vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, educación inclusiva, diálogo civil, entre otros.

Es un lugar donde se aborda la cuestión de la Discapacidad, enfocada a la Accesibilidad, tendencia a adaptar el entorno y los espacios públicos a las necesidades de las personas con discapacidad, a fin de evitar la exclusión social, la implementación de mecanismos de apoyo, salvaguardas y ajustes razonable, tendientes a que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica –y por ende sus derechos– en iguales condiciones que los demás.

Además, busca estimular en los estudiantes y jóvenes graduados, el desarrollo de diversas capacidades, destrezas y valores a partir de una actitud auto-reflexiva y crítica respecto de los casos de interés público vinculados a la Discapacidad que se presenten, permitiéndoles sumarse a un equipo de trabajo que, a la vez que aprende, actúa como verdadero agente de cambio social.

motivos de la vida, su bronca es que pese a haber cursado toda su trayectoria escolar como los niños y adolescentes lo hacen, a ella se le entregó un título que no le reconoce su trayectoria, su esfuerzo escolar, un simple papel que cuando ella lo presenta le dicen que “no es válido”, ya que “no es homologable”.

Para el sistema educativo es diferente del resto, no se encuentra en los parámetros de “normalidad” que exigen para que una persona pueda acceder a estudios superiores, por ser un Persona con Discapacidad y por tener Síndrome de Down tienen el prejuicio que usualmente se dice “no va a poder”. Razón por la cual no le dan siquiera la posibilidad de que ella pruebe si es realmente su carrera, si es la profesión que el día de mañana quiere ejercer, si va a poder llevar al día su estudio, si le va a gustar o no. El mismo sistema de antemano, y anticipándose al futuro, le contesta todos estos interrogantes y le responde un NO.

Pensemos un poco, ¿éste es el paradigma médico o el paradigma social? ¿Avanzó mucho más la normativa internacional que como sociedad? ¿Culturalmente en qué sistema estamos? Al parecer seguimos haciendo foco en la discapacidad, como si ello está por encima del ser persona. Se antepone y la sociedad construye barreras (in)visibles que día a día les ponen obstáculos que no se los pone su “síndrome” sino que es la propia sociedad la que se los colocan y no le permiten acceder a los derechos fundamentales como lo es la educación.

En cuanto a los relatos que generaban angustias, uno de tantos es el caso de un joven graduado, cuyo paso por la escuela fue una experiencia significativa y enriquecedora para su formación durante la cual menciona haberse sentido verdaderamente incluido y querido. Lo cual se logró gracias al trabajo mancomunado entre dicha escuela, su familia, la maestra integradora, los profesionales privados y personal de la escuela especial. A la escuela común de gestión privada, concurrió de la misma forma que todos sus compañeros, con la misma carga horaria, cursando todas las materias, rindiendo exámenes

finales y sin necesidad de concurrir a la escuela especial, pero a pesar de lo expuesto, al terminar el secundario su título no fue homologable.

Promesas para el caso de Docentes tanto de las escuelas Comunes como de las Especiales, que se sienten desprotegidas, que quieren luchar por lograr una verdadera inclusión educativa, pero cuando tratan de trabajar en conjunto ambas escuelas, surgen resistencias a veces de la institución de la escuela común, como otras tantas de la escuela especial. Éstas resistencias e incomunicaciones, son a raíz de personas que mantienen concepciones en el anterior paradigma como también por lucha de poderes por quien acredita (si acredita común las materias o especial), generando resultados frustrantes a la hora de que la institución de la escuela común sea la encargada de la educación. Aunque el alumno/a no tenga la necesidad de concurrir a la escuela especial, se sigue sosteniendo que por ser una Persona con Discapacidad debe necesariamente pasar por ella, o ir algunos días de la semana a ésta.

Preguntas sobre el porqué la Provincia de Buenos Aires, pese a tener la Convención, resoluciones, Legislación y Jurisprudencia, se niega a cumplir con el Derecho Humano a la Educación Inclusiva de todos los jóvenes que se gradúan y quieren su título en igualdad de condiciones que el resto. ¿Son motivos políticos?, ¿Pensamientos retrógrados?, ¿cuestiones de poder?, no se sabe con exactitud cuáles son los motivos por los cuales no se cumple con la normativa, pero eso no tiene injerencia para nosotros ya que la obligación del sistema educativo está en cumplir con los derechos humanos, sin distinción y nuestra obligación es luchar porque esto ocurra.

Retomando es importante resaltar que la certificación igualitaria –además de ser condición necesaria para la participación plena de las personas con discapacidad en la vida comunitaria– constituye una dimensión fundamental del derecho a la educación inclusiva, pues no se puede hablar de un sistema educativo inclusivo cuando las escuelas o el Estado permiten que las personas con discapacidad asistan a escuelas comunes pero

paralelamente se niegan a reconocer o validar los conocimientos que adquieren en ellas. El acceso a la educación superior y el aprendizaje durante toda la vida solo son posibles si el Estado otorga instrumentos que sirvan para acreditar los saberes que las personas con discapacidad han adquirido durante su educación primaria y secundaria. (COPIDIS y otro, 2017)

El Comité de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad señaló que en el Estado Argentino la implementación del principio de educación inclusiva “*se ve limitada, en la práctica, por la falta de adecuación de los programas y planes de estudio a las características de los educandos con discapacidad, así como por la prevalencia de barreras de todo tipo que impiden que las personas con discapacidad accedan al sistema educativo en condiciones de igualdad y no discriminación al resto de los estudiantes*”. A su vez, “*el Comité observa con preocupación que en la armonización de la Convención con el ordenamiento jurídico nacional persisten importantes inconsistencias con los principios y mandatos de este tratado; especialmente, en lo relativo al igual reconocimiento de la persona con discapacidad ante la ley. Igualmente observa con preocupación que el hecho de que no toda la legislación provincial del Estado parte esté armonizada con la Convención, genera disparidades en la forma en la que a nivel local se entienden los derechos de las personas con discapacidad y a su efectiva implementación*”. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas, 2012)

Con lo cual, amén de transformar la legislación y normativa del Sistema educativo, el Estado Argentino debe velar por su aplicación y que la Educación primaria, secundaria, terciaria y universitaria pueda ser para todos y no para algunos estudiantes.

En el relevamiento realizado la mayoría de los alumnos entrevistados tienen problemas con su Derecho a la Educación Inclusiva, accesibilidad, titulación, permanencia e ingreso, como también, sufren de segregación y la integración vestida de inclusión. Los pocos niños que tuvieron la “suerte”, porque así es como está la situación del sistema escolar actual, de contar con

una verdadera educación inclusiva, fue gracias a la lucha de sus familias, organizaciones y asociaciones en lucha constante por hacer valer sus derechos, y varias escuelas que toman conciencia y cumplen con la obligación de velar por el derecho a la Educación inclusiva consagrado tanto convencional como constitucionalmente.

Sabemos que esto no debe ser así, los padres nos han contado que ellos tienen que buscar “la escuela que es inclusiva”, incluso muchas veces en vez de ir a la escuela que tienen a unas pocas cuadras, tienen que hacer un trayecto mucho más largo para que su hijo pueda ir a una escuela que cumpla con la obligación de respetar y velar por su derecho universal a la educación. El sistema escolar debe ser inclusivo, no en unas tantas escuelas, sino el sistema en general.

Recordemos la importancia de la escuela, ya que es la primera y fundamental instancia de socialización, crecimiento, aprendizaje y desarrollo integral de la persona, con lo cual debemos centrarnos en que estamos en otro paradigma de la discapacidad, un paradigma social y de derechos, y es obligación del Estado Argentino velar por ello. El objetivo principal del Sistema Educativo debe ser que todos los chicos puedan acceder a todos los niveles de la educación, y a su vez que sea una educación Inclusiva, sin discriminación y de calidad.

## Reflexiones finales

A través del desarrollo del presente trabajo, tomamos conciencia de que pese a los avances en la normativa interna, que debería ajustarse a la Convención de las personas con Discapacidad, hay una puja de tensiones y motivos de poder, entre otros factores posiblemente políticos que obstaculizan el cumplimiento efectivo en Argentina de una educación inclusiva de calidad y el título secundario para las Personas con Discapacidad en igualdad de condiciones y sin discriminación.

A sabiendas de las dificultades existentes, decidimos emprender una lucha para superar las desigualdades, ya que, la

discriminación de cualquier tipo no tiene por qué estar presente en nuestra vida diaria y aún resta mucho por lograr.

Las personas con discapacidad, como todo ser humano, deben tener y gozar de los derechos fundamentales, sin barreras de ningún tipo, desde las claramente visibles como el que no haya una rampa, a las barreras (in)visibles como el acceso a la educación y el trabajo. Somos seres humanos y ante todo personas. Vivimos en un mundo donde históricamente nos hemos hecho daño a nosotros mismos, creímos en un ideal de “normalidad”, le temíamos a la diferencia, buscábamos una igualdad inexistente, pero aprendimos a valorar la diferencia, nos dimos cuenta y debemos modificar las prácticas cotidianas que vulneran derechos y potencian la segregación.

Debemos comprometernos, mirar a nuestro alrededor y no ser indiferentes, potenciar el respeto de la dignidad humana y colaborar en la transformación social como partes de la misma.

Toda persona con discapacidad que haya cumplido con su trayectoria escolar, debe tener su título en igualdad de condiciones que el resto. Debemos garantizar que pueda acceder a estudios no solo primarios y secundarios sino también terciarios y universitarios. Gozar del derecho al trabajo, autonomía y participación social.

Para esto debemos colaborar en el presente para lograr lo que queremos como futuro, una construcción colectiva basada en la reflexión y problematización para derribar los muros del acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Batallar contra las diferentes formas de discriminación y opresión, proponiendo la modificación de las estructuras sociales.

Tengamos presentes el lema “*Nada sobre nosotros sin nosotros*”, expresión utilizada para comunicar la idea de que no puede decidirse una política pública sin contar con la participación completa y directa de los miembros del grupo afectado por dicha política, en este caso las Personas con Discapacidad. Éstas tienen derecho a la participación y a la consulta previa, por lo

tanto es importante alzar la voz para que sean escuchados, hacer valer sus derechos y que se cumpla efectivamente la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad.

No debemos defraudar nuestras esperanzas, tomemos como desafío el luchar por un sistema educativo que acepte, valore la diversidad y se engrandezca con ella. Por una Educación para todos.

## Bibliografía

- Blanco Guijarro, R. (2008) *La educación inclusiva: el camino hacia el futuro*, UNESCO.
- Camilloni, A. R. W. (s.f.) *Justificación de la Didáctica ¿Por qué y para qué la didáctica?* (s.l.) (s.n.).
- Cobeñas, P. (2014). *Buenas prácticas inclusivas en la educación de personas con discapacidad en la provincia de Buenos Aires y desafíos pendientes*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles.
- Conferencia Internacional De Educación (48: 2008 noviembre 25-28, Ginebra Suiza) “*La Educación Inclusiva: El Camino Hacia El Futuro*”. Ginebra: Organización De Las Naciones Unidas Para La Educación, La Ciencia y La Cultura, UNESCO, 2008.
- COPIDIS (Comisión para la Plena Participación e Inclusión de las Personas con Discapacidad) y Grupo Art. 24 por la Educación Inclusiva, (2017) *Manual de Educación Inclusiva, Educación Inclusiva y de calidad, un derecho de todos*
- Freire, Paulo. (1994). *Cartas a quien pretende enseñar*. (s.l.): Siglo XXI.
- Freire, Paulo. (2004). *El grito Manso*, 1º Ed., México: Siglo XXI.
- Freire, Paulo. (2006). *Pedagogía de la autonomía: saberes necesarios para la práctica educativa*. (s.l.): Siglo XXI.
- Grupo Art. 24 por la Educación Inclusiva (2016). *Educación Inclusiva. Bases para la incidencia en políticas públicas*. (s.l.): Grupo Art. 24.
- Infojus (2012). *Discapacidad, Justicia y Estado N° 1*. (s.l.): Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. ADAJUS.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (s.l.): CERMI.

Tenti Fanfani, E. (1993) *La escuela vacía, deberes del Estado y responsabilidades de la Sociedad*. Buenos Aires, Losada.

Torres, Rosa María (1985): *Sobre Educación Popular: Entrevista a Paulo Freire*, México: CREFAL.

### ***Documentos de Organismos Internacionales***

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016). Observación General No. 4 sobre el Derecho a la Educación Inclusiva, CRPD/C/GC/4.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Naciones Unidas. Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012).

Convención por los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobados el 13 de diciembre de 2006. Naciones Unidas. En Argentina, Ley Nacional Nº 26.378, 2008.

Declaración de Salamanca (1994). Aprobada por aclamación en la ciudad de Salamanca, España, el día 10 de junio de 1994. Unesco.

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2013) Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación, A/HRC/25/29.

Taller Regional Preparatorio sobre Educación Inclusiva América Latina, Regiones Andina y Cono Sur Buenos Aires, Argentina. La Inclusión Educativa en la Argentina de hoy. Definiciones, logros y desafíos a futuro. 2007. UNESCO International Bureau of Education.

UNESCO (2008) La educación inclusiva: el camino hacia el futuro.

### ***Leyes y Resoluciones***

Resolución 311/16 Consejo Federal de Educación

Resolución 84/09 del Consejo Federal de Educación

Resolución 2945/17 del Ministerio de Educación de la Nación

Resolución 4635/11 de la Dirección General de Cultura y Educación

# Hacia una interpretación marxista de la Constitución de los Estados Unidos<sup>1</sup>

Bertell Ollman<sup>2</sup>  
Traducción de Pablo Gres C.

Cuando Moisés inventó los diez mandamientos para el pueblo judío, hizo que Dios las escribiera en tablas de piedra. También Licurgo representó la constitución que redactó para la antigua Esparta como un regalo divino. Platón, en su libro, *La República*, ofrece una versión más de esta práctica: atribuir los orígenes de una constitución a la intervención divina es la manera más efectiva de asegurar el apoyo necesario para que ésta funcione. De lo contrario, es probable que algunas personas sigan siendo escépticas, otras pasivas, y otras critiquen los prejuicios que perciben en estas leyes fundamentales y, por lo tanto, estén menos inclinadas a cumplir sus mandatos.

Como hombres cultos, los redactores de la Constitución estadounidense eran muy conscientes de las ventajas que se obtendrían al envolver sus logros en el misterio religioso, pero la mayoría de las personas para las que trabajaban eran disidentes religiosos que favorecían una clara separación entre la iglesia y el Estado; y dado que la mayoría de los autores fueron deístas y ateos, esta táctica en particular no pudo ser utilizada. Entonces optaron por la siguiente mejor alternativa, mantener

<sup>1</sup> Artículo originalmente publicado como introducción en OLLMAN, Bertel (ed). 1990. *The United States Constitution: 200 years of anti-federalist, abolitionist, feminist, muckraking, progressive and especially socialist criticism*. New York Press. EE.UU, y posteriormente con el título *Toward a Marxist Interpretation of the U.S. Constitution*, en OLLMAN, Bertel. 1993. *Dialectical Investigations*. Rouledge. EE.UU. La traducción al castellano de este artículo fue realizada por Pablo Gres (estudiante de doctorado en Derecho, UBA), y revisada por Eva Winkler B. REDEA agradece especialmente al autor y al editor su autorización para publicar, al traductor y a la revisora de la traducción por la contribución realizada.

<sup>2</sup> Bertell Ollman es Doctor en Filosofía por la Universidad de Oxford y profesor de Teoría Política de la Universidad de Nueva York.

todo el proceso de su trabajo sobre la Constitución como un secreto muy bien guardado. La mayoría de los estadounidenses saben que los redactores se reunieron durante tres meses en sesiones a puertas cerradas, pero esto generalmente se perdoná con el argumento de que el Congreso de los Estados Unidos de entonces no les había encargado escribir una nueva Constitución y, ni los revolucionarios ni los contrarrevolucionarios pueden hacer todo su trabajo abiertamente. Sin embargo, lo que pocos estadounidenses de hoy en día notan, es que los redactores hicieron todo lo posible para garantizar que nunca supiéramos los detalles de sus deliberaciones. Todos los participantes de la comisión juraron mantener el secreto de por vida, y cuando terminaron los debates, se les pidió a quienes tomaron notas que se las entregaran a George Washington, cuya tarea final como presidente de la comisión fue deshacerse de la evidencia. El primer presidente estadounidense, al parecer, también fue la primera máquina trituradora.

Afortunadamente, no todos los participantes mantuvieron sus votos de silencio ni entregaron todas sus notas. Pero no fue sino hasta 1840, medio siglo después de la entrada en vigencia de la Constitución, con la aparición póstuma de las extensas notas de James Madison, que el pueblo estadounidense finalmente pudo leer lo que había sucedido en esos tres meses cruciales en Filadelfia. Lo que se reveló no fue ni divino ni diabólico, sino simplemente humano, un ejercicio demasiado humano de la política. Comerciantes, banqueros, navieros, latifundistas, traficantes y propietarios de esclavos, especuladores de tierras y abogados, que hicieron su dinero trabajando para estos grupos, expresaron sus intereses y temores en un lenguaje claro y ordenado; y, después de resolver algunos desacuerdos relativamente menores, planearon una forma de gobierno que creían que serviría más eficazmente a aquellos intereses. Pero, cincuenta años de silencio tuvieron el deseado efecto de construir el mito. Los actores humanos se transformaron en “Padres Fundadores”, su comprensión de la política y su sentido común ahora se consideraban una sabiduría que sobrepasa todo, y

su preocupación por su propia clase propietaria (y, en menor medida, por algunas secciones del país y grupos ocupacionales) había sido elevada a altruismo universal (en la versión liberal) o a un autosacrificio patriota (en la preferida visión conservadora). No nos hemos librado por completo del aura de misterio religioso tan preferida por Platón. Con el paso de los años y la creciente religiosidad de nuestra ciudadanía, se ha vuelto casi un lugar común escuchar que los autores también estaban divinamente inspirados.

En el año 1987 fue el bicentenario de la redacción de la Constitución, y en todos los medios de comunicación, en las escuelas y asociaciones profesionales, en las charlas de políticos y de otras figuras públicas, aparecía el mismo mito. La Comisión del Bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos, que fue encabezada por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, el juez Burger, para coordinar la mayoría de estos esfuerzos, demostró desde el inicio su propio compromiso con la verdad histórica al tomar la frase “200 años de paz, prosperidad y libertad” como su lema.

Lo que está en peligro de perderse entre toda la incongruencia patriótica es la protesta y el fondo crítico que acompañaron a la Constitución desde sus inicios. No todos quedan satisfechos al tratar un producto humano como si viniera de Dios. Incluso antes de que la Constitución fuera adoptada oficialmente, muchas personas, conocidas históricamente como antifederalistas, cuestionaron si lo que era bueno para las facciones propietarias, tan bien representadas en Filadelfia, sería tan bueno para aquellos que poseían poco o nada. Entonces, consecuencialmente, las principales preguntas planteadas trataron las limitaciones del sufragio, la inadecuada protección de los derechos y libertades individuales, la aceptación e incluso el fortalecimiento de la institución de la esclavitud y los muchos otros beneficios que se otorgaron a los propietarios.

Por su valor nominal, la Constitución es un intento de arreglar las relaciones entre el gobierno estatal y los federales, y entre las tres ramas –legislativo, ejecutivo y judicial– de este

último. Y la mayoría de las explicaciones de este documento se han concentrado en los mecanismos que hacen posible este acto de equilibrio. En el proceso, los supuestos básicos de la Constitución y particularmente sus propósitos sociales y económicos son groseramente descuidados. Es un poco como aprender con cierto detalle cómo funciona un automóvil antes incluso de saber qué tipo de máquina es, qué se supone que debe hacer y por qué fue construida de esta manera específica. En el aprendizaje sobre el funcionamiento de cualquier sistema, ya sea mecánico o institucional, no carece de valor el determinar su significado y uso, pero sería mejor abordar su simbiosis desde otro lado, examinar quién necesitaba qué y cómo respondieron las estructuras específicas creadas a estas necesidades. Lo que realmente está en juego en cualquier disputa política, las preguntas de la vida real involucradas y el por qué las distintas personas toman las posiciones que toman, no puede ser entendido adecuadamente al enfocarse única o principalmente en la forma legalista en la que se presentan y se resuelven los problemas.

Al examinar cualquier fenómeno político, siempre es sabio preguntarse: “¿Quién se beneficia?” En lo que respecta al sistema constitucional estadounidense, la respuesta fue dada claramente, si bien de una forma un tanto cruda, por el senador Boies Penrose, un republicano de Pensilvania de fines del siglo XIX, quien señaló en una audiencia empresarial: “Creo en la división del trabajo. Envíennos al Congreso: nosotros aprobamos leyes bajo las cuales ustedes ganen dinero y con sus ganancias contribuyen aún más a los fondos de nuestras campañas para enviarnos de regreso y aprobar más leyes que les permitan ganar más dinero” (Green, 35). Cuando, unos años más tarde, Charles Beard sugirió que ese tipo de consideraciones pudieron haber tenido un rol en la redacción de la Constitución, se desencadenó una tormenta política en contra de su libro, que ha tenido pocos o ningún símil en nuestra historia. El entonces presidente Taft denunció públicamente esto como un indecoroso escándalo que manchaba la reputación de nuestros Padres

Fundadores. Sin destacar por su indiferencia por la ganancia económica cuando se convirtió en presidente, Warren Harding, en ese entonces editor de un periódico, atacó las asquerosas mentiras y las podridas perversiones de Beard, en un artículo titulado “Carroñeros, como hienas, profanan las tumbas de los patriotas que nosotros reverenciamos” (McDonald, xix). Y a medida que un creciente número de historiadores profesionales aceptaban la interpretación de Beard, la ciudad de Seattle prohibió su libro.

Obviamente, Beard había tocado un nervio sensible, pero también es obvio que las motivaciones económicas, tal y como reconoció el propio Beard, son sólo una parte de la explicación de los fenómenos políticos. Hay otros factores que también influyen en el comportamiento humano, y algunas personas actúan a menudo, e incluso principalmente, en función de otro tipo de motivos. El problema es cómo acreditar estas calificaciones necesarias sin comprometer indebidamente la idea original (no tan original, ya que la teoría política ha advertido sobre la importancia de la motivación económica ya desde Platón).

En un intento por desviar la atención lejos de los mecanismos de control y balance, respecto de los cuales la sociedad está desinformada, las críticas a la Constitución se han desarrollado en tres niveles distintos, aunque estrechamente relacionados. El primero se concentra en las personas que escribieron el documento, en quiénes fueron y qué pensaban, temían y deseaban. El segundo, atiende a las clases y subclases a las que pertenecían y que representaban más o menos conscientemente, y a los intereses objetivos de estas clases y a lo que se requería para satisfacerlos. Aquí, lo decisivo son los supuestos y formas de pensar de los miembros de una clase en particular, o aquella parte de la comprensión humana que proviene de lo que damos por hecho, no tanto por quiénes somos, sino por el lugar que ocupamos en la sociedad. De ahí que, por ejemplo, uno podría preferir leyes fuertes para proteger la propiedad privada, no porque uno quiera seguir siendo rico (aunque sospecho que la mayoría de la gente adinerada lo hace), sino porque uno ha sido

socializado como miembro de una clase propietaria tomando por sentado que esto es requisito de la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. El tercer nivel introduce la naturaleza del modo de producción capitalista e intenta mostrar cómo la Constitución, junto con otras instituciones políticas, funcionan como causa y efecto dentro del proceso de vida de una sociedad capitalista en desarrollo.

Desde el principio, la mayoría de las críticas se han ubicado en el primero y en el segundo de estos niveles. Sin embargo, dadas las relaciones necesarias entre los niveles, un análisis completamente adecuado de lo que significa nuestra Constitución tendría que dedicar mayor atención al contexto más amplio, el capitalismo, en el que ésta se produjo y que ayuda, en gran medida, a reproducir. Sin duda, el capitalismo no existe aparte de las clases socioeconómicas, cuya lucha de intereses opuestos constituye su drama central. Ni estas clases pueden entenderse completamente aparte de las vidas de las personas reales que las componen. Pero a la inversa, también es cierto que las acciones de los autores individuales tienen poco sentido –abriendo el camino a varias interpretaciones superficiales– si se las consideran aparte de los intereses de clase que intentaron fomentar; así como la naturaleza de estas clases, sus intereses específicos y las condiciones y medios disponibles para satisfacerlos, requieren una contextualización que sólo puede provenir de una descripción del sistema capitalista envolvente. Fue el capitalismo comercial temprano en sus variantes de trabajadores libres y de esclavos, lo que dio origen a las principales clases propietarias representadas en Filadelfia; eso creó las condiciones para su alianza e hizo que esta alianza fuera políticamente dominante; eso guió hacia las problemáticas más apremiantes que estas clases sufrían; y finalmente eso proporcionó tanto las posibilidades como los límites para la resolución de aquellos problemas. Desafortunadamente el libro que trata a la Constitución como una extensión política del modo de producción capitalista, como una función orgánica de este conjunto histórico en desarrollo, sin perder de vista

que es, también, un producto de una alianza de una clase particular y de los individuos reales que se reunieron en Filadelfia, está aún por escribirse.

Lo que todavía debe destacarse –principalmente, porque incluso la mayoría de los críticos lo ignoran– es que desde los tres niveles de análisis y durante los doscientos años completos de su historia, la Constitución ha servido tanto para entender la realidad como para darle forma. Y ha tenido éxito ordenando la sociedad, en parte estableciendo cómo la gente piensa al respecto, al igual que los logros prácticos han asegurado una amplia aceptación de las posturas intelectuales que ésta encarna. En resumen, una parte importante del trabajo de la Constitución es ideológica. Como ideología, la Constitución nos proporciona una especie de cuento de hadas burgués, en el que los reclamos de igualdad de derechos y responsabilidades sustituyen a la dura realidad de la dominación de clase. A través de la Constitución, la lucha sobre la legitimidad de cualquier acto o relación social se elimina del plano de la moralidad y se desplaza hacia el de la legalidad. La justicia ya no es más lo que es justo, sino lo que es legal, y la política misma se transforma en disputas técnicas entre abogados y jueces. La Constitución organiza el consentimiento y a la vez la disidencia. El hecho de que dos tercios de los abogados del mundo litiguen en los Estados Unidos no es, como dicen, una coincidencia. Los principales ideólogos del sistema estadounidense no son profesores, predicadores o gente de los medios, sino abogados y jueces.

A diferencia de la teoría política, la Constitución no solo nos ofrece una imagen de la realidad, sino que a través del monopolio estatal sobre la violencia obliga a los ciudadanos a actuar, o al menos a hablar, “como si”. A actuar “como si”, el Estado de Derecho, la igualdad de oportunidades, la libertad del individuo y la neutralidad del Estado, todas figuras consagradas en la Constitución, fueran algo más que verdades meramente formales, inhibiendo la capacidad de las personas para reconocer que todas son prácticamente falsas, y que la sociedad configurada con la ayuda de la Constitución simplemente no

opera de esa manera. No es un asunto de falla de la realidad el no cumplir con un conjunto de ideales admirables, sino que de estos ideales sirviendo de ayuda para enmascarar la realidad, tergiversando lo que es real por lo que es legal, o lo que es posible en la sociedad con lo que está permitido en la ley. ¿Cuándo un ideal se convierte en una barrera para la realización de lo que supuestamente promueve? Cuando se alienta a las personas a tratar el ideal como una descripción, aun así imperfecta, de lo real, como en la afirmación de que nuestra sociedad es una sociedad gobernada por el derecho, donde todo lo que existe realmente y que va en contra de aquella afirmación queda relegado a un rol superficial. Visto de esta manera, la dinámica de quién está haciendo qué, a quién y por qué, junto con las reformas estructurales necesarias para cambiar las cosas, nunca pueden entenderse.

Finalmente, todas estas críticas no deberían cegarnos ante las muchas cualidades positivas y progresistas de la Constitución, tanto para el momento en que fue escrita como para el presente. En 1787, la guerra revolucionaria había terminado hace ya cuatro años, pero aún no estaba claro si la clase dominante inglesa había aceptado su resultado. ¿Qué se podía hacer para garantizar la independencia política del país? ¿Y qué mejor manera de enfrentar los problemas económicos derivados de la interrupción de los patrones de inversión y del comercio, que acompañaron la independencia? Estos problemas no eran muy diferentes de los que enfrentaron los condados ex-coloniales que ganaron su independencia en nuestro siglo; y en todos los casos, la creación de un gobierno central fuerte fue vital para su solución. Más allá de esto, y especialmente para fines del siglo XVIII, la Constitución merece altas calificaciones, por su intento de limitar el poder arbitrario del gobierno (brindando cierta protección a sus propios críticos) y por medidas tales como la eliminación de todas las calificaciones religiosas para votar y ocupar cargos públicos.

Con el paso de los años, la Constitución también ha demostrado ser admirablemente adecuada para una sociedad en

transición del capitalismo temprano al tardío, es decir, desde una sociedad dominada por capitalistas mercantiles, financieros y propietarios de esclavos, vinculados al capital a través de su producción para el mercado mundial, a una dominada por capitalistas industriales y financieros, tanto nacionales como multinacionales. Al facilitar la acumulación de riqueza a una escala nunca antes soñada en la historia mundial, la Constitución también puede verse como una ayuda para hacer posible la transición al socialismo, en un nivel muy alto de desarrollo económico. Pocas de estas cualidades positivas vienen sin sus aspectos regresivos o efectos secundarios, pero eso no debe impedir que reconozcamos su existencia o importancia, o que hagamos uso de ellas cuando podamos. Aunque no son las mismas virtudes que se pregonan en la mayoría de las celebraciones del bicentenario, deberían ser suficientes para demostrar que nuestras críticas no nos llevan a lamentar que la Constitución haya sido escrita. Uno no estudia el pasado ni para anularlo ni para mejorarlo, sino para construir sobre él en la medida de lo posible. Al aprender cómo funciona la Constitución, para quién funciona mejor y para quién funciona peor, y cómo y por qué adquirió su carácter, descubrimos no sólo lo que la Constitución ha significado, sino lo que aún puede significar para nuestro futuro.

¿Puede la Constitución servir a un pueblo empeñado en una transformación socialista y democrática de la sociedad capitalista? Hasta ahora ha hecho todo lo que un documento podría hacer para prevenir tal eventualidad; y como apoyo institucional central de nuestra sociedad capitalista, continúa actuando en ese camino. Y sin embargo, a pesar de su forma desequilibrada y engañosa, y de las peores intenciones elitistas de sus autores, los cambios que ha experimentado en los últimos doscientos años sugieren que esta posibilidad no puede ser descartada. Nada, por supuesto, fue fácil. Cada enmienda a la Constitución, al igual que la mayoría de las nuevas interpretaciones por parte de la Corte Suprema (de alguna manera más importantes que las nuevas enmiendas), y cada cambio

de énfasis en su administración y cumplimiento, fueron producto de la lucha popular. Ni a los negros, ni a las mujeres, ni a los varones sin propiedades, por dar algunos ejemplos, simplemente se les otorgó el derecho al voto. Podría decirse que la expansión de la democracia solo ocurrió después de que quedó claro que la influencia de la maquinaria de los partidos, la educación pública, los periódicos, las iglesias, los deportes de masas, el patriotismo y especialmente el crecimiento del pastel económico a través del desarrollo capitalista y las aventuras imperialistas estadounidenses “en el extranjero” (incluidas las tierras indias y mexicanas al oeste del Misisipi), serían suficientes para garantizar que los pueblos recién emancipados, no usaran su poder con fines subversivos.

Pero la contradicción fundamental que atraviesa toda la Constitución, no puede descartarse tan fácilmente. Esta es la contradicción entre la democracia política y la servidumbre económica. Los redactores hicieron todo lo que pudieron –de forma consistente con la triunfante aceptación del documento– para evitar colocar el arma cargada de soberanía popular, en las manos del pueblo. No tenían dudas sobre qué pasaría con la grotescamente desigual distribución de la propiedad en nuestro país (en la actualidad, el 1 por ciento de la población posee el 50 por ciento de toda la riqueza) en caso de que aquello alguna vez ocurriera (Carter, 35). Bueno, ha ocurrido, la masa de ciudadanos estadounidenses ha utilizado, al menos un poco, de la democracia política para obtener la democracia económica. Para algunos, por lo tanto, el juicio terminó, y el veredicto fue entregado. Para nosotros, el jurado aun deliberá. El capitalismo, in extremis, ha reservado muchas catástrofes para todos nosotros. Con una apuesta tan alta, la historia puede permitirse tomarse su tiempo. Mientras tanto, una crítica más informada de las unilaterales, engañosas y tendenciosas reglas del juego que nos obligan a jugar, puede acelerar la historia y, en el proceso, estimular el pensamiento sobre el papel, si es que lo tiene, de la Constitución en la transición hacia una sociedad socialista.

## Bibliografía

- Carter, A. “*How about a Capital accumulation tax?*” New York Times, Sept. 23, 1986.
- Green, M. “*Stamping out corruption.*” New York Times, Oct. 28, 1986.
- McDonald, F. 1986. New introduction to Charles Beard’s: *An economic interpretation of the Constitution*. New York: Free Press

# **El despido injustificado como instituto de control social**

*Adolfo Nicolás Balbín<sup>1</sup>*

## **1. Introducción**

El Derecho del Trabajo se estructura en base a una serie de principios que le sirven de fundamento y soporte; serían como el esqueleto de un edificio sin el cual la construcción completa caería por debilidad (CORNAGLIA, 2001:7).

En ese entramado, y aun considerando que todos son muy importantes (pues autonomizan a la materia, pero a su vez le dan el puntapié filosófico y el basamento teórico para su continuo crecimiento), es de destacar que el principio de estabilidad es particularmente esencial a la hora de analizar la relación jurídica que une al trabajador con el empleador, los dos protagonistas básicos de la relación de trabajo.

Y es que la estabilidad, con su carácter eminentemente instrumental, facilita una de las propiedades más importantes con que cuenta el trabajador, uno de sus principales capitales, traducido éste en la propiedad de su puesto de trabajo.

Ahora bien, una cosa son las enunciaciones que podemos hacer desde la teoría y otra –o conjunto de otras– son las que se observan en la realidad, pues el derecho de eso se trata, o de eso parte, de conductas humanas en relación.

Es en esa realidad en donde se estudia la relación de trabajo, calificada más que como un contrato –en donde ambos interesados se conectan jurídicamente sobre bases igualitarias, luciendo a su vez poderes de similar alcance–, como una relación de poder –traducida en la concreción de un poder omnímodo

---

<sup>1</sup> Abogado (UNLP). Profesor Adjunto en Derecho Social. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

Correo electrónico: [nicolasbalbin@hotmail.com](mailto:nicolasbalbin@hotmail.com)

en cabeza del empleador, y dirigido sobre todo al trabajador, justificado a su vez por el propio sistema–, dejando a la vista el carácter ambivalente de la disciplina<sup>2</sup>.

La relación de trabajado es entonces desde nuestro punto de vista, una relación de poder que, como tal, de traduce en una vinculación de mando y obediencia, mayormente en beneficio de una de las partes contratantes.

En este entramado (y en lo que interesa especialmente para este trabajo), nos topamos con el instituto del despido injustificado, que vendría a materializar una de las herramientas privilegiadas de propiedad del empleador.

Si bien los apartados siguientes serán los encargados de contener específicamente el tema que ahora nos convoca, lo más interesante en el punto es que ese poder empresarial facilita el dinamismo negativo del tracto apropiativo laboral, al permitirle al empleador controlar la voluntad del trabajador dependiente, fusionando en cierta medida sus intereses con los de la empresa.

Claro que esa fusión es en verdad aparente y tiende, más que a mejorar la situación de la clase obrera, a colocar cada vez más alto el poder de quien aparece en dicha vinculación respaldado por la propiedad de los medios de producción.

Sostenemos la idea de que el despido injustificado sirve para controlar al trabajador, no solo en el momento en que la relación de trabajo se extingue, sino también a lo largo de todo el contrato de trabajo.

En efecto, el trabajador desde el mismo evento de la contratación conoce su precaria situación y, fruto de ello, acepta numerosas veces condiciones de trabajo que escapan a los marcos de legalidad y justicia consagrados por el ordenamiento general estructurado justamente para protegerlos.

Entonces advertimos el sentido instrumental del despido sin justa causa, traducido en un mecanismo de control social en

---

<sup>2</sup> Ver nuestro trabajo: *"Discusiones en torno a la esencia del vínculo jurídico laboral"*. Publicado en la Revista Derechos en Acción (ReDeA), edic. invierno 2017, páginas 79 a 95.

cabeza del empleador. El trabajador la mayoría de las veces teme ser despedido, es decir, pretende conservar su puesto de trabajo la mayor cantidad de tiempo que le sea posible, y ese afán lo conduce muchas veces a aceptar leoninas condiciones en el cumplimiento de su prestación, más aún en un contexto de profundo desempleo y expansión de la pobreza, así como también de formas de trabajo no registrado, o con deficiencia de tal carácter.

La presente investigación tiene por objeto pues, brindar una óptica complementaria al estudio del instituto del despido injustificado receptado en el artículo 245 de la LCT, aportando a los elementos típicamente jurídicos, importantes ideas provenientes de la sociología, además de una visión crítica adicional.

## **2. La faz legal. Breves líneas sobre la sistemática del artículo 245 de la LCT**

El presente trabajo, como ya se adelantó en la introducción general que precede, se asienta particularmente sobre el instituto consagrado en el artículo 245 de la LCT (Ley de Contrato de Trabajo).

Como ya sabemos, el mismo recepta positivamente la figura del despido injustificado (para algunos también puede ser denominado como incausado, aunque preferimos optar por la primer identificación, ya que en la materialización de esa causal de despido, siempre obra como causa la voluntad del empleador).

Sucintamente, repasamos que el artículo 245 de la LCT faculta al empleador a poner fin a la relación de trabajo en cualquier oportunidad, sin necesidad de tener que invocar causa justificada alguna (o demostrarla), todo con la única obligación de abonarle al trabajador dañado una “indemnización” que, como la propia LCT lo regula en el apartado de cita, se encuentra delineada por dos figuras: la tarifa y el tope (adelantamos que en páginas posteriores, ensayaremos una crítica a esta consecuencia pecuniaria).

La primera (tarifa), se calcula teniendo en cuenta dos tópicos: antigüedad en el empleo, y remuneración devengada. Y así, como primer elemento a tener en cuenta, debemos considerar una mejor remuneración mensual, normal y habitual, por cada año trabajado<sup>3</sup>, resultado que se deberá multiplicar por cada año de servicio, o fracción que no disminuya de los tres meses.

Pero lo anterior encuentra otro matiz con el segundo límite legal fijado a la indemnización del trabajador, es decir el tope, en tanto el mismo actúa como techo máximo de la base tarifaria. El mismo se calcula considerando el promedio de las remuneraciones fijadas por el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador y funciona, se reitera, como límite infranqueable a la indemnización por el despido dispuesto unilateralmente de parte del empleador.

Sobre la precedente base positiva general (y sin extendernos demasiado en la referencia a sus matices legales puntuales, que escapan al objeto de este trabajo), bien podríamos decir que el legislador desde la misma sanción de la LCT ha reconocido el carácter ambivalente de la relación jurídica habida entre empleador y trabajador, al habilitar al primero a que en cualquier momento pueda extinguir el denominado contrato de trabajo<sup>4</sup>.

Es decir, el artículo 245 de la LCT consagra un instituto que facilita al empleador anticipar los gastos que le puede irrogar la extinción de una o varias relaciones jurídicas, consagración legislativa que actúa en notable detimento de los derechos obreros conquistados.

<sup>3</sup> En los marcos de la LCT, para que se efectivice el contrato de trabajo no resultará necesaria la permanente ejecución de tareas, sino que en los términos de sus artículos 21 y 103, bastará con la mera puesta a disposición de la fuerza laboral del trabajador en favor del empleador, en tanto el primer artículo de cita habla de una persona que se “obliga a”, mientras el segundo prescribe que la remuneración se devenga en favor del trabajador “por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquel”.

<sup>4</sup> Para una ampliación respecto al carácter ambivalente del Derecho del Trabajo, se puede consultar (entre otros), nuestro artículo titulado: “*El concepto de Derecho del Trabajo*”, publicado en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, año 12 nro. 45, págs. 359 a 375.

### 3. La faz sociológica. Sistemas de control social

Fuente reiterada de citas resulta ser el diccionario on line de la Real Academia Española que, en materia de control –simplemente–, lo define de la siguiente manera: Del fr. *Contrôle*. **1.** Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. **2.** Dominio, mando, preponderancia. **3.** Oficina, despacho, dependencia, etc, donde se controla. **4.** Puesto de control. **5.** Regulación manual o automática, sobre un sistema. **6.** testigo (muestra). **7.** Mando o dispositivo de regulación. **8.** Tablero o panel donde se encuentran los mandos. **9.** Examen parcial para comprobar la marcha de los alumnos<sup>5</sup>.

De los anteriores conceptos, podemos resaltar elementos comunes. Así, se advierte repetida tres veces la palabra mando, y también se mencionan las palabras regulación, preponderancia, inspección, fiscalización, comprobación (aunque todas estas últimas solamente están referenciadas una sola vez, sin que eso nos haga perder el curso de la idea que se intenta seguir en el presente apartado). A partir de allí, podemos adelantar una teoría: que el control es poder y dominación, a la vez que regulación.

Como surge de líneas supra, ya contamos con una somera idea del control simple y lato, a partir de la cual nos arriesgamos a decir que el concepto de mando y regulación son elementos necesarios (o derivados), de dicha palabra. Mas aquí en rigor de verdad nos proponemos analizar una noción más compleja, la del control social, adelantándose al respecto que sobre ello nos topamos básicamente con dos vertientes interpretativas, una que lo aproxima a la idea de la regulación, y otra que lo vincula más bien con las nociones de coacción y dominación. A continuación haremos una apretada síntesis de ambas posturas.

En la primera escuela, podemos advertir que desde los orígenes de la sociología como disciplina científica, el término del control social constituía un aspecto importante de lo colectivo,

<sup>5</sup> Definición disponible on line en el siguiente enlace: <http://dle.rae.es/?id=AeYZ09V> [fecha de consulta, 14 de febrero de 2018].

funcional para el entendimiento del orden social. En los marcos más básicos, el control social estaba referido a la capacidad de la sociedad de regularse a sí misma, acorde con los principios y valores deseados. Así, el análisis sociológico tiene la tarea de explorar las condiciones y variables que hacen a esta meta susceptible de ser alcanzada.

La noción de control social con el sentido que estamos ahora analizando nos viene sobre todo de la sociología norteamericana, asociándosela en la casi generalidad de los casos a la idea de dominación como instrumento positivo. En este sentido, Talcott Parsons traduce la noción de *herrschaft* (dominación) construída inicialmente por Marx Weber, en *imperative control*, es decir, transforma el concepto de control en un elemento utilitario y positivo.

Según algunos autores, el interés por el control social hace su aparición en la sociología norteamericana durante la década de 1920, principalmente en dos ámbitos: por un lado, se lo menciona en estudios concernientes a la desviación y a la criminalidad; y por el otro, también surge el mentado concepto a propósito de la asimilación, por los inmigrantes y los miembros de las minorías étnicas, de los modelos norteamericanos impuestos desde la clase media (Boudon y Bourricaud, 1974).

Para esta orientación entonces, el control social no se lleva a cabo a través de una serie de instituciones cerradas (que dio lugar a la exposición de la teoría del panóptico de Michel Foucault –con su base indispensable en J. Bentham–), sino mediante una red de instituciones sociales y políticas descentralizadas y propias del sistema democrático.

Por su parte, en la vereda opuesta (tal como lo adelantamos en el párrafo que antecede), nos encontramos con las visiones que estudian al control social como instrumento de coacción.

En verdad esta es la tesis que nos interesa en este trabajo de investigación, tendiente justamente a analizar el despido como herramienta de control social (y a explicar los motivos del por qué de esa derivación, según entendemos), y como medio de

coacción del empleador frente al trabajador, desposeído de similares atributos.

Como quedó delineado antes, la perspectiva del control social está asentada en la suposición acerca de las interacciones y las influencias mutuas. Por lo tanto, plantea la cuestión relacionada a las consecuencias del ejercicio de la fuerza y la coerción en beneficio de aquellos que la aplican, ya sea que el objetivo tienda al mantenimiento de una estructura social, o bien a su cambio.

En esto, se entiende que la desintegración social implica una reducción en la capacidad de un grupo para controlar el comportamiento de sus miembros y una declinación de la interacción e influencia; más lo cierto es que los conflictos sociales implican, por contrapartida, un crecimiento de la interacción entre los grupos sociales sobre la base del antagonismo en los significados y en las metas de cada uno (Janovik).

Para algunos, la existencia de elementos coercitivos en el seno de una sociedad implica la presencia de instrumentos de persuasión de la sociedad industrial, “encontrar los medios para guiar la conciencia individual y el deseo de los miembros de una sociedad” (Ross, 1901, citado por Janowitz). Para nosotros, el conflicto parte sobretodo de la idea de desigualdad, jurídica y económica, entre los integrantes de una sociedad y, específicamente en lo que aquí investigamos, de la sociedad laboral, traduciéndose ello en el reconocimiento del poder del empleador para violentar al trabajador, y la casi ausencia mecanismos de defensa para el sujeto débil de tal relación. Un control social micro (aunque puede tener proyecciones macro, como a continuación veremos), pero no por ello menos lesivo a los intereses de la sociedad.

Esa vertiente se ha desenvuelto sobretodo (al menos en cuanto a las incidencias dentro del Derecho del Trabajo) en el sistema económico capitalista, modelo económico criticable pero exitoso en cierto sentido. Este persiste aproximadamente desde finales del siglo XVII, momento de la historia en que la producción pasó a proyectarse no ya como medio de sustento, sino de intercambio sobre todo a gran escala, definiendo de la

misma manera los efectos de dicho proceso. Ya no se trataba de una economía de sustentación, sino de un proyecto que tendió al incremento de la movilidad de personas, cosas y divisas. Para ello se trató de mecanizar el sistema productivo, lográndose esto con la incorporación al sistema de nuevas y novedosas –para entonces–, maquinarias y técnicas, como lo fueron el telar mecánico o la progresión de los medios de transporte (sobre todo el ferrocarril), aunque desde el discurso oficial se omitió difundir que la mentada mecanización loería también en parte, de las personas involucradas en el proceso productivo, de los y las trabajadoras, verdaderos protagonistas de esa triste historia.

Quien ha trabajado profundamente, desde lo clásico, dentro de esta vertiente fue Michel Foucault. El mismo, en obras memorables<sup>6</sup>, ha estudiado el control sobre el cuerpo de las personas (que involucraba al derecho penal, pero por derivación también a los sistemas de control utilizados dentro del modelo laboral capitalista), nutriendo la vertiente que comprende al control, más que como regulación o instrumento de equilibrio social, como mecanismo de sometimiento, adaptando su análisis al entorno evolutivo que conllevó el cambio de una sociedad de castigo, a una sociedad de vigilancia. En el último punto es que tuvo mayor relevancia el estudio de la fábrica como institución de control y, con ella, el derivado panoptismo que dinamizó el éxito del poder disciplinario a través de lo que se conoció como proceso de moralización de los cuerpos.

#### **4. El derecho y la sociología. Algunas derivaciones. Los poderes exorbitantes del empleador y el artículo 245 LCT**

En los anteriores apartados, hemos hecho mención a dos campos del conocimiento, uno legal, y otro de matriz sociológica. Más este trabajo en realidad está orientado a entrelazar

<sup>6</sup> Se recomienda consultar los siguientes libros: “Microfísica del poder” (Madrid: La Piqueta), “Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión” (Buenos Aires: Siglo XXI editores), así como también “La vida de los hombres infames” (La Plata: Altamira). Todas referenciadas en el apartado de la bibliografía.

ambas disciplinas, para tratar de comprender ciertos alcances que creemos importantes respecto de un instituto también destacable por sus consecuencias dentro de la LCT. Con tal fin, continuaremos en lo sucesivo unificando los elementos ya vistos en las páginas supra.

Como ya expresamos someramente, entendemos que el vínculo jurídico laboral no se desenvuelve a partir de un contrato, sino en base a una relación jurídica que conecta dos voluntades con objetivos diferentes, pero en un espacio y tiempo común<sup>7</sup>.

Esa idea de la relación de trabajo, se encuadra en una estructura ambivalente que justifica y desarrolla una vinculación desnivelada de poderes y fuerzas sociales, con diferente impacto económico y cultural, pero siempre tendiente a dar prevalencia a la voluntad del empleador.

En el denominado contrato de trabajo, el empleador es dueño no sólo de la empresa –que dirige y organiza–, sino en parte también del propio trabajador, a quien controla –sobre todo con la coerción–, ordena y vigila.

Por empezar, tenemos que tener en cuenta que la relación de trabajo no genera un vínculo de solidaridad ni menos de colaboración. Nada de solidaridad existe en el derecho del trabajo, más allá de los efectos de algunas obligaciones frente al crédito preferente de contenido alimentario, por lo que la regla receptada en la última parte del artículo 62 de la LCT no es sincera ni concreta. Tampoco creemos que sea un ideal, sino un mito. No es una utopía, sino un concepto vacío e ineficaz.

---

<sup>7</sup> Entendemos que aunque el empleador no se encuentre cotidianamente en la empresa o en el lugar en que el trabajador presta efectivamente tareas, no se deslegitima la idea esbozada, desde que aún en las formas de trabajo virtuales, se viabiliza el poder de control del empleador y su presencia aunque no física si concreta y efectiva. De hecho, la celebración misma del negocio laboral supone la materialización más evidente de la subordinación, característica clave del modelo explicado, a través de la llamada dependencia jurídica, que conlleva la atribución al empleador para poder sustituir la voluntad del trabajador por la suya propia, encorsetando de manera casi permanente la subjetividad de aquel, en beneficio del empresario.

No podemos denominar solidario o de colaboración a un vínculo en que las partes actúan de tal manera contrapuestas, que si no existieran formas modernas de canalización de ese conflicto, no podríamos hablar siquiera de la existencia de una disciplina protectoria.

Aún con la presencia del orden público laboral, u orden público social como se prefiere denominar en el derecho comunitario europeo, la relación de poder sigue siendo dispar en beneficio del empleador, y de nada nos sirve tampoco decir que “*el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí* (y que) sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por ésta ley”, como reza el segundo párrafo del artículo 4 de la Ley 20.744, sobre todo si en la misma norma tenemos un artículo posterior que defiende la onerosidad del contrato de trabajo en tanto no lo presume gratuito (art. 115 LCT), o la existencia misma de facultades de dominación y control tal como ocurre en el caso del artículo 245 de la LCT.

Pero sin ánimo de reiterar conceptos ya expuestos, nos interesa ahora referirnos más en particular a los denominados poderes exorbitantes del empleador, para lo cual las primeras ideas de este acápite nos sirven de introducción general.

Como se sabe, en la relación laboral tanto el trabajador como el empleador tienen derechos y obligaciones elementales, y otros de contenido complementario. De esa manera, se distingue en doctrina entre las obligaciones de cumplimiento y las de conducta, binomio que en su primer término hace referencia a los deberes principales de cada sujeto –con sus paralelas acreencias–, mientras que las del segundo concepto refieren como se dijo antes de manera general, a determinadas exigencias de contenido más actitudinal pero que, no obstante no configurar elementos centrales o definitorios en la relación laboral, lo matizan de tal modo que su violación podría acarrear un perjuicio atendible jurídica y económica mente.

Sobre lo anterior, y a fin de clarificar las ideas allí expuestas, las obligaciones de cumplimiento –como deber central o esencial–, involucra al trabajador para poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador (aunque éste no haga uso efectivo de la misma, pudiendo hacerlo no obstante), y de parte del empleador exige, paralelamente, el pago de la remuneración y las obligaciones de seguridad, como centrales. A su diestra, campean los deberes de conducta, entre los que podemos citar los de no concurrencia y de fidelidad, de parte del trabajador, y el respeto por la igualdad de trato o el respeto por las invenciones del trabajador, de mano del empleador.

Ahora bien, sin entrar a analizar y criticar cada uno de los derechos o deberes de las partes (lo que excedería en mucho el objeto de este trabajo), remarcamos que en nuestro ordenamiento positivo existen ciertas facultades que desnivelan la solidaridad y colaboración propendidas como norte primero, favoreciendo de manera injustificada a uno de los contratantes en claro perjuicio de su par legal. Aquí es donde entra el tema de las facultades o poderes exorbitantes que la ley sólo le reconoce al empleador. Se reitera, no existen en nuestro derecho nacional poderes o facultades exorbitantes en beneficio de los trabajadores; y si en alguna oportunidad llegasen a existir (dudamos), no faltarían quienes enarbolen desde el primer momento banderas con insignias tendientes a rescatar el desnivel negativo perdido, en relación a nuevos perjuicios causados –potencialmente–, al otro contratante.

El perjuicio de esta situación es que dichos poderes extra-limitados tienden por parte de cierto sector de la doctrina a ser naturalizados, o absorbidos, sin hacer ningún tipo de crítica a su respecto. Con eso corremos el riesgo de agrietar la esencia protectoria que tiene esta disciplina, y que no viene dada, es decir no surge de ningún manantial que brote de la tierra, sino que es un concepto para construir y trabajar, para defender y extender desde la academia, desde el trabajo diario de la abogacía liberal, desde la judicatura, desde los puestos legislativos o administrativos, desde la banca política. El dato es

que cuando no se defiende esa bandera, o se prefiere recorrer el sendero más reducido, la disciplina no crece, sino que tiende a envejecer y deshidratarse; sus contenidos se vuelven vetustos y desactualizados, sobre todo en el amplio panorama actual de nuestro sistema internacional de derechos humanos, por lo que según creemos nuestros aportes deben ser a la inversa: trabajar en un sentido o en otro, pero dando fundamentos a nuestros dichos. Aquí el aporte consiste en criticar la existencia de tales potestades desniveladas del empleador.

Nos parece importante, en este íter, identificar aunque más no sea someramente, los casos más evidentes de poderes exorbitantes con que cuenta el empleador en nuestro derecho nacional. En esa línea, podemos encontrar el poder de variar ciertas condiciones del contrato de trabajo –aunque con ciertos límites legales–, el poder de aplicar sanciones disciplinarias al trabajador y, por sobre todo, el poder de extinguir en cualquier oportunidad a la relación laboral, sin mayores consecuencias que la obligación de pagar una indemnización que a todos evento es de contenido tarifario, es decir, limitado, acotado a los intereses del empleador, sujeto más beneficiado con el instituto receptado en el artículo 245 de la LCT, que le permite anticipar los costos empresariales frente a la efectivización de su voluntad rescisoria<sup>8</sup>.

Pero la paradoja del sistema estriba en que, por un lado, el ordenamiento jurídico atribuye poderes exorbitantes al empleador, mas posteriormente tiende a suavizar ciertos aspectos del mismo (sin aniquilarlos totalmente), otorgándole al trabajador afectado algunos beneficios –o defensas–, por así decirlo secundarios (ejemplo de ello son las alternativas que puede seguir el trabajador ante la materialización abusiva del ius variandi, conforme prescribe el segundo párrafo del art. 66 de la LCT).

---

<sup>8</sup> También a nuestro criterio entrarían dentro de los poderes exorbitantes, los de dirección (art 65 LCT), la posibilidad de efectuar controles de tipo personal (art. 70 LCT), la posibilidad de suspender la relación de trabajo por causas económicas (218 y ss. de la LCT), entre otras.

Entonces a esta altura podríamos preguntarnos desde qué sentido se puede tildar de exorbitantes a un conjunto de poderes del empleador: desde el mismo sentido de justicia y equidad, desde el serio respecto por la buena fe, y desde el principio de igualdad y no discriminación, enunciados todos como estandartes generales dentro de la propia LCT, aunque luego casi olvidados, dando pie al tópico de la ambivalencia de la materia.

## **5. Las materializaciones del control social en el instituto del despido injustificado**

Aquí nos adentramos en el punto elemental de nuestra investigación. Tratar de explicar por qué consideramos que el despido injustificado habilitado por el artículo 245 de la LCT debe ser estudiado como un instrumento de control social en manos de los empleadores y, a la vez, de manera paralela, como concreción de un poder exorbitante de su parte.

Hemos referido hasta este momento a varias instituciones del Derecho del Trabajo y de la sociología vinculada, y tratamos de conectarla en cada momento oportuno con el caso analizado. En los apartados siguientes haremos una profundización de otros elementos importantes que nos ayuden a comprobar nuestra idea inicial.

Entendemos que el despido injustificado es una herramienta de control social en manos del empleador. Se trata de un control social privado, justificado por el propio sistema jurídico habilitante de ese micro poder avasallante de los derechos de los trabajadores. Los justificativos elementales de esa idea proyectada, han sido planteados en una serie de puntos que a continuación serán desarrollados.

### ***I. No hay derecho a despedir pero igual se despidé***

Como dice este sub-título, dentro del despido injustificado –definido por la doctrina como el acto unilateral del empleador mediante el cual éste dispone la resolución del contrato, sin que

medie un motivo legalmente atendible que legitime esa decisión rupturista (Gatti, 2015:513)–, no existe derecho a despedir.

En la doctrina nacional algunos autores interpretan a –nuestro entender de manera errada–, que existe un derecho subjetivo del empleador a despedir sin causa justificada, disponiéndose además que el empleador puede hacer uso de tal facultad cuando así lo aconseje el giro normal de sus negocios, siempre y cuando cumpla con dos obligaciones: otorgar el preaviso, y pagar en tiempo y forma la indemnización por despido fijada en el artículo 245 de la LCT. En tal posición se encuentra por ejemplo Enrique Herrera<sup>9</sup>, entre otros, y se afirma desde allí que en tanto el sistema legal no impide al empleador poder ejercer con eficacia el despido sin brindar causa justificada, tal facultad encuadra dentro de los derechos con que cuenta el empresario en el marco de sus facultades de organización y dirección.

En la dirección contraria, se afirma que el despido injustificado es un acto ilícito, pero eficaz. Para fundamentar la ilicitud propuesta, se ha afirmado que en el ejercicio de tal poder exorbitante, el empleador viola su obligación legal de mantener el contrato hasta la jubilación del trabajador –o hasta que se consideren cumplidos los recaudos establecidos por la ley para que el trabajador pueda acceder al beneficio de la jubilación ordinaria, todo dentro de la lógica del contrato por tiempo indeterminado–, y que dicha transgresión objetiva tiene como basamento la obligación impuesta al empresario rescisor de abonar al trabajador un suma en concepto de “indemnización” tarifada y legal, desde que, según los principios emanados del derecho de las obligaciones, nadie puede ser sancionado por el ejercicio regular de un derecho.

---

<sup>9</sup> Afirma el autor de cita que “...por nuestra parte, no pensamos sin más que todo despido sin invocación de causa resulte un acto ilícito o de incumplimiento contractual, pues las partes no se han obligado a mantener *sine die* la relación, ni la ley admite un derecho a la estabilidad propia en el empleo, llegando al punto de sostener que en nuestra opinión, el empleador dispone de un derecho subjetivo para resolver sin causa el contrato de trabajo cuando así lo aconseje el normal giro de sus negocios” (Herrera, Enrique, “Extinción del contrato de trabajo”, en Vázquez Vialard Antonio –Dir.– “Tratado”, T. 5, p. 266/277).

Además de la violación a la regla de la continuidad, receptionada en el artículo 10 de la LCT, se atribuye el carácter de ilícito al ejercicio del poder extintivo unilateral e injustificado del empleador, argumentándose en esa vereda que se encontraría vulnerada la garantía constitucional de la protección contra el despido arbitrario, garantía reconocida en el primer párrafo del artículo 14 bis de la CN.

Ahora bien, sin perjuicio de la calificación del despido injustificado como un acto ilícito (que compartimos plenamente), no es menos cierto advertir que incluso la doctrina más progresista en el tema debe admitir que tal carácter va acompañado –en nuestro derecho nacional–, por el de la eficacia de tal decisión.

Como se comentó anteriormente, el empleador tiene el poder de aniquilar en cualquier oportunidad la relación de trabajo, y la calificación de ese acto como ilícito no desmembra su paralela consecuencia –y elemental en este punto–, cual es su habilidad para dar por extinguido aquello que muchos denominan fácilmente como contrato de trabajo, sin reparar en que una herramienta jurígena como el poder de despedir sin justa causa, deshabilita ontológicamente el uso de esa denominación general que no alcanza a configurarse realmente en el universo del trabajo, en donde el prestador de tareas se encuentra permanentemente sometido a una voluntad ajena que limita su libertad, y en donde por ende la igualdad (otro elemento de la figura de los contratos del derecho común, fuente elemental) es también un componente totalmente extraño en lo concreto.

En esta senda, señala el profesor Capón Filas que “*(...) la realidad demuestra que el temor al despido y el consiguiente desempleo es un gran disciplinador social. Por ello, cada tanto, un despido, de tal modo que siempre pese sobre los trabajadores la advertencia: “el silencio o la expulsión” que repite intramuros de la empresa el eslogan “nosotros o el caos”. Tal vez, ese temor explique que durante la relación el trabajador no reclame sus derechos y acompañe con poco entusiasmo las huelgas, cuando existiesen o no las acompañe*” (2014:3).

Cierto es que en los últimos años, se han efectuado por la doctrina importantes aportes tendientes a deslegitimar el poder extintivo del empleador en las relaciones privadas –incluso en las que no se cualifican por una especialidad inicial del vínculo, como serían las relaciones de trabajo del representante gremial protegido por la tutela sindical, o el caso de la mujer embarazada o que ha dado a luz, entre otros supuestos–, mas aún no se ha desactivado tal energía extintiva. El artículo 245 de la LCT sigue vigente y con él toda una amalgama de poderes paralelos (exorbitantes o no, depende del caso), que por un lado desactivan la calificación como contrato del vínculo laboral y, por el otro, de manera consecuente, desnivelan la distribución de fuerzas en perjuicio del trabajador, cosechando así la ambivalencia del Derecho del Trabajo, y fomentando la violación a su propiedad del puesto de empleo.

En esto, dice el maestro Moisés Meik que un modelo de ordenamiento como el argentino, es un sistema que trasunta “una dosis de violencia sobre la persona del trabajador”, quien, por ello, tiene internalizado desde el inicio de su relación y a lo largo de su desarrollo o devenir, la implícita amenaza del despido, que opera, además, como un condicionante perverso de “disciplinamiento” social inadmisible. Esa amenaza de despido opera, también, contra el principio de la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos por el trabajador durante el desarrollo de la relación laboral. La inestabilidad en el empleo condiciona la inestabilidad en las condiciones de trabajo.

Y agrega en el mismo sentido que, por esa razón, el trabajador se ve empujado con frecuencia a someterse, durante el desarrollo de la relación laboral, a exigencias empresariales solapadas, para que resigne derechos adquiridos durante el curso de la relación laboral, o a inhibirse de plantear oportunamente las reivindicaciones de mejores derechos o reclamos por incumplimiento, todo por el temor al despido, que puede transformarse –como represalia perversa– en la reacción empresarial si persiste la resistencia o conducta reivindicativa del trabajador.

De todo lo anterior se deriva entonces que la herramienta del despido injustificado es un acto ilícito, pero eficaz, y que a través de este último componente, el empleador empuña un poder exorbitante (el más poderoso de todos), controlando a los trabajadores a su cargo.

## *II. La reparación a que da lugar el despido sin justa causa es reducida y no integral*

El artículo 245 de la LCT se titula “Indemnización por antigüedad o despido”. Así se ha identificado desde que la Ley 20.744 vio la luz allá por el año 1974.

Sencillamente diremos por ahora que el mecanismo denominado “indemnizatorio” del artículo en comentario, habilita también la consideración de la herramienta del despido injustificado del empleador como un mecanismo de control social.

Ahora bien, cabríamos preguntarnos cómo opera el mencionado control a través de una ecuación económica (y financiera también, sobre todo para el empresario), inserta en el artículo 245 de la LCT.

La respuesta es breve. El temor de los trabajadores, su miedo a ser despedidos, se incrementa desde que se sabe de antemano que la extinción del denominado contrato de trabajo no es seguido por una reparación integral de los daños y perjuicios sufridos con motivo del mismo, y más en un contexto de alto desempleo y recesión económica nacional como ocurre a la época en que la presente investigación se lleva a cabo. Para un mayor entendimiento, iremos desmenuzando cada componente de manera progresiva.

En primer término diremos que el mecanismo denominado indemnizatorio del art. 245 LCT no es tal, sino que la compensación económica de que es acreedor el trabajador a partir del acto de despido sin justa causa es tarifada, es decir, sufre una limitación legal en base a dos componentes, como son los que solemos identificar como de la “doble T”: la tarifa y el tope (que antes fueron explicadas rápidamente).

Para clarificar lo anterior tenemos que considerar el significado de la palabra “indemnización”.

El Diccionario de la Real Academia Española poco nos ayuda en esta aventura, pero al menos brinda algunos elementos introductorios. Y así dice que indemnizar es: “*Resarcir de un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica*”<sup>10</sup>.

Adaptando lo anterior, se entenderá que obviamente el daño o perjuicio en el caso es la situación de desempleo en que es colocado el trabajador a partir de la comunicación del despido injustificado, y que la mentada compensación económica es la acreencia consecuente del mismo, que involucra no sólo la liquidación de los rubros devengados a partir de la puesta a disposición de su energía corporal por un cierto período de tiempo (sueldo proporcional, SAC, vacaciones, devengados), sino el adicional que la ley obliga a abonar al empleador que decida extinguir el contrato de trabajo, y que se cuantifica con la misérrima fórmula inserta en el artículo en comentario.

Pero afinando los términos, manifiestan Cazeaux y Trigo Represas que la indemnización tiene un triple carácter. Por un lado, dicen los autores de cita, es un medio indirecto de cumplimiento de la obligación. Por el otro –exponen–, tiene como carácter la subsidiariedad, aclarando que a ella se puede acudir solamente cuando es imposible obtener el cumplimiento de la prestación *in natura* por el deudor o por un tercero. En tercer orden, señalan que la indemnización del daño tiene, asimismo, un carácter resarcitorio, es decir que mediante ella se persigue la finalidad de reparar el perjuicio ocasionado, pero no la de sancionar o castigar al obligado al pago (1969:213).

En cuanto a la finalidad del instituto, refieren que la indemnización de los daños y perjuicios es la de restablecer el equilibrio que el incumplimiento de la prestación o el daño han alterado, procurando por su intermedio colocar al acreedor

<sup>10</sup> Versión on line del Diccionario de la Real Academia Española, disponible en el siguiente enlace: <http://dle.rae.es/?id=LMrZNlo> [fecha de consulta 15 de febrero de 2018].

en igual o semejante situación a la que hubiera tenido de no haberse producido la inejecución o la violación del derecho (Cazeaux-Trigo Represas, 1969:214).

Si bien el mecanismo explicado por los profesores Cazeaux y Trigo Represas se direcciona a las obligaciones civiles, sus conceptos son extensivos al resto del derecho, y entre ese universo obviamente al Derecho del Trabajo, por lo que mal haríamos en no aplicar tales herramientas provenientes del derecho común para entender las obligaciones derivadas de la relación laboral.

En ese entramado, advertimos que lo que se identifica en el artículo 245 de la LCT como “indemnización”, no reúne ninguno de los caracteres centrales que antes se han referenciado. En esa senda, la “indemnización” laboral por despido injustificado mal puede ser considerada como un mecanismo de cumplimiento del contrato laboral desde que, por un lado, se permite que por su intermedio la regla de la continuidad de la relación de trabajo (que el contrato se extienda hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de jubilarse) se vea alterado por la sola expresión de la voluntad del empleador y, por el otro, tomando en cuenta las consecuencias tan negativas que tal decisión provoca en el trabajador dependiente. No hay cumplimiento del contrato laboral aunque se abonen las sumas de dinero cuantificadas en el artículo 245 de la LCT, ya que ese mecanismo sólo tiene por objeto prever costos empresariales y no proteger al trabajador, sujeto de especial tutela constitucional según la interpretación vertida por la CSJN en el caso “Vizzoti c/AMSA S.A.”<sup>11</sup>, y según la propia directiva del artículo 14 bis CN.

En un segundo aspecto, la reparación del artículo 245 tampoco es subsidiaria, sino directa. Es decir, no se habilita legalmente a que el trabajador despedido de manera injustificada pueda requerir la anulación del despido y la reposición al estado en que se encontraba con anterioridad al acto rescisorio, salvando los casos de despidos injustificados agravados, y sin perjuicio de la buena doctrina nacional que defiende desde el

---

<sup>11</sup> CSJN, 14/9/2004.

derecho constitucional e internacional y de derechos humanos la posición contraria. Reiteramos, legalmente no se habilita la restitución in natura, aclarando que cuando decimos legalmente sólo nos referimos al mecanismo del artículo 245 de la LCT que se autodenomina “indemnizatorio” cuando en realidad no lo es, sin menospreciar las posiciones de otros autores que de buena manera (nosotros coincidimos), atacan el despido injustificado, pero desde otras fuentes.

Reiteramos, la solución impuesta por el legislador a través del artículo 245 no es la reparación in natura, sino en especie, a través de una suma limitada o tarifada.

Finalmente, advertimos que tampoco se cumple en la especie con el tercer carácter explicado por Cazeaux y Trigo Represas, cual es el resarcitorio, y volviendo aquí a una frase expresada supra, ambos autores entienden en cuanto a la indemnización que “mediante ella se persigue la finalidad de reparar el perjuicio ocasionado, pero no la de sancionar o castigar al obligado al pago” (1969:213).

Aquí tenemos dos cosas que decir. Por un lado, que la reparación laboral por despido injustificado consagrada en la LCT nuevamente –esta vez por la ausencia del tercer carácter general–, no es indemnización, ya que, volviendo, no tiene la cualidad de ser reparatoria, sino solo compensatoria. Por el otro, y circunscribiéndonos al ámbito exclusivamente laboral, entendemos que la compensación dineraria parcial del artículo 245 tiene como correlato la producción de una daño (el despido sin justa causa de un trabajador), pero también en paralelo la ocasión de una sanción legal aplicada al empleador por haber extinguido el vínculo, de ahí la calificación de acto ilícito, lo que corrobora una vez más a nuestro entender que no estamos en presencia de un derecho subjetivo del empleador a despedir.

En este sentido, ha expresado Juan Orsini que en el caso de marras, la norma jurídica prescribe una conducta determinada, en cuyo marco, se le impone al empleador que decide celebrar de manera voluntaria un contrato de trabajo, el deber jurídico

de cumplir con todas las obligaciones que se derivan de ese vínculo hasta que el trabajador esté en condiciones de obtener un beneficio jubilatorio. Es decir, ese sería su deber ser. Pero si el empleador no observa de manera espontánea el cumplimiento de la norma, el propio ordenamiento jurídico le impone una sanción, como reacción del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho (2007:657).

Es decir, que la obligación de pagar la compensación económica del art. 245, no nace como correlato del ejercicio de un derecho subjetivo, sino que es una sanción aplicada por el ordenamiento jurídico. Luego, a diferencia de lo planteado por Cazeaux y Trigo Represas, en el caso bajo estudio sí tendríamos que hablar en parte de un castigo al obligado al pago, es decir, al empleador, frente a la acreencia generada en beneficio del trabajador. Por ese motivo Capón Filas no está de acuerdo con identificar la causal de extinción por despido sin justa causa, como despido libre indemnizado, señalando que nadie es sancionado negativamente por ejercer su libertad (2014:3).

En orden a todos los argumentos antes vertidos, entendemos que la suma de dinero que el sistema legal tarifa en el art. 245, de ninguna forma puede ser individualizada como indemnización –a contrario de lo que el título del mismo artículo señala–, sino solamente como una compensación parcial por el daño provocado.

### ***III. Es un acto de violencia y uno de los mayores poderes exorbitantes del empleador***

Coincidiendo con dos excelentes autores de la literatura jurídico-social europea, Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey, y en concordancia con todo lo que hasta este momento llevamos analizado, diremos que el despido debe contemplarse como un fenómeno de violencia inserto en los itinerarios de la autoridad empresarial y que en tanto fenómeno de empresa, más allá de su forma jurídica y de su engarce en el mecanismo regulativo de las relaciones de trabajo entre el momento contractual y el organizativo, es ante todo un acto de violencia del poder privado que se expresa como tal (2009:44).

Efectivamente, el poder empresarial, aún siendo éste exorbitante como es el caso del despido injustificado, se inserta en un sistema legal y social que en parte lo justifica; se adhiere al mismo, habilitándose que el muro protectorio de las relaciones de trabajo se vea acanalado por facultades desmedidas que dañan a uno de los contratantes. Y como se dijo en páginas anteriores, ese paradigma de violencia no debe encontrar un reducto más de justificación en lo que se dio en llamar como el carácter ambivalente del Derecho del Trabajo, sino que, a contrario, lo útil es construir a partir de allí nuevas herramientas de protección para contrarrestar aquella situación de agresión jurídica y también física en favor de quienes todos los días exponen su persona con motivo de la prestación laboral (manifestación del control sobre los cuerpos).

Como dicen Baylos y Pérez Rey –confirmando una vez más la hipótesis del control social que manejamos–, la empresa, a través de la privación del empleo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir, de una situación compleja en la que a través del trabajo ésta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo (2009:44).

Como tuvimos oportunidad de decirlo en otra ocasión<sup>12</sup>, quizá aquello de que el trabajo significa tener algo de cierto, no en cuanto a la dignidad insita en todas las personas por el solo hecho de ser tales (que reafirmamos), sino en tanto forma de realización individual y pertenencia grupal.

Prosiguen diciendo Baylos y Pérez Rey –derivado de lo anterior–, que el despido es violencia y por eso se expresa a través de formas que la niegan, y que jurídicamente se incluye ese acto rescisorio (o la posibilidad de hacer uso del mismo, es decir, la facultad de despedir sin justificación) en el marco de la relación contractual, y en consecuencia haciéndolo derivar del

---

<sup>12</sup> “El concepto de Derecho del Trabajo”, publicado en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, año 12 nro. 45, pág. 374.

sometimiento voluntario del trabajador y de las dificultades del cumplimiento de lo acordado, diluyéndose entonces el aspecto coactivo del acto de rescisión del contrato en la organización del consentimiento en la producción y los procesos de trabajo, como un elemento implícito de éste (2009:44-45).

Entendemos que esa fuerza es permanente a lo largo de toda la vinculación laboral, y no necesita ser concretada especialmente para comprobar su verdadera presencia, aún cuando puede generar efectos agresivos encumbrados como el caso del despido injustificado.

Creemos que el despido sin justa causa es la máxima expresión de violencia dentro de la empresa, y que se trata de ocultarla –además–, tras la figura del contrato de trabajo, haciendo ver a las partes como libres o iguales cuando en verdad no lo son. Pero también pensamos que la violencia parte de otros casos, como la desigual retribución, las jornadas extenuantes y las magras condiciones de salud, el ejercicio desorbitado del ius variandi, entre otros ejemplos, aún cuando concluimos que todos esos ítems tratan de ser justificados nuevamente por el propio sistema otorgando al empleador las facultades de organización y dirección de la empresa, o creyendo en su esencialidad dentro del llamado contrato de trabajo, o en la legitimidad derivada del ejercicio de algún derecho de propiedad.

Recordemos que los empleadores no son los únicos propietarios dentro de la relación laboral, ya que los trabajadores son titulares de una triple propiedad: propiedad de su cuerpo, del puesto de trabajo, y una propiedad social, y que las mismas también deben ser defendidas.

En parte, como dicen Baylos y Pérez Rey, también dentro de esa aparente lógica contractual se intenta ocultar la violencia del despido injustificado tras la configuración de un relato que sólo da cuenta de ciertas consecuencias económicas derivadas de la rescisión del vínculo, aunque desde allí también se controle, sobre todo con una reparación parcial como la derivada del artículo 245 de la LCT que ya hemos analizado páginas atrás.

Dicen los autores de cita que “el despido pretende situarse en el marco de una conducta puramente económica, la privación de los medios de renta de una persona, para aislar este referente de su repercusión en términos sociales y del acceso a la participación democrática en términos de derechos” (2009:45).

Como dijimos supra, la tarifa legal del sistema argentino también disciplina. Por su carácter limitado y su interpretación amplia en beneficio del empleador (el fallo “Vizzoti” es prueba de ello, en tanto la CSJN allí dijo que el tope era inconstitucional sólo si reducía la base indemnizatoria en más de un 33%), los trabajadores tienden a evitarla, sometiéndose a las órdenes del empleador aún cuando algunas de ellas puedan ser calificada de arbitrarias, por miedo a perder su empleo, por temor a ser expulsado “a un espacio desertizado –el no trabajo–, en donde se plantea la pesadilla del sin trabajo, es decir, la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales” (Baylos Grau y Pérez Rey, 2009:46).

Luego, las negativas consecuencias derivadas de la economización del despido injustificado, no sólo surgen antes de materializada la rescisión del contrato por ese motivo –provocando el disciplinamiento del trabajador, y el sometimiento a condiciones que muchas veces le son perjudiciales–, sino que también se pueden advertir luego de efectivizado el acto de violencia del despido sin justa causa, desde que la supuesta reparación en beneficio del trabajador es sólo parcial, y como dijimos en páginas anteriores, no reúne las típicas características de las indemnizaciones del derecho común, a menos que se quiera crear en el Derecho Social una teoría especial de las obligaciones, contraria a los marcos generales que nos vienen dados desde el derecho romano, y que se expresan hoy de manera moderna en nuestro nuevo Código Civil y Comercial.

Entonces el mayor disciplinamiento opera desde que se sabe de antemano, no sólo que la reparación económica derivada del despido injustificado es parcial y no se reproduce, tendiendo a licuarse al corto plazo (el “precio de despido”), sino que además, de provocarse el despido, vamos a sufrir un

proceso de des-identificación con el grupo económico activo, pasando a formar parte de un gran desierto de desempleados en busca de ocupación, incursionando en eso que Baylos y Pérez Rey identificaron como “la pesadilla del sin trabajo”, agravada en buena medida por contextos de flexibilización laboral y crisis económica.

Coincidiendo una vez más con Baylos y Pérez Rey, el despido injustificado es entonces un acto de fuerza que se inscribe en los itinerarios del ejercicio de la autoridad en los lugares de la producción, y al que prestan su potencia la dogmática contractual y su equivalente dinerario.

## **6. Ideas finales del despido injustificado como instrumento de control social**

Sobre todo lo trabajado en esta investigación, destacamos nuestra idea expuesta al comienzo, tendiente a desarrollar la faceta del control social que emana a través del instituto del despido injustificado en cabeza del empleador.

El Derecho del Trabajo habilita una herramienta de coerción con contornos tan criticables como los que surgen del artículo 245 de la LCT. De ahí su carácter ambivalente.

Como antes lo pusimos de manifiesto, de las dos posturas del control social, seleccionamos la tesis del conflicto, por entender que sobre esas arenas campea de manera permanente un tipo especial de vinculación para algunos denominada contrato de trabajo, más ha quedado claro nuestra postura tendiente a dar prevalencia a la tesis relacionista.

Emile Durkheim en materia de control trabajó sobre la idea de la denominada *conscience collective* que constreñía a los hombres (con una fuerza directamente proporcional a la intensidad de la interacción en torno a sus representantes específicas) a comportarse de determinadas maneras, por encima de los intereses egoístas de cada uno de ellos. Esas ideas resultan trasladables a nuestro caso, pero aclarando que en materia laboral, tal conciencia colectiva tiende más a limitar la

conducta del trabajador que a lograr la pacificación general y el funcionamiento de una sociedad (tesis de la regulación).

En efecto, si bien Ross remarcó que la existencia de elementos coercitivos en el seno de una sociedad implicaba la presencia de instrumentos de persuasión de la sociedad industrial (orientados a construir los medios para guiar la conciencia individual y el deseo de los miembros de una sociedad), lo cierto es que más que persuasión, dentro de una sociedad capitalista como la nuestra, se desenvuelven elementos de imposición permanente que se reproducen, o tienden a ello, y que no se dirigen necesariamente a la canalización de conflictos, sino que muchas veces son fuente de ellos, sobre todo a partir de la desigual distribución de la riqueza resultante del modelo contemporáneo.

En el anterior marco, entendemos que el despido injustificado desequilibra aún más la aparente igualdad contractual, desde que le otorga al empleador el poder de extinguir en cualquier oportunidad el contrato de trabajo, violentando sistemáticamente las tres propiedades fundamentales con que cuenta el trabajador: su puesto de trabajo, su propiedad social y su cuerpo.

Y es que un sistema de inestabilidad no crea más que situaciones de violencia contra la persona del trabajador, pues cuando se sabe de antemano que el vínculo jurídico laboral al que se está sujeto no es perpetuo (y muchas veces ni siquiera duradero), y aún menos igual, sino que a contrario se encuentra sometido de manera permanente a una de las voluntades pactantes, necesariamente eso tiene por consecuencia la retracción de la voluntad del prestador del trabajo, constriñéndoselo aún en contra de sus propios intereses.

El trabajador hoy día puede llegar a doblegar la voluntad extintiva manifestada por el empleador en ciertos casos especiales como en materia de despido discriminatorio o atentatorio de derechos fundamentales, más la realidad indica que sobre los despidos injustificados simples –es decir, no agravados–, el empresario sigue siendo el protagonista estelar, aun cuando nuestra Constitución Nacional intente desde el año 1957 invertir la balanza de la justicia al proteger al obrero frente al despido injustificado.

Entonces creemos a esta altura de la investigación que si bien existe un actual problema jurídico –pues el artículo 245 de la LCT sigue aún vigente–, estamos en presencia más que nada de un problema de tipo político, sin que se adviertan al día de la fecha serios intentos legislativos de modificar ese oscuro panorama en materia de extinción del contrato de trabajo.

Bregamos para que el mensaje emanado de este trabajo, antes que una mera reproducción, tienda a la producción de nuevos aportes que traten no sólo de entender una realidad conflictiva, sino también a mejorarla. Una visión prometedora debe prevalecer, aun cuando en ocasiones el contexto legislativo especial lleve consigo un mensaje diferente. En todo caso la reflexión y la lucha por el derecho, como siempre, debe primar por sobre las miradas pesimistas del fenómeno jurídico.

## 7. Bibliografía básica consultada

- Ackerman, Mario, y Sudera, Alejandro (2008). “*Extinción de la relación laboral*”. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Balbín, Adolfo Nicolás (2015). “El concepto de Derecho del Trabajo”, publicado en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, año 12 nro. 45.
- Balbín, Adolfo Nicolás (2017). “Discusiones en torno a la esencia del vínculo jurídico laboral”. Publicado en la *Revista Derechos en Acción* (ReDeA), edic. invierno, páginas 79 a 95.
- Baylos Grau, A. y Perez Rey, J. (2009). “*El despido o la violencia del poder privado*”. Madrid: Edit. Trotta.
- Bidart Campos, Germán J. (1981). “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis”. Publicado en *Revista Trabajo y Seguridad Social*, Año 1981, T VIII A.
- Boudon, R. y Bourricaud, F. (1974). *Diccionario crítico de sociología*.
- Capón Filas, Enrique (2001). “Protección contra el despido arbitrario - breves apuntes para un debate. Publicado en *Revista La*

- Causa Laboral*, Asociación de Abogados Laboralistas, Año 1; N° 1, Buenos Aires, Octubre de 2001.
- Capón Filas, Enrique (2014). “Nulidad del despido sin causa”. Publicado en *Revista de Derecho del Trabajo* nro 7. Extinción del contrato de trabajo. Buenos Aires: Ediciones infojus. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Cazeaux y Trigo Represas (1969). “*Derecho de las obligaciones*”. Tomo I. La Plata: Editora platense.
- Cornaglia, Ricardo J. (2001), “*Reforma Laboral, Análisis Crítico. Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en la Crisis*”. Buenos Aires: La Ley.
- Fernández Madrid, Juan Carlos: (1989). “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- Foucault, Michel (1992). “*Microfísica del poder*”. Tercera edición. Madrid: La Piqueta.
- Foucault, Michel (2004). “*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*”. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- Gatti, Ángel E. (2015) “*Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales*”. Buenos Aires: Ediciones B de F.
- Janowitz, Morris (1995). “Teoría social y control social”. *American Journal of Sociology*. Vol 81, 1. Universidad de Chicago.
- Krotoschin, Ernesto. (1955) “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, Buenos Aires: Depalma.
- Lopez, Justo (1969). “¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?”. Publicado en *Revista Legislación del Trabajo*, T XVII A (enero/junio). Buenos Aires: Ed. Contabilidad Moderna.
- Lopez, Justo (1973). “Despido arbitrario y estabilidad”. Publicado en *Revista Legislación del Trabajo*, Volumen 21. Buenos Aires: Ed. Contabilidad Moderna.
- Meik, Moisés (2003. Inédito). Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales. “*La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad*”. (Master). Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Albacete.
- Melossi, Darío (1992). “*El Estado del control social*”. Madrid: Siglo XXI.
- Orsini, Juan Ignacio (2007). “Los derechos humanos a la igualdad y a la estabilidad en el empleo como límites infranqueables a la

- eficacia extintiva de los despidos discriminatorios". En *Revista La Causa Laboral*, Nº 31, mes de diciembre.
- Perez Rey, Joaquín (2004). "Estabilidad en el empleo". Edit. Totta SA: Madrid.
- Pits, Jesse y Etzioni, Amitai (1974). "Control social".
- ROCCA, Ival (1974). "Contrato de trabajo. Ley 20.744". Buenos Aires: Blas editora.
- Vazquez Vialard, Antonio (1982). "Tratado de Derecho del Trabajo". Buenos Aires: Editorial Astrea.

# **Articulación de docencia-investigación-extensión para una práctica pedagógica crítica en la enseñanza de los Derechos Humanos**

*Alejandro Medici<sup>1</sup>*

## **1. Diagnóstico: educación en derechos humanos desde la mirada de la crítica jurídica y la pedagogía crítica**

En lo que sigue, esbozamos un diagnóstico acerca de la educación jurídica y dentro de ella, de la educación en derechos humanos, que abreva en las corrientes de crítica jurídica y de pedagogía crítica que consideramos centrales para mejorar las prácticas de educación en derechos humanos en las academias de derecho.

A la hora de analizar críticamente la educación jurídica formal, existiría un potencial campo de convergencia entre la pedagogía crítica, entre otros, en el aspecto resaltado por Henry Giroux: “La pedagogía, en su sentido más crítico, ilumina la relación entre conocimiento, autoridad y poder. Llama la atención sobre cuestiones concernientes a quién tiene el control sobre las condiciones para la producción del conocimiento”<sup>2</sup>.

El modelo educativo de las facultades de derecho no puede desvincularse de los modelos de universidad ni de los contextos históricos, pero en general puede decirse que, en los campos jurídicos latinoamericanos, existe una forma de autonomía de las instituciones de educación jurídica en el sentido de tener una cierta inercia resistente a los cambios exigidos históricamente por diversos contextos sociales.

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Político UNLP y UNLPam. Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. (medici.alejandro@gmail.com)

<sup>2</sup> Giroux, Henry. *Placeres inquietantes. Aprendiendo la cultura popular*. Barcelona. Paidós. 1996.

Los estados de América Latina en su proceso de construcción han estado condicionados por variables macro-estructurales que Boaventura de Sousa Santos<sup>3</sup> sintetiza en tres grandes aspectos que resulta necesario tomar en cuenta a la hora de analizar las prácticas jurídicas:

- a) Desde el punto de vista histórico material y el largo plazo la posición de nuestros estados en el sistema mundial capitalista, se ubican en la periferia o semiperiferia<sup>4</sup>.
- b) La ruta de entrada en la modernidad, diversa de la de otras regiones del mundo. Podría decirse que la modernidad en América Latina va acompañada por el rostro oscuro de la colonialidad<sup>5</sup>, impactando esto en las características del campo jurídico (adoptó pasivamente instituciones estadounidenses y europeas) y postcolonial que se superpone a la complejidad y formas plurales de normatividad social de las respectivas sociedades.
- c) La cultura jurídica dominante de origen europeo continental con influencias del constitucionalismo de los Estados Unidos.

A su vez, esta configuración socio-histórica le ha dado a los campos jurídicos en nuestro subcontinente una textura particular con las siguientes características:

1. El pluralismo jurídico, la coexistencia de múltiples sistemas normativos junto al derecho estatal.
2. La ineeficacia instrumental del derecho estatal que además es variable y selectiva en función de las jerarquías y divisiones sociales. Por ejemplo, el derecho penal es selectivo de los delitos cometidos por los sectores populares pero

<sup>3</sup> Santos, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. 2002. Pg.69.

<sup>4</sup> Wallerstein, Immanuel. *Análisis de sistemas-mundo. Una introducción*. México D.F. Siglo XXI. 2006. pg.26.

<sup>5</sup> Mignolo, Walter. *Historias locales/diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*. Madrid. Akal. 2003. pg. 19.

altamente ineficaz a la hora de punir ilícitos económicos de gran cuantía vinculados a la malversación de fondos públicos, la corrupción, los delitos de cuello blanco de las corporaciones económicas y sus agentes. También los sistemas fiscales son altamente ineficaces a la hora de imponer tributos a las grandes rentas y operaciones especulativas y se descargan sobre el consumo de bienes y servicios.

### 3. El autoritarismo. Uso frecuente de la coacción estatal selectiva como ratio última del orden jurídico.

Tampoco puede desvincularse esta reflexión de la función social normativa: es decir el carácter social del derecho y de todo derecho y su relación con el poder ya que ello incidirá en la diferencia entre una educación jurídica reproductiva y una educación jurídica crítica y problematizadora. El derecho es una forma de normatividad social que se diferencia de otras formas normativas por desarrollar unos órganos especializados de sanción y por dirigirse en principio a las manifestaciones externas de la conducta, es decir, aquellas que tienen consecuencias en la vida de relación intersubjetiva.

Desde este punto de vista, la mirada jurídica descubre una trama que recubre infinidad de conductas cotidianas ya que el derecho configura un juego de lenguaje en el sentido de Wittgenstein (un conjunto de prácticas discursivas que involucran la materialidad de acciones, rituales que se dan en la vida intersubjetiva y que incluso son internalizadas de forma más o menos acrítica por los agentes, aunque no sean juristas ni profesionales del derecho)<sup>6</sup>.

Pero además estos juegos de lenguaje que configuran las prácticas jurídicas tienen la peculiaridad de imputar consecuencias o efectos a esas palabras, relaciones y acciones. Es decir, el discurso jurídico produce estados de cosas, realidades, tiene efectos performativos.

---

<sup>6</sup> Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona. Crítica. 2008. pg.25 y ss.

Así como el saber pedagógico distingue la educación formalizada y sistematizada de la formación en general o socialización que se da como función propia de la totalidad del ambiente social<sup>7</sup>, podría decirse que hay una experiencia jurídica cotidiana generalmente opaca e inconsciente, por la que todos somos actores de las prácticas jurídicas y en alguna medida formados en ellas.

Existiría un nivel de la experiencia jurídica incorporada al sentido común de los individuos o grupos sociales, entendido en el sentido de Gramsci como la visión acrítica del mundo que los hombres recogen en los variados ambientes materiales y morales en que reproducen su vida, que incluye nociones filosóficas popularizadas, folklore, tradiciones y orientaciones normativas implícitas internalizadas, donde el derecho cumple también una función formativa genérica<sup>8</sup>.

En definitiva, todas las personas tienen un grado de formación sobre el derecho: al ser éste un discurso normativo con efectos performativos que recubre los actos más cotidianos en sociedades fuertemente juridificadas.

Esa experiencia y formación jurídica difusa se distingue de la formación profesional especializada y diferenciada en el discurso jurídico que tiende a producir a los juristas como un grupo profesional entrenado en la creación y aplicación de ese discurso y en la imputación de sus efectos.

En los campos jurídicos latinoamericanos existen obstáculos de hecho económicos, sociales y culturales que abisman aún más esta brecha y dificultan la participación de los sujetos de derechos humanos de forma más activa y consciente en las prácticas o la experiencia jurídica, tanto a nivel cotidiano micro como en las cuestiones macro que involucran alternativas de políticas del derecho. Existen numerosos grupos sociales que,

---

<sup>7</sup> Gimeno Sacristán, José. *La pedagogía por objetivos*. Madrid. Morata. 1992. pg.17.

<sup>8</sup> Gramsci, Antonio. *Antología*. Selección, traducción y notas de Manuel Sacristán. México. Siglo XXI. 1987. pgs. 367/399.

siendo formalmente iguales en derecho, sufren sin embargo las condiciones de una fáctica sub-ciudadanía. Las características y el modelo de profesional generado por la educación jurídica formal tienden a reproducir esta brecha.

La educación jurídica formal ha abstraído, sistematizado y tecnificado ese saber y esta operación no es neutral ni objetiva, sino que tiene siempre una relación con el contexto histórico social. Esto conlleva una distribución asimétrica del poder en el cumplimiento de la función social normativa, que es naturalizada por la educación jurídica tradicional y problematizada por las posiciones jurídicas críticas<sup>9</sup>.

En general puede decirse que la enseñanza jurídica se centra en la formación profesional de abogados de mercado o de estado con una metodología apegada a la sacralidad de los textos jurídicos legales y judiciales, que nos trae reminiscencias escolásticas; el culto de la autoridad de los grandes tratadistas y la tendencia a reproducir como modelo de referencia profesional y de autoridad a los ámbitos externos de instituciones judiciales, colegios profesionales, y las convenciones al uso en el ejercicio de la profesión.

Las reflexiones de Paulo Freire, acerca de la educación en su modalidad bancaria, parecen sumamente pertinentes a la hora de esbozar las características que generalmente tiene la educación jurídica, desarrollada por abogados, abogadas, jueces, juezas etc., que usualmente carecen en nuestro país de formación docente, realizada desde la referencia a la textualidad de la norma jurídica y exigiendo de parte del estudiante, la realización de ejercicios memorísticos: “En vez de comunicarse, el educador hace comunicados y depósitos que los educandos, meras incidencias, reciben pacientemente, memorizan y repiten”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Entelman, Ricardo. *Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra*. En: Marí, Enrique et al. 3<sup>a</sup> ed. Materiales para una teoría crítica del derecho. Buenos Aires:Lexis-Nexis-Abeledo Perrot. 2006. pg. 209.

<sup>10</sup> Freire, Paulo. *Pedagogía de la esperanza. Un reencuentro con la pedagogía del oprimido*. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Siglo XXI. 2002. pg.78.

La educación jurídica se presenta como el entrenamiento en un discurso competente especializado y cuyos juegos de lenguaje conforman un conjunto altamente burocratizado, ritualizado y opaco para la población lega, un saber presuntuoso de sus características técnicas y objetivas muchas veces presentadas en forma descontextualizada y ahistoricalia.

Incluso aunque el desarrollo de nuevas ramas de estudios jurídicos vinculadas a la noción de interés público y /o dignidad humana (derecho ambiental, derechos de usuarios y consumidores de servicios públicos, derechos humanos en general) son incluidas en el currículo oficial, permanece un sesgo que acentúa la importancia de la enseñanza dogmática de las materias codificadas de derecho privado y el currículo oculto (los modelos de autoridad pedagógica y referencia profesional, los rituales de examen y evaluación en general), constituyen una preparación para la jerarquía, y agregamos nosotros, para la defensa acrítica de los intereses sociales que tienen capacidad económica y competencia cultural para demandar y proveerse de servicios jurídicos y acceder a la tutela legal.

Como lo explicaba Joaquín Herrera Flores, la “ciencia jurídica” y la sociedad son vistos desde una perspectiva técnica y formal. Lejos de ser avalorativa, esta mirada lleva implícitos valores como los de la utilidad, la eficiencia y el orden, como pautas imprescindibles del éxito económico y social. De ahí a postular una sociedad basada en los pilares de la centralización, la especialización y la jerarquía hay un corto trecho. Estos valores son inseparables “...de un modo de existencia humana en que la maquinación de los medios es principalmente y sobre todo la manipulación de los seres humanos para que encajen en patrones de conducta obediente, y es apelando a su eficacia como el gerente reclama su autoridad dentro de un estilo manipulador”<sup>11</sup>.

Todas estas funciones se vehiculan a través del ritualismo, como dice Capella “la conservación de la parafernalia de los

<sup>11</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Crítica jurídica y estudios de derecho*. En: Revista de Direito Alternativo. Sao Paulo. Nro.5. pp. 67-92. Enero de 1995. pg.214.

tribunales, de su escenografía y atrezzo –minuciosamente regulados–, responde a la finalidad de presentar a los magistrados por encima de la sociedad civil y diferentes de sus miembros”<sup>12</sup>. Escenografía y ritualismo que se aprenden e internalizan en las facultades de derecho a través del modelo de referencia que suponen los propios docentes, desde sus usos y vestimentas, en los tribunales examinadores: verdaderos rituales de paso que van formando a los estudiantes en el formalismo de los papeles que deberán desempeñar en el ejercicio de la profesión y constituyen un currículo implícito para internalizar, y desarrollar los esquemas cognitivos necesarios para participar en el futuro en las relaciones de autoridad, incorporando la importancia de las apariencias externas que distinguen a los abogados del resto de la sociedad. Como sostiene Duncan Kennedy, la educación legal es una “preparación para la jerarquía”<sup>13</sup>.

Esta continuidad de los códigos simbólicos, rituales y apariencias externas que se da entre las facultades de derecho y los tribunales y otros ámbitos del campo jurídico, tiene que ver también con el bajo nivel de profesionalización de la educación jurídica en América Latina, y en Argentina, donde la mayoría de los docentes tienen como actividad principal la profesión o son funcionarios judiciales o jueces, siendo la actividad educativa un mero complemento que refuerza, sobre todo, su prestigio social y capital simbólico.

Para estudiar estos mecanismos de reproducción del campo jurídico, el ámbito de investigación más adecuado es el de la enseñanza de las ramas codificadas del derecho, ya que constituyen el núcleo de la formación de las profesiones jurídicas, tanto en términos cuantitativos (tiempo concedido a estas materias en la formación), como cualitativos (peso simbólico que tienen estas materias en la formación).

<sup>12</sup> Capella, Juan Ramón. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid. Trotta. 2001. pg.155.

<sup>13</sup> Kennedy, Duncan. *La educación legal como preparación para la jerarquía*. En: Courtis, Christian (Comp. ) Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho. Buenos Aires: EUDEBA. 2009. pg.549.

El ideal pedagógico de la formación jurídica ilustrada a partir de la centralidad de la codificación (teniendo como modelo fundante el proceso iniciado a partir de la codificación civil francesa), sigue siendo dominante en las facultades de derecho latinoamericanas. La importancia asignada al estudio del derecho privado codificado produce un “efecto de naturalización”, de identificación de las categorías fundamentales del derecho con las categorías del derecho civil decimonónico.

El “método de enseñanza” tiende a reproducir los cánones del formalismo jurídico europeo:

- Se concede importancia central a la memorización del contenido de las normas, trasuntando un juicio implícito acerca de la legitimidad y el carácter racional de los contenidos de la legislación. Existe una pervivencia del modelo “bancario” en términos de Paulo Freire.
- Se asigna particular importancia a la enseñanza de las teorías generales formalizadas de cada rama o institución jurídica.
- El estudio de la jurisprudencia o derecho judicial tiene un lugar secundario, destinado a completar dudas o puntos oscuros que pueden desprenderse de la exposición del sistema o las teorías generales.
- El espacio pedagógico concedido a las materias que propicien una reflexión sobre el carácter político ideológico de las prácticas jurídicas, o sobre las diferencias entre el derecho de los libros y el derecho “en acción”, es relegado a una función absolutamente secundaria y complementaria, de cultura general, en la formación jurídica.
- Como consecuencia del efecto concurrente de la epistemología positivista y el énfasis pedagógico en el formalismo, la discusión interdisciplinaria tiene un lugar marginal en la enseñanza del derecho<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Courtis, Christian. *Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes para un debate necesario*. En: García Villegas, M. y Rodríguez, C.A. (eds.) Derecho y sociedad en América Latina. Un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá:

Sin embargo, cada vez más esta formación profesional no se adecua a las necesidades sociales externas que son planteadas a los profesionales del derecho, existe saturación de profesionales que pretenden ser juristas de mercado, a través del ejercicio profesional como “arte liberal” o subsidiariamente, como funcionarios de la administración estatal o del poder judicial. Sumado esto a la no visualización de la enseñanza e investigación jurídicas como actividades propias de la formación y ejercicio profesional, sino como complementos secundarios o actividades residuales. Como consecuencia, se produce una verdadera devaluación del abogado que afecta especialmente a las generaciones recientemente graduadas, pero que es general.

Los problemas sociales, culturales y ambientales vinculados a sociedades complejas, que cada vez se dejan recortar menos por la dicotomía tradicional entre lo público-privado y estado –sociedad civil, demandan una formación profesional diversa, que en general no es prevista ni facilitada por las facultades de derecho. Al mismo tiempo, lo que se mueve afuera de la universidad entra en las aulas a través del reclutamiento masivo de estudiantes, los que van descubriendo con mayor o menor dificultad que únicamente algunos de ellos desembocarán en los ansiados papeles tradicionales de abogados, escribanos, funcionarios judiciales o jueces.

Pero los educadores jurídicos tienen en este interés o problema de inserción socioprofesional de los estudiantes un “punto ciego”, normalmente se niegan a discutir la educación jurídica desde la conformación del mercado de trabajo y el derecho al trabajo de los abogados por venir. Cabe decir que los estudiantes en la mayoría de los casos tampoco lo hacen, reproduciendo en su paso por la facultad y aún en su participación en órganos estudiantiles y de cogobierno académico, los modelos de referencia institucionales y profesionales, hasta que el choque con la realidad es inevitable.

---

Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. 2003. Pgs.76/77.

Por otro lado, se proponen periódicamente, con insistencia, falsas soluciones que hacen a debates no saldados, pese a que a nivel constitucional y legal, en el caso de nuestro país, el acceso a la educación superior es un derecho: O bien se busca restringir el ingreso acentuando la selectividad fáctica del contexto social a través de cursos selectivos, o bien se produce la negativa a considerar seriamente salidas profesionales distintas a las típicas.

A lo sumo como producto secundario y desjerarquizado: se admiten la función pública, la enseñanza y la investigación, pero como salidas subsidiarias e inferiores a la luz de los modelos profesionales dominantes<sup>15</sup>.

Pero hasta aquí, más que hacer algún aporte a una pedagogía jurídica crítica, en realidad estamos confinados en los límites de una teoría crítico-reproductivista de la educación jurídica que no proyecta una praxis transformadora ni esperanza en lo “todavía no”, en lo que puede llegar a ser<sup>16</sup>.

## **2. Educación universitaria y articulación de docencia, investigación y extensión**

En la continuidad del sistema escolar, la educación superior formada por el ciclo universitario y postuniversitario puede ser analizada a partir de estas categorías de complejidad dialéctica que hacen a la totalidad de la función social educativa.

La universidad por una parte institucionaliza la cultura superior, y por otra parte provee una formación especializada en profesiones, es decir, profesionaliza. Nuevamente si bien estas funciones las realiza a partir de una potencial autonomía y distancia no pueden entenderse sino en el contexto societal y epocal que nos hablan de una cierta articulación entre estructuras y contextos económicos sociales y políticos y modelos

<sup>15</sup> Barcellona, Pietro y Cotturri, Salvatore. *El estado y los juristas*. Barcelona. Fontanella. 1976. pgs.38/39.

<sup>16</sup> Freire, Paulo. Op. cit. pgs. 24/25.

universitarios de institucionalización y formación profesional. Pero de nuevo puede también entenderse el potencial crítico de esta función si se piensa en la universidad como servicio público y como construcción de un saber problematizante donde lo definitorio sea la búsqueda y el cuestionamiento antes que las conclusiones últimas de las ciencias<sup>17</sup>.

Es decir, además de la acumulación y preservación de la cultura superior y de la formación de profesionales especializados existe una función formativa general que conecta con un saber crítico y problematizador, la noción de servicio público y la discusión y aporte a proyectos sociales emancipadores. Entre estos extremos se juega la dialéctica de la educación en la peculiar textura del espacio universitario. Sobre todo en la formación de intelectuales críticos, que puedan aportar a proyectos de transformación social más allá de su idoneidad técnica profesional.

Dicha formación universitaria crítica, problematizadora y como servicio público tiene una de sus condiciones de posibilidad, en la forma de pensar y practicar la articulación de D,I,E. Se trata de generar un continuo “bucle recursivo”, es decir una relación de recursividad organizacional<sup>18</sup> entre la educación, la investigación y la extensión de forma tal que estas actividades se refuercen mutuamente. La investigación sirve para abrir y generar nuevos problemas y soluciones, la extensión para socializar y aplicar conocimiento y cultura, que a su vez se transfiera a la formación y competencias profesionales en estrecho contacto con la realidad social; finalmente, que el desarrollo y experiencia de ambas se transfieran a los contenidos de una educación profesional. No basta entonces con enunciar y practicar las misiones de la universidad de forma agregativa y yuxtapuesta: educación + investigación + extensión, sino buscar un circuito recursivo que abone el carácter formativo, crítico y problematizador, por el que la educación

<sup>17</sup> Nassif, Ricardo. *Teoría de la educación*. Madrid. Cincel-Kapelusz. 1984. pg. 313.

<sup>18</sup> Morin, Edgar. Introducción al pensamiento complejo. Barcelona. Gedisa. 1998.

universitaria se transforma en un verdadero servicio público y articula potencialmente con proyectos sociales emancipadores:



Desde lo experiencial como docentes investigadores y extensionistas en facultades de derecho (UNLP, UNLPam) y concretando esta reflexión sobre las funciones universitarias (D,I,E) en la educación jurídica, creemos que más allá de reconocer todo lo positivo que supone la jerarquización al mismo nivel de las otras dos funciones a través de programas de la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación de la Nación (por lo menos hasta 2015) y de las propias universidades públicas, en general, se siguen concibiendo a la extensión universitaria en las facultades de derecho como vínculo con el contexto social generalmente unidireccional (institución-sociedad) de forma desconectada de su necesaria articulación con la investigación y de la transferencia a través del ejercicio de la docencia.

En el mejor de los casos, se piensa la función extensionista en el campo del derecho como un ámbito para expandir las prácticas de adaptación profesional dentro de las exigencias de las reformas curriculares de los planes de estudios, y se vincula esta exigencia a la educación en derechos humanos.

En cuanto a la investigación, se piensa desde resabios activos de la metodología positivista que se descubren hurgando en los proyectos de investigación, o desde distintas hermenéuticas del discurso jurídico en sus diversas variantes que se vinculan con la comprensión del producto textual (normas, sentencias, etc.) pero no se articulan en forma activa con los procesos sociales que son su proceso de producción. De esta forma se mantienen en la investigación jurídica rígidos dualismos entre

sujeto investigador/objeto de investigación, teoría y práctica, investigación jurídica y praxis jurídica.

Dados estos parámetros es lógico que en el mejor de los casos la docencia transfiera la experiencia personal de los docentes, sin buscar intencionalmente la vinculación de los contenidos de investigación y las experiencias de extensión con la transferencia docente como metodología consciente, buscada en tanto objetivo valioso y que debe ser sistematizada dentro del proceso de enseñanza aprendizaje de los derechos humanos en la educación jurídica. Un enfoque diverso y de fuertes afinidades electivas con la centralidad de los derechos humanos en un proceso de educación jurídica crítica, y con una práctica pedagógica acorde, sería la introducción de las metodologías de investigación acción participativa, cuestión que en este texto por problemas de espacio sólo podemos mencionar.

### 3. Experiencias

En lo que sigue, y habiendo encuadrado el tema, nos interesa compartir las experiencias que motivan estas reflexiones. La primera fue desarrollada a través de nuestra responsabilidad a cargo de la secretaría de extensión universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP en el bienio 2005/2007, por intermedio del programa denominado de “Prácticas jurídicas en la comunidad”, en el mismo se articularon, durante un breve período de tiempo, las funciones de extensión, investigación y docencia universitarias.

El programa tenía como objetivo formar a los futuros abogados en problemáticas jurídicas relevantes sociales, ambientales, de derechos de incidencia colectiva y de derechos humanos en un sentido amplio, contribuyendo a acentuar el perfil social del graduado.

Para cumplir con ese fin se suscribieron convenios con entidades sin fines de lucro y organizaciones no gubernamentales dedicadas a esas problemáticas. El listado de las entidades con las que se realizaron convenios en ese momento:

- Federación de Instituciones y Entidades Deportivas y Culturales de La Plata.
- Federación de Bibliotecas Populares de la Provincia de Buenos Aires.
- Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (A.P. D.H.)
- Fundación Biosfera
- Asociación de Defensa de los Derechos de Usuarios y Consumidores (DEUCO)
- Observatorio Para las Minorías
- Observatorio Social de la Provincia de Buenos Aires.

En este marco se implementaron cursos y prácticas tutorizadas y se otorgaron 20 becas de extensión universitaria de \$200 mensuales (en 2005) para realizar prácticas jurídicas en algunas de las entidades con las cuales se han firmado convenios, cuyas actividades se organizaron en conjunto con dichas organizaciones y entidades. Durante el período de realización del programa, la facultad se vinculó con la Comunidad a través de políticas de extensión, que, al mismo tiempo de prestar servicios a la sociedad, permitieron mejorar la formación práctica de nuestros estudiantes y graduados.

En el marco del Programa de Prácticas Jurídicas en la Comunidad y de los convenios a esos efectos firmadas con las organizaciones mencionadas, se desarrollaron, solamente durante el 2005 aproximadamente 80 prácticas jurídicas, de ellas 20 correspondientes a estudiantes seleccionados por medio del programa de becas.

Las mismas se dieron en el marco de los cursos teórico-prácticos que coorganizó la Secretaría de Extensión con las siguientes asociaciones y entidades locales: Fundación Biosfera, APDH La Plata, Observatorio para las Minorías, Asociación DEUCO, Observatorio Social de La Provincia de Buenos Aires. Estos cursos teórico-prácticos actuaron como instancia formativa de las y los estudiantes que participaban del programa,

por resultar becados o por elección propia. Fueron dictados por abogados que trabajan en dichas organizaciones, bajo la coordinación de docentes de la facultad especializados en los temas vinculados a la esfera de actuación de las organizaciones, por tanto, a los contenidos de los cursos, para eso se recurrió a docentes del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad, y también de asignaturas como Derecho Constitucional y Laboral.

Además de formar a los próximos graduados en aspectos sociales relacionados con los derechos humanos en el ejercicio de la profesión jurídica, el resultado de las prácticas debía volcarse como un trabajo de investigación que el estudiante podía validar al ser reconocido como seminario de grado. El seminario de grado es una actividad formativa obligatoria en el plan de estudios de la carrera de derecho de la UNLP que se supone debe cumplir con la función de formar en metodología de la investigación aplicada a un problema jurídico a los futuros graduados. Lamentablemente con el tiempo, la práctica ha deformado el sentido del mismo, cumpliendo meramente la función de ser, frecuentemente, un trabajo monográfico dirigido por un docente. Es decir, como instancia formativa para desarrollar investigación jurídica aplicada tiene deficiencias bastante acusadas.

En el caso del Programa, se buscó lograr la articulación E, I, D promoviendo y poniendo como condición para el otorgamiento de las becas, que los estudiantes tuvieran la opción de realizar simultáneamente su seminario de grado en esta modalidad, volcando los resultados en el formato de un trabajo de investigación vinculado a un tema que refleje su experiencia de colaboración y las actividades prácticas realizadas en las entidades o asociaciones participantes. Para ello se obtuvo la colaboración de la secretaría de investigación, que incluyó el programa con sus actividades formativas áulicas y prácticas y su resultado en la forma de informe de investigación como homologable al seminario de grado.

Lamentablemente en 2008 el programa fue discontinuado. Estaba previsto una formación metodológica común que cimentara la articulación docencia, investigación, extensión a través

de la investigación acción participativa (IAP) aplicada al campo jurídico. La metodología IAP al romper los dualismos tajantes entre sujeto/objeto, teoría/práctica, e investigación/acción resulta, a nuestro juicio, la más adecuada desde el punto de vista de la formación para y la promoción de la articulación recursiva entre docencia, investigación y extensión universitarias, máxime si hablamos de aspectos sociales del ejercicio de la abogacía necesariamente vinculada a los derechos humanos en su interdependencia e indivisibilidad como una perspectiva transversal que debiera atravesar todos la formación jurídica.

Como balance de esta breve experiencia, que fue posible en un contexto donde se estaban empezando a remontar, pero todavía se sufrían, importantes restricciones presupuestarias en el ámbito de la extensión universitaria. En el período inmediatamente posterior la promoción y la financiación de proyectos de extensión universitaria se incrementaron significativamente hasta 2015 inclusive, así como el organigrama de la secretaría de la universidad y la de nuestra propia facultad.

Por otro lado, la mayor dificultad estuvo dada en la tarea de generar un consenso institucional acerca de la necesidad de articular la extensión con un canal de doble vía, no unidireccional de asistencia de la facultad a la sociedad, sino asumiendo los saberes prácticos en la defensa específica de aspectos sociales de la abogacía vinculado a las organizaciones que participaron por medio de los convenios. Otro tanto puede decirse de la articulación a ese fin de las actividades investigativas de los estudiantes (fuertemente devaluadas entonces como tales), vinculadas a la obligación de acreditar el seminario de grado, a partir de los insumos de la extensión universitaria en las organizaciones sociales.

Los esfuerzos presupuestarios y de generación de consenso institucional, no obstante, no lograron consolidar en una política perdurable, a nuestro juicio debido a que se insertaron en una iniciativa que no fue asumida como política de la facultad más allá del esfuerzo en tal sentido de la secretaría de extensión y de la gestión a cargo del gobierno de la facultad en ese

entonces. Creo el factor más importante para ese resultado, que a priori puede parecer decepcionante, es que la iniciativa y la experiencia no había sido pensada en el marco de los necesarios cambios curriculares que debía tener la carrera de derecho<sup>19</sup>.

Pero por el lado positivo, creo que se generan insumos importantes a la hora de pensar como articular docencia, investigación y extensión en la educación en derechos humanos y de cara a la reforma de los planes de estudios en esa dirección. Por lo pronto, tuvimos ocasión de aprovechar esa experiencia en la discusión que se diera en el consejo directivo de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam en ocasión de crear y reglar el funcionamiento del Observatorio de Derechos Humanos (ODH) de la misma en 2014.

Dependiente de la secretaría de extensión universitaria de la facultad, el ODH tiene como finalidad monitorear los procesos de adaptación legislativa de los tratados de derechos humanos en la Provincia de La Pampa, contribuir en la formulación e implementación de políticas públicas más eficaces sobre derechos humanos y evaluar las prácticas sociales en la materia. Su potencialidad no estriba solamente en la generación y sistematización de información que pueda ser usada para evaluar las violaciones de derechos humanos en distintos ámbitos, así como de las políticas públicas dirigidas a promoverlos y protegerlos, sino también en la articulación con la sociedad civil y las distintas instancias estatales, constituyéndose en un espacio de articulación y producción de insumos para las actividades de extensión, de investigación y de docencia. Ello quedó reglado en la metodología de trabajo acordada y plasmada en el art. 8

<sup>19</sup> Cabe mencionar que desde entonces la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la UNLP ha desarrollado significativos avances en el área de extensión universitaria, así como se ha aprobado por el consejo académico la reforma del plan de estudios con una importante ampliación y diversificación de las modalidades de enseñanza práctica. Resta estudiar el impacto de estas modificaciones en la articulación de docencia, investigación, extensión vinculadas a la educación en derechos humanos, entendida como contenido transversal en la educación jurídica. Sin dudas, hoy, los cambios que se han producido en la facultad, si bien distan de ser categóricos, brindarían un marco más receptivo para una experiencia como la que estamos recordando, a más de diez años de su implementación.

de su reglamento de funcionamiento. Allí se establece que el ODH “desarrollará sus tareas en base a una metodología que articule las experiencias y esfuerzos de los miembros de la comunidad universitaria en docencia, investigación y extensión”, y también que lo hará “procurando la transversalización de los contenidos en relación a todas las asignaturas”.

Infelizmente, en la actualidad el ODH funciona organizando conferencias y paneles esporádicamente. Su potencial expresado en su reglamento aprobado por el Consejo Directivo ha quedado desaprovechado, dada la demora de las autoridades de la facultad para tratar una reforma del plan de estudios, que incorpore una asignatura específica sobre derechos humanos, y el esfuerzo por la transversalización de contenidos y métodos de enseñanza-aprendizaje coherentes con la educación en derechos humanos.

## Conclusiones

Como conclusión de todo lo dicho y de las experiencias reseñadas, podemos decir que hoy es una verdad de perogrullo repetir que los derechos humanos deben ser un contenido central y transversal para el desarrollo de los estudios jurídicos en el nivel universitario, además de dar lugar a una o más asignaturas específicas.

Nos interesó aportar a partir de la breve y sugerente, como insumo reflexivo, experiencia narrada, la importancia de repensar la forma de articulación entre docencia, investigación y extensión desde una visión de complejidad y recursividad organizacional que rompa la idea, a nuestro juicio todavía dominante, que ve esas actividades funcional y administrativamente separadas.

Por el contrario, ellas forman una instancia de doble vía que las articula entre sí y con la sociedad a través de su pata extensinista, pero también a través de los contenidos de la investigación en derechos humanos y de la transferencia docente de las experiencias de extensión y de investigación.

Además, la experiencia reseñada demuestra que para tener impacto en la educación jurídica en general, y en la educación en derechos humanos en particular, el esfuerzo debe ser asumido como política institucional en el proceso de la necesaria modificación del plan de estudios y por lo tanto de los procesos de enseñanza-aprendizaje en las facultades de derecho que supere las limitaciones, que, de la mano de la crítica jurídica y de la pedagogía crítica, hemos procurado diagnosticar en la primera parte.

## Bibliografía

- Barcellona, P. y Cotturri, G. *El estado y los juristas*. 1<sup>a</sup>ed. Barcelona: Fontanella. 1976
- Capella, J. R.. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico teórica al estudio del derecho y del estado*. 3<sup>a</sup> ed. Madrid: Trotta. 2001
- Consejo Directivo de la Facultad de Cs. Económicas y Jcas. UNLPam. Res. 176/2014. Anexo 1. Reglamento del Observatorio de Derechos Humanos.
- Courtis, C. *Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes para un debate necesario*. En: García Villegas, M. y Rodríguez, C.A. (eds.) *Derecho y sociedad en América Latina. Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. 1<sup>a</sup>.ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. 2003
- Entelman, R. *Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra*. En: Marí, Enrique et al. 3<sup>a</sup> ed. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot. 2006
- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. *Secretaría de extensión universitaria. Memoria de gestión año 2005*. La Plata: mimeo. 2005
- Freire, P. *Pedagogía de la esperanza. Un reencuentro con la pedagogía del oprimido*. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Siglo XXI. 2002
- Gimeno Sacristán, J. *La pedagogía por objetivos*. Madrid: Morata. 1992

- Giroux, H. *Placeres inquietantes. Aprendiendo la cultura popular.* 1<sup>a</sup> ed. Barcelona. Paidós. 1996.
- Gramsci, A. *Antología.* 10<sup>a</sup> ed. Selección, traducción y notas de Manuel Sacristán. México:Siglo XXI. 1987
- Herrera Flores, Joaquín *Crítica jurídica y estudios de derecho.* En: Revista de Direito Alternativo. Sao Paulo. Nro. 5. pp. 67-92. enero. 1995.
- Kennedy, D. *La educación legal como preparación para la jerarquía.* En: Courtis, C. (Comp. ) Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: EUDEBA. 2009
- Mignolo, W. *Historias locales/diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo.* 1<sup>a</sup> ed. Madrid. Akal. 2003.
- Morin, E. *Introducción al pensamiento complejo.* 2<sup>a</sup> ed. Barcelona: Gedisa. 1994.
- Nassif, R. *Teoría de la educación.* 1<sup>a</sup> ed. Madrid: Cincel-Kapelusz. 1984.
- Souza Santos, B. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación.* 1<sup>a</sup> ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. 2002.
- Wallerstein, I. *Análisis de sistemas-mundo. Una introducción.* 2<sup>a</sup>ed. México D.F: Siglo XXI. 2006.
- Wittgenstein, L. *Investigaciones filosóficas.* 4<sup>a</sup>ed. Barcelona:Crítica. 2008.

# **Del discurso de odio a la reivindicación legal y social del término e identidad “travesti”**

*Maite Guerrero  
Karen Ailén Miranda*

## **I. Introducción**

*Estar presente en el mundo implica, en sentido estricto, que existe un cuerpo que es, al mismo tiempo, una cosa material en el mundo y un punto de vista sobre ese mundo; pero no hay nada que obligue a ese cuerpo a tener una estructura particular determinada.*

SIMONE DE BEAUVOIR, “El Segundo Sexo”

El recorrido histórico que realizó el colectivo de personas trans-género a través de los años buscando el reconocimiento institucional de la identidad travesti se gestó a través de la organización, del reclamo y lucha. La hipótesis principal del presente trabajo será demostrar cómo el surgimiento de la comunidad transgénero como actora política organizada impactó directamente en la concepción político-social y legal del término e identidad “travesti”.

Frente a esta cuestión, analizaremos el modo en que la necesidad de reconocimiento social, político e institucional de su identidad llevó al colectivo trans a organizarse y apropiarse de los términos usados históricamente para oprimirlo. Para esto nos basaremos principalmente en el pensamiento y aporte que realizó la activista travesti Lohana Berkins, quien disiente con las posturas que conciben al género como binario,<sup>1</sup> y adopta

<sup>1</sup> Entendemos como posturas de género binarias a aquellas que conciben que “hay algo definible y esencial como un hombre y una mujer” y que entienden que el cuerpo y el género “son necesariamente indiscutibles, naturales y fijos”. SALDIVIA MENAJOVSKY, L. (2017) “Introducción”. En *Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*. (p. 29).

una posición de construcción de la identidad que cuestiona los sentidos que otorga “la cultura dominante a la genitalidad”. (BERKINS, 2010)

Consideraremos que los discursos de odio originaron la percepción negativa del término “travesti” y contribuyeron a la marginalización, persecución y criminalización de esta minoría. En este trabajo tendremos como punto de partida la definición dada por la UNESCO, la cual entiende a los discursos de odio como “expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base en la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico”. No obstante, si bien esta definición significa una aproximación académicamente aceptada, consideramos que es insuficiente ya que se focaliza simplemente en las acciones, dejando de lado niveles más sutiles de violencia y discriminación hacia determinados grupos. Por lo cual también tomaremos como presupuesto que los discursos de odio forman parte del entramado político-social y legal, tanto de manera explícita (como por ejemplo, a través de legislaciones que penalizan el vestir prendas del sexo opuesto) como en maneras más sutiles y complejas de discriminación (como sólo concebir un discurso del género como binario).

## **II. Breve recorrido histórico. De la tradición de invisibilización y persecución**

Históricamente en nuestro país ha existido una tradición de invisibilización del travestismo. Sustenta esta afirmación la falta de informes oficiales, estadísticas, falta de políticas públicas y la casi inexistente incidencia política de personas trans durante la primera mitad del siglo XX.

Si bien es cierto que se pueden encontrar referencias a personalidades travestis desde principios del siglo XX –por

ejemplo, en 1903 se publica la autobiografía “La bella Otero”<sup>2</sup> y en 1914 se estrena en el Teatro Nacional de Buenos Aires el drama “Los Invertidos”<sup>3</sup> de José González Castillo- (FERNÁNDEZ, 2004) entendemos que estos contados casos no representan el surgimiento del travestismo como una identidad político-social, sino que dan cuenta de construcciones individuales que comienzan a cuestionar el discurso dominante del género binario.

Como resultado de la antes mencionada invisibilización, existe un lapso que se extiende desde los años 20 hasta fines de los años 60 del cual no se cuenta con información seria y fidedigna sobre la situación del travestismo en la Argentina.

A fines de la década del 60 surge el primer movimiento organizado de disidencia sexual que data nuestro país, “Nuestro Mundo” fundado por Héctor Anabitarte. Si bien no encaró específicamente la problemática travesti, significó el comienzo de la organización por la visibilización de la diversidad sexual. A la par surgieron otras organizaciones tales como el Frente de Liberación Homosexual, Safo (grupo de lesbianas feministas), Bandera Negra (anarquistas), entre otros. Si bien cada uno de estos grupos ponía el foco en distintas problemáticas, todos coincidían en que una de las principales cuestiones que debían debatirse –y combatirse– en la agenda político-social era la persecución y represión policial.

El emblema de la preocupante persecución y represión fueron los edictos policiales que aplicaban las fuerzas de seguridad: “(c)reados en los albores del Estado-Nación los edictos

<sup>2</sup> “‘Autobiografía’ escrita por Luis D. [...] Publicada por Francisco de Veyga en el año 1903. [...] La ‘Autobiografía’ da cuenta de la cultura travesti de principios del siglo XX, de las prácticas sexuales de sus integrantes, de los espacios y ambientes que frecuentaban”. FERNÁNDEZ, J. (2013). *“Cuerpos Desobedientes. Travestismo e Identidad de Género”*. Buenos Aires: Edilasa, p. 34.

<sup>3</sup> Drama realista en el cual “uno de los protagonistas de la obra, el Doctor Flórez, es un abogado criminalista, con esposa e hijos, que debe resolver un caso de ‘hermafroditismo’. [...] Flórez, prestigioso criminológico de la época, junto con el resto de varones que intervienen en el drama ‘se deslizan gradualmente de la bisexualidad al travestismo’”. FERNÁNDEZ, J. Ob. Cit., p. 31.

funcionan como un instrumento que delega en la policía, provincial o federal, la tarea de reprimir actos no previstos por el Código Penal de la Nación” (FERNÁNDEZ, 2013:40). Dentro de estos hubo dos edictos que se utilizaron históricamente para criminalizar al colectivo travesti: los artículos 2 H y 2 F, ambos sancionados en el año 1949 bajo la presidencia de Juan Domingo Perón. El artículo 2 H establecía que serían reprimidas “las personas de uno u otro sexo que públicamente incitaren o se ofreciesen al acto carnal”<sup>4</sup> y el artículo 2 F sancionaba a “los que se exhibieren en la vía pública con ropas del sexo contrario”. Desde su dictado en 1949, los edictos perduraron casi medio siglo vigentes, siendo aplicados indistintamente en los períodos dictatoriales y democráticos.

Durante los años sesenta y parte de los años setenta, en la provincia de Buenos Aires, el Comisario Luis Margaride fue la cara de la persecución de disidentes sexuales. Conocido por llevar a cabo los operativos y campañas de moralidad, “Margaride era signo del incremento de la censura y la represión de conductas consideradas obscenas y subversivas que se extendieron a las más variadas costumbres y manifestaciones cotidianas: las minifaldas, los pantalones anchos y el pelo largo en los varones, los besos en las plazas y lugares públicos, la concurrencia a hoteles alojamiento, las salidas a *boîtes* y whiskerías”. (SIMONETTO, 2016)

A su vez, en la provincia de Buenos Aires, las travestis eran perseguidas por la aplicación del artículo 92 de la Ley Contravencional 8031/73, que habilitaba la detención por “usar ropas del sexo opuesto”.

La persecución hacia las minorías sexuales por parte del Estado fue complementada por el apoyo de los medios de comunicación, que contribuyeron a legitimar la represión. Por ejemplo, en el año 1975, el semanario “El Caudillo”, voz del peronismo gobernante, llamó a sus lectores a “acabar con los homosexuales”, y propuso la creación de brigadas callejeras

<sup>4</sup> Consideramos que se utilizaba para perseguirlas debido al alto porcentaje de personas travestis que recurrían a la prostitución como medio de subsistencia.

“que salgan a recorrer los barrios de las ciudades, que den caza a esos sujetos vestidos como mujeres, hablando como mujeres”. (SEBRELLI, 2015)

Sin embargo, las prácticas y abusos policiales se vieron agravados en sus niveles de violencia en la última dictadura cívico-militar-eclesiástica. Archivos de la ex División de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (DIPPBA), que funcionó entre 1957 y 1998, comprueban que existió un fichaje específico para homosexuales, travestis y lesbianas.

Con el retorno de la democracia en el año 1983, e iniciado el proceso de reconstrucción de la memoria colectiva, la deuda hacia las personas travestis (y disidentes sexuales en general) continuó sin saldarse. El informe final de la CONADEP no tuvo en cuenta como motivo de secuestro y desaparición a la orientación sexual o identidad de género. Carlos Jauregui, activista LGBT y primer presidente de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), cuenta en su libro “La Homosexualidad en la Argentina” (1987) que fueron aproximadamente 400 personas desaparecidas por las mencionadas causales.

La denominada *tradición de invisibilización*, es considerada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como un factor de generación de hostilidad hacia el colectivo “hay una falta generalizada de producción de estadísticas oficiales por parte del Estado. Como consecuencia, esta violencia se vuelve invisible, lo que a su vez incentiva más violencia contra personas LGBT” (2015:69).

Se considera que partir de la implementación de los edictos policiales se concibe en fórmula legal que la identidad y el cuerpo travesti son sinónimos de criminalidad (Fernández, 2013). El penalizar el vestir ropa del sexo opuesto significó en nuestra historia legalizar un discurso de intolerancia y odio, y a su vez, sirvió para reforzar un ambiente que, no sólo admitió, sino también condonó la discriminación, estigmatización y hostilidad contra las personas travestis. Según el informe de la CIDH sobre la violencia contra las personas LGTBI:

“Estas leyes refuerzan los prejuicios sociales existentes y aumentan los efectos negativos que tales prejuicios tienen en las vidas de las personas LGBT, particularmente en contextos donde la violencia por prejuicio contra personas LGBT es predominante. Estas leyes condonan socialmente el abuso, reproducen la intolerancia, y han sido utilizadas para justificar detenciones arbitrarias, abuso policial, extorsión y tortura”. (2015:12)

La CIDH también considera que las legislaciones que buscan proteger la “moral pública” “exacerban el abuso policial, la extorsión, los malos tratos y actos violentos contra personas LGBT” (2015:72), lo cual se comprueba en nuestra historia con el accionar persecutorio de las fuerzas de seguridad del Estado.

### **III. Organización en “la ciudad autónoma del Santo Travesti”**

Llegada la década de los 90’ se inicia el proceso de construcción de la identidad político-social del colectivo travesti. En el año 1991 se producen tres hitos claves para el colectivo: I) participan por primera vez en la Marcha del Orgullo Gay Lésbico (3er marcha en nuestro país); II) participan en el Primer Encuentro Nacional Gay, Lésbico, Travesti, Transexual y Bisexual (Rosario); III) se estrena “Dios los cría”, primera película de la actriz Cris Miró, primer mujer trans que alcanzó notoriedad mediática. De esta manera, las travestis irrumpen en el espacio público por primera vez.

No obstante su creciente visibilización en la sociedad, las travestis siguieron sufriendo persecución y represión por parte de las fuerzas policiales. Como respuesta a esto, en el año 1993, surge el primer movimiento organizado exclusivamente de travestis “ATA” (Asociación de Travestis Argentinas), que tuvo como primer accionar visitar tribunales y presentar denuncias en grupo a raíz de las vejaciones sufridas, logrando reducir la cantidad de detenciones. (BAZÁN, 2016)

A la par de ATA surgieron distintas organizaciones que se sumaron a la lucha: Travestis Unidas (1993), Asociación de Meretrices de Argentina (AMAR), Organización de Travestis y Transexuales de Argentina (OTTRA), y Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transexual (ALITT), todas en el año 1994.

Esta última, liderada por la activista travesti Lohana Berkins, toma como bandera principal la lucha contra la estigmatización del travestismo, lo cual incluía la resignificación del término e identidad travesti, tanto para la sociedad, como para ellas mismas. “El término travesti ha sido [...] utilizado como sinónimo de sidosa, ladrona, escandalosa, infectada, marginal. Nosotras decidimos darle nuevos sentidos a la palabra travesti y vincularla con la lucha, la resistencia, la dignidad y la felicidad”. (BERKINS, 2008)

Entendemos que la identidad travesti como identidad personal ha existido siempre, y se vincula a un camino de autoconocimiento y autodefinición, construida por las experiencias de vida propias. Pero es con la organización que la constitución de las propias personalidades irrumpen para lograr un lugar en la agenda política. Esta nueva identidad emergente es política en tanto las travestis se conformaron como actoras y sujetas que se posicionaron contra un Estado que no veía costo político en excluirlas; y se conformó como social, en cuanto buscó el reconocimiento del otro, irrumpiendo en los espacios públicos, como en los medios de comunicación y en la vía pública.

Sumado a esto, se comienza también a buscar el reconocimiento de otra cara de la identidad, la jurídica. Esto pone en la agenda de la comunidad travesti el objetivo de lograr el reconocimiento institucional de su identidad.

Es así como gracias a la lucha contra las expresiones de discriminación, segregación y marginación, el colectivo travesti logra su primera victoria: En el año 1996, la Comisión de Derechos y Garantías de la Convención Estatuyente aprobó el proyecto de ley, presentado por Carlos Jáuregui y Marcelo Feldman, que incluía la orientación sexual y la identidad de género como causal antidiscriminatoria y el derecho a ser diferente en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. (BELLUCCI, 2015)

En esta línea de avance, en marzo del año 1998, se derogan los edictos policiales, despenalizando la oferta de sexo en la vía pública y el “vestir ropa del sexo opuesto”. Pero lejos de vivirse como una conquista, esto provocó un fuerte rechazo en un sector conservador de la sociedad, entre ellos los “Vecinos de Palermo”, forma en que se autodenominó un grupo social cuyo reclamo exigía:

“más represión policial y endurecimiento de las normas para erradicar a las travestis” de su barrio, “(c)on menos sutileza pero también con más crueldad, los vecinos [las definieron] como amorales, híbridos, degenerados, sidosos, motivo de escándalo, ‘aquellos que nuestros hijos no deben ver’. [Instaron] a la ciudadanía a apedrear a las travestis enarbolando eslóganes casi cléricos. Recordemos el cartel que llevaban frente a la Legislatura porteña. Sé leía en él: ‘No a la Ciudad Autónoma del Santo Travesti’”. (BERKINS, 2010).

Como consecuencia del fuerte rechazo por parte de la sociedad, en julio de ese mismo año se modifica en la Ciudad de Buenos Aires el Código de Convivencia Urbana. El nuevo Código toleraría la prostitución callejera, pero de manera reglamentada, siendo limitada por medio de figuras como ruidos molestos y alteración al orden público.

No obstante esto, “en el año 1999 fue nuevamente prohibido el trabajo sexual, y en el año 2004, se lo reformuló a través de la creación de una zona roja oficial (un espacio limitado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde se permitía el trabajo sexual en la vía pública)”. (2010:46)

#### IV. En los albores del reconocimiento

Ocurridos los sucesos de diciembre de 2001, y en los años subsiguientes, se produce un cambio de paradigma en los espacios y movimientos sociales y políticos: estos toman plena conciencia del poder que tiene su accionar organizado. Creemos que en un primer plano, se complejizan y politizan los

movimientos y los discursos, en tanto se deja de lado una lógica simplista y toman protagonismo otras variables, por ejemplo, ya no se reduce la ideología simplemente a “izquierda–derecha”, sino que entran en juego otros aspectos, como la identidad de género, la sexualidad, raza, clase social, etnia, la religión, la edad, y la ideología en diferentes contextos. Ya ningún posicionamiento resulta ingenuo.

Como consecuencia de esto, en un segundo plano, estos mismos movimientos dejan a un lado la lógica de ser actores pasivos que buscan la “no violación” de sus derechos, y se perciben como responsables del devenir en materia de políticas públicas y leyes. Es decir, los colectivos, y en particular el colectivo travesti, comienza no solo a reclamar que el Estado no las violente, sino que también toman como plataforma la búsqueda de “condiciones materiales para vivir vidas gratificantes y plenas de derecho”. (BERKINS, 2008)

Lo apuntado cobra mayor relevancia a la luz del rol crucial que cumple el reconocimiento de la identidad por parte del Estado. Más allá de que la violencia social sufrida por el colectivo travesti resulta determinante para el desarrollo de sus vidas, permanecer fuera de la órbita de protección del Estado trae consecuencias aún mayores. Mientras la desvalorización social se expresa a través de insultos y estereotipos, la desvalorización estatal se expresa en la negación de la identidad en términos jurídicos, y de estas dos maneras se impugnan las posibilidades de existir en los propios términos. (BERKINS, 2008)

Dentro de esta búsqueda comienza a tomar protagonismo la idea de validar jurídicamente su identidad, y que el Estado reconozca que la identidad de género no está necesariamente ligada al sexo. La búsqueda de aceptación institucional de la identidad fue de suma necesidad porque

“(c)uando no se es social y jurídicamente reconocido, el actor, y por supuesto, el colectivo, es vulnerable a todo tipo de ataques y vejaciones. La importancia de que un movimiento termine en una organización colectiva

permite que se pueda influir en los comportamientos políticos y en las normas jurídicas". (2009:53)

En un primer momento, el colectivo encuentra reconocimiento institucional en la Justicia. Desde el año 2006 con el emblemático caso "ALITT", en el cual la Corte Suprema le otorga reconocimiento como persona jurídica a la Asociación, se comienza un camino de reclamos por la aceptación del cuerpo e identidad travesti.

"Varios fallos han interpretado el espíritu democrático de la no discriminación y del derecho a una vida plena, autorizando tanto la realización de operaciones transexuales como el cambio de nombre y rectificación de partidas (ver Tribunal de Familia de Quilmes sobre rectificación sexual. K.F.B. s/cambio de nombre y rectificación de partidas, Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición Número 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata. Causa 3/53.401, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial. Modificación de documentos tras rectificación sexual)". (RAPISARDI, DELFINO, PARCHUC Y FORASTELLI, 2012)

Si bien el reconocimiento de identidades en particular significó una línea de avance, el siguiente objetivo colectivo fue lograr una ley que abarcara a todas las subjetividades, sin la necesidad de engorrosos procesos judiciales. Es así que con el apoyo de legisladoras como María Rachid, Diana Conti y Juliana Di Tullio, de las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, y organizaciones como ABOSEX (Abogadxs por los Derechos Sexuales), comienza a gestarse un proyecto de ley que terminaría por aprobarse en el año 2012: la ley 26.743, conocida como la Ley de Identidad de Género.

Esta ley expresa en su artículo 1º que "toda persona tiene derecho: a) al reconocimiento de su identidad de género; b) al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten su identidad respecto del/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada".

A su vez, plantea una definición de identidad de género que desafía a la concepción clásica que la sociedad le ha dado históricamente, ya que en el artículo 2º la ley expresamente dice “(s)e entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo”. La incorporación de esta definición al cuerpo normativo nacional muestra un cambio radical de paradigma.

Comparando lo planteado por esta ley con las antiguas legislaciones que hemos expuesto anteriormente, puede observarse cómo hay un avance en la concepción legal de la vida travesti. El artículo 2º también expresa que “[la vivencia interna e individual del género] puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. Es imprescindible tener presente que al momento de la sanción de esta ley, hacía poco más de 15 años existían los edictos policiales que criminalizaban el “vestir ropas del sexo opuesto”.

Es claro que durante este periodo se comienza a revertir la concepción negativa y el discurso legal de odio que predominó en el país durante gran parte del siglo XX. El colectivo travesti ya no representa un grupo invisibilizado, sino que como resultado de su trabajo por el reconocimiento de su identidad, se sitúa como actor político que reclama por sus derechos, con un lugar en la agenda política y con la posibilidad de incidir en las decisiones que lo involucran.

No obstante, podría pensarse que la conquista del derecho a la identidad de género significó llegar a la cúpula de adquisición de *todos* los derechos, pero esto no fue vivido así por una parte del colectivo. A propósito Lohana Berkins indicaba que “la lucha no termina con la promulgación de la Ley de Identidad de Género sino que ahí en realidad empieza”. (2013:96)

Si bien la ley de identidad de género significó permitir que cada uno/a decida sobre su propia identidad a partir de la auto-percepción, el discurso adoptado por los y las legisladores/as no queda exento de profundas críticas. Según la activista travesti Marlene Wayar, el impacto concreto de la ley fue sostener la normalidad hombre-mujer, extorsionando para la normalización, en esas únicas categorías, a quienes tienen un techo más alto. “¿Cuál es el problema con legitimar las categorías Hombre y Mujer? Que una identidad queda finalmente cancelada, no existe lo travesti o trans. ¿Qué nos solicita esta ley? Que dejemos de ser eso que somos y que debería ser reconocido como nuestra identidad”. (2012)

Creemos que la clave es tomar en consideración las opiniones de las propias involucradas. Por ello, optamos por cerrar esta sección con un breve fragmento del texto “los existenciarios trans” (2013) de Lohana Berkins, que sintetiza una postura crítica, no sólo ante la ley 26.743, sino ante una sociedad y sistema que buscó históricamente invisibilizar a las travestis:

“no quiero ser mujer, no sé cómo son las mujeres, quiero ser travesti, eso soy; tampoco quiero ser hombre. Conozco el lugar donde no quiero estar y estoy construyendo mi propio sitio, con lo que puedo, lo que tengo, pero con la certeza de quién soy. ¿Por qué tengo que recurrir a la binariedad hombre-mujer?”.

## V. El siguiente paso: La ley de cupo laboral trans

En este contexto de conquista de derechos, el colectivo travesti comenzó a exigir una respuesta para otro reclamo histórico: el acceso a condiciones dignas de trabajo. Lo indicado encuentra su fundamento en que la mayoría de las personas transgénero sufren importantes dificultades para acceder y permanecer en un trabajo, lo que lleva a que la prostitución sea la salida más redituable para este grupo. Frente a la necesidad de reparar esta situación y darle la oportunidad a las personas travestis de desarrollarse laboralmente en otros ámbitos, surge la necesidad de contar con una la ley de cupo laboral trans.

Es por tal motivo que gracias al trabajo realizado por las organizaciones Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación, Conurbanos Por La Diversidad-Jóvenes Por La Diversidad, Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transexual y Abogadxs por los Derechos Sexuales se redactó un proyecto de ley que fue presentado en la legislatura de la Provincia de Buenos Aires en conjunto con la diputada Karina Nazábal del Frente para la Victoria.

Finalmente, en el año 2015 se promulgó la ley 14.783, también conocida como “ley Diana Sacayán” en referencia a la activista travesti que trabajó incansablemente para lograr su sanción, la cual establece que “el 1% de los puestos de la administración pública deberán ser ocupados por personas travestis, transexuales y transgénero mayores de 18 años”, y que “el Estado deberá garantizar el acceso al puesto y que haya permanencia en él”.

Lamentablemente, si bien la ley fue sancionada a fines del año 2015, aún no cuenta con reglamentación, lo que se traduce en un implementación prácticamente nula. A través de estos años se han presentado múltiples recursos para revertir esta situación, entre los que se destaca un recurso amparo presentado en mayo del 2018 por la Federación Argentina de Lesbiana, Gays, Bisexuales y Trans (FALTGB), junto con la Asociación de Travestis Transexuales y Transgéneros de Argentina Red Nacional (ATTIA) para exigir la implementación de la ley.

## VI. Conclusión

El colectivo travesti logró revertir la concepción político-social que se tuvo históricamente de su identidad: pasaron de ser invisibilizadas, perseguidas y criminalizadas durante gran parte del siglo XX, a tomar un rol decisivo en la puesta en marcha de políticas públicas que las involucran. A partir de su organización han logrado poner en la agenda social y política temas como la problemática de acceso al trabajo, a la salud y

a la educación que sufren las personas travestis y transgénero, así como su baja expectativa de vida.

Con más resistencia que apoyo, lograron debatir y sancionar una ley emblemática en el mundo, la primera en otorgar a toda persona el derecho a adecuar toda su documentación al sexo, imagen y nombre de pila que desee, sin necesidad de recurrir a la justicia. No obstante, viendo la otra cara de la cuestión, se tiene presente que la sanción de esta ley no alcanzó a otorgar reconocimiento legal de la identidad travesti, en tanto en la actualidad los únicos géneros que se reconocen son el masculino y el femenino. Esto, si bien toma una actitud por demás superadora de la histórica criminalización, deja en evidencia la normalización que se pretende desde el Estado sobre las identidades.

*“Reivindico mi derecho a ser un monstruo  
ni varón ni mujer ni XXI ni H2o”*

SUSY SOCK, activista travesti, “Yo monstruo mío”

## Bibliografía

- Bazán, O. (2016) *Historia de la homosexualidad en Argentina*. 4ta edición. Buenos Aires: Marea Editorial. (p. 459)
- Berkins, L. (2003) “*Un itinerario político del travestismo*” en MAFFÍA, D. (comp. ) *Sexualidades Migrantes. Género y Transgénero*. Buenos Aires: Feminaria Editora
- (2008) “*Travestis: Una Identidad Política*” en GRANDE, A. (comp. ) *La Sexualidad Represora*. Buenos Aires: Editorial Topia.
- Y FERNÁNDEZ, J. (2010) *La Gesta del Nombre Propio: Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*. 2da edición. Buenos Aires: Ed. Madres de Plaza de Mayo.
- Cosecha Roja. (2017) “Amorales e Invertidos, Crónicas de Fichados” Buenos Aires. Consultado en [<http://cosecharoja.org/amorales-e-invertidos-cronicas-de-fichados/>] el 22/07/2017
- CIDH. (2015) *Informe sobre la violencia contra las personas LGBTI*.

- Fernández, A. M. (2013) *La Diferencia Desquiciada. Géneros y Diversidades Sexuales*. Buenos Aires: Biblos.
- El Dia*, (2018) “Presentan un amparo para que se cumpla la Ley de Cupo Laboral Trans en la Provincia” consultado en [<https://www.eldia.com/nota/2018-5-14-21-41-0-presentan-un-amparo-para-que-se-cumpla-la-ley-de-cupo-laboral-trans-en-la-provincia-politica-y-economia>] el 16/05/2018
- Fernández, J. (2004) *Cuerpos Desobedientes. Travestismo e Identidad de Género*. Buenos Aires: Edilasa.
- Forastelli, F. y Olivera, G. (Coord.) (2012) *Estudios queer. Semiótica y políticas de la sexualidad*. Buenos Aires: La Crujía.
- Jáuregui, C. (1987) *La Homosexualidad en la Argentina*. Buenos Aires: Tarso.
- Maffía, D. (2003) *Sexualidades Migrantes. Género y Transgénero*. Buenos Aires: Feminaria Editora.
- La Nación* (2008) “La ley de cupo laboral trans, el último logro de su vida militante”, consultado en [<https://www.lanacion.com.ar/2116151-la-ley-de-cupo-laboral-trans-el-ultimo-logro-de-su-vida-militante>] el 16/05/2018.
- Máximo, M. (2017) “De Tacos, Travestis y Montoneros: la vida urgente de Valeria del Mar” Consultado en [<http://cosecharoja.org/de-tacos-travestis-y-montoneros-la-vida-urgente-de-valeria-del-mar/>] el 22/07/2017.
- Ministerio público de la defensa de la ciudad autónoma de Buenos Aires (2017) *La revolución de las mariposas*. Buenos Aires.
- Maximo, M. y Prieto. C(2016) “¿Dónde está la memoria LGBTI?” Buenos Aires.  
Consultado en [<https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/subnotas/4447-595-2016-03-18.html>] el 22/07/2017
- Saldivia Menajovsky, L. (2017) *Subordinaciones Invertidas. Sobre el derecho a la Identidad de Género*. Buenos Aires: Universidad Nacional General Sarmiento; Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Ediciones. UNGS
- Sebrelli, J. J. (2015) *Escritos sobre escritos, ciudades bajo ciudades*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Simonetto, P. (2016) *La moral institucionalizada. Reflexiones sobre el Estado, las sexualidades y la violencia en la Argentina del*

- siglo XX.* Buenos Aires. Consultado en e-l@tina Revista electrónica de estudios latinoamericanos. [<http://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/elatina/article/viewFile/1774/1522>] el 21/08/2017
- Soffietto, A. (2018) “#Argentina: avances y deudas del cupo laboral trans” consultado en [<http://agenciapresentes.org/2016/12/29/cupo-trans/>] el 16/05/2018.
- Odile, P. (2009) “*Reparo de la identidad de gays-lesbianas-trans (GLT) en el área jurídica*”. en GERLERO, M. (comp. y coord.). *Derecho a la Sexualidad*. Buenos Aires: Grinberg Libros Jurídicos.
- Página 12*, (2018) “Una ley sin cupo”, consultado en <https://www.pagina12.com.ar/114863-una-ley-sin-cupo> el 16/05/2018.
- UNESCO (2015) *Countering online hate speech*. Francia. Consultado en [<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>] el 22/07/17
- Wayar, M. (2012) “¿Qué pasó con la T?” Buenos Aires. Consultado en [<https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-2436-2012-05-11.html>] el 08/08/2017.

# Una aproximación conceptual a la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo

*Enrique Catani*

## 1. Un Derecho colectivo

Con pretensiones de cierta autonomía relativa, es común que los estudios sobre Derecho del Trabajo separen la disciplina en dos partes, una llamada *individual* y otra, *colectiva*. La diferenciación posee notables ventajas didácticas y se asienta en una larga y pacífica tradición. Se discute más, en cambio, acerca de la pertinencia conceptual de la distinción<sup>1</sup>.

Un conjunto de objeciones hace centro en cierta ambigüedad y falta de precisión del término *colectivo*. Para estas posiciones, predicar que un Derecho es *colectivo*, es agregar un adjetivo que ya está contenido en el nombre. Todo Derecho es colectivo, en tanto constituye un orden aplicable a una colectividad<sup>2</sup>. Desde ese punto de vista, todo el Derecho del Trabajo es colectivo, en tanto ordenamiento normativo general aplicable al colectivo de trabajadores y empleadores. Desde esta mirada, afirmar que un Derecho es colectivo es hacer una afirmación vacía.

La objeción tiene su encanto, como todas las objeciones que niegan distinciones tradicionales, pero –al igual que aquéllas– tiene el problema de que carece de utilidad práctica y teórica y –además– se presenta como anti-intuitiva. A pesar de los problemas que genera a la hora de definirla y delimitarla, la idea de un Derecho Colectivo del Trabajo es fácilmente aceptable por la

<sup>1</sup> Martínez Vivot (1999), por ejemplo, solo admite la distinción a los fines didácticos.

<sup>2</sup> Sostenía al respecto Deveali (1959), cuando argumentaba en favor de llamar a esta rama “Derecho Sindical”, que “es obvio que todo Derecho es colectivo, por emanar de y dirigirse a la colectividad”.

intuición, provee soluciones prácticas de una utilidad notoria, presenta muchas ventajas didácticas y –sobre todo– estimula la formulación de nuevas preguntas e incertidumbres.

## 2. ¿Un Derecho instrumental o autónomo?

Aceptar –al menos por las ventajas prácticas y teóricas señaladas– la existencia de un Derecho Colectivo del Trabajo, separable del Derecho Individual del Trabajo, introduce inmediatamente la cuestión acera del grado de autonomía o separación que es dable esperar de ambas disciplinas.

Una primera mirada lleva a sostener que el Derecho Colectivo del Trabajo tiene un carácter exclusivamente instrumental y –de algún modo– vasallo del Derecho Individual del Trabajo. Se argumenta que el centro de imputación del Derecho del Trabajo es, desde luego, la relación de trabajo que, en definitiva, siempre se presenta en última instancia como una relación entre individuos. Esta primera mirada peca quizás de ser excesivamente simplificadora y debería incorporar también otras realidades y volverse más compleja. Parece claro que la relación de trabajo no es un fenómeno que pueda reducirse siempre al vínculo entre un trabajador y un empleador, sino que abarca realidades más complejas, en tanto los trabajadores –además de ser sujetos de contratos de trabajo– son también un factor de la producción principal de la economía y constituyen una clase bien definida en la organización de la sociedad; fenómenos éstos que resultan imposibles de aprehender si se los reduce a considerarlos una mera suma de vínculos interpersonales.

En otras palabras, además de un conjunto de personas humanas individuales, los trabajadores *colectivamente* considerados constituyen una categoría social bien definida, cuyo rol central –como categoría social– en la economía, la política y la cultura es innegable.

Desde esta mirada, es posible predicar la autonomía de lo colectivo frente a lo individual. Los trabajadores, colectivamente considerados como categoría social, poseen un conjunto de

características y –ya veremos enseguida– *intereses* que son bastante diferenciables de los que poseen cuando se los considera como una mera suma de individuos.

Ahora bien, una separación tajante entre la idea del trabajador como persona humana *individual* y la de los trabajadores como categoría social *colectiva* no debe llevar a una completa autonomización de lo colectivo que termine en un grado de abstracción deshumanizada.

### 3. Lo colectivo como calidad

Lo dicho hasta aquí nos lleva a una idea peculiar: más que a la cantidad, lo colectivo nos remite a una calidad. Los trabajadores pueden ser muchos, pero –mientras los consideramos *individualmente*– nunca ingresamos en el terreno de lo colectivo<sup>3</sup>. Por el contrario, pueden ser pocos –o incluso uno solo, en algunos casos extremos<sup>4</sup>– y en tanto los consideremos como categoría abstracta, estaremos en presencia de lo *colectivo*.

La llave para ingresar al terreno de lo colectivo es esa posibilidad de abstraer las características de una categoría social con independencia de las condiciones y particularidades de sus circunstanciales miembros.

Podríamos plantearlo haciendo un uso metafórico de la teoría de conjuntos de la matemática<sup>5</sup>, en la que los conjuntos pueden definirse *por extensión*, enumerando explícitamente sus elementos, o *por comprensión*, definiendo las particularidades que debe tener un objeto para pertenecer al conjunto. Esta mirada sobre lo colectivo en el Derecho del Trabajo que

<sup>3</sup> Como señala Etala (2007), cualquier litisconsorcio activo procesal en el que varios actores reclaman conjuntamente algún derecho por vía judicial implica una multiplicidad de trabajadores, sin que por ello deban aplicarse las normas que rigen el Derecho Colectivo del Trabajo.

<sup>4</sup> En contra Etala (2007), para quien la existencia de una pluralidad de trabajadores es condición necesaria (aunque no suficiente) para configurar materia regulada por el Derecho Colectivo del Trabajo.

<sup>5</sup> Sartorio (2000).

privilegia lo cualitativo por sobre lo cuantitativo solo admite definiciones *por comprensión* y considera que cualquier definición *por extensión* (por más copiosa que sea) siempre se quedará en la dimensión individual.

Busquemos un ejemplo elemental y sencillo. Una pequeña empresa en la que trabajan cinco operarios, cada cual con su nombre y apellido, sus características físicas peculiares, su historia, sus sueños, sus rencores. En suma, cinco seres humanos únicos e irrepetibles. Si consideramos sus derechos, sus intereses, sus reclamos, aun nos mantenemos en el terreno de lo individual (son cinco, pero el ejemplo valdría también si fueran cinco mil). En cambio, cuando los pensamos como una categoría, la *categoría de los trabajadores de esa pequeña empresa*, lo colectivo se hace presente. Para ello es necesario que nos abstraigamos de las características particulares de los miembros de la categoría y la pensemos en forma más o menos abstracta. Hasta aquí no parece haber diferencias muy notables, pero supongamos que tres de esos cinco trabajadores, dejan de trabajar en esa empresa por diferentes razones y son reemplazados por tres trabajadores nuevos, cada uno provisto de su cara peculiar, de sus sueños únicos, de sus pasiones íntimas. En ese caso, el grupo de trabajadores se modificó sustancialmente, más de la mitad de sus miembros ha cambiado. En cambio, la *categoría de los trabajadores de esa pequeña empresa* no ha cambiado en lo más mínimo, al punto que –incluso– tiene la misma cantidad de integrantes.

#### 4. ¿Qué es lo colectivo del Derecho colectivo?

A partir de pensar lo *colectivo* como aquello que puede definirse en términos abstractos pero no determinarse en concreto, aquello que puede inteligirse como un conjunto bien definido pero, a la vez, en donde no puede determinarse concretamente quiénes son sus integrantes; corresponde indagar acerca de cuál es el punto en el cual se ingresa a la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo.

Para muchos autores, la clave está en los sujetos. Desde esta mirada, el Derecho colectivo es el Derecho que se aplica a los sujetos colectivos de las relaciones de trabajo. La colectividad, así mirada, es subjetiva. Esta posición –definir el objeto de una disciplina por los sujetos que en ella actúan– posee buenos antecedentes en todos o casi todos los Derechos especiales. El Derecho Comercial puede definirse como el Derecho aplicable a los comerciantes o, mejor aún, el Derecho del Consumidor es el Derecho de los consumidores. El propio Derecho del Trabajo puede definirse también de esta manera subjetiva. Este tipo de miradas ha hecho que –además de *Derecho Colectivo del Trabajo*– a esta rama del Derecho se la llame usualmente *Derecho Sindical*<sup>6</sup>. Esta posición peca –quizás– por defecto. Muchas cuestiones colectivas del Derecho del Trabajo no dependen del accionar de sujetos colectivos reconocidos. Los empleadores, por otra parte, frecuentemente actúan individualmente en materia de Derecho Colectivo.

Bastante más extensiva, goza de mucho consenso la idea de que el Derecho Colectivo comprende tres institutos principales: los sindicatos, la negociación colectiva y la huelga<sup>7</sup>. Para esta mirada, el Derecho Colectivo del Trabajo es la disciplina que estudia esos institutos y las cuestiones con ellos relacionadas, nada más. Este modo de concebir el Derecho Colectivo es hegemónico en la disciplina y posee notables ventajas, especialmente por el consenso que suscita, aunque es poco justificable en términos conceptuales. Si el Derecho Colectivo del Trabajo fuese eso, no hay manera de justificar su pretendida autonomía relativa. Sería cuestión de agregar tres institutos más a los que estudia el Derecho del Trabajo (al que ya no habría por qué llamar individual) como las vacaciones, la remuneración o la solidaridad.

En cambio, es más interesante la posición que identifica el objeto del Derecho Colectivo con la presencia del interés

<sup>6</sup> Denominación adoptada por Deveali (1959) y Nápoli (1969), entre otros.

<sup>7</sup> Etala (2007) agrega como cuarto instituto la participación de los trabajadores en la empresa.

cualitativamente colectivo<sup>8</sup>. Quizás se trate de la mirada conceptualmente más sólida a la hora de pensar la disciplina, aunque se enfrenta siempre con la dificultad de identificar y definir con exactitud cuándo un interés es cualitativamente colectivo y goza de menos consenso entre los autores, acaso porque algunos ven en ella alguna reminiscencia autoritaria.

Por mi parte, creo que lo que hay de colectivo en el Derecho Colectivo del Trabajo es una *dimensión* colectiva<sup>9</sup>. Quiero decir, lo colectivo y lo individual en el Derecho del Trabajo aparecen como dimensiones distintas de lo mismo, que operan a la vez, pero sin confundirse. No hay una separación tajante entre lo individual y lo colectivo, como si pudiéramos decir “hasta este mojón estamos en el terreno de lo individual, a partir de aquí, en lo colectivo”. Por el contrario, no hay hecho, derecho, interés o sujeto del Derecho del Trabajo en el que no aparezcan actuadas –aunque en planos distintos y generalmente superpuestos, pero sin confundirse– la dimensión colectiva y la individual<sup>10</sup>.

El uso que hago aquí de la palabra *dimensión* es metafórico. Las tres dimensiones del espacio –altura, anchura y profundidad– constituyen abstracciones intelectuales, desagregaciones analíticas que permiten comprender mejor a un espacio en el que todos los objetos –por muy delgados que parezcan– son siempre tridimensionales. Por extensión podemos pensar a lo colectivo y lo individual como dos dimensiones de un universo bidimensional –el Derecho del Trabajo– en el que todos sus

<sup>8</sup> Krotoschin (1979) lo definía como los “*intereses de una profesión, categoría o multitud de trabajadores como conjunto*”, pero aclaraba –en la misma línea de privilegiar lo cualitativo– que esa categoría “*no se considera como una simple aglomeración de individuos sino como un grupo, con intereses que afectan al grupo como tal*”.

<sup>9</sup> En igual sentido, Arese (2008) afirma, con cita de Alain Supiot, que la particularidad del Derecho del Trabajo reside en la “*invención de esta dimensión colectiva*” como segunda dimensión de análisis jurídico de la relación de trabajo y, por ello, sostiene que no puede hablarse de una *summa divisio* entre Derechos Individual y Colectivo del trabajo.

<sup>10</sup> Al analizar la ontología y titularidad del derecho de huelga –quizás el primero de los institutos del Derecho Colectivo del Trabajo–, Orsini (2016) sostiene que “*la huelga es un derecho que contiene una dimensión individual y otra colectiva*”.

objetos –por muy individuales o colectivos que parezcan– siempre tienen esas dos dimensiones.

Soy perfectamente consciente de que afirmar que lo colectivo es una dimensión no parece agregar mucho; pero no quiero desaprovechar la oportunidad de plasmar mis propias perplejidades.

## 5. El interés colectivo

Quizás la manera más precisa de ingresar en la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo sea identificar la existencia del interés colectivo, entendido –claro está– como un interés cualitativamente colectivo<sup>11</sup>. Si así fuera, ingresaríamos en la dimensión colectiva siempre que aparezca comprometido el interés colectivo<sup>12</sup>, pero ¿existe un interés colectivo?

La pregunta es pertinente porque –además de lo difícil de delimitar y definir al interés colectivo<sup>13</sup>– muchos autores directamente niegan su existencia y entienden que el interés colectivo no es conceptualmente distinto del interés individual de los miembros de la categoría colectiva de que se trate. Por el contrario, postular la existencia de un interés colectivo implica postular que existe un interés de la categoría colectiva más o menos independiente de los intereses individuales de los miembros de la categoría colectiva de que se trate<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Etala (2007) sostiene que –junto al elemento cuantitativo constituido por la pluralidad de trabajadores (elemento que, a mi modo de ver, no resulta determinante)– debe existir un elemento cualitativo representado por el interés colectivo “que no es el resultado de la suma de los intereses individuales de varios trabajadores, sino que expresa un interés cualitativamente distinto”.

<sup>12</sup> Recalde (2017), al definir la naturaleza del conflicto colectivo aclara que el interés colectivo “expresa un interés sustancialmente distinto al individual, referido a los trabajadores como gremio” que “se proyecta sobre los intereses de una categoría profesional en abstracto.”

<sup>13</sup> Intentando superar esta dificultad, Santoro-Passarelli definía al interés colectivo como el de “una pluralidad de personas a un bien apto para satisfacer una necesidad común” que resulta indivisible. Esta particular característica de indivisibilidad es resaltada por Gino Giuni, conf. Arese (2011).

<sup>14</sup> En puridad, el interés colectivo tampoco se identifica con el interés del sujeto o “ente” colectivo, como agudamente señala Ackerman (2013).

Volvamos al ejemplo sencillo con el que trabajábamos anteriormente. Una pequeña empresa en la que trabajan cinco operarios. Esa empresa aplica un convenio colectivo, celebrado hace un tiempo, que establece un sueldo mínimo de diez mil pesos. Podríamos decir con seguridad que existe un interés por parte de los trabajadores en establecer un nuevo sueldo mínimo de quince mil pesos, pero ¿se trata de un interés individual o colectivo? Seguramente ambos. Ahora supongamos que cuatro de los operarios cobran el sueldo mínimo establecido en el convenio colectivo de diez mil pesos, pero uno, el supervisor, cobra un sueldo de veinte mil pesos. El supervisor no tiene ningún interés individual en que se aumente el sueldo mínimo a quince mil, ya que él de todos modos cobra más que eso. Los otros cuatro operarios, en cambio, están individualmente interesados en el aumento del sueldo mínimo. Más allá de eso, el interés colectivo de la *categoría de los trabajadores de esa pequeña empresa* se mantiene inalterado, aunque uno de sus miembros no se vea afectado por ese interés. Es más, el interés de la categoría de los trabajadores de esa pequeña empresa en que se aumente el sueldo mínimo se mantiene inalterado aunque los cinco operarios que allí trabajan cobren veinte mil pesos y, por tanto, la suba del mínimo a quince mil no afecte a ninguno de ellos, porque la *categoría profesional* también incluye a los posibles futuros trabajadores de esa empresa que, cuando ingresen, percibirán el nuevo sueldo mínimo. Como puede verse, en el caso es posible identificar un interés colectivo bastante separable del interés individual de los miembros de la categoría profesional que lo detenta<sup>15</sup>.

De paso, el ejemplo sirve para señalar una regla que –aunque poco importante en términos conceptuales– posee mucha relevancia práctica a la hora de decidir si un determinado interés puede o no ser calificado de colectivo: es posible predicar que un interés que involucra a trabajadores futuros (es decir, a personas

---

<sup>15</sup> Afirma Etala (2007) al respecto que el interés colectivo no tiene que ver con los fenómenos psicológicos o subjetivos, sino que se determina en forma objetiva por la posición que ocupan los trabajadores en la estructura social.

que todavía no integran la categoría profesional pero que pueden hacerlo en el futuro) es siempre y en todos los casos colectivo.

Quienes niegan la existencia de un interés colectivo de la categoría profesional independiente del interés individual de sus miembros objetan que –en todo caso– determinar el contenido del interés colectivo siempre será tarea de los actores sociales que –en tanto sujetos colectivos– se estructuran o deben estructurarse en una sociedad democrática como una red de mandatos y que, por tanto, en la realidad social no se verifican los casos de laboratorio como el mencionado, en tanto –aun en el ejemplo dado– ese supuesto interés colectivo de la categoría no se va a manifestar de ningún modo porque no hay una mayoría de miembros de la categoría que lo sostenga. La objeción es pertinente y muy justa, aunque creo que no logra destruir la idea del interés colectivo, sino que más bien avanza en la cuestión de quién y cómo define su contenido<sup>16</sup>.

Otro problema con el concepto de interés colectivo es que suele traer alguna reminiscencia autoritaria, especialmente cuando se lo relaciona con las ideas del corporativismo italiano. Es bueno recordar entonces que para el fascismo, el interés colectivo era un interés público que se estructuraba de arriba hacia abajo como una derivación del interés general, mientras que en las miradas democráticas el interés colectivo es un interés privado que se manifiesta de abajo hacia arriba y, en todo caso, a partir de la lucha y la negociación, del consenso y el disenso, puede contribuir a delinear los contornos del interés general<sup>17</sup>.

## 6. ¿Quién delimita las categorías sociales?

La idea de interés colectivo trae aparejada otros problemas. Si el interés colectivo es el interés que es propio de las categorías

<sup>16</sup> En ese sentido, Etala (2007) –citando a Dahrendorf– señala que los intereses colectivos son siempre, desde el punto de vista de los sujetos, intereses latentes; se transforman en intereses manifiestos cuando se exteriorizan en una acción.

<sup>17</sup> Ackerman (2013) señala, con apoyo en citas de Santoro Passarelli, que el interés colectivo es siempre un interés privado y no público.

sociales (o *categorías profesionales*, como se las suele llamar en la disciplina), con cierta independencia de los intereses individuales de sus miembros; hay que preguntarse previamente cómo y quién determina qué es una categoría social<sup>18</sup>. Quiero decir: por qué los guardavidas o los obreros de la construcción, o los empleados de comercio o los profesores universitarios son categorías sociales reconocidas; mientras que otras –que podrían serlo– no lo son.

Para las miradas autoritarias la respuesta es sencilla: las categorías sociales se determinan por un acto de autoridad y, específicamente, por un acto de autoridad pública fundado en el interés general. Del mismo modo que el interés colectivo –para las miradas autoritarias– es un interés público derivado del interés general, las categorías sociales son, en definitiva, emanaciones orgánicas del propio cuerpo social concebido como un todo.

Por el contrario, las miradas más liberales tienden a ver en las categorías sociales meras abstracciones arbitrarias. En la literatura, este punto de vista fue llevado genialmente al extremo por Bioy Casares y Borges en el cuento *El Gremialista*, contenido en las *Crónicas de H. Bustos Domecq*<sup>19</sup>. Allí se cuenta de un pensador dispuesto a establecer todas las categorías sociales posibles: la de quienes viajan en tranvía, la de quienes viven en las veredas pares, la de quienes tienen dolor de muelas, la de quienes piensan en laberintos. Estas categorías –los autores

<sup>18</sup> Es muy difundida la opinión vertida por el convencional Bravo en el debate de la Convención Constituyente de 1957: “Pertenecer al gremio es una situación de hecho. Se pertenece al gremio en razón del oficio, de la profesión que se ejerce: se pertenece al gremio de carpinteros porque se es carpintero; pero no en razón del sindicato, cosa muy diferente: para pertenecer al sindicato hay un acto de voluntad del trabajador que se afilia a ese sindicato” (Convención Nacional Constituyente, 1957, *Diario de Sesiones*, t. II p. 1457). La distinción así formulada es clarísima: la pertenencia al gremio (a la categoría social) es objetiva y no requiere el concurso de la voluntad de los trabajadores. La pregunta que aquí nos hacemos es previa: ¿qué es lo que nos lleva a afirmar la existencia de una categoría social? En el ejemplo del convencional Bravo, ¿Qué es lo que nos permite afirmar que existe un gremio de carpinteros?

<sup>19</sup> Borges (1979).

extremen las posibilidades del absurdo– son efímeras y combinables y, en todos los casos, resultan arbitrarias, cuando no perversas y peligrosas<sup>20</sup>.

Una solución más sencilla y realista es considerar que son los trabajadores los que crean las categorías sociales como un acto de voluntad que los hace pasar de la dimensión individual a la colectiva. Por mi parte, prefiero pensar que son los trabajadores *colectivamente considerados*, quienes se auto-perciben como categoría social dándole nacimiento y delimitando sus contornos. En otras palabras, la propia categoría social se crea a sí misma mediante un acto de autoconsciencia.

## 7. ¿Quién establece el contenido del interés colectivo?

Ahora bien, si la categoría social trasciende a los individuos que la integran y si el interés colectivo es algo distinto del interés de las personas humanas que componen la categoría, ¿quién establece el contenido de ese interés? o –desde un punto de vista aún más esencialista–, ¿quién puede enunciar válidamente el contenido el interés colectivo?

Existe algún paralelismo entre estos problemas y los que son propios de la teoría del Estado, dado que se puede establecer –salvando las distancias, claro– una cierta equivalencia entre los conceptos de nación y Estado, por un lado; y categoría profesional y sindicato por el otro<sup>21</sup>. Desde esa perspectiva, puede considerarse que así como el Estado nacional es quien expresa el interés general de una nación a través de los sistemas de representación que se ha dado; del mismo modo, es el sindicato

<sup>20</sup> Entre las posiciones negadoras de la existencia y relevancia de las categorías sociales podemos señalar a Martínez Vivot (1999), que sostiene “*corresponde, antes que nada, abandonar el mito de que la categoría constituye el presupuesto lógico de la existencia del sindicato; eso, como afirma Bueno Magano, sólo se admite a la luz de la concepción corporativista*”.

<sup>21</sup> Este paralelismo aparece bien marcado en el pensamiento del convencional constituyente de 1957 Luis María Jaureguiberry, quien definía al gremio como el “*conjunto de personas que tiene un oficio, profesión o estado social*” y afirmaba que “*el sindicato, como lo dijimos, es el gremio jurídicamente organizado*”. Las citas están en Cornaglia (2010).

quién expresa el interés colectivo de la categoría social a través de un sistema de representación<sup>22</sup>.

En definitiva, la cuestión puede resolverse por las reglas de la representación. Ello nos lleva a ciertas honduras que aquí son inabordables. Como se sabe, la palabra *representación* es ambigua: se representa cuando se actúa por mandato de otro, pero también se representa cuando se pone en escena una ficción.

## 8. Interés colectivo, interés individual e interés general

En el discurso con el que argumentó en favor de la sanción de la ley que se conocería por su nombre, el diputado Le Chapelier dijo ante la Asamblea Nacional Constituyente en 1791: “*No existe nada más allá del interés de cada individuo y el interés general*”. La mirada condensa con mucha exactitud el pensamiento liberal en la materia: el Estado como una organización asociativa de individuos libres e iguales, que no consiente ningún estamento intermedio entre lo general y lo particular. El Constitucionalismo Social trajo, entre otras novedades, el reconocimiento de lo colectivo<sup>23</sup>.

Una mirada autoritaria suele ver entre lo general, lo colectivo y lo individual una relación jerárquica de subordinación absoluta, según la cual el interés colectivo debe siempre subordinarse al interés general y el interés individual debe siempre estar subordinado a los otros dos. Enseguida se advierte que una relación jerárquica de ese tipo solo es posible en un orden totalitario en el que la libertad se encuentre rigurosamente prohibida.

Por el contrario, la relación entre las tres dimensiones (general, colectiva e individual) debe pensarse como una relación actual o potencialmente conflictiva y las preferencias que

---

<sup>22</sup> Explica Cornaglia (2010) que “*Al sindicato se le reconoce la representación legal y necesaria de la categoría profesional, a partir de la premisa de la incapacidad económica de los trabajadores para enfrentarse al capital*” y aclara enseguida “*Su sentido es el de representar a un conjunto de trabajadores como tal. Como conjunto*”.

<sup>23</sup> Cornaglia (2010)

resulten de esa relación dependerán de las decisiones políticas, filosóficas y económicas de cada sociedad<sup>24</sup>.

No obstante, cualquier mirada que privilegie los vínculos de solidaridad por sobre los de competencia concederá cierta preeminencia al interés colectivo por sobre el individual y al interés general por sobre los otros.

## **9. La preeminencia de la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo por sobre su dimensión individual**

Si es necesario argumentar sobre una cierta preeminencia es porque esa preeminencia no resulta para nada evidente. En la práctica de la abogacía laboral, en la jurisprudencia y en los ámbitos académicos, el Derecho Individual del Trabajo es el que manda y el Derecho Colectivo es apenas un apéndice más o menos extravagante.

Una de las muchas razones por la que eso sucede es que –en un sistema de estabilidad relativa como el que existe en nuestros países– el juicio por despido desplaza en la práctica judicial a casi todos los demás conflictos jurídicos posibles. Esa es una de las causas por las que los mayores desarrollos teóricos y jurisprudenciales en materia de Derecho Colectivo son los que se relacionan con despidos, por ejemplo, la cuestión de la tutela sindical.

Más allá de los tribunales y de las aulas, la realidad del mundo del trabajo es muy otra y es visible que la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo posee una vitalidad, un desarrollo y una vigencia muy notables. Esa dimensión colectiva, que coexiste con la individual sin confundirse, puede reclamar algunas preeminencias.

---

<sup>24</sup> Un buen ejemplo en el Derecho argentino de preeminencia del interés general por sobre el interés colectivo lo constituyen las limitaciones al derecho de huelga en los casos de servicios esenciales. Un ejemplo de preeminencia del interés individual por sobre el colectivo es el derecho de los trabajadores a no afiliarse o a desafiliarse de los sindicatos. A la inversa, un ejemplo de preeminencia del interés colectivo por sobre el individual lo constituyen las llamadas “cláusulas sindicales” de los convenios colectivos de trabajo.

En primer lugar, la preeminencia histórica, en tanto el Derecho del Trabajo no es el fruto del avance racional de la conciencia jurídica o moral, sino más bien el resultado –siempre provisorio e inestable– de las luchas obreras. En segundo lugar, la preeminencia jurígena, en tanto la posibilidad de crear Derecho que tienen las partes individuales de un contrato de trabajo es apenas relevante, en tanto esa posibilidad en la dimensión colectiva es particularmente intensa. En tercer lugar, la preeminencia social y política, dado que es la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo la que puede influir decisivamente en los grandes cambios generales. Por último, la preeminencia más significativa de todas, que es la preeminencia axiológica: el Derecho del Trabajo –mirado desde las más variadas posiciones filosóficas– es siempre un Derecho que privilegia la solidaridad por sobre la competencia, la igualación por sobre la desigualdad y, en definitiva, lo colectivo por sobre lo individual.

## 10. Bibliografía

- Ackerman, Mario E (2013). *Interés Colectivo* en Ackerman, Mario E. y otros *Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VIII*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Arese, César (2008). *Derecho de la Negociación Colectiva*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Arese, César (2011) *Derecho de los Conflictos Colectivos de Trabajo*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Borges, Jorge Luis (1979). *Obras Completas en Colaboración*. Buenos Aires: Emecé.
- Convención Nacional Constituyente 1957, *Diario de Sesiones*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958.
- Cornaglia, Ricardo Jesús (2010). *Derecho Colectivo del trabajo, Derecho Sindical*, segunda edición. Buenos Aires: La Ley.
- Deveali, Mario (1959). *Derecho Sindical y de la Previsión Social*. Buenos Aires: Zavalía.
- Etala, Carlos Alberto (2007). *Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Krotoschin, Ernesto (1979). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Martínez Vivot, Julio (1999). *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Nápoli, Rodolfo A. (1969). *Manual de Derecho Sindical*. Buenos Aires: La Ley.
- Orsini, Juan Ignacio (2016). *Ontología y Titularidad del Derecho de Huelga, en Revista de Derecho Social Latinoamericano n° 2*. Madrid: Editorial Bomarzo.
- Recalde, Mariano (2017), *Manual de Derecho Colectivo del Trabajo*. José C. Paz: Edunpaz.
- Sartorio, Ana Carolina (2000), *Conjuntos e Infinitos*, Buenos Aires: Eudeba.

# **Argentina - FMI**

## **Corsi e ricorsi**

*Luciano Vernetti*

“Contra la crisis, más democracia”

Raúl Eugenio Zaffaroni

### **I. Introducción**

En ocasiones se presentan –a lo largo de la historia– hechos que se parecen a otros acontecimientos ocurridos tiempo atrás, tal como si la historia retrocediera y se reiterara, en forma similar a los *corsi e ricorsi* de Vico. Recientemente se anunció la decisión de Argentina de solicitar un crédito al Fondo Monetario Internacional para conjurar una crisis económica, lo cual nos rememora los momentos previos al año 2001. Las enseñanzas de la historia son buenas para no reiterar los errores.

Recordemos que el cambio de siglo recibió a la Argentina con una profunda crisis económica, que desembocó en una crisis política e institucional sin precedentes históricos, con el triste récord de tener cinco presidentes en once días.

Dicho momento llegó luego de un derrotero plagado de errores (económicos, políticos, institucionales, jurídicos, etc). Prolegómeno de ello fue la crisis política provocada por la renuncia de Alvarez –Vicepresidente de la nación– el 6 de octubre de 2000 quien se retira denunciando<sup>1</sup> corrupción en la administración presidencial y en el Senado Nacional.

---

<sup>1</sup> El vicepresidente al renunciar entre otras cosas decía “Parece paradójico y a la vez resulta cada vez más chocante, cuando más avanza la pobreza, la desocupación, el escepticismo y la apatía, desde no pocos lugares se responde con dinero negro, compra y venta de leyes, más pragmatismo y más protagonismo para quienes operan en la política como si fuera un gran negocio para pocos. Esta realidad no acepta medias tintas, no se puede tratar el cáncer con aspirinas, ni alcanzan los discursos que remiten a la acción de una Justicia, y muchos de los que deben investigar los actos de corrupción difícilmente podrían soportar una investigación a fondo sobre su patrimonio, de aquí que esta situación debe enfrentarse con una enorme

El objeto de este breve trabajo es un análisis jurídico de lo sucedido con anterioridad a la crisis de finales del año 2001, enfocado desde el estado de excepción, especialmente con relación a los poderes de emergencia y delegación de poderes legislativos.

Se aprecia que el otorgamiento de poderes de emergencia o la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo no siempre son herramientas eficaces para enfrentar o evitar las crisis, pero es y ha sido la solución propuesta habitualmente para intentar conjurarlas.

Más aún estas son las herramientas que nuestro texto constitucional habilita para estas situaciones de emergencia.

El período que se toma para el análisis es entre diciembre de 2000 y septiembre de 2001, luego de ello la inercia de la crisis empujó a la Argentina a los fatídicos 19 y 20 de diciembre, en los que la crisis económica y social alcanzó los puntos más altos. El estado de excepción también alcanza la cumbre con la declaración del estado de sitio<sup>2</sup> el día 19 de diciembre de 2001 y al día siguiente con los muertos de la masacre de Plaza de Mayo.<sup>3</sup>

---

cuota de decisión: o se está con lo viejo, que debe morir, o se lucha por lo nuevo, que esta crisis debe ayudar a alumbrar. Atravesamos tres crisis los argentinos, la crisis política social, la crisis moral y la crisis económica. Para combatir la primera he manifestado que los senadores que protagonizaron las decisiones de los últimos años del Senado debían renunciar; lejos de ello, han intentado la política del aveSTRUZ, se han atornillado a las bancas y a los cargos, y ahora seguramente se amparan, como ya lo señalaron políticamente algunos, en las decisiones del presidente para decir que nada ha pasado.”. Véase texto completo del discurso en Cibeira, Fernando (07/10/2000). “La renuncia de Chacho Alvarez cambio el escenario de la política. “Es una crisis terminal en el vínculo con la gente”, Página 12, recuperado el 26 de julio de 2017 de <https://www.pagina12.com.ar/2000/00-10/00-10-07/pag03.htm>, y discurso de renuncia en RaroVHS Canal 2 [rarodvdblogspot] (19/03/2017). “Renuncia Chacho Alvarez discurso completo TN 06/10/2000” recuperado el 26 de julio de 2017 de [https://www.youtube.com/watch?v=sEXR\\_xAG-Sc](https://www.youtube.com/watch?v=sEXR_xAG-Sc).

<sup>2</sup> Decreto 1678/2001 (19/12/2001), recuperado el 2017 de julio de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/98084/norma.htm>. Véase TV PÚBLICA ARGENTINA [TVPublicaArgentina] (21/10/2010). “Fernando De la Rúa - Declaración del estado de sitio - 19/12/2001” recuperado el 26 de julio de 2017 de <https://www.youtube.com/watch?v=h67HpxqQ7Hg>.

<sup>3</sup> Así lo reflejaba la prensa contemporánea “La masacre de la Plaza de Mayo, que ensangrentó la ciudad con una violencia y una sinrazón que reconoce como único antecedente el terrible bombardeo de la aviación naval de junio de 1955, tres meses antes del derrocamiento

## II. Tres momentos de la historia

De dicho período histórico bajo análisis, se tomaran tres momentos: primero el Blindaje 2001 lo cual implicará el necesario análisis de las facultades del Congreso, y la delegación contenida en la Ley 24.156 (en adelante Ley de Administración Financiera); segundo el otorgamiento de superpoderes; tercero el Megacanje de deuda pública. Finalmente, todo ello deberá analizarse a la luz del estado de excepción y la vigencia de la Constitucion Federal Argentina (en adelante CFA o Constitución) en dichos momentos.

### *II.1. Blindaje 2001*

La denominación “Blindaje 2001”<sup>4</sup> fue adoptada por el gobierno argentino presidido por De la Rúa para referenciar al acuerdo suscripto con el Fondo Monetario Internacional (en adelante FMI) que consistía en una asistencia financiera excepcional del FMI, y otras asistencias financieras y refinaciamientos de otros organismos. Todo el paquete ascendía a 40 mil millones de dólares<sup>5</sup>. Dicho auxilio financiero tenía como fin, dar certeza

de Juan Perón, se desató entre la noche del 19 y la madrugada del 20, luego de un discurso del entonces presidente que desató un vendaval de cacerolas que protestaron por la congelación de sueldos y ahorros decretada el 3 de ese mes, para gritar su terror ante los saqueos que convulsionaban la Capital y el conurbano bonaerense, y para cuestionar a un Gobierno al que adivinaban falto de autoridad y decisión.”. Clarín (20/01/2002). “*El día que la Plaza se volvió a cubrir de sangre*”, recuperado el 27 de julio de 2017, de [https://www.clarin.com/politica/dia-plaza-volvio-cubrir-sangre\\_0\\_S1LReUe0KI.html](https://www.clarin.com/politica/dia-plaza-volvio-cubrir-sangre_0_S1LReUe0KI.html)

<sup>4</sup> En YouTube se pueden observar los spots de entonces presidente argentino haciendo referencia al citado Blindaje, en este sentido véase Vicarlos [vicarlos] (11/06/2012). “*De la Rua sobre Blindaje del FMI en 2001*”, recuperado el 26 de julio de 2017 de <https://www.youtube.com/watch?v=aR9YEyoaKEM>.

<sup>5</sup> En combinación con los compromisos contraídos con las instituciones financieras internacionales y con el Gobierno de España, y con las seguridades de financiamiento del sector privado, la cifra total que se anunció para el “Blindaje” fue de casi US\$ 40.000 millones. Esta suma incluía los compromisos de préstamos del Banco Mundial y del BID por un monto de US\$ 2.400 millones en cada uno de los dos años siguientes. Los US\$2.400 millones del Banco Mundial, sin embargo, no constituyan nuevos fondos sino los préstamos que ya se habían comprometido.

a los tenedores de bonos argentinos de que el país no caería en cesación de pagos. Argentina asumió como compromiso realizar un ajuste fiscal en su gasto, que consistía entre otros aspectos en recortar las jubilaciones futuras, desregular las obras sociales, etc.

El propio FMI dio cuenta del fracaso de la medida señalando *“La confianza del mercado no se recuperó en la forma esperada y en el transcurso del año se perdió efectivamente el acceso a los mercados, lo que llevó a Argentina a solicitar al FMI un incremento de la asistencia. Entre diciembre de 2000 y septiembre de 2001, el FMI tomó una serie de decisiones para proporcionar apoyo financiero excepcional a Argentina, el cual en última instancia ascendió a DEG 17.000 millones, incluido el saldo no girado en el marco del acuerdo en vigor... Sin embargo, la estabilización buscada no fue alcanzada. El aumento anunciado en diciembre de 2000 y aprobado formalmente en enero de 2001 tuvo un efecto favorable, pero de corta duración. Volvieron a generarse presiones cuando se hizo evidente que las medidas acordadas no contaban con el apoyo político necesario y era improbable que se cumplieran las metas del programa.”<sup>6</sup>*

Sin lugar a duda la situación de Argentina era acuciante en noviembre de 2000, y existía serio riesgo de caer en cesación de pagos. En ese marco el Poder Ejecutivo define como política adecuada para conjurar el peligro inminente implementar el Blindaje 2001, pero para ello no debió siquiera acudir al Congreso.

#### *II.1.1. El Congreso. Titular de la potestad del uso del crédito público*

El acuerdo con el FMI del año 2001 fue aprobado sin pasar por el Congreso, no recibiendo ello mayor discusión en aquel momento. Luego de dieciocho años este tema regresa al tapete jurídico y se escuchan algunas voces que reclaman el paso por el Congreso.

---

<sup>6</sup> Fondo Monetario Internacional - Oficina de Evaluación Independiente. (30/06/2004). “Informe sobre la evaluación del papel del FMI en Argentina, 1991-2001”, recuperado el 14 de junio de 2017, de <https://www.imf.org/external/np/ieo/2004/arg/esl/063004.pdf>, p. 22.

La CFA establece en su artículo 4º “*El gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación; del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional; de la renta de Correos; de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional*”, en forma concordante dispone en el artículo 75 inciso 4º que “*Corresponde al Congreso:... Contrarre empréstitos sobre el crédito de la Nación*”.

La doctrina explica “... la constitución autoriza recurrir al empréstito en dos casos: a) urgencias de la Nación (situaciones extraordinarias como guerras, epidemias, inundaciones, etcétera) o b) empresas de utilidad nacional (de obras públicas, tecnología, etcétera). El empréstito se justifica como recurso extraordinario toda vez que el fisco no puede hacer frente a la situación con los recursos ordinarios del Tesoro, en tanto que en cuanto a las empresas de utilidad nacional el empréstito implica adelantar gastos futuros a futuros ejercicios fiscales.”<sup>7</sup>

Joaquín V. González en relación con los empréstitos y operaciones de crédito indica “... forman la quinta fuente de recursos que el artículo 4º enumera para formar el Tesoro y proveer a los gastos públicos, que la cláusula constitucional en este caso destina ‘para urgencias de la nación, o para empresa de utilidad nacional’. Y en los incisos 3º y 5º del artículo 67 se declara, además de hacerlo también el artículo 4º: que el Congreso es el dueño exclusivo de la facultad para ‘contrarre empréstitos de dinero sobre el crédito de la nación,’ y ‘arreglar el pago de la deuda interior y exterior’...”<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Dalla Vía, A. (2004). “Reestructuración y arreglo de la deuda externa en el marco de la constitución nacional”, recuperado el 12 de julio de 2017, de [http://www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/dalla\\_via.pdf](http://www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/dalla_via.pdf), p. 2.

<sup>8</sup> González, J. V. (1897). “Manual de la Constitución Argentina” Buenos Aires, Ed. Angel Estrada y Cia, p. 467.

Se puede afirmar sin atisbo de duda que todo empréstito debe ser autorizado por el Congreso.

### *II.1.2. Excepciones que son reglas*

Siendo el Congreso Nacional –Poder Legislativo– el único que puede autorizar que la Nación contraiga un empréstito, surge inmediatamente la pregunta ¿puede delegar dicha facultad?, y en caso de ser posible ¿Cuáles son las condiciones en las que debe hacerlo?.

Se ha indicado con precisión que “Hay delegación de potestad legislativa cuando el Congreso, órgano al que se atribuye la competencia para sancionar leyes, encomienda su ejercicio departamento ejecutivo. Tal delegación legislativa no estaba expresamente programada por el texto normativo constitucional argentino ni por ninguna de sus enmiendas hasta 1994...”<sup>9</sup>.

Abordar los interrogantes enunciados, requiere acercarse a la regulación que realiza la CFA en cuanto a la delegación legislativa. La misma se encuentra reglada en el artículo 76 que establece:

*“Artículo 76. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.*

*La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”*

Ahora bien, la prohibición es la regla y la delegación su excepción, bajo determinadas circunstancias.

Dos son las excepciones contenidas: primero materias determinadas de administración y, segundo emergencia pública.

<sup>9</sup> Ferreyra, R. G. (2016). “Notas sobre derecho constitucional y garantías” Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 241.

Al respecto Ferreyra afirma “*Respecto de tales expresiones normativas, hay algo evidente: la falta de precisión del lenguaje empleado por el constituyente...El mensaje que late en el artículo 76 arrasa con la posibilidad de una interpretación ortodoxa, dando paso a una desaconsejable interpretación libre de los significados determinados en este fragmento de su textura. No obstante, la delegación legislativa que autoriza debe ser entendida hiperrestrictivamente y dentro del contexto del sistema constitucional*”<sup>10</sup>. En sentido similar Bianchi afirma “*Basta con leer el Artículo 76 para advertir que se trata de una disposición poco clara*”<sup>11</sup>.

En materia de crédito público la Ley de Administración Financiera<sup>12</sup> establece:

*“Artículo 60.- Las entidades de la Administración Nacional no podrán formalizar ninguna operación de crédito público que no esté contemplada en la Ley de Presupuesto General del año respectivo o en una ley específica.*

*La Ley de Presupuesto General debe indicar como mínimo las siguientes características de las operaciones de crédito público autorizadas:*

- Tipo de deuda, especificando si se trata de interna o externa;*
- Monto máximo autorizado para la operación;*
- Plazo mínimo de amortización;*
- Destino del financiamiento.*

*Si las operaciones de crédito público de la Administración Nacional no estuvieran autorizadas en la Ley de*

<sup>10</sup> Ferreyra, R. G. (2016). “Notas...” ob cit. p. 242.

<sup>11</sup> Bianchi, A. B. (2015). “*La delegación legislativa: evolución y estado actual*”, Forum Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 3 año 2015, recuperado el 22 de Julio de 2017, de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/delegacion-legislativa-evolucion-estado.pdf>, p. 26.

<sup>12</sup> Ley 24.156 (29/10/1992). “*Ley de Administración Financiera y Sistemas de control*” recuperado el 15 de julio de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=554>.

*Presupuesto General del año respectivo, requerirán de una ley que las autorice expresamente.*

***Se exceptúa del cumplimiento de las disposiciones establecidas precedentemente en este artículo, a las operaciones de crédito público que formalice el Poder Ejecutivo Nacional con los organismos financieros internacionales de los que la Nación forme parte.”***

La delegación legislativa contenida en la Ley de Administración Financiera con relación a los organismos de crédito internacional es aún de peor calidad normativa que su antecedente. A los fines contextuales del análisis debe tenerse presente que dicha norma fue dictada en el mes de septiembre de 1992, en forma previa a la reforma constitucional de 1994. Asimismo, es dable destacar que a fines de diciembre de 1990 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN o CS) había convalidado los Decretos de Necesidad Urgencia a través del precedente “Peralta”<sup>13</sup>, y si el Poder Ejecutivo podía dictar disposiciones legislativas en momentos urgencia más aún podría hacerlo con autorización del legislador. Más cerca en el tiempo, en 1993, la CS dictó el precedente “Cocchia”<sup>14</sup> en el cual convalida la delegación legislativa<sup>15</sup>.

La delegación legislativa contenida en la Ley de Administración Financiera ha sido motivo de análisis por parte de la CS en los autos “Brunicardi”<sup>16</sup>. En esta causa se discutió la legitimidad de un empréstito emitido por decreto del gobierno de facto en el año 1982, indicando en un obiter dictum “*la Ley 24.156 ... revela la voluntad actual del órgano legislador de continuar ejerciendo la competencia..., en oportunidad de la aprobación de la ley de presupuesto general del año respectivo, sin perjuicio*

<sup>13</sup> CSJN (1990). “*Peralta, Luis A. y otro c/Estado nacional s. amparo*”, 27/12/1990, Fallos 313:1513.

<sup>14</sup> CSJN (1993). “*Cocchia, Jorge Daniel c/Estado Nacional y otro s. acción de amparo*”, 02/12/1993, Fallos 316:2624.

<sup>15</sup> La evolución del tratamiento de la delegación legislativa puede verse en Bianchi, A. B. (2015) “*La delegación...*” ob. cit.

<sup>16</sup> CSJN (1996). “*Brunicardi, Adriano C. c/Estado Nacional (BCRA.) s. cobro*”, Fallos: 319:2886.

*de reservar la posibilidad de dictar una ley específica para aquellas operaciones de crédito público que no estuvieran contempladas en la ley de presupuesto general y delegar facultades en el Poder Ejecutivo en cuanto a las operaciones de crédito con los organismos financieros internacionales de los que la Nación forma parte (art. 60 de ese cuerpo legal), delegación que ciertamente deberá respetar el marco constitucional (art. 76 de la Constitución Nacional)..."*<sup>17</sup> –el destacado es agregado–.

Como se puede observar cuando el Poder Ejecutivo en el año 2001 acuerda con el FMI, una línea de crédito para el llamado Blindaje 2001 lo hace al amparo de una norma que establece una delegación legislativa **sin bases y permanente**, siendo ello a priori violatorio del art. 76 de la CFA.

No es inocente lo que señala la Corte Suprema de Justicia en la última parte del obiter dictum citado, resaltando que la delegación deberá respetar el marco constitucional, lo cual ciertamente no sucede en este caso.

Un sucinto análisis permite concluir la inconstitucionalidad de la norma, sin que para ello se requiera ingresar en el engorroso y tortuoso camino si dicha delegación pude ser enmarcada dentro de "*determinadas materias de administración*"<sup>18</sup>. En primer lugar, la delegación es permanente no fijando un plazo determinado o determinable para su ejercicio. Y en segundo lugar carece de bases. ¿Cuáles deberían ser las bases de delegación? mínimamente pautas sobre monto máximo autorizado para la operación, plazo mínimo de amortización y/o destino del financiamiento. Podría, en la base de la política que fije el Congreso, faltar alguno de los elementos, pero sin dudarlo no pueden faltar todos.

La laxitud e inconstitucionalidad de dicha norma permitió el Blindaje 2001. Con acierto indicaba Joaquín V. González "El

<sup>17</sup> Considerando 14.

<sup>18</sup> Esta delegación no es otorgada para tiempos de emergencia. No existe mención alguna a situaciones de emergencia o excepción en la norma, y siquiera ello en mencionado en forma tangencial o contextual.

abuso de poder de tomar dinero sobre el crédito del Estado y de los más graves que pueden cometer los gobiernos, porque no solamente aniquila la fuerza productora del pueblo y su bienestar interno, sino que puede poner en peligro la consideración y la honra de la República ante las demás naciones”<sup>19</sup>.

### *II.1.3. Otros efectos del acuerdo con el FMI*

Hoy como ayer la reforma previsional fue un tema central. En diciembre del año 2017 se produjo la última reforma en el Congreso<sup>20</sup>, bajo la amenaza de hacerse por decreto de necesidad y urgencia si no se lograba su aprobación<sup>21</sup>.

La firma del acuerdo con el FMI a fines del año 2000, trajo consigo la adopción de medidas legislativas bajo la figura de decreto de necesidad y urgencia, encontrándose entre ellas la reforma previsional, que fracasó –en aquella oportunidad– en el Congreso.

Los diarios de la época, un mes antes decían “*El Gobierno espera que el Fondo Monetario Internacional apruebe el Blindaje para la Argentina antes de que sus funcionarios se tomen unas breves vacaciones por las fiestas de fin de año. La apuesta es que con el proyecto de reforma previsional que será enviado mañana al Congreso, el presupuesto 2001 sancionado en Diputados el martes próximo y el acuerdo con los gobernadores*

<sup>19</sup> González, J. V. (1897). “Manual…”, ob. cit. p. 469

<sup>20</sup> No se puede dejar de señalar que la sesión del día 14 de diciembre de 2017, luego fracasada, estuvo precedida de un inusual operativo de seguridad llevado adelante por la ministra de seguridad con la Gendarmería Nacional, siendo los hechos ocurridos vergonzosos y darían por si solos a un análisis particular en relación con el actuar de las fuerzas de seguridad en hechos de protesta social.

<sup>21</sup> Expresaba la prensa “La diputada de la Coalición Cívica y social de Cambiemos Elisa Carrió advirtió que realizar la reforma previsional por DNU ‘violaría gravemente la Constitución Nacional’. Es ante los rumores que mencionan la posibilidad de que el presidente Mauricio Macri disponga de la iniciativa por decreto ante la caída de la sesión para tratar el proyecto en Diputados”. Diario Ámbito Financiero. (14/12/2017). “Carrió advierte que una reforma previsional por DNU “violaría gravemente la Constitución”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.ambito.com/906628-carrio-advierte-que-una-reforma-previsional-por-dnu-violaria-gravemente-la-constitucion>.

*ya cerrado, no hay motivos para que el organismo no haga el anuncio oficial. En la oposición hay quienes sospechan. “De la Rúa y Machinea saben que es muy difícil que les aprueben la reforma previsional en el Congreso. Si el Fondo les aprueba el Blindaje es porque hay un compromiso de sacarla por decreto cuando haya receso legislativo”, dijeron los informantes.”<sup>22</sup>*

Cumpliéndose la premonición expuesta por la prensa, el 29 de diciembre de 2000 se sanciona mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1306/00<sup>23</sup> la reforma al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, estableciendo entre otras cosas la elevación de la edad jubilatoria. Esa reforma casi no tuvo aplicación ya que mereció el repudio de gran parte de la sociedad y fue suspendida judicialmente<sup>24</sup>.

Frente a la crisis económica la primera solución fue utilizar facultades extraordinarias mediante delegación legislativa y decretos de necesidad y urgencia.

## ***II.2. Superpoderes para Cavallo***

Apenas unos meses más tarde, la solución que brindaría el Blindaje 2001 para la Argentina se da de brases contra la realidad, y como prolegómeno de los cinco presidentes que tuvo argentina entre finales del 2001 y principios del 2002, en marzo de 2001 el país tuvo tres ministros de economía<sup>25</sup>. Al asumir Cavallo como ministro, requiere del Congreso de la Nación el dictado de una ley que se conoció con el nombre de “Superpoderes”.

<sup>22</sup> Oviedo, J. (26/11/2000). “El Blindaje financiero: para cumplir con los compromisos que vienen”, La Nación, recuperado el 22 de Julio de 2017, de <http://www.lanacion.com.ar/42454-el-Blindaje-financiero-para-cumplir-con-los-compromisos-que-vienen>.

<sup>23</sup> Decreto 1306/2000 (29/12/2000) recuperado el 22 de julio de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/65621/norma.htm>

<sup>24</sup> El decreto fue suspendido por una medida cautelar, y mediante el Decreto 438/2001 se suspende la vigencia. DECRETO 438/2001 (17/04/2001) recuperado el 22 de julio de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/66715/norma.htm>.

<sup>25</sup> José Luis Machinea, artífice del Blindaje 2001 ante su fracaso deja su cargo el 05/03/2001, es día asume Ricardo López Murphy quien deja su cargo el 20/03/2001, y finalmente asume la conducción económica Domingo Felipe Cavallo.

Los diarios señalaban “*Una de las exigencias de Domingo Cavallo para ingresar al gobierno es el otorgamiento –obviamente a su favor como jefe de Gabinete, aunque disimulado bajo la figura del presidente Fernando de la Rúa– de las facultades propias del artículo 76 de la Constitución que delega el dictado de leyes al Poder Ejecutivo, obviando al Congreso. Esta idea, Cavallo quiere discutirla con los gobernadores del PJ y con el Frepaso –fue uno de los temas de su reunión ayer con Chacho Alvarez– bajo el argumento de que de esa manera podría contar rápidamente con los instrumentos legales para superar la emergencia económica y no ver paralizadas disposiciones urgentes por la acción de los respectivos lobbies que suelen formarse en torno al Poder Legislativo...* ”<sup>26</sup>.

La solución propuesta frente a la crisis, y ante el fracaso de medidas adoptadas por el ejecutivo, fue incrementar el poder del Poder Ejecutivo.

Ferreyyra sostiene “*Argentina se encuentra sumergida en la peor crisis económico-financiera de su historia y el desempleo alcanza al veinte por ciento de la población. Para superar tal cuadro de situación, entre otras medidas, en marzo de 2001 el Congreso sancionó la ley 25.414, el paradigma de la delegación legislativa. Las facultades delegadas caducaron el 1º de marzo de 2002; parece casi probado: haber transferido el centro de decisión política a tecnoburócratas del departamento ejecutivo sin responsabilidad política, por encima de la búsqueda de soluciones parlamentarias dialogadas, no ha mejorado el mercado de trabajo ni la economía.*”<sup>27</sup> –el destacado es agregado–.

El proyecto remitido por el Ejecutivo tuvo varias modificaciones y limitaciones en el Congreso, pero aun así la Ley 25.414<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Diario Ámbito Financiero (19/03/2001). “Cavallo pidió superpoderes”, recuperado el 8 de agosto de 2017 de <http://www.ambito.com/13217-cavallo-pidio-superpoderes>.

<sup>27</sup> Ferreyyra, R. G. (2003). “*La constitución vulnerable. Crisis y tensión interpretativa*”, Buenos Aires, Ed. Hamurabi, ps. 80-81.

<sup>28</sup> Ley 25.414. (29/03/2001) recuperado el 22 de julio de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/66559/norma.htm>

sancionada y promulgada a escasos nueve días de la asunción del ministro Cavallo otorgó al Poder Ejecutivo, facultades extraordinarias, entre ellas:

- a) Modificar la estructura Administrativa del estado.
- b) Transformar estructuras estatales en empresas y afectar su personal con el cambio de régimen jurídico laboral.
- c) Desregular el mercado de capitales y de seguros.
- d) Modificar la Ley de Ministerios.
- e) Derogar total o parcialmente leyes que regulen el funcionamiento de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones;
- f) Crear y eliminar exenciones; disminuir tributos y tasas de orden nacional, con el objeto de mejorar la competitividad de los sectores y regiones. Autorizar la devolución, acreditación o compensación con otros tributos de los saldos a favor de IVA, así como regímenes de regularización y facilidades de pago.
- g) Modificar los procedimientos aduaneros, tributarios o de recaudación previsional.
- f) Crear tasas o recursos no tributarios con afectación específica.
- h) Establecer medidas tributarias especiales, tales como diferimientos, reintegros, deducciones, regímenes especiales de amortización y/o bonificaciones de impuestos.
- i) Desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional que perjudiquen la competitividad.

Salvo algunas excepciones y limitaciones que contenía la ley, el Congreso entregó al ejecutivo la mayoría de sus atribuciones en materia económica.

La inconstitucionalidad de algunas delegaciones o su encuadre desbordan el objetivo de este trabajo, pero es pertinente destacar que, a diferencia de la delegación contenida en

la Ley de Administración Financiera, la ley 25.414 poseía un plazo determinado (1º de marzo de 2002). Claramente la ley 25.414 no poseía bases de delegación o no fijaba la política legislativa.<sup>29</sup>

### **II.3. Megacanje**

El cuadro de situación, previo a la eclosión económica y social en el que se vio imbuida la Argentina a finales de 2001, se completa con un canje de títulos públicos que constituyó una decisión que fue analizada por la justicia penal por los serios perjuicios económicos que acarreó al país, concluyendo en la absolución de los intervenientes.

Explica Nemiña “*Como consecuencia de la falta de financiamiento privado, el gobierno llevó adelante un canje voluntario de deuda –conocido como Megacanje– en condiciones muy desventajosas. A cambio de reducir en 12000 millones de dólares los pagos de interés y capital entre 2001 y 2005, aumentó los pagos en los siguientes 25 años por 66.000 millones de dólares. El Megacanje, que aunque fue apoyado por el FMI se trató de una decisión del gobierno, evidenció la extrema fragilidad de un régimen económico que llevaba más de dos años en recepción y cuya viabilidad se veía cada vez más difícil al limitarse el crédito externo*”<sup>30</sup>

El instrumento dictado para el Megacanje fue el Decreto 648/2001<sup>31</sup>, dictado en el marco de la delegación legislativa permanente que preveía el artículo 65 la Ley de Administración Financiera facultando al Poder Ejecutivo a realizar operaciones de crédito público para reestructurar la deuda pública mediante

<sup>29</sup> Sólo para mostrar un ejemplo el art. 1, inc. I, ap. E establece e) “Modificar la Ley de Ministerios, según lo estime conveniente”.

<sup>30</sup> Nemiña, P. (2011). “*Ajuste, crisis y default. El FMI y la Argentina*”, Anuario del Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos S. A. Segreti”, Año 11, ps 41-61, recuperado el 27 de julio de 2017, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4773251.pdf>

<sup>31</sup> Decreto 648/2001 (16/05/2001) recuperado el 26 de julio de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/67039/norma.htm>.

su consolidación, conversión o renegociación, en la medida que ello implique un mejoramiento de los montos, plazos y/o intereses de las operaciones originales.

Esta delegación resulta también inconstitucional en cuanto es permanente, la limitación temporal es un elemento esencial en la delegación de una potestad que es propia del Congreso como es la de arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación<sup>32</sup>. En tanto las bases de la delegación aparecen regladas en mejor forma, lamentablemente el Megacanje incumplió la política legislativa.

Como explica Nemiña en el pasaje citado, las condiciones fueron extremadamente costosas, ese costo tan alto fue asumido con el único fin de postergar pagos, y en la creencia de que esa postergación evitaría el colapso económico que era inminente.

### **III. Estado de excepción. Vigencia de la constitución en tiempos de crisis**

Se puede observar que los tres momentos (Blindaje, Superpoderes y Megacanje) que se repasaron de la historia de argentina, previos a la gran crisis de 2001, se caracterizaron por la asignación y utilización por parte del Poder Ejecutivo de poderes propios del Poder Legislativo. Las disposiciones constitucionales no rigieron plenamente en esos momentos, sino que de una u otra forma el Poder Legislativo cedió sus propias facultades al Poder Ejecutivo, en la idea imaginaria o mística de que un Poder Ejecutivo fuerte puede conjurar cualquier crisis.

Se comparte la afirmación de Ferreyra en que “*El hiperpresidencialismo es un sistema de gobierno que tiene la peculiaridad de producir, en el corto o mediano plazo, el vaciamiento de las instituciones. Es que la confianza juega un papel central en el centro de cualquier sistema de gobierno; el hiperpresidencialismo, en razón de la elevada proporción que observa en su composición el elemento autocrático, donde toda la responsabilidad se*

---

<sup>32</sup> CFA artículo 75 inc. 7.

*pretende que recaiga en un solo hombre, a quien se presume equilibrado para adoptar siempre la mejor decisión, suponiéndose que es capaz de hacerlo en todo contexto durante todo su mandato, bien que todo el poder que tuvo la noche que ganó las elecciones nunca más lo tendrá, tiene la particularidad, decía, de institucionalizar la desconfianza*<sup>33</sup>.

Desde un análisis pragmático, se produce una situación en la cual al Poder Legislativo le conviene ceder sus poderes y al Poder Ejecutivo le conviene recibirlos. Para el legislativo significa desprenderse de la responsabilidad de participar en la resolución de la crisis, este cede sus poderes al ejecutivo y de ese modo se deshace de la responsabilidad política. Por otro lado, el ejecutivo puede tomar decisiones autónomas sin consultar a nadie, y si logra sortear la crisis el éxito es todo propio. La delegación es conveniente para ambos.

Como señala Ferreyra “*El desastre, la hecatombe económico-financiera que repercute y condiciona hasta extremos insoportables la vida cotidiana del ciudadano argentino no es fruto tampoco de la casualidad. Los argentinos expresan un repudio a la representación política; el des prestigio de los políticos se focaliza especialmente en el Congreso Nacional y en las Legislaturas provinciales y los concejos municipales. El caso del legislativo federal es un paradigma: desde la restauración democrática, en mayor o menor medida fue, lisa y llanamente, subestimado por los poderes ejecutivos que abusaron de la legislación por la vía de los decretos de necesidad y urgencia, y lo pusieron entre la espada y la pared en reiteradas ocasiones para que abdicara de su potestad de control, o legislase leyes manifiestamente inconstitucionales y reñidas con las demandas populares*<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Ferreyra, R. G. (2002). “Estado constitucional argentino modelo 2002: ¿involución hacia la “emergencia infinita”? (Un relato sobre las relaciones entre la regla de reconocimiento conceptual básica y el orden constitucional), revista jurídica Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002-III-1094/1120, on line Abeledo Perrot Nº: 0003/008941, p. 16.

<sup>34</sup> Ferreyra, R. G. (2002). “Estado...”, ob. cit., p. 16.

Esta situación, aun cuando es habitual, no es normal dado que pone en suspenso parte del plexo constitucional. Si bien la propia constitución habilita dicha situación, al regularla de una manera laxa permite que el estado de excepción se convierta en regla.

Walter Benjamín fue el primero<sup>35</sup> en caracterizar la existencia de un estado de excepción permanente. El citado autor en su octava tesis señala “*La tradición de los oprimidos nos enseña que el ‘estado de excepción’ en el cual vivimos es la regla. Debemos adherir a un concepto de historia que se corresponda con este hecho*”<sup>36</sup>.

Agamben señala “... desde el momento en que “el estado de excepción [...] ha devenido en la regla” (Benjamin, 1942, p. 697), no sólo se presenta cada vez más como una técnica de gobierno y no como una medida excepcional, sino que inclusive deja también salir a la luz su naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico.”<sup>37</sup> Agamben cita a Rossiter quien expresó “Al describir los gobiernos de emergencia en las democracias occidentales, este libro pudo haber dado la impresión de que las técnicas de gobierno tales como la dictadura del ejecutivo, la delegación de los poderes legislativos y la legislación a través de decretos administrativos son por naturaleza puramente transitorias y temporarias. Una impresión tal sería ciertamente equívoca [...]. Los instrumentos de gobierno aquí descriptos como dispositivos temporarios de crisis han devenido en algunos países, y pueden devenir en todos, instituciones durables y permanentes inclusive en tiempos de paz”.<sup>38</sup>

Las situaciones relatadas por estos autores permiten reflejar lo que ha sucedido, y sucede en argentina. Así en 1989 se

<sup>35</sup> Agamben, G. (2005). “Estado de excepción” (*Homo sacer II, I*), traducción Costa F. y Costa I., Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo editora, p. 36.

<sup>36</sup> Benjamin Walter, citado por Agamben, G. (2005). “Estado ...” ob. cit. p 111.

<sup>37</sup> Agamben, G. (2005). “Estado ...” ob. cit. p. 32.

<sup>38</sup> Agamben, G. (2005). “Estado ...” ob. cit. p. 36.

sancionan la Ley 23.696<sup>39</sup> que declara la emergencia en la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera del Estado –en cualquiera de sus formas– y la Ley 23.697<sup>40</sup> que establece la emergencia económica. Esta última ley aún permanece vigente.

Las leyes 23.696 y 23.697 fueron las primeras de un sinúmero de normas que han delegado facultades en el Poder Ejecutivo, y junto a otras que han convalidados los decretos de necesidad y urgencia dan cuenta que, desde 1989 a la fecha, vivimos en un estado de excepción.

En el ínterin se ha producido una reforma constitucional que resulta un oxímoron, dado que constitucionaliza apartarse de la constitución. Además, la reforma utiliza una técnica curiosa, prohíbe la delegación legislativa (artículo 76 CFA)<sup>41</sup> y prohíbe el dictado de decretos de necesidad y urgencia (artículo 99 inc. 3 CFA)<sup>42</sup>, para luego de tan tajantes prohibiciones habilitar la delegación y el dictado de decretos de necesidad y urgencia mediante fórmulas poco claras<sup>43</sup>.

Explica Ferreyra “*La reforma constitucional de 1994 alteró todavía más la descripción, porque aumentó los poderes del presidente al introducir la legislación delegada (art. 76, CF) y los decretos por razones de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 CF),*

---

<sup>39</sup> Ley 23.696 (23/08/1989) recuperado el 13 de mayo de 2018 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=98>.

<sup>40</sup> Ley 23.697 (25/09/1989) recuperado el 13 de mayo de 2018 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=15>.

<sup>41</sup> Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.

<sup>42</sup> El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

<sup>43</sup> Además de las citas realizadas supra de los Dres. Ferreyra y Bianchi, el Dr. Bidart Campos por su parte señalaba “La excepción permisiva viene concedida para “materias determinadas de administración” o de “emergencia pública”. Las expresiones son harto vagas y muy poco concisas, por lo que tememos que se las invoque en demasía con cualquier pretexto y con escasa precisión.” (Bidart Campos, G. (2001). “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo 3. Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 155)

*instrumentos de franca naturaleza legislativa. Ambas especies pertenecen al ámbito de la legislación: competencia definida constitucionalmente al Congreso de la República. En consecuencia, su utilización rompe o deteriora la atribución del poder legislativo. A ello debe sumarse la increíble manutención de una especie francamente contra-legislativa: El veto u observación presidencial (art. 83 CF)”<sup>44</sup>.*

Agamben sostiene que el estado de excepción es ese momento del derecho en el que se suspende el derecho precisamente para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia. O también: la forma legal de lo que no puede tener forma legal, porque es incluido en la legalidad a través de su exclusión<sup>45</sup>. Así se suspende por vía de excepción la aplicación del derecho, con un fin superior que es el mantenimiento de la sociedad.

Cabe preguntarse si los artículos 76 y 99 inc. 3 CFA son esas válvulas de escape que presenta el propio sistema constitucional para garantizar su mantenimiento. La realidad demuestra que esas válvulas están siempre abiertas, en mayor o menor grado, pero al fin y al cabo abiertas, como si el sistema vigente no pudiera tolerar un Poder Ejecutivo sin capacidad legislativa.

### ***III.1. ¿Cuándo hay emergencia?***

La falta de certeza sobre la existencia de una emergencia obliga a reflexionar sobre los elementos que deben acudir para poder afirmar su existencia.

La CS ha caracterizado la emergencia como aquellas situaciones que “... *derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien, inevitables con los recursos ordinarios y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios, también, extraordinarios: a veces, son acontecimientos de carácter físico (terremotos, epidemias), económico, social o político (como una revolución),*

<sup>44</sup> Ferreyra, R. G. (2016). “Notas...” ob cit., nota 30 p. 214.

<sup>45</sup> Costa, F. en la introducción de Agamben, G. (2005) “Estado...” ob. cit. p. 5.

*pero lo que tipifica la existencia o no de la emergencia “no es la naturaleza del hecho determinante, sino su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para restablecer los intereses públicos afectados”<sup>46</sup>.*

Y con mayor precisión el citado tribunal en “Peralta” dijo “el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución. Pero esa sola circunstancia no es bastante para que las normas repugnen al texto constitucional, pues todos los derechos están limitados por las leyes reglamentarias que, sin desnaturalizarlo, dictare el legislador. “Su restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales” (Fallos: 243:467)”<sup>47</sup>.

Hernández analizando el tema indica “... los distintos elementos que caracterizan la emergencia: a) son situaciones excepcionales, previsibles o no, que afectan el orden constitucional; b) los hechos que las producen pueden ser originados en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza;

<sup>46</sup> CSJN (1957). “Perón, Juan Domingo”, 21/06/1957, Fallos 238:76.

<sup>47</sup> CSJN (1990). “Peralta...”, ob. cit. considerando 43.

*c) para enfrentar estos hechos, el derecho crea diversas instituciones de emergencia, que varían según las legislaciones; d) estas instituciones producen un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente, un descaecimiento o restricciones en los derechos y garantías individuales; e) debe existir un verdadero estado de necesidad”<sup>48</sup>.*

En el año 2002 en el precedente “Tobar” la CS ha señalado “... *el fundamento de las normas de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (Fallos 136:161; 317:1462)*”... “*Las medidas tendientes a conjurar la crisis deben, pues, ser razonables, limitadas en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica y están sometidas al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales...*”<sup>49</sup>. Y agregó “*Que, en ese marco, es contrario a la Constitución Nacional un régimen normativo que difiere a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la determinación de remuneraciones y baberes previsionales, de naturaleza alimentaria, no como una alternativa de excepción susceptible de control jurisdiccional, sino como una herramienta de política económica, destinada circunstancialmente a la reducción del gasto público y estabilidad de las cuentas fiscales*”<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Hernández, A. M. (2003). “*Las emergencias y el orden constitucional*”, Vol. Serie Estudios Jurídicos, Núm. 47, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Rubinzal-Culzoni editores. Recuperado el 24 de julio de 2017, de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1082-las-emergencias-y-el-orden-constitucional-2a-ed, p. 7.>

<sup>49</sup> CSJN (2002). “*Tobar, Leónidas c/Estado Nacional –Ministerio de Defensa– Contaduría General del Ejército - Ley 25.453 s. amparo ley 16.986*”, 22/08/2002, Fallos: 325:2059 cons. 8.

<sup>50</sup> CSJN (2002). “*Tobar...*” ob. cit. cons. 16.

Como señala Bidart Campos en su nota al fallo, no se trataba de discutir si había o no emergencia o si era razonable la quita, sino que lo grave es “*los derechos de los habitantes se encontrarían a merced de la discrecionalidad con que el poder público resolviese llevar su política económica pudiendo conjurar cualquier desajuste con la reducción de los salarios de los trabajadores estatales, con grave afectación del derecho de propiedad y de las normas constitucionales que protegen la relación laboral*”<sup>51</sup>.

Los criterios expuestos por la CS, si bien son posteriores a la época bajo análisis, se refieren a la misma. Este antecedente resulta importante en tanto la CS no avala el desplazamiento al Poder Ejecutivo de facultades delegadas en forma permanente.

Ha existido un compromiso de la justicia en distintos niveles en intentar definir ontológicamente cuando puede considerarse que existe emergencia, pero las definiciones han sido sinuosas y con cierto dejo de vaguedad<sup>52</sup>.

Al vivir constantemente en emergencia de todo tipo (económica, sanitaria, educativa, agropecuaria, de seguridad, etc.), existen múltiples tipos de definiciones y alcances de la emergencia. Esta situación que se editaba y reeditaba en principio con mayor espacialidad temporal es cada vez más recurrente, y el desarrollo de definiciones cada vez más amplias de emergencia generan un corsi e ricorsi del cual es muy difícil salir, entronizándose el estado de excepción.

Como lo afirma Ferreyra “... *la emergencia infinita viene a ser la regla última que proporciona criterios para la determinación*

<sup>51</sup> Bidart Campos, G. (2002). “*La Corte enseña que la política económica está por debajo de la Constitución*”, suplemento de derecho constitucional, 18/10/02, página 1, citado por González, H. R. (2003). “*Los derechos fundamentales y la emergencia en Argentina*”. Recuperado el 27 de julio de 2017, de [http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe\\_2002-2003/debates&ver=debate\\_14](http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe_2002-2003/debates&ver=debate_14)

<sup>52</sup> Véanse las reseñas en relación al tema en Ferreyra, R. G. (2002) “*Estado...*” ob. cit. y la realizada en por Yllari J. S. (2016) “*Emergencia económica (a la luz del caso argentino)*”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, N°. 10, abril - septiembre 2016, pp. 179-190, recuperado el 14 de mayo de 2018 de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/3057/1754>.

*de la validez de todas las reglas existentes en su sistema jurídico. Como regla de reconocimiento que es, habitualmente no es expresada, su existencia se visualiza en el comportamiento institucional de los funcionarios que integran los poderes legislativos y ejecutivos.*<sup>53</sup>

### **III.2. Reflexiones**

Lo expuesto permite realizar algunas breves reflexiones sobre lo sucedido en esos tiempos tumultuosos del año 2001, tiempos que hoy muchos temen se repitan.

Como señalamos en la introducción la renuncia del vicepresidente ocasionó al presidente una crisis en su credibilidad política de la cual no pudo recuperarse eficazmente. Al minarse dicha credibilidad, quedó debilitado políticamente por lo cual aun cuando tuviera y ejerciera el poder formal sus decisiones no producían los efectos esperados llevando consecuentemente al presidente a alejarse del Congreso. Y si “entre orden constitucional y congreso existe un vínculo semejante al que tiene una madre y un padre con su criatura”<sup>54</sup> al alejarse el presidente del Congreso se aleja de la Constitución.

El Blindaje fue realizado utilizando la –inconstitucional– delegación legislativa permanente contenida en la Ley de Administración Financiera, pero no contó con el apoyo político y económico necesario para dar cumplimiento a los restantes compromisos. Desde lo político la reforma previsional –comprometida con el FMI– debió ser hecha mediante un decreto de necesidad y urgencia. El decreto fue fuertemente atacado por el Poder Legislativo, incluso un grupo de diputados judicializó el tema. La justicia no apoyó las decisiones presidenciales, ni siquiera como muchas veces lo hace en forma pasiva. De este modo la reforma previsional fracasó apenas nacida, debilitando aún más al presidente.

---

<sup>53</sup> Ferreyra, R. G. (2002) “Estado...” ob. cit. p. 19.

<sup>54</sup> Ferreyra, R. G. (2003). “La constitución...” ob. cit. p. 89..

La debilidad política era percibida por los mercados. Ellos aún con el Blindaje eran reacios a prestar fondos a Argentina. En marzo el presidente comete un nuevo error que lo debilita políticamente, ante el fracaso del Blindaje decide sustituir al ministro de economía asumiendo López Murphy. El plan que elabora López Murphy no es aceptado por el propio partido gobernante y en consecuencia debe acudir mediante una reacción desesperada a designar al emblemático Domingo Cavallo como ministro. Si bien Cavallo pudo aportar algo de confianza y poder real, no fue suficiente para fortalecer la debilidad presidencial. Recordemos que por mucho tiempo en argentina los Ministros de Economía llegaron a tener igual o más poder que los propios presidentes.

Los superpoderes otorgados a Cavallo no sirvieron para reactivar la economía que llevaba más de dos años de recepción. Porque una vez más, como se ha expuesto antes, el mero fortalecimiento del ejecutivo no basta para conjurar las crisis, además de tener poder formal se debe tener poder real, y ello implica necesariamente contar con el apoyo de una buena parte de la sociedad.

El Megacanje, en forma similar a la tragedia griega, fue el último episodio previo a la masiva salida de capitales entre octubre y diciembre de 2001. El fracaso rotundo del Megacanje cuyos altos costos aún se están pagando más de quince años después, fue el último acto trascendental –del período bajo análisis– en el que se utilizaron facultades delegadas. Vale señalar que el ex ministro Cavallo aún sigue defendiendo el Megacanje<sup>55</sup>.

En una retrospectiva se puede concluir que los hechos y la realidad se precipitaron de una forma que no pudieron prever quienes conducían el país, bien sea por su ignorancia, por su

<sup>55</sup> Cavallo, D. F. (20/09/2014). “*El Megacanje y la reestructuración de la deuda del 2001 hubieran evitado el triunfo de los buitres*”, recuperado el 24 de julio de 2017 de <http://www.cavallo.com.ar/el-Megacanje-y-la-reestructuracion-de-la-deuda-del-2001-hubieran-evitado-el-triunfo-de-los-buitres/>.

esperanza sin razón en el resultado de algunas medidas (por ej. que el Blindaje abriría el mercado de capitales o que el Megacanje solucionaría los problemas existentes), o por la creencia mística en los personalismos (en el caso de la designación de Cavallo).

En tanto los hechos acaecían, el Poder Ejecutivo sin poder político real apoyó su accionar en delegaciones legislativas, que permitían adoptar decisiones sin consultar al Congreso. Así utilizó delegaciones legislativas permanentes y sin bases contenidas en la Ley de Administración Financiera para el Blindaje y para el Megacanje. Dichas normas no superan el mínimo test de constitucionalidad aún frente a la amplitud del artículo 76. En el uso de estas herramientas quedaron, ipso facto suspendidas las facultades del Congreso en cuanto al uso del crédito público<sup>56</sup> y de arreglar la deuda interna y externa<sup>57</sup>.

De igual forma el Poder Ejecutivo requirió al Congreso facultades extraordinarias –“Superpoderes”– para hacer casi cuanto quisiera, en este caso a pesar de lo expresado por la Corte en cuanto a que “*la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales*”, muchos derechos quedaron suspendidos o debilitados al extremo de su inexistencia.

El apartamiento del Congreso del escenario de la toma de decisiones resultó un alivio para los legisladores que dejaron sólo al Poder Ejecutivo frente a los problemas del país. De hecho, luego de la renuncia de De la Rua, lo sucedieron legisladores que ocupaban los principales cargos de la Cámaras de Senadores y Diputados a quien nunca se los cuestionó por apartarse en los momentos de crisis.

Se impone como reflexión final que el fortalecimiento formal del Poder Ejecutivo sin poder real no es una herramienta efectiva para superar las crisis. Sostengo la tesis que las

---

<sup>56</sup> CFA (1994). Art. 75 inc. 4.

<sup>57</sup> CFA (1994). Art. 75 inc. 7.

emergencias deben superarse con un Congreso que se involucre en la resolución de los problemas. El Congreso es el órgano más representativo y en teoría es la caja de resonancia del Pueblo, y las decisiones por él adoptadas mediante actos normativos poseen no sólo validez formal sino también validez material.

## Bibliografía

- Agamben, G. (2005). “*Estado de excepción*” (Homo sacer II, I), traducción Costa F. y Costa I., Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo editora.
- Bianchi, A. B. (2015). “*La delegación legislativa: evolución y estado actual*”, Forum Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 3 año 2015, recuperado el 22 de Julio de 2017, de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/delegacion-legislativa-evolucion-estado.pdf>.
- Bidart Campos, G. (2001). “*Manual de la Constitución Reformada*”, Tomo 3. Buenos Aires, Ed. Ediar.
- Bidart Campos, G. (2002). “*La Corte enseña que la política económica está por debajo de la Constitución*”, suplemento de derecho constitucional, 18/10/02.
- Cavallo, D. F. (20/09/2014) “*El Megacanje y la reestructuración de la deuda del 2001 hubieran evitado el triunfo de los buitres*”, recuperado el 24 de julio de 2017 de <http://www.cavallo.com.ar/el-Megacanje-y-la-reestructuracion-de-la-deuda-del-2001-hubieran-evitado-el-triunfo-de-los-buitres/>.
- Clarín (20/01/2002). “*El día que la Plaza se volvió a cubrir de sangre*”, recuperado el 27 de julio de 2017, de [https://www.clarin.com/politica/dia-plaza-volvio-cubrir-sangre\\_0\\_S1lIReUe0Kl.html](https://www.clarin.com/politica/dia-plaza-volvio-cubrir-sangre_0_S1lIReUe0Kl.html)
- Dalla Vía, A. (2004). “*Reestructuración y arreglo de la deuda externa en el marco de la constitución nacional*”, recuperado el 12 de julio de 2017, de [http://www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/dalla\\_via.pdf](http://www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/dalla_via.pdf).
- Diario Ámbito Financiero (19/03/2001). “*Cavallo pidió superpoderes*”, recuperado el 8 de agosto de 2017 de <http://www.ambito.com/13217-cavallo-pidio-superpoderes>.
- Diario Ámbito Financiero. (14/12/2017). “*Carrió advierte que una reforma previsional por DNU “violaría gravemente la Constitución”*”,

- recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.ambito.com/906628-carrio-advierte-que-una-reforma-previsional-por-dnu-violaria-gravemente-la-constitucion>.
- Ferreyra, R. G. (2002). “*Estado constitucional argentino modelo 2002: ¿involución hacia la “emergencia infinita”?* (Un relato sobre las relaciones entre la regla de reconocimiento conceptual básica y el orden constitucional), revista jurídica Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002-III-1094/1120, on line ABELEDO PERROT Nº: 0003/008941.
- Ferreyra, R. G. (2003). “*La constitución vulnerable. Crisis y tensión interpretativa*”, Buenos Aires, Ed. Hamurabi.
- Ferreyra, R. G. (2016). “*Notas sobre derecho constitucional y garantías*” Buenos Aires, Ed. Ediar.
- Fondo Monetario Internacional - Oficina de Evaluación Independiente. (30/06/2004). “*Informe sobre la evaluación del papel del FMI en Argentina, 1991-2001*”, recuperado el 14 de junio de 2017, de <https://www.imf.org/external/np/ieo/2004/arg/esl/063004.pdf>.
- González, H. R. (2003). “*Los derechos fundamentales y la emergencia en Argentina*”. Recuperado el 27 de julio de 2017, de [http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe\\_2002-2003/debates&ver=debate\\_14](http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe_2002-2003/debates&ver=debate_14)
- González, J. V. (1897). “*Manual de la Constitución Argentina*” Buenos Aires, Ed. Angel Estrada y Cia.
- Hernández, A. M. (2003). “*Las emergencias y el orden constitucional*”, Vol. Serie Estudios Jurídicos, Núm. 47, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Rubinzal-Culzoni editores. Recuperado el 24 de julio de 2017, de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1082-las-emergencias-y-el-orden-constitucional-2a-ed>
- Nemiña, P. (2011). “*Ajuste, crisis y default. El FMI y la Argentina*”, Anuario del Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos S. A. Segreti”, Año 11, ps 41-61, recuperado el 27 de julio de 2017, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4773251.pdf>
- Oviedo, J. (26/11/2000). “*El Blindaje financiero: para cumplir con los compromisos que vienen*”, La Nación, recuperado el 22 de Julio de 2017, de <http://www.lanacion.com.ar/42454-el-Blindaje-financiero-para-cumplir-con-los-compromisos-que-vienen>.

Ylarri J. S. (2016) “*Emergencia económica (a la luz del caso argentino)*”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, N°. 10, abril - septiembre 2016, pp. 179-190, recuperado el 14 de mayo de 2018 en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/3057/1754>.

### ***Jurisprudencia***

- CSJN (1957). “*Perón, Juan Domingo*”, 21/06/1957, Fallos 238:76.
- CSJN (1990). “*Peralta, Luis A. y otro c/Estado nacional s. amparo*”, 27/12/1990, Fallos 313:1513.
- CSJN (1993). “*Cocchia, Jorge Daniel c/Estado Nacional y otro s. acción de amparo*”, 02/12/1993, Fallos 316:2624.
- CSJN (1996). “*Brunicardi, Adriano C. c/Estado Nacional (BCRA.) s. cobro*”, Fallos: 319:2886.
- CSJN (2002). “*Tobar, Leónidas c/Estado Nacional –Ministerio de Defensa- Contaduría General del Ejército - Ley 25.453 s. amparo ley 16.986*”, 22/08/2002, Fallos: 325:2059.

### ***Multimedia***

Tv Pública Argentina [TVPublicaArgentina] (21/10/2010). “*Fernando De la Rúa - Declaración del estado de sitio - 19/12/2001*” recuperado el 26 de julio de 2017 en <https://www.youtube.com/watch?v=h67HpxqQ7Hg>.

Vicarlos [vicarlos] (11/06/2012). “*De la Rua sobre Blindaje del FMI en 2001*”, recuperado el 26 de julio de 2017 en <https://www.youtube.com/watch?v=aR9YEyoaKEM>.

RAROVHS CANAL 2 [rarodvdblogspot] (19/03/2017). “*Renuncia Chacho Alvarez discurso completo TN 06/10/2000*” recuperado el 26 de julio de 2017 en [https://www.youtube.com/watch?v=sEXR\\_xAG-Sc](https://www.youtube.com/watch?v=sEXR_xAG-Sc).

### ***Normas***

Decreto 1306/2000 (29/12/2000) recuperado el 22 de julio de 2017 de [http://servicios.infoleg.gob.ar/infoleg Internet/anexos/65000-69999/65621/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/65621/norma.htm)

Decreto 1678/2001 (19/12/2001), recuperado el 2017 de julio de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/98084/norma.htm>.

Decreto 438/2001 (17/04/2001) recuperado el 22 de julio de 2017 en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/66715/norma.htm>.

Decreto 648/2001 (16/05/2001) recuperado el 26 de julio de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/67039/norma.htm>.

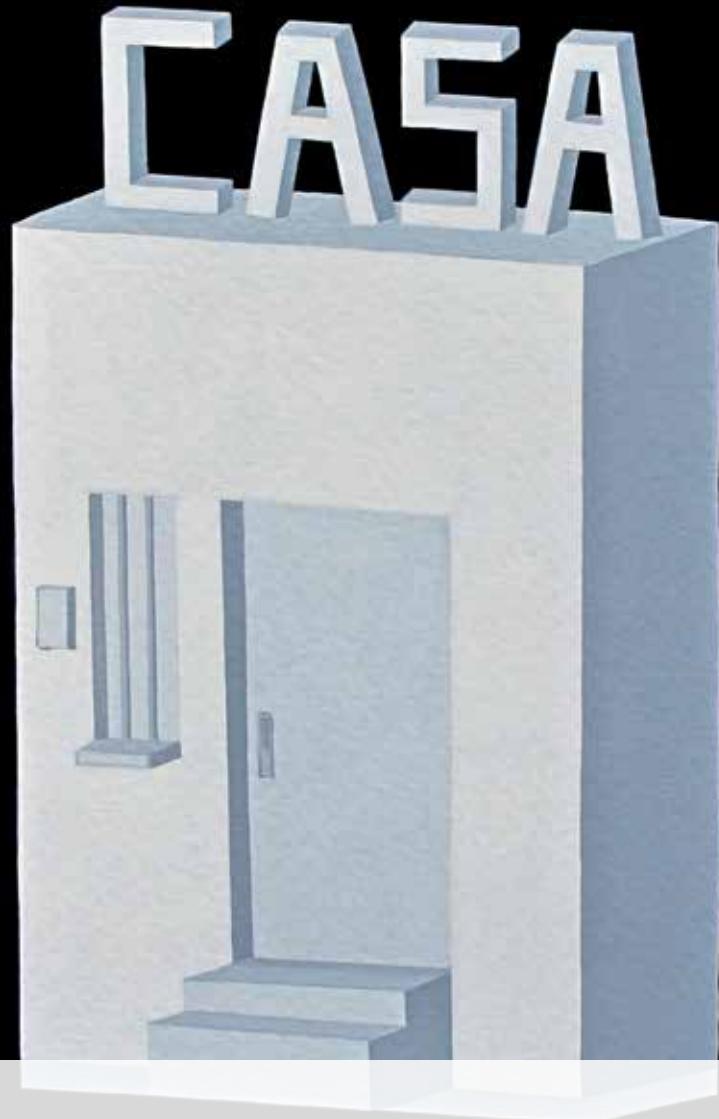
Ley 23.696 (23/08/1989) recuperado el 13 de mayo de 2018 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=98>.

Ley 23.697 (25/09/1989) recuperado el 13 de mayo de 2018 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=15>.

Ley 24.156 (29/10/1992). “Ley de Administración Financiera y Sistemas de control” recuperado el 15 de julio de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=554>.

Ley 25.414. (29/03/2001) recuperado el 22 de julio de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/66559/norma.htm>





**COMENTARIO A LEGISLACIÓN**

### **III**

Yo cacique  
mitad hallado, mitad alado: semillado.  
No puede echarse atrás así, por nada.  
Yo la esperaría varias madrugadas.  
Sólo le recuerdo que en taiñ ruka  
hubo un compromiso  
cerca de las doce campanadas.  
Le recuerdo, ayün mío:  
un compromiso es cosa sangrada.

Autores: *Natalia Geringer y Martín Raninqueo*

#### **Arte de la portada**

Obra: *La casa moderna materna*

Artista: *Gabriela Caregnato*

# **La legislación de la Provincia de Río Negro sobre violencia contra las mujeres en el ámbito familiar y sus mecanismos de acceso a la justicia<sup>1</sup>**

*Daniela Heim  
María Verónica Picone*

## **1. Introducción<sup>2</sup>**

Este artículo analiza la legislación vigente en la provincia de Río Negro para hacer frente a la violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar y sus mecanismos de acceso a la justicia.

La conceptualización de la violencia sobre las mujeres es resultado de un amplio debate en el seno de los movimientos feministas de los años sesenta y setenta del siglo XX, a resultas de los cuales se identificó a este tipo de violencia como una estrategia para mantener a las mujeres en una posición de subordinación social. Esta perspectiva ha permitido visibilizar, como mínimo, cuatro elementos intrínsecos a esta problemática: 1) que se trata de una violencia de carácter social, estructural; 2) que se ejerce sólo contra una parte de la población, precisamente compuesta por mujeres; 3) que existen distintos tipos (física, psíquica, económica, etc.) y, por último, 4) que la

---

<sup>1</sup> Este trabajo se basa en los resultados parciales del proyecto de investigación “Los caminos judiciales en violencia de género: estudio de caso en la capital rionegrina”, seleccionado en el marco de la Convocatoria Infojus para Investigaciones Jurídicas, que se propuso analizar la calidad del acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito familiar, tomando datos empíricos de la primera circunscripción judicial, a la que pertenece la ciudad de Viedma, capital de la provincia de Río Negro.

<sup>2</sup> El presente trabajo ha sido realizado con el aporte de Gabriela Yaltone docente de la Universidad Nacional de Río Negro (UNRN) y de un grupo de estudiantes de la Carrera de Abogacía de la misma Universidad, compuesto por Carmen Chambí, Guillermina Aguirre, Cristian Andrés Puebla Fortunato, Federico Pérez Bruno y Mariana Mabel Miranda. Agradecemos sus valiosos aportes.

modalidad intrafamiliar es una de las muchas otras formas en las que se presenta.

A partir de los años ochenta del siglo pasado, la violencia contra las mujeres empezó a ser definida en términos de una violación de derechos humanos y así ha sido receptada por los diferentes convenios internacionales aprobados en la materia y por la legislación vigente en nuestro país.

El sistema normativo para hacer frente a esta vulneración de derechos humanos está encabezado por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres o CEDAW (como se la conoce de acuerdo a su sigla en inglés<sup>3</sup>), por la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o “Convención de Belem do Para” y por la Ley Nacional 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en donde desarrollen sus relaciones interpersonales.

En materia de violencia intrafamiliar, la provincia de Río Negro tiene una legislación propia, integrada por la Ley D 3040 de Protección integral contra la violencia en el ámbito de las relaciones familiares, su decreto reglamentario 286 de 2010 y la ley S 4510 que crea las Oficinas Tutelares de la Mujer, el Niño y la Familia. Estas leyes provinciales, del mismo modo que sucede con la Ley Nacional 24.417, de protección contra la violencia familiar, adhieren a lo que se ha dado en llamar el paradigma “familista” en materia de violencia, que ha sido dominante, por lo menos, hasta la primera década de este siglo y que en la actualidad se encuentra fuertemente cuestionado<sup>4</sup>.

En el presente, realizaremos una interpelación a la legislación provincial de referencia desde una perspectiva feminista del derecho Nos interesa indagar, en particular, si las normas

<sup>3</sup> *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women.*

<sup>4</sup> Facio, Alda (2008). “Accés a la justicia, dret i familisme”, en Encarna Bodelón y Pilar Giménez, *Construint els drets de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, Barcelona, Diputació de Barcelona, Àrea d'Igualtat i Ciutadania, pp. 185- 218.

citadas posibilitan, a las víctimas, un acceso a la justicia no androcéntrico, esto es, que no sólo trascienda los estándares masculinos tradicionales de la aplicación del derecho, sino que también trascienda las concepciones de acceso a la justicia limitadas al acceso a la jurisdicción.

## 2. La perspectiva de género en el acceso a la justicia

El acceso a la justicia ocupa un lugar medular en la agenda pública argentina. Hablar de acceso a la justicia implica reconocer la relación entre los aspectos económicos, sociales y legales asociados con la administración de justicia y su impacto en el ejercicio efectivo de los derechos de las personas.

Las investigaciones que vinculan género y derechos surgen, a nivel mundial, en los años setenta, de la mano de lo que se conoce como el movimiento feminista de segunda ola. Desde ese momento, el acceso a la justicia ha sido una preocupación constante en las reflexiones sobre género y derechos<sup>5</sup>.

El estatus jurídico de las mujeres y su exclusión del proyecto jurídico de la modernidad, constituyó –históricamente y durante mucho tiempo– su principal problema de acceso a la justicia. La paulatina consecución de altas cuotas de igualdad formal o legal entre mujeres y hombres ha permitido mejorar esta situación, especialmente en los últimos 30 años. Sin embargo, la persistencia de elevados niveles de desigualdad entre los sexos en el ámbito de las prácticas sociales, culturales y jurídicas, constituye uno de los problemas fundamentales que las mujeres enfrentan, en la actualidad, para conseguir la efectiva vigencia del derecho a la igualdad sexual sustantiva<sup>6</sup>.

El acceso a la justicia ha sido particularmente problemático para las mujeres víctimas de violencia de género. Las Reglas de

<sup>5</sup> Heim, Daniela (2014). "Acceso a la justicia y violencia de género", en *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez N° 48*, pp. 107-130.

<sup>6</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Aportes para el desarrollo humano en Argentina / 2011: Género en cifras: mujeres y varones en la sociedad argentina*. Buenos Aires, PNUD, 2011.

Brasilia, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia, 4 al 6 de marzo de 2008) incluyen a este grupo de víctimas dentro de aquellos que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, al tiempo que reconocen la violencia de género como causa específica de dicha situación (reglas 3, 4 y 17).

La violencia de género constituye una de las vulneraciones de derechos humanos de las mujeres más frecuentes en nuestra sociedad. Salvo los actuales informes de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre Femicidios, y algunos informes producidos desde los Poderes Judiciales para informar sobre los casos de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, no existen otras estadísticas oficiales en Argentina que den cuenta de datos relacionados con otros tipos y modalidades de violencia. Recién en 2018, el Instituto Nacional de Estadística y Censos publicó los resultados recabados a través del Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres (RUCVM)<sup>7</sup> en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2017. Más allá del análisis más profundo que merece el Informe citado, debe señalarse que la provincia de Río Negro sólo aportó información estadística en los años 2013 y 2014<sup>8</sup>, lo que refuerza la mencionada falta de información sobre la dimensión de la violencia de género.

Las investigaciones especializadas coinciden en apuntar que tanto la falta de denuncia de los hechos de violencia de género, como las altas tasas de abandono de los procesos civiles y penales que se registran, son elementos que evidencian la selectividad de los sistemas de justicia, la cual se presenta como uno de los mayores obstáculos que deben enfrentar las mujeres

<sup>7</sup> Instituto Nacional de Estadística y Censos - INDEC.(2018) Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres-RUCVM. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadística y Censos. INDEC. Libro digital. Disponible en [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm\\_03\\_18.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm_03_18.pdf). Consultado en 10/05/18.

<sup>8</sup> Ibíd. p. 22.

para hacer efectivo su derecho de acceso a la justicia<sup>9</sup>. Otras de las barreras al acceso a la justicia que deben enfrentar las mujeres son las siguientes:

a) La falta de conciencia de que la situación que están viviendo es una vulneración de sus derechos fundamentales. Las personas, en general, cualquiera sea su sexo, difícilmente piensen su realidad cotidiana en términos de una violación de sus derechos, pero en el caso de las mujeres, esta dificultad tiene que ver, en particular, con la normalización de la discriminación que padecen, incluso cuando la misma conlleva sufrir graves episodios de violencia<sup>10</sup>.

b) El hecho de que la mayor parte de las violencias que sufren se produzca en el ámbito privado y no en el ámbito público las hace particularmente invisibles, no sólo por las resistencias que los sistemas procesales actuales todavía ofrecen a la posibilidad de dar por probados hechos ocurridos sin la presencia de testigos, sino también porque las violencias acaecidas en el ámbito privado son percibidas de un modo diferente a las que se sufren en el ámbito público, en el sentido de que son consideradas, en general, como menos graves.

c) El miedo a perder la vivienda que comparten con sus agresores o la manutención que éstos le pueden proporcionar, sea a ella o a sus hijos/as, especialmente cuando se trata de mujeres que no tienen trabajo o que tienen uno extremadamente precario.

d) La falta de exhaustividad en la producción, recolección y análisis de las pruebas en los casos judicializados, junto con la realización de interpretaciones jurídicas y fácticas basadas

<sup>9</sup> Bodelón, Encarna (2013). *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Buenos Aires, Didot, 2013, p. 19 y Heim, Daniela (2016), *Mujeres y Acceso a la Justicia. De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*, Buenos Aires, Didot, pp. 296-303.

<sup>10</sup> Gherardi, Natalia (2006). "Notas sobre el acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?", en Birgín, Haydée y Beatriz Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, 2006, pp. 129-175.

en estereotipos sexistas, constituyen, entre otros numerosos ejemplos, los obstáculos principales que impiden o dificultan el acceso a la justicia de las mujeres<sup>11</sup>.

### **3. La Ley D 3040, de Protección Integral contra la Violencia en el ámbito de las Relaciones Familiares de la provincia de Río Negro**

#### ***3.1. Antecedentes***

La primera versión de la ley 3040<sup>12</sup> fue sancionada por unanimidad y promulgada en octubre de 1996, habiendo sido publicada en el Boletín Oficial del 31 de ese mismo mes. Procura visibilizar el problema de la violencia familiar y crear un procedimiento para abordarla<sup>13</sup>, en consonancia con la Ley Nacional 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar,

---

<sup>11</sup> Un análisis exhaustivo de estas problemáticas puede encontrarse en Asensio, Raquel [et.al.] (2010). *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación; Chinkin, Christine [et.al.] (2012). *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación; y, Defensoría General de la Nación (2011). *Discriminación y Género, Las formas de la violencia*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación. Todas las publicaciones pueden consultarse en <http://www.mpd.gov.ar>.

<sup>12</sup> La provincia de Río Negro ha aprobado y puesto en funcionamiento un Digesto Jurídico mediante Ley 4270 publicada en el Boletín Oficial provincial el 10 de enero de 2008. Razones de espacio nos impiden describir su funcionamiento, pero creemos necesario señalar, a los fines didácticos, que la Legislatura de Río Negro en su página web ([www.legisrn.gov.ar](http://www.legisrn.gov.ar)) pone a disposición las normas provinciales de dos maneras distintas. En la solapa “Digesto”, pueden encontrarse legislación provincial consolidada y la pendiente de consolidación. En la solapa “Leyes provinciales”, pueden encontrarse las versiones no consolidadas además de los textos originarios de los proyectos e incluso debates parlamentarios y versiones taquigráficas en la legislación relacionada. La investigación de los antecedentes legislativos de la ley que fue sancionada como 3040 y que conforme al Digesto hoy es la Ley D 3040 (la “D” indica que está clasificada dentro del rubro Derechos Sociales) estuvo a cargo de Cristian Puebla Fortunato y Mariana Mazza, puesto que por la fecha de su sanción no se encontraron digitalizados los antecedentes.

<sup>13</sup> El proyecto que dio origen a la primera versión de la actual Ley D 3040 fue suscripto por los legisladores Ricardo Sarandria y Nidia Marsero (Expediente N° 135/96). A él se agregaron los proyectos tramitados en los expedientes N° 206, 205, 253, 48 todos de 1996 y el expediente N° 1382 de 1995. Además, en el debate legislativo se hace mención a proyectos

sancionada por el Congreso de la Nación en diciembre de 1994, a la que habían adherido anteriormente varios proyectos de esta provincia<sup>14</sup>.

Hay una comunidad de fundamentos en todos esos antecedentes:

- La preocupación por la atención de la violencia familiar, definida como “un fenómeno complejo, multicausal y extendido<sup>15</sup>.
- La identificación de las víctimas como grupos desprotegidos (Exp. N° 48/96).
- La identificación de los victimarios como miembros del entorno familiar (Exp. N°. 1382/96 y 135/96) y sin distinción de sexos<sup>16</sup> (Exp. N°. 135/96).
- Un mayor peso en la adopción de medidas de atención o protección a las víctimas que las destinadas a la penalización (Exp. N°. 48/96).

En los fundamentos de los proyectos y en las intervenciones producidas en la discusión legislativa se encuentran algunos datos que denotan una comprensión de la influencia de la desigualdad entre hombres y mujeres en la propia razón de ser de la violencia familiar (en particular, en lo que respecta al reconocimiento de que la mayoría de las víctimas son mujeres y niñas/os). Sin embargo, esta idea no alcanza a reflejarse en las partes dispositivas de la ley adoptada ni de los proyectos que la antecedieron<sup>17</sup>. Esta operación contribuye, a nuestro

---

que habían caducado al momento de la sanción de la ley pero que abordaban el mismo tema (Expedientes 322 y 323 de 1994).

<sup>14</sup> Expedientes N° 48/96 y 1382/96. Este último comunica la declaración en ese sentido del Consejo Deliberante de Río Colorado.

<sup>15</sup> Expediente de la Legislatura de Río Negro N°135/96.

<sup>16</sup> El único proyecto que difiere en este sentido es que curso por expediente N° 253/96 referido a la violencia hacia la mujer

<sup>17</sup> El único proyecto que se aleja un poco de este patrón es el de creación del Programa Provincial de Prevención de la Violencia contra la Mujer, encabezado por la legisladora Ángela Penroz, que sostiene que la violencia contra la mujer posee características propias, y

entender, a una invisibilización de la causa más profunda de esta violencia, que está dada, reiteramos, por la conformación de las relaciones de poder que se dan dentro de las familias patriarcales, basada en un estatus diferenciado de hombres y mujeres dentro de ellas. Al mismo tiempo, la operación de referencia también expresa la fuerte persistencia del tradicional derecho androcéntrico, que bajo el manto de la igualdad formal y con una fuerte impronta de formalismo jurídico, ha excluido del contrato social original a las mujeres y sus derechos. Como dice Ciriza "... la consideración de todos los individuos como si fueran iguales, implica a su vez una serie sumamente compleja de operaciones de delimitación, exclusión y ficcionalización (...) La igualdad ante la ley, requisito indispensable para el funcionamiento del contrato, implica precisamente que el sujeto del que se trata es producto de un conjunto de operaciones de exclusión..."<sup>18</sup>.

Se trata de exclusiones que, de conformidad con la citada autora, no sólo niegan derechos de ciudadanía, sino que también ocultan y despolitizan la mayoría de los conflictos sociales, incluidos aquellos que derivan de la desigualdad sexual. ¿Cómo comprender, si no, que tanto la ley provincial 3040 como la ley nacional 24.417 en ningún momento mencionen a las mujeres expresamente?<sup>19</sup>.

---

que existe un prejuicio cultural acerca de la subordinación de la mujer para con el hombre, señalando también la existencia de trabas sociales y jurídicas que imposibilitaban el acceso a datos concretos de casos de violencia contra la mujer y que era el delito menos denunciado (Penroz, Ángela. Fundamentos para la creación del Programa Provincial de Prevención de la Violencia Contra la Mujer. 26 de abril de 1996. Proy. 253/96), en consonancia con lo cual propone la creación de un Centro de Documentación y Base de Datos sobre la violencia familiar".

<sup>18</sup> Ciriza, Alejandra (2000). "A propósito de Jean Jacques Rousseau. Contrato, educación y subjetividad. En: *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Atilio Borón comp., Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Buenos Aires, Argentina, p. 79.

<sup>19</sup> Los destinatarios/as son "Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar ... ", conforme el artículo 1 ley 24.417.

### ***3.2. La Ley D 3040, en su configuración actual***

En noviembre de 2007 el texto de la ley D 3040 fue reformado integralmente a través de la sanción de la Ley 4241, denominada “Ley de Protección Integral contra la Violencia en el ámbito de las Relaciones Familiares”.

El proyecto original fue presentado por las legisladoras Delia Edit Dieterle y María Inés García. Surge de él, como de buena parte de las intervenciones registradas en el debate parlamentario, un cambio de concepción en el abordaje de la violencia en la familia, ahora considerada expresamente como una violación a los derechos humanos (intervenciones de las legisladoras García y Celia Elba Graffigna<sup>20</sup>).

Aunque los fundamentos del proyecto aluden a que la ley 3040 original cumplió “...con las expectativas y anhelos de las mujeres que, desde tiempo atrás, venían luchando por el reconocimiento y tratamiento de la violencia familiar o doméstica como un fenómeno particular y oculto en la sociedad moderna”<sup>21</sup>, no hay en ellos referencia ni a la violencia hacia las mujeres ni a la violencia de género, sino que se habla de “...violencia conyugal, como la violencia ejercida por acción u omisión contra la pareja con quien se mantiene un vínculo de intimidad”<sup>22</sup>.

Puede colegirse que las desigualdades entre los hombres y mujeres están presentes en las expresiones de los y las legisladores/as pero muy lejos de ser el centro del discurso. Es decir, se toman en cuenta al momento de adoptar disposiciones, como la eliminación de la audiencia de mediación, por considerarla un mecanismo que se puede dar sólo cuando hay alguna igualdad en las relaciones pero no se explicita cuál es esa desigualdad.

---

<sup>20</sup> Versión taquigráfica de la sesión de la legislatura del 4 de octubre de 2007, aprobación en primera vuelta. Disponible en <http://www.legisrn.gov.ar/>.

<sup>21</sup> Versión taquigráfica, *Ibíd.*, legisladora García.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, intervención de la legisladora Graffigna y art. 9 inc. A de la Ley D 3040.

Cabe destacar que, por entonces, la conceptualización de la violencia contra las mujeres como una expresión de la desigualdad sexual ya se encontraba reconocida en varios instrumentos internacionales aprobados en el seno de organizaciones internacionales, como es el caso de la de la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, firmada el 9 de junio de 1994<sup>23</sup>. Esta Convención fue aprobada por nuestro país mediante la Ley nacional 24.532, del 13 de marzo de 1996, esto es, el mismo año e, incluso, unos meses antes de la sanción de la Ley 3040, en su texto original. Uno de sus mayores méritos es que, además de ser la primera convención internacional específica en la materia que nos ocupa, consagra, como derecho humano, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Se trata, en definitiva, de una época en la que no sólo se había avanzado en la consideración de la violencia contra las mujeres como una vulneración de sus derechos humanos, sino que también se consideraba ya, de manera directa, como una forma de discriminación<sup>24</sup>. La Declaración y Plataforma de

---

<sup>23</sup> La Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer se aprueba el año siguiente a la celebración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (realizada en Viena en 1993), en la que se consideró que los derechos de las mujeres son derechos humanos y que la violencia contra las mujeres constituye una vulneración de los mismos. Por este motivo se considera que la Conferencia de Viena configura el hito a partir del cual la violencia se instala en el corazón de los derechos humanos, “marcando la era del mainstreaming de la violencia a nivel internacional” (Frías, Lorena y Hurtado, Verónica (2010). *Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, Organización de las Naciones Unidas, División de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, p. 11). Como corolario de este avance, el 20 de diciembre de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 48/104 de esa fecha, aprueba la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, que define por primera vez la violencia hacia las mujeres como una violación de derechos humanos, constituyendo el antecedente inmediato de la Convención de Belem do Para, que profundiza y amplía tal definición.

<sup>24</sup> Es interesante recordar que, pese a todos sus auspicios, la CEDAW no había hecho una mención explícita al concepto de violencia sobre las mujeres, recayendo en una fuerte omisión que fue subsanada años más tarde por el Comité encargado de velar por el cumplimiento de la misma, que en 1992 aprobó la Recomendación General nº 19. En ella se expresa que:

Acción de Beijing clarifica este concepto, al advertir que “...La violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales mediante los que se coloca a la mujer en una posición de subordinación frente al hombre”<sup>25</sup>.

El texto de la ley provincial de referencia, en tanto no hace explícito que la discriminación de las mujeres es una forma de violencia, no reconoce que la violencia que sufren las mujeres es una forma de sostener esa discriminación. En este sentido, entendemos también que la ausencia de consideración de la violencia familiar como una forma de discriminación de género no es favorable para la erradicación de la violencia hacia las mujeres.

En la reforma de la Ley 3040 la palabra mujer aparece tan sólo 5 veces, la más relevante de las cuales es la contenida en el artículo 10 inc. a, que establece “La modificación a largo plazo de patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formal y no formal apropiados en todos los niveles del sistema educativo, público y privado, para eliminar prejuicios, costumbres y prácticas basados en patrones de dominación o en los roles estereotipados de mujeres y varones que legitimen o provoquen situaciones de discriminación y violencia en el ámbito de las relaciones familiares”.

Sin perjuicio de que consideramos que el texto de la ley no alcanza a contemplar una cabal perspectiva de género resulta, al momento de su sanción, una legislación destacable en un contexto en el cual aún no se había sancionado la ley 26.485

---

“La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” (párrafo nº 1). El significado de esta inclusión es el de un verdadero cambio de paradigma en la cultura jurídica dominante. El párrafo 6 de la citada Recomendación General nº 19 dice, literalmente, que la definición de discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo”, esto es, la violencia dirigida contra la mujer por el solo hecho de serlo. Este concepto es reiterado en el párrafo 7, en cuanto arguye que “La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales... constituye discriminación”.

<sup>25</sup> Aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Reunida el 15 de septiembre de 1995 Beijing, párrafo 117.

de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

En este sentido, y entre otros puntos notables, el artículo 8 de la norma que comentamos se refiere a los actos de violencia clasificándolos en violencia física, psicológica, emocional, sexual y particularmente económica.

Otro aspecto positivo es que el artículo 7, por su lado, modifica sustancialmente el concepto de familia en un sentido más actual. Contempla diversas modalidades de la violencia como conyugal, maltrato infanto-juvenil, maltrato a personas ancianas y a personas con discapacidad.

Por último, y volviendo a los aspectos críticos de la ley, resta indicar que no contiene un lenguaje género sensitivo, no sexista o inclusivo, aunque este es un reproche que podemos realizar al conjunto de nuestra legislación, tanto en el ámbito de la provincia de Río Negro, como en la Nación.

#### **4. Mecanismos de acceso a la justicia de género en la provincia de Río Negro**

##### ***4.1. Políticas públicas de prevención y atención de la violencia***

En 2010 se aprobó el Decreto Reglamentario D 286/2010 de la ley D 3040, que crea el “Programa provincial de prevención, erradicación y atención de la violencia en el ámbito de las relaciones familiares”, en el cual se describen todos los mecanismos de acceso a la justicia disponibles para los casos de violencia intrafamiliar. Esta norma recepta una clara perspectiva de género, expresamente contemplada en sus principios, que vinculan la violencia en el ámbito familiar con la asimetría de poder entre hombres y mujeres. También declaran la necesidad de erradicar las prácticas institucionales y judiciales que se encuentran ligadas a mitos y prejuicios culturales que refuerzan o legitiman los estereotipos de género en el seno de la familia.

El abordaje integral planteado en el decreto reglamentario de la ley D 3040 se desglosa en acciones orientadas a la preventión integral, tendientes a promover una cultura que favorezca y contribuya a crear un marco objetivo de libertad e igualdad entre las personas que integran la familia, eliminando las causas y patrones que generan y refuerzan la violencia en ese ámbito. Estas acciones son puestas en manos de las Redes de Prevención de las diferentes localidades de la provincia, integradas por todas las instituciones que forman parte de la red de atención a la violencia, las cuales se han extendido por todo el territorio provincial, pero cuya actuación se ve limitada por la falta de un presupuesto adecuado a las necesidades que deben cubrir y la falta de personal técnico y profesionales suficientes y con formación específica.

El decreto 286/2010, entre otras cuestiones, dispone un sistema de información, monitoreo y evaluación del Programa, al que le corresponde desarrollar un sistema de registro único de casos, a cargo del Ministerio de Desarrollo Social, en clara sintonía con la Ley 26.485, que en su artículo 14 crea el Observatorio de Violencia contra las Mujeres, una de cuyas funciones es, justamente, la de recolectar, procesar, registrar, analizar, publicar y difundir información periódica y sistemática y comparable diacrónica y sincrónicamente sobre violencia contra las mujeres. Este Observatorio también existe a nivel provincial, creado por la ley 4845 de la Legislatura de la Provincia de Río Negro, pero nunca funcionó como tal.

Por otra parte, mediante la Ley 4510 se crearon, en el ámbito de la Policía de Río Negro, las Oficinas Tutelares de la Mujer, el Niño y la Familia, que intervienen en los delitos en los que resultaren víctimas mujeres y menores, las cuales han sido reemplazadas por las Comisarías de las Familia y las OFAVI (Oficinas de Atención a las Víctimas), que dependen del Ministerio Público Fiscal. Estos organismos han comportado una importante legitimación a las intervenciones orientadas a la protección de derechos, más afines con las concepciones de una seguridad democrática y respetuosa de los derechos humanos, así como

de la consideración de la víctima como sujeta de derechos y no como mero objeto de intervención o investigación (recuérdese que las víctimas son citadas a juicio como testigos). Sin perjuicio de ello, cabe señalar que, de acuerdo con la información recabada a través de las entrevistas, la policía no siempre logra responder a las necesidades concretas de las víctimas y a veces falla la articulación con otros organismos de la red de atención. También se nos ha informado que existen algunas localidades donde estos espacios abiertos en el ámbito policial no han recibido suficiente apoyo institucional. Del mismo modo, debemos resaltar que los grupos de atención a la violencia abiertos en algunos hospitales de la provincia, y que también forman parte de la red de servicios, a pesar de contar con personal especializado y un lugar específico para funcionar, por lo general, no son reconocidos en los organigramas generales de esos centros de salud, lo que ejemplifica las dificultades/resistencias que tienen los organismos públicos de integrar los servicios de violencia dentro de sus estructuras normalizadas.

Mediante la ley provincial 4650, Río Negro adhirió a la ya mencionada Ley Nacional 26.485. Esta ley plantea nuevos desafíos para hacer frente a la problemática de referencia y pone en evidencia algo que los grupos de mujeres reclamaban desde hace tiempo: que la legislación en materia de violencia intrafamiliar ha resultado a todas luces limitada para hacer frente a la violencia contra las mujeres y que deben ponerse en marcha políticas públicas en la materia mucho más complejas para erradicar esta grave vulneración de los derechos humanos. Desde nuestra perspectiva, la Ley Nacional 26.485, cuya aplicación es sumamente escasa, contiene una clara perspectiva de género y contempla con amplitud los tipos y modalidades de violencias contra las mujeres que existen en nuestra sociedad. Esta ley debe regir los lineamientos de cualquier intervención en este ámbito, constituyéndose en el eje a través del cual se articulen todas las acciones dirigidas a prevenir y sancionar las violencias que, como la que se presenta en el ámbito familiar, tienen sus raíces en la conformación patriarcal de la sociedad.

El año pasado, la Legislatura de la Provincia de Río Negro declaró de interés el Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres, presentado por el Instituto Nacional de las Mujeres el para el período 2017-2019, para ser implementado en todo el territorio nacional, al que adhirió el Poder Ejecutivo provincial, de la mano del Consejo Provincial de la Mujer, con el propósito de hacer efectiva la aplicación de la ley nacional 26.485, sin que se conozcan hasta ahora avances significativos en su implementación.

#### ***4.2. Abordaje judicial de la violencia***

Las disposiciones contenidas en el Capítulo III de la rionegrina Ley D 3040 establecen el procedimiento judicial aplicable en casos de violencia en el ámbito intrafamiliar. Se trata de un procedimiento sumarísimo y actuado orientado sustancialmente a lograr el cese de la violencia mediante la adopción de medidas cautelares.

La legitimación para denunciar es amplia. El artículo 17 inciso d, contempla a las “...personas que en su relación de vecindad o amistad hayan tomado conocimiento del hecho, si la víctima se encontrare impedida para hacerlo de manera física o emocionalmente en forma temporaria o permanente”.

Por otra parte, los y las agentes públicos según establece el artículo 18, están obligados a formular la denuncia e informar de los recursos legales a disposición de las víctimas, siendo relevados del secreto profesional.

La competencia está otorgada a los juzgados de Familia, pero en aquellas localidades donde no haya Juzgados de Familia o en los casos que por sus características particulares lo permitan, el procedimiento puede ser sustanciado en los Juzgados de Paz correspondientes al domicilio de la persona denunciante. Eso es lo que ocurre en la mayoría de los casos, donde son los juzgados de Paz los primeros en intervenir y en tomar las medidas legalmente establecidas, mientras que los juzgados de familia,

en la práctica, se limitan a confirmar o no las resoluciones dictadas por aquéllos. Esto hace que el acceso a la jurisdicción de las víctimas de violencia esté devaluado puesto que la Justicia de Paz en Río Negro es lega y concebida para actuar en “casos menores”, a lo que debe sumarse la ausencia de un equipo interdisciplinario que asesore al juez/a. Es posible que esta característica facilite la presencia en las decisiones judiciales de apreciaciones subjetivas carentes de una ponderación específica de la violencia de género, que desembocan en ocasiones en interpretaciones jurídicas patriarcales y propias de un horizonte conceptual acotado respecto del fenómeno.

La denuncia puede ser acompañada con la solicitud de medidas que son tomadas inaudita parte. Conforme el artículo 25, el proceso debe resolverse en un plazo máximo de 7 días a partir de la denuncia, dictando una resolución que: homologue los acuerdos a los que se haya arribado y de corresponder disponga o ratifique las medidas cautelares<sup>26</sup> o provisorias<sup>27</sup> adoptadas e imponga las sanciones al denunciado.

La ley contempla la aplicación de sanciones de multa, arresto de hasta 5 días y trabajos comunitarios por hasta 2 años (art. 29) y la aplicación de agravantes entre los que se contempla la comisión de varias acciones consecutivas o la comisión luego de haber sido sancionado (incisos b y d del art. 30).

El artículo 35 dispone que “...en caso de resultar de los hechos denunciados la comisión de un delito de acción pública, el Juez actuante dará intervención inmediata a la justicia penal remitiendo copia de las actuaciones y medidas adoptadas. Para los casos de delitos dependientes de instancia privada, se requerirá el expreso consentimiento de la víctima o de su representante legal en el caso de menores o incapaces”. Al respecto,

<sup>26</sup> Contempladas en el artículo 27 van desde la “...exclusión del denunciado/a...” hasta ordenar “...el abordaje socioterapéutico de los integrantes de la familia....”. Debemos reiterar que la ley D 3040 en pocas ocasiones utiliza este lenguaje género sensitivo, en general está redactada en masculino.

<sup>27</sup> Referentes a alimentos, tenencia, régimen de visitas, etc. (art. 28).

es de destacar que los expedientes iniciados en la justicia penal a propósito de estos casos son caratulados de acuerdo con el tipo penal que se encuentre afectado, sin aclarar que se trata de un delito derivado de un acto de violencia contra las mujeres. Esta práctica judicial hace que este tipo de casos se registren como un delito como cualquier otro y no como actos de violencia de género. Ello no sólo niega y/o invisibiliza la violencia contra las mujeres en el ámbito de la justicia penal, sino que también dificulta el registro estadístico de este tipo de situaciones, que es prácticamente nulo.

#### ***4.3. Trasformaciones recientes en la aplicación de la ley***

Las mejoras introducidas a partir del Decreto Reglamentario 286/2010 y la creación de las Comisarías de la Familia no han evitado que las áreas competentes del Poder Ejecutivo provincial así como las máximas autoridades judiciales de la provincia, hayan detectado profundos déficits en la atención de los casos de violencia que las orientaron a ensayar diversas propuestas para solucionarlos<sup>28</sup>.

En primer lugar, podemos señalar que la distancia entre la previsión normativa y la realidad de la violencia dio lugar a la formulación de Protocolos en distintas ciudades de la provincia<sup>29</sup> impulsados por diferentes organismos, en coordinación con las instituciones municipales, provinciales y organizaciones no gubernamentales de distintas localidades. Los mismos procuran unificar criterios de trabajo, delimitar las responsabilidades de la red de servicios provinciales y municipales e integrar su tarea, así como evitar la revictimización, a través del fortalecimiento de los mecanismos y procedimientos que se llevan adelante a partir de la detección o denuncia de familias en situación de violencia.

---

<sup>28</sup> Existen es este sentido propuestas de modificación de la ley D 3040 cuyo análisis excede este artículo.

<sup>29</sup> El Consejo Provincial de la Mujer de Río Negro facilitó el texto de los Protocolos suscriptos en Catriel, Allen, El Bolsón y Cipolletti.

Los programas de formación y capacitación del personal técnico que interviene en la atención de esta problemática se han profundizado, desde diferentes ámbitos, así como las tareas de sensibilización a la población en general y de difusión de los derechos de las mujeres (que durante mucho tiempo formaron parte del derecho sólo en un sentido formal pero no material). Intervienen en estas acciones organismos como la Oficina de la Mujer del Poder Judicial de la Provincial de Río Negro, el Consejo Provincial de la Mujer y algunos Consejos Municipales de la Mujer, entre otros.

Debemos resaltar además algunas intervenciones de las más altas autoridades judiciales provinciales que, aunque en general orientadas a la resolución de casos de violencia de género de acción pública –es decir penales– esbozan una crítica certera y fundada del abordaje brindado a casos que en primer lugar no habían alcanzado esa gravedad. Entre ellas destacamos la Instrucción General, Resolución N° 01/12 del 16 de febrero de 2012 de la Procuración General que da cuenta de los defectos en el abordaje de la violencia de género. En la citada resolución<sup>30</sup> se aborda un caso paradigmático de violencia de género y la respuesta judicial al mismo visiblemente discriminatoria entre otros hechos porque tanto el Juzgado de Paz que dispone como el Juzgado de Familia confirma medidas prohibiendo “... realizar actos de violencia a `ambos`, cuando el agresor era uno...” así como “... obliga la realización de tratamiento psicológico a `ambas partes`, cuando la violencia provenía de una”. La víctima es advertida incluso por la Jueza de Familia para que ella misma cuide su integridad psicofísica. El caso hace que la Procuración propicie que “...a través del Comité del Fuero de Familia, la Inspectoría de los Juzgados de Paz, con asistencia de la Auditoría General y la Escuela de Capacitación se establezca un modelo de gestión de casos, mediante el cual se eviten los retrasos, las inconsideraciones y la ilusoriedad de las

<sup>30</sup> Puede ser consultada en la página del Ministerio Público de la Provincia de Río Negro: <http://ministeriopublico.jusrionegro.gov.ar/resoluciones.php>. Disponible en 10/05/2018.

intervenciones”. La crítica alcanza no solo a la actuación del Poder judicial sino también de la policía, en cuanto deberá “...abstenerse de consignar meras exposiciones policiales cuando se anoticien hechos de violencia, como también deberán abstenerse de receptar denuncias por infracción a la ley 3040 cuando la impronta de la violencia física sea palmaria, instruyéndolos para receptar denuncia penal”.

Otro cambio sustantivo es la creación de los “Equipos Técnicos Interdisciplinarios de los Juzgados de Familia”, que fueron llamados a concurso público por Resolución 426, del 6 de agosto de 2014, del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. Estos equipos están conformados por un/a profesional de la Psicología, otro/a de la Psicopedagogía y un/a Trabajador/a Social, en cada uno de los Juzgados de Familia, cuya intervención es muy valiosa durante todo el proceso, no sólo porque aportan una mirada interdisciplinar imprescindible para la comprensión de la violencia intrafamiliar, sino también porque asesoran a las y los titulares de los juzgados en aspectos sobre los cuales deben decidir y que escapan a sus competencias profesionales.

En una línea de lenta pero continua mejora en la materia, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro ha cambiado su jurisprudencia en los casos de incumplimiento de las medidas adoptadas en el marco de la ley 3040 determinando que se configura un caso de desobediencia (artículo 239 del Código Penal) ya que ésta ley “... no tiene previstas sanciones para tales incumplimientos (...) el no-acatamiento de las órdenes impartidas y las medidas ordenadas a partir de dicho marco normativo, en caso de comprobarse debidamente, puede configurar conductas tipificadas por el derecho penal (art. 239 C.P.) y debe ser investigado y eventualmente sancionado en ese ámbito”<sup>31</sup> sobre la base de las obligaciones internacionales asumidas por el estado argentino de actuar con la debida

---

<sup>31</sup> Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (STJRN) “V.J.P. s/Desobediencia a una orden judicial, violación de domicilio y lesiones s/apelación s/casación” sentencia de 28/08/2013.

diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7.b de la Convención de Belem do Pará<sup>32</sup>. Lo que completa con la referencia a los compromisos asumidos por el estado argentino en materia de derechos humanos de las mujeres y, citando a la Comisión Interamericana de Derechos humanos cuando señala “... el potencial del Poder Judicial como un sector clave en la protección de los derechos de las mujeres y el avance de la igualdad de género (Informe ‘Estándares Jurídicos Vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y Aplicación’, del 3 de noviembre de 2011, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, pág. 113”.<sup>33</sup>

De ello se colige, por una parte, que la preocupación por la prevención y atención integral frente a la violencia de género está presente en el Superior Tribunal de Justicia en consonancia con el consenso de la comunidad internacional en torno a una problemática que lamentablemente no es ajena en nuestra región y que tiene características preocupantes en Río Negro, provincia que presentaba en 2016 uno de los índices más altos de casos a nivel nacional. A junio de 2016, el número de denuncias por violencia de género en el ámbito familiar superó la media del país en un 33%<sup>34</sup>. A ello cabe agregar que, de acuerdo al Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina, publicados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la provincia de Río Negro registró, en 2016 (último año publicado), un total de 7 femicidios, lo que la convirtió en la

<sup>32</sup> Son varios los fallos que contienen esta referencia.

<sup>33</sup> Entre otros cabe citar los fallos STJRN “BASSO, Héctor s/Amenazas (ex Juzg. Inst. N° 6 S 12-09-0288) s/Casación” sentencia de 18/09/12; “V.C.E. s/lesiones leves calificadas por el vínculo en c.r. con coacción agravada por el uso de armas s/casación” sentencia de 19/12/2014 y “D. V. H. S/homicidio en grado de tentativa s/recurso de casación (inc. Apelación prisión preventiva)” sentencia de 13/07/2012.

<sup>34</sup> Yappert, Susana, Celeste Ratto, Daiana Neri y Matilde Luna, “Mujer y trabajo, otro mapa de la desigualdad en Río Negro”, Documento de trabajo Derechos Humanos y Género Nro. 2, 2017, disponible en formato electrónico en [https://docs.wixstatic.com/ugd/724ee8\\_ccc7bc7633e4eebf59ed47e4af7c2a.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/724ee8_ccc7bc7633e4eebf59ed47e4af7c2a.pdf), consultado el 15 de febrero de 2018.

provincia patagónica que registró el mayor número de muertes violentas de mujeres por esta causa<sup>35</sup>.

Sin embargo, el tratamiento judicial dado a los casos de violencia de género en la provincia ha sido más que deficiente, como puede verse al analizar el femicidio del que fue víctima en 2015 María Del Carmen De La Cruz en San Carlos de Bariloche. La actuación de la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche, del Fiscal de Cámara en su rol de Acusador Público y del abogado querellante, fue severamente criticada por una integrante del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia por la ausencia de perspectiva de género<sup>36</sup>.

En ese contexto, empiezan por otro lado a tomar visibilidad decisiones de mérito como la adoptada el 21 de noviembre de 2017, por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Minería de la Primera Circunscripción Judicial<sup>37</sup>, que confirmando lo decidido por el Juzgado de Familia 5 de la ciudad de Viedma, rechaza el pedido de levantamiento de la prohibición de acercamiento que pesa sobre la pareja de la mujer víctima de violencia de género, pese a la solicitud en este sentido formulada por ella. El decisorio, que toma en cuenta las opiniones del Equipo Técnico del Juzgado de Familia, el Instituto de Asistencia a Presos y Liberados (IAPL) y los referentes de la Unidad de Prevención y Atención a la Violencia Familiar del Hospital Zatti, se funda en que la víctima “tiene naturalizada la violencia” y que, por tanto, “...requiere que su interés sea por tanto tutelado institucionalmente por encima de su propia opinión”. Esta sentencia expresa un cambio significativo en lo que respecta a la incorporación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales.

---

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina disponible en formato electrónico en [https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios\\_2016.pdf](https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2016.pdf), consultado el 15 de febrero de 2018.

<sup>36</sup> Véanse las consideraciones de la Jueza Adriana Zaratiegui en la causa “CORTÉS, Hernán Guillermo s/Queja en: “CORTÉS, Hernán Guillermo s/Homicidio”, STJ Rio Negro, 11 de octubre de 2017.

<sup>37</sup> “V. D. G. C/G. I. H. S/LEY 3040 (f)”, 21 de diciembre de 2017.

Finalmente, en lo que respecta a la intervención del Poder Ejecutivo, las mayores críticas que hemos recogido en nuestro trabajo de campo con operadoras/es jurídicos van orientadas a la falta de profesionales para atender las diversas situaciones de violencia, tanto en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social como en el de Salud (aunque menos acusadas en este último), así como a la falta de coordinación entre los equipos de protección integral de la infancia y la adolescencia con los equipos de atención a la violencia familiar, a la falta de refugios para mujeres y sus hijas e hijos para casos de emergencias y a un déficit generalizado en la implementación del Decreto Reglamentario 286/2010, que establece claramente los criterios de intervención y las responsabilidades interinstitucionales en juego, las cuales no están siendo asumidas por todos los organismos intervenientes con el mismo grado de compromiso.

## 5. A modo de conclusión

En la Provincia de Río Negro se han realizado esfuerzos por mejorar el acceso a la justicia por parte de las mujeres. Sin embargo, la mayoría de ellos han operado a nivel legal y del sistema de justicia, esto es, desde una perspectiva que se limita a intentar garantizar el acceso a la jurisdicción y que parece no estar dando respuestas adecuadas a todas las necesidades, problemas y conflictos que plantea la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar. La respuesta estatal a la violencia no se aborda desde una perspectiva más amplia, orientada a erradicar la desigualdad social estructural entre los géneros en que la violencia hunde sus raíces. Tampoco existen datos empíricos que posibiliten evaluar de qué modo las víctimas de violencia están ejerciendo sus derechos, si se encuentran satisfechas sus demandas de justicia y si la receptividad de los tribunales a la perspectiva de género es capaz de dar respuestas a sus necesidades y evitar las prácticas re-victimizantes.

La continuación de nuestras investigaciones en la materia nos permitirá echar luz sobre algunas de estas cuestiones. Mientras

tanto, todo parece indicar que se requiere, con urgencia, un cambio radical, paradigmático, que opere las reestructuraciones simbólicas y materiales necesarias para que tenga lugar una nueva cultura, que no haga de la violencia contra las mujeres una de sus piedras basales, como lo ha hecho el patriarcado. Estas modificaciones no deben limitarse al ámbito normativo, sino que ir acompañadas de profundos cambios en las metodologías y epistemologías jurídicas, en la cultura institucional de los poderes del estado, organismos jurisdiccionales, del Ministerio Fiscal, de la Defensa Pública, de la abogacía y del resto de operadoras y operadores jurídicos, en síntesis, de toda una serie de cambios que incidan –y a la vez expresen– todas aquellas transformaciones que deben presentarse en la sociedad en su conjunto para que este nuevo horizonte para la vida sea posible.

## 6. Bibliografía

- Asensio, Raquel [et.al.] (2010). *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- Bodelón, Encarna, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Buenos Aires, Didot.
- Chinkin, Christine [et.al.] (2012). *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.
- Ciriza, Alejandra (2000). “A propósito de Jean Jacques Rousseau. Contrato, educación y subjetividad. En: *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Atilio Borón comp. , CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2016). Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina disponible en formato electrónico en [https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios\\_2016.pdf](https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2016.pdf), consultado el 15 de febrero de 2018.
- Defensoría General de la Nación (2011), Discriminación y Género, Las formas de la violencia, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.

- Facio, Alda (2008). "Accés a la justicia, dret i familisme", en Encarna Bodelón y Pilar Giménez, *Construint els drets de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, Barcelona, Diputació de Barcelona, Àrea d'Igualtat i Ciutadania, 2008.
- Fries, Lorena y Verónica Hurtado (2010). *Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, Organización de las Naciones Unidas, División de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Gherardi, Natalia (2006). "Notas sobre el acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?", en Birgin, Haydée y Beatriz Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos.
- Heim, Daniela (2014). "Acceso a la justicia y violencia de género", en *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N° 48.
- Heim, Daniela (2016). *Mujeres y Acceso a la Justicia. De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*, Buenos Aires, Didot.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos - INDEC (2018). Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres-RUCVM. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: INDEC. Libro digital. Disponible en [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm\\_03\\_18.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm_03_18.pdf). Consultado en 10/05/18.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2011). *Aportes para el desarrollo humano en Argentina / 2011: Género en cifras: mujeres y varones en la sociedad argentina*, Buenos Aires, PNUD.
- Yappert, Susasna [et.al.] (2017). "Mujer y trabajo, otro mapa de la desigualdad en Río Negro", en Documento de trabajo Derechos Humanos y Género Nro. 2, 2017, disponible en formato electrónico en [https://docs.wixstatic.com/ugd/724ee8\\_cccc7bc7633e4eefbf59ed47e4af7c2a.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/724ee8_cccc7bc7633e4eefbf59ed47e4af7c2a.pdf).

# **Algunas notas sobre un nuevo intento de reforma a la Constitución de la Provincia de Santa Fe**

*Ariel Damián Strappa<sup>1</sup>*

## **I. Introducción**

El objeto del presente trabajo es realizar un repaso sobre los principales aspectos de un nuevo intento, impulsado por el Gobierno de la Provincia, para reformar la Constitución de Santa Fe.

La reforma a la Constitución es uno de los actos institucionales más trascendentales de la historia de un Estado, de ahí que la misma norma exige alcanzar un amplio consenso político para concretarla. En Santa Fe, se ha intentado en reiteradas ocasiones en las últimas décadas, siempre con resultado negativo. Así las cosas, y en el convencimiento de la necesidad de transformación de la Constitución, encaramos esta labor de revisar esta tentativa reformista.

En primer lugar examinaremos la Constitución vigente, repasando el especial momento histórico de su sanción, sus principales características jurídicas en relación al reconocimiento de derechos y a la organización del poder, culminando con una valoración sobre la función que cumplió durante todo este tiempo.

En un segundo momento nos detendremos a analizar si existen razones que ameriten su reforma. ¿Por qué reformar la Constitución de 1962? Será el interrogante al que intentaremos dar respuesta. Párrafo especial merece el tema de la “oportunidad de la reforma” ¿Es el momento adecuado para encararla?

---

<sup>1</sup> Abogado (UNR), Maestrando en Derecho Público (UNR); Profesor Universitario en Derecho (UCEL); Docente de Derecho Administrativo (UNR), de Derecho Constitucional I (UCEL) y de Derecho Público Provincial y Municipal (UCEL). Contacto: drarielstrappa@yahoo.com.ar

Se trata de una cuestión siempre recurrente en cada intento reformista, teniendo en consideración que la respuesta negativa se constituye en el principal argumento para los que quieren posponer el debate.

Seguidamente daremos una mirada al proceso reformista que comenzó a desandar la actual gestión de gobierno, remarcando sus fortalezas y debilidades. Realizaremos una síntesis del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo a fines de abril, con el objetivo de que comience a tratarse al inicio de las sesiones ordinarias<sup>2</sup>. Por otro lado, se hará referencia a otros proyectos presentados por diputados de diferentes bloques, para ser discutidos en conjunto con el remitido por el Gobernador.

Para finalizar intentaremos construir algunas conclusiones respecto del proceso constitucional santafesino.

## II. La Constitución de 1962

La Constitución vigente en la Provincia de Santa Fe, tuvo su última reforma en el año 1962 y fue sancionada en un contexto de muchas dificultades. Recuérdese que el 28 de marzo de ese año, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas le exigieron la renuncia al Presidente Frondizi, quien luego de negarse e intentar reprimir el movimiento, fue conducido prisionero a la isla Martín García. José María Guido, en su carácter de Presidente Provisional del Senado, se hizo presente ante la Corte Suprema de Justicia manifestando que asumiría la Presidencia de la Nación de acuerdo a lo dispuesto por la ley de acefalía. Guido aceptó y juró como Presidente el 30 de marzo.<sup>3</sup>

A pesar del clima de zozobra, el Gobernador de la Provincia, Carlos Sylvestre Begnis decidió seguir adelante en los estertores de su gobierno con el proceso de reforma que había

<sup>2</sup> Las sesiones ordinarias de la Legislatura de la Provincia de Santa Fe se extienden desde el 1 de mayo hasta el 31 de octubre de cada año (Constitución de Santa Fe, art. 40).

<sup>3</sup> De Marco (h), Miguel; "La Convención Reformadora de 1962"; Revista Rosario, su historia y región, N° 106, Abril 2012, pág. 15 a 21.

comenzado unos meses antes, y con la intención de anticiparse a su caída. El día 11 de abril comenzó a tratarse en particular el proyecto oficial, y se aprobó dos días más tarde. El 14 de abril el Gobernador jura la Constitución.<sup>4</sup>

El texto aprobado, en su “parte dogmática” amplió la gama de “Principios, Derechos, Garantías y Deberes”, incluyéndose los principios y derechos sociales relativos a la protección del trabajo (art. 20), la tutela de la salud (art. 19), bienestar y seguridad social (art. 21), familia (art. 23), cooperación (art. 26), explotación racional de la tierra y desarrollo de la población rural entre otros (art. 28). Se reconoció un recurso jurisdiccional de amparo de trámite sumario (art. 17) y estableció la responsabilidad del estado provincial (art. 18), entre otras novedades.

En relación a la denominada “parte orgánica”, la característica central es la fuerte concentración del poder. No se innovó en este punto respecto a lo dispuesto por las constituciones anteriores, que habían sido sancionados bajo gobiernos conservadores. Se persiguió la finalidad de garantizar la gobernabilidad en un periodo histórico en el que imperaba la inestabilidad institucional.

Esta concentración se revela en diferentes artículos; a) “cláusula de gobernabilidad” en la conformación de la Cámara de Diputados, que asigna veintiocho diputados al partido que obtenga mayor número de votos y veintidós a los demás partidos, en proporción de los sufragios que hubieren logrado (art. 32); b) el Gobernador inicia y culmina su mandato con la misma conformación de la Legislatura, atento a que los legisladores comienzan y terminan sus mandatos con él (arts. 34 y 38); c) la necesidad de acudir, en todos los casos, al Gobernador para tener por agotada la vía administrativa, requisito de admisibilidad para demandar a la Provincia ante los estrados judiciales en cuestiones de derecho público, lo que le otorga un control de todos los reclamos contra el Estado Provincial (art. 72 inc. 18); d) la competencia originaria y exclusiva de la

---

<sup>4</sup> Ib. Idem.

Corte Suprema para entender en los litigios que versen sobre la materia contencioso-administrativa (Art. 93 inc. 2), garantizándose el conocimiento concentrado del máximo tribunal jurisdiccional, respecto de estas pretensiones; e) conformación de un Régimen Municipal de acuerdo a la idea de descentralización administrativa (autarquía) (art. 106, 107 y 108).

No obstante la centralización horizontal y vertical, también es de destacar que acrecienta los controles respecto de sus predecesoras. Se establece un control de legalidad a cargo de la Fiscalía de Estado (Art. 82) y un control hacendal, cómo responsabilidad del Tribunal de Cuentas (art. 81).

Además de sus avances en materia de derechos e institucionales, es importante señalar el rol que cumplió la Constitución de 1962, respecto a lograr una legitimación del derecho constitucional de Santa Fe, atento a que cierra el periodo de vigencia de la Constitución de 1900 (con la reforma de 1907), donde se sucedieron dos intentos dos reformas constitucionales, en 1921 y 1949, cuya vigencia fue frustrada por sendas intervenciones provinciales.

### **III. ¿Por qué reformala ahora?**

Existen múltiples y variadas razones que justifican la necesidad de reformar el texto constitucional santafesino. Sin ánimos de ser exhaustivos, pasaremos a reseñar algunas de las que consideramos determinantes para avanzar en el proceso de reforma.

Transcurridos 56 años de vigencia de la actual Constitución, es fundamental adecuarla a la nueva realidad que nos toca vivir. Los tiempos de hoy no son los de principios de la década del 60. Surge la impostergable necesidad de reforma a partir de dar respuesta a los nuevos desafíos que se nos presentan, incorporando nuevos derechos y garantías y rediseñando la organización del poder constituido. La globalización y sus efectos sobre lo local; la profundización mundial de la desigualdad económica y social, que en Santa Fe también es geográfica (tensión norte-sur), la multicularidad, la revolución de internet, son

algunos de los fenómenos de estos tiempos que es necesario abordar y que tienen su repercusión en lo local.

*“Las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la constitución haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser, por lo tanto completada, eliminada o acoplada de alguna otra manera a las nuevas exigencias en interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político”<sup>5</sup>*

Por otra parte, es ineludible ponerla a tono con la Constitución Nacional, que tuvo una amplia modificación en 1994. Esta reforma tuvo un profundo impacto en relación al derecho público provincial argentino. Las instituciones locales precisan repensarse y ser receptivas de aquella. Santa Fe, junto con Mendoza, son las dos únicas provincias que no reformaron sus constituciones desde el último advenimiento democrático, no formando parte de un proceso extremadamente transformador de los órdenes jurídicos estaduales.

Sólo para dar un ejemplo de esta necesidad, cabe recordar que la reforma de 1994 planteó una profundización del federalismo, como forma de estado en Argentina. Con ese marco, terminó con la vieja disputa sobre la naturaleza jurídica de los municipios, y se inclinó por el reconocimiento del carácter autónomo de los mismos<sup>6</sup>. Transcurridos 24 años de la vigencia de esta norma, la Provincia de Santa Fe, continúa en mora con el cumplimiento de este mandato constitucional, sosteniendo aún un régimen municipal basado en la idea de descentralización administrativa.

En otro orden de cosas, Santa Fe tiene también en relación a los procesos constitucionales una responsabilidad histórica.

<sup>5</sup> Loewenstein, Karl; “Teoría de la Constitución”; Trad. Gallego Anabitarte, Alfredo; Editorial Ariel; Barcelona-Caracas-Méjico; 1979, pág. 170.

<sup>6</sup> El art. 123 de la Constitución Nacional dice: *“Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.”*

Sancionó el Estatuto Provisorio de 1819, considerado como la primera constitución de una provincia argentina; fue sede de la sanción de la Constitución Nacional de 1853 y dictó la Constitución Provincial de 1921<sup>7</sup>, que planteaba el estado laico, el voto de las mujeres y los extranjeros y la autonomía municipal, para dar algunos ejemplos. Todo esto sin dejar de mencionar el papel de Santa Fe en los procesos progresistas de Argentina. La “revolución de los siete jefes” (1580), la creación de la Bandera en Rosario (1812), la celebración del primer matrimonio laico del país en la ciudad de Esperanza (1867); la rebelión chacarera conocida como el “Grito de Alcorta” (1912); son algunos de los mojones de esta tradición de constante vanguardia y progresismo. En este sentido es necesario contar con una Constitución que rescate y proyecte la rica historia de la Provincia, que la han constituido como señera en los procesos políticos nacionales.

A partir de los contundentes argumentos que la sustentan, no quedan dudas de la necesidad de actualizar la Carta Magna local, poniéndola en sintonía con la Constitución Nacional, modernizando el estado para enfrentar los complejos retos de la sociedad contemporánea, y consolidando nuevos derechos y garantías. Asimismo, es imprescindible repensar y fortalecer el federalismo desde la óptica de lo local, incluso descentralizando funciones hacia el interior de la provincia.

De todos modos, si bien los espacios políticos más representativos están de acuerdo con la necesidad de reforma, como ha planteado el Dr. Iván Cullen en un artículo publicado en el diario “La Capital” de Rosario, “Siempre el obstáculo es la oportunidad”<sup>8</sup>.

Se dice, entre otros argumentos para evitar la discusión sobre la reforma, que hay temas más urgentes y que la misma

<sup>7</sup> Para profundizar el estudio de la Constitución de Santa Fe de 1921; ver Blando, Oscar M. y Defante, Oscar F; “La Constitución de 1921. La verdadera Constitución progresista de Santa Fe”, Laborde editor; 2014.

<sup>8</sup> Cullen, Iván José María; “Siempre el obstáculo es la oportunidad”; en <https://www.lacapital.com.ar/opinion/siempre-el-obstaculo-es-la-oportunidad-n1601053.html>

no está en la agenda de la sociedad santafesina. Por supuesto que hay temas de suma urgencia para una sociedad (la de Santa Fe y cualquier otra). La seguridad, las tarifas de los servicios públicos, el trabajo, son algunos ejemplos de temas que interesan de sobremanera a la sociedad santafesina y se encuentran al tope de cualquier sondeo de opinión que releve las preocupaciones de la gente. Pero por otro lado es responsabilidad de los dirigentes políticos planificar el porvenir, pensar la provincia de las próximas generaciones, y es ahí donde la reforma de la Constitución se coloca como una materia transcendente. No se trata de procesos contradictorios. Quizás todavía estaría vigente la Constitución de 1900, si los Constituyentes de 1962 hubieran valorado que había temas más urgentes que atender (recuérdese que la Constitución fue sancionada el 14 de abril, y el Presidente Frondizi había sido derrocado a fines de marzo), y desechado el trascendente trámite constituyente.

Otra de las razones que se han esgrimido para no realizar la reforma es su elevado costo ¿Es excesivamente oneroso reformar la Constitución? ¿Es un gasto innecesario? Decir que reformar la Constitución es oneroso para las arcas provinciales no es un argumento que revista la mínima seriedad. Lo finalidad del estado es garantizar los derechos de sus habitantes, y no hay mejor manera de comenzar a hacerlo que consolidándolos en la norma de máxima jerarquía. Hay una falsa premisa de los defensores del libre mercado que sostiene que es posible incrementar la libertad hasta el infinito y bajar los impuestos (y consecuentemente el gasto estatal) hasta cero. La idea de que la disminución de los impuestos incrementa necesariamente la libertad es una falacia. Los enemigos de la acción del Estado no pueden simultáneamente presentarse como los paladines de los derechos individuales porque los derechos no son sino un conjunto de reglas respaldadas por la fuerza del Estado y financiadas con el dinero público.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Laporta, Francisco J.; "El precio de los derechos", en [https://elpais.com/diario/2008/02/29/opinion/1204239604\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2008/02/29/opinion/1204239604_850215.html)

Por último, siempre aparece alguna cuestión de fondo como obstáculo para eludir la discusión. La reforma tiene como única finalidad garantizar la reelección del actual Gobernador se dice desde algunos espacios. Por supuesto que una declaración del titular del Poder Ejecutivo desechando una eventual reelección resolvería el tema. No obstante, cabe recordar que la posibilidad de discutir la modificación de la norma que habilite la reelección del gobernador y vice, corresponde abrirla a la Legislatura, que por otra parte requiere de una mayoría agravada para hacerlo. Y por otra parte, aprobar la posibilidad de reelección del gobernador y vice (en general y para este en particular a partir, por ejemplo, de una cláusula transitoria) es facultad de la Asamblea Constituyente, cuya composición resultará de la elección a convencionales constituyentes, donde improablemente, atento a los últimos antecedentes electorales, el oficialismo (este y cualquier otro) tenga mayorías propias.

#### **IV. Procedimiento para la reforma**

El poder constituyente es definido por Linares Quintana como “*la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución y a revisar ésta total o parcialmente cuando sea necesario*”<sup>10</sup>. Cuando asume su faceta reformadora o derivada, “*Es (el) sometido a reglas jurídicas preexistentes de derecho positivo. Casi siempre importa un poder de reforma o enmienda de una constitución previa; pero en otros casos posee también poder de reemplazo, ya que puede estar facultado para sustituir una constitución por otra.*”<sup>11</sup>

En Santa Fe, para el ejercicio del poder constituyente reformador, se prevé el sistema de reforma por Convención

<sup>10</sup> Citado por Hernández, Antonio, “El Poder Constituyente de las Provincias”; págs. 169 a 197; en Hernández, Antonio M. - Barrera Buteler, Guillermo (Coord.), Derecho Público Provincial, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011.

<sup>11</sup> Sagües, Néstor Pedro; “Manual de Derecho Constitucional”; Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 66

Constituyente (arts. 114 y 115), similar al del art. 30 de la Constitución Nacional. La diferencia radica en el detalle con que la Carta Magna santafesina, regula el trámite, tratando de superar la vaguedad de la reglamentación nacional.

Se distinguen en el procedimiento de reforma, dos etapas: a) etapa de promoción y b) etapa de reforma expresa.<sup>12</sup>

La etapa de promoción se da en la Legislatura Provincial, mediante una ley especial, que precisa del voto de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara. En caso de que la misma fuese vetada, su promulgación requiere de la insistencia legislativa por idéntica mayoría (art. 114).

En cuanto a la extensión de la reforma, la referida ley determina si debe ser total o parcial y, en este último caso, los artículos o la materia que hayan de reformarse (art. 114).

La ley especial que declare la necesidad de la reforma debe determinar, asimismo, las bases fundamentales de la elección, instalación y término de la Convención Reformadora (art. 115).

En relación a la etapa de reforma propiamente dicha, se prevé que la misma se hará por una Convención compuesta de diputados elegidos directamente por el pueblo en número igual al de los miembros del Poder Legislativo (art. 114). En este sentido, la futura Convención Constituyente que reforme la Constitución de Santa Fe, estará integrada por 69 miembros, resultante ese número, de la suma de diputados (50) y senadores (19).

Respecto del cargo de Convencional Constituyente se señala que para ocuparlo, se requieren las mismas calidades que para ser diputado a la Legislatura. El cargo de convencional es compatible con cualquier otro nacional, provincial o municipal. Los convencionales gozan de las mismas inmunidades y remuneración de los legisladores, mientras ejerzan sus funciones (art. 114).

Lo concerniente al ordenamiento interno es competencia de la propia Convención, la que puede prorrogar el término de su

---

<sup>12</sup> Luna, Hernán Daniel, "Lecciones de Derecho Público Provincial y Municipal", Tercera edición ampliada, Ediciones Haber; La Plata; 2017, pág. 75.

duración una sola vez y por la mitad del plazo fijado por la ley (art. 115).

Si vencido el plazo legal de duración la Convención no se hubiera expedido sobre todos los puntos susceptibles de reforma, se entenderá que ésta no se ha producido en parte alguna. En los casos de reforma parcial la Convención no puede pronunciarse sino sobre los artículos o la materia designados por la ley. La Convención no está obligada a modificar o suprimir las disposiciones de la Constitución si considera que no existe la necesidad de la reforma declarada por la ley (art. 115).

## V. El proyecto del Poder Ejecutivo

El Gobernador Miguel Lifschitz envió a la Legislatura, mediante mensaje N° 4685 del día 26 de abril de 2018 (ingresado el mismo día), trámitedo por expte. N° 34.425, el proyecto de ley para declarar la necesidad de reforma parcial de la Constitución. La Cámara de Diputados oficia como recinto de origen.

### 1. *La fundamentación*

El proyecto comienza su argumentación con un repaso de la historia constitucional de la Provincia, rememorando los distintos procesos constituyentes, desde el año 1819 hasta 1962. En similar sentido, se mencionan los diferentes proyectos de reforma presentados a la Legislatura en estos últimos años.

Luego de remarcar la necesidad de contar con una nueva Constitución, y que la misma debe ser el fruto de un amplio consenso, se hace referencia a que “...*la Provincia de Santa Fe inició un Proceso de deliberación y diálogo ciudadano e institucional para repensar las bases de una nueva Constitución Provincial.*”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> De los fundamentos del proyecto de ley que declara la necesidad de reforma a la Constitución de Santa Fe, remitido por el Poder Ejecutivo a la Legislatura.

*“Este proceso se llamó “Bases para la Reforma Constitucional” y tenía por objetivos: a) promover un debate público informado, garantizando que la voz de la ciudadanía sea escuchada y protagonista; b) debatir las bases en las que se fundamenta la vida social, política, económica y cultural de los santafesinos, orientando las mismas dentro del marco de reforma constitucional, deliberando sobre los nuevos derechos e instituciones que desde la sociedad civil se considere oportuno plasmar en la Constitución; c) reconocer a los actores políticos, académicos y sociales para enriquecer un diálogo participativo a través de sus distintas voces y miradas.”<sup>14</sup>*

Posteriormente se detallan las distintas actividades que se llevaron a cabo en el marco del mencionado proceso participativo impulsado por el Gobierno Provincial y en el que participaron organizaciones sociales, universidades, colegios profesionales, especialistas, entidades gremiales, entre otros.

También se alude a que el proceso generó importantes debates en base a diversas actividades en distintos ámbitos ministeriales del Gobierno Provincial, teniendo como eje articulador al Ministerio de Gobierno y Reforma del Estado; y que el diálogo con actores políticos, especialistas y la sociedad civil, promovió la discusión pública y la generación de distintos aportes y propuestas, llevándose adelante en diferentes espacios.

A efectos de promover el proceso señalado, se propuso el análisis de las siguientes temáticas habilitando ejes específicos de discusión y aportes que se transformaron en extensos contenidos que en definitiva establecen cuáles son las necesidades de la reforma constitucional, tales como: 1) Democracia y participación; 2) Instituciones y transparencia; 3) Igualdad, diversidad e inclusión; 4) Educación, salud y cultura; 5) Justicia independiente y territorios seguros; 6) Hábitat y medio ambiente; 7) Descentralización y autonomía municipal; 8) Innovación, trabajo y producción.

---

<sup>14</sup> Ib. Ídem.

## 2. ¿Qué se propone reformar?

Cómo ya adelantamos, el proyecto prevé una modificación parcial, y en consecuencia determina los artículos y la materia a reformarse. Los puntos a reformar, en su mayoría, son producto de las conclusiones alcanzadas en el proceso participativo. No se avanza sobre temas en los cuales existen posiciones históricas antagónicas. Por ejemplo, la subsistencia o reformulación de la Cámara de Senadores.

En primer lugar se dispone declarar necesaria la reforma de 45 artículos (sobre un total de 115), distribuidos en las 9 Secciones de la Constitución vigente (art. 1).

En relación a la Sección Primera; Principios, Derechos Garantías y Deberes: a) Artículo 2, a los efectos de adaptar a la Constitución Nacional y establecer el respeto a las obligaciones internacionales ratificadas por el país, como referencia normativa; b) Artículo 3, a los efectos de establecer la neutralidad religiosa del Estado; 3) Artículo 5, a los efectos de establecer la obligación de fijar criterios de progresividad en materia impositiva, solidaridad fiscal, legalidad, reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad, razonabilidad, equidad, generalidad, capacidad contributiva, certeza, entre otros; 4) Artículo 9, a los efectos de adecuar el Habeas Corpus al Artículo 43 de la Constitución Nacional o de ampliar dicho estándar e incorporar el juicio por jurados en materia penal; 5) Artículo 11, a los efectos de ampliar el derecho a la libertad de expresión, asegurando la protección de los datos personales obrantes en cualquier registro o medios de comunicación para garantizar el honor, la intimidad, la confidencialidad y la reputación de las personas; el secreto de las fuentes de información periodísticas, el deber de los medios de comunicación de asegurar el pluralismo y el respeto a todas las corrientes de opinión; 6) Artículo 13, a los efectos de ampliar el derecho de reunión, a la libertad de asociación, y de peticionar a las autoridades; 7) Artículo 17, a los efectos de adecuar la acción de Amparo al Artículo 43 de la Constitución Nacional o de ampliar dicho estándar e incorporar la Acción de Habeas

Data; 8) Artículo 19, a los efectos de ampliar el derecho a la salud; 9) Artículo 20, a los efectos de eliminar la referencia al trabajo infantil e impulsar y promover el trabajo decente, realizado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en la esfera de las competencias provinciales; 10) Artículo 21, a los efectos de establecer que las jubilaciones y pensiones de los servidores públicos provinciales sean atendidas por medio de un régimen público de reparto y solidario a cargo de una institución estatal provincial de carácter intransferible; 11) Artículo 22, a los efectos de ampliar el derecho a la cultura; 12) Artículo 26, a los efectos de darle rango constitucional a la función social del mutualismo.

En la Sección Segunda; 1) Artículos 29 y 30, a los efectos de incorporar principios democráticos tales como la intransferibilidad del voto, el derecho al sufragio activo de los extranjeros con residencia, la eliminación del requisito de tener dieciocho años para ser elector, el reconocimiento de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático, el establecimiento de un tribunal jurisdiccional electoral, independiente, permanente y con fuero propio y el requisito de contar con mayorías legislativas agravadas o especiales para la aprobación de normas en materia de partidos políticos y sistema electoral.

En la Sección Tercera, 1) Artículo 32, a los fines de incorporar la distribución proporcional de las bancas e incorporar la participación política en base al principio de paridad entre géneros en la conformación de las listas de candidatos en la Cámara de Diputados; 2) Artículo 33, a los efectos de disminuir la edad para ser elegido diputado; 3) Artículo 34, a los fines de limitar a un solo período la reelección de los diputados; 4) Artículo 36, a los fines de consagrar la paridad de género en la conformación de las listas de candidatos para las elecciones de miembros a integrar la Cámara de Senadores; 5) Artículo 37, a los fines de disminuir la edad para ser elegido senador; 6) Artículo 38, a los fines de limitar a un solo período la reelección de los senadores; 7) Artículo 40, a los fines de ampliar

el período de sesiones ordinarias; 8) Artículo 54, a los fines de facultar a la Asamblea Legislativa dictar acuerdo para la designación del Jefe de Policía; 9) Artículo 55, a los fines de rediseñar las facultades del Poder Legislativo, con el objeto de suprimir la facultad de elección de los senadores al Congreso de la Nación; conferir la facultad de organizar el régimen municipal de autonomía según las respectivas categorías de ciudades y el régimen el comunal, según las bases establecidas por esta Constitución; conferir la facultad de aprobar o desechar los convenios celebrados con Estados Extranjeros de conformidad al artículo 124 de la Constitución Nacional, suprimir el inciso 12 primer párrafo, y autorizar la delegación legislativa en materias determinadas de administración, por un plazo determinado y dentro de las bases de delegación, las cuales deberán contemplar limitaciones precisas para su ejercicio; 10) Artículo 56, a los fines de posibilitar la iniciativa popular de leyes, en las condiciones que establezca la ley; 11) Artículo 58, a los fines de suprimir la doble vuelta entre cámara de origen y revisora, para agilizar el trámite legislativo.

En la Sección Cuarta; 1) Artículo 63 a los efectos de la ampliación del requisito a todo argentino, independientemente del modo de adquisición de la ciudadanía y reducir la edad para ser elegido Gobernador y Vice Gobernador; 2) Artículo 64, a los fines de habilitar la reelección inmediata y por un solo período para Gobernador y Vicegobernador; 3) Artículo 70 a los fines de incorporar un sistema de doble vuelta electoral, para la elección de Gobernador y Vicegobernador; 4) Artículo 72, a los efectos de reestructurar las facultades del Gobernador, ampliar su representación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estados extranjeros y organismos internacionales, designar los representantes de la Provincia ante los organismos federales e interjurisdiccionales y adecuar los institutos del indulto y la commutación de penas conforme a la Constitución Nacional.

Respecto de la Sección Quinta: 1) Artículo 84, con la finalidad de fijar las competencias del Procurador General y establecer en número impar la composición de la Corte Suprema de Justicia; 2) Artículo 86, con la finalidad de establecer que los

jueces de los tribunales inferiores sean designados por el Poder Ejecutivo, en base a una propuesta del Consejo de la Magistratura con acuerdo de la Asamblea Legislativa; 3) Artículo 88, con la finalidad de modificar la edad de inamovilidad de magistrados, procurador general de la Corte Suprema, fiscales y defensores, estableciéndose el cese automático de la misma una vez alcanzada la edad que se determine; 4) Artículo 91, con la finalidad de establecer un nuevo procedimiento de remoción de jueces de tribunales inferiores por medio de un Jurado de Enjuiciamiento; 5) Artículo 93, con la finalidad de suprimir la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia en materia contenciosa-administrativa, juicios de expropiación y juicios de responsabilidad civil contra magistrados judiciales e incorporar otros supuestos de competencia originaria

En relación a la Sección Sexta, 1) Artículo 98, a los fines de incorporar al Vicegobernador, al Fiscal General y al Defensor General como sujetos pasibles de ser sometidos a juicio político.

En la Sección Séptima; 1) Artículos 106, 107 y 108, a los fines de establecer el alcance de la autonomía de los municipios, disponiendo la distribución de competencias entre la Provincia, los Municipios y las Comunas y los criterios para el dictado de cartas orgánicas municipales, en su caso, garantizando la paridad de género en la conformación de las listas de candidatos para la integración de los órganos de gobierno locales. Asimismo, a los efectos de ampliar el período de duración del mandato de los integrantes de las Comisiones Comunales a cuatro (4) años.

En la Sección Octava; 1) Artículos 109, 110, 111, 112 y 113, a los fines de asegurar el derecho a la educación como derecho humano conforme a los principios, reglas y estándares vigentes, como bien público y social garantizado en forma indelegable por el Estado, sostenido por los principios de universalidad, laicidad, inclusión socioeducativa y calidad educativa

En relación a la Sección Novena; 1) Artículos 114 y 115, a los fines de incorporar la representación proporcional para la distribución de bancas y la participación política en base

al principio de paridad entre géneros en la conformación de las listas de candidatos de convencionales constituyentes, suprimir el segundo párrafo del art. 115 e incorporar el sistema de enmiendas para reformar un artículo de la Constitución con la aprobación de mayorías especiales por la Legislatura y el refrendo de una consulta popular para su entrada en vigor.

Seguidamente se habilita la reforma de la Constitución Provincial mediante la incorporación de artículos relacionados diferentes materias, las que enumera en 12 puntos (art. 2).

En este sentido se señalan; 1) Defensa y fortalecimiento del orden constitucional y democrático; 2) Nuevos derechos y garantías orientados a adecuar la Constitución Provincial a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos e incorporar otros tales como: derecho a la identidad; derecho a la diversidad sexual; la eliminación de toda discriminación contra la mujer; derechos de los niños, niñas y adolescentes; derecho de las juventudes; derecho de los adultos mayores; derechos de las personas con discapacidad; Seguridad Ciudadana y Seguridad Privada, derechos de la víctima; derechos sexuales y derechos reproductivos; protección al consumidor; derecho al deporte; derecho a un ambiente sano y sustentable; dominio originario y protección de los recursos naturales provinciales; derecho al agua; derecho a un hábitat urbano y derecho a la ciudad; economía social y solidaria; medidas para el cumplimiento, ejercicio y goce de los derechos económicos, sociales y culturales; ampliación del derecho de igualdad en torno al rol del Estado; ampliar la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones; incorporar la función ambiental de la propiedad; promoción de la ciencia, la investigación y la innovación tecnológica y productiva; reconocimiento del derecho al acceso a las tecnologías de la información y la comunicación; derecho a la planificación y evaluación de resultado de las políticas públicas provinciales; la protección de toda forma de comunidad familiar y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas; reconocimiento del turismo como bien social de la Provincia;

3) Incorporación de la perspectiva de género en el diseño, ejecución y producción de todo el proceso de producción de políticas públicas en todas las áreas de organización y funcionamiento del Estado; 4) Inclusión de mecanismos de participación ciudadana y de democracia semidirecta tales como la Consulta Popular, Revocatoria de Mandato e Iniciativa Popular. Incorporación del Consejo Económico y Social; 5) Incorporación de normas y principios rectores en materia de servicios públicos tendientes a garantizar la intransferibilidad de su titularidad, su prestación estatal y el régimen de audiencias públicas con el objeto de alcanzar mayor participación, eficiencia y transparencia en la gestión de los mismos; 6) Otorgamiento de rango Constitucional al Consejo de la Magistratura como sistema de selección de magistrados, defensores públicos y fiscales. Aseguramiento de la independencia, imparcialidad, idoneidad y compromiso democrático con el Estado de Derecho y el servicio de justicia, de quienes resulten designados; 7) Jurado de enjuiciamiento para la remoción de magistrados, defensores públicos y fiscales; 8) Otorgamiento de rango constitucional al Ministerio Público de la Acusación y al Servicio Público de la Defensa, consagrando su autonomía funcional, autarquía y un método adecuado para la designación de sus órganos directivos a fin de garantizar su idoneidad, independencia y compromiso con el Estado de Derecho y los principios democráticos, asegurando su estabilidad por el tiempo que se fije para sus funciones; 9) Reconocimiento constitucional a la Defensoría del Pueblo, garantizando la autonomía funcional, legitimación activa, la autarquía, y la independencia e idoneidad de quienes desempeñen los cargos directivos; 10) Incorporación de principios sobre la obligación de producción de la información pública por parte del Estado Provincial, Municipal y Comunal, sistemática, confiable, accesible y disponible para toda la comunidad. Obligación de los funcionarios públicos de presentar declaraciones juradas e incorporación de normas tendientes a fortalecer la transparencia del Estado. Mecanismos de control ciudadano; 11) Regulación de la facultad de la Provincia para celebrar convenios internacionales; 12) Reconocimiento

constitucional de las regiones y de las áreas metropolitanas y sus respectivos entes de coordinación. Incorporación de criterios de descentralización.

Luego se habilita la adecuación, compatibilización, remuneración y/o incorporación de las secciones, capítulos y/o artículos que sean necesarios para introducir las reformas que se sancionen (art. 3).

Por último se habilita la sanción de las cláusulas transitorias que se consideren necesarias (art. 4).

### ***3. Conformación y plazo para el funcionamiento de la Convención constituyente***

Después de abordar la materia a reformar, el proyecto se introduce en la regulación del proceso de conformación de la Convención Constituyente, de acuerdo a lo dispuesto por la actual Constitución (art. 114 y 115).

En cuanto a la elección de Convencionales Constituyentes, expresa que se regirá por lo dispuesto en la presente ley, siendo de aplicación en todo lo que no esté previsto por ésta, la totalidad de las normas provinciales vigentes en materia electoral y de partidos políticos, con sus modificatorias, y con carácter supletorio, la normativa nacional (Art. 5). Para la elección se exceptúa la aplicación de lo dispuesto por la Ley Provincial N° 12.367 y sus modificatorias, exclusivamente en lo relativo a la existencia de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (art. 5).

Por otra parte, se consigna que será competencia del Poder Ejecutivo convocar a elecciones de convencionales constituyentes, debiéndose fijar la elección dentro de los 120 días de esa promulgación y no podrá coincidir con elección alguna (Art. 6). La elección se efectuará en una única y definitiva elección. Los convencionales constituyentes serán elegidos directamente por el pueblo de la provincia. A tales efectos la provincia constituirá un distrito electoral único y la representación será distribuida en su totalidad mediante el sistema proporcional variante D' Hondt,

teniendo presente también el principio de paridad de género en la conformación de las listas y con la aplicación del umbral electoral del 1,5% del total del padrón electoral, a efectos de alcanzar la obtención de algún escaño (art. 7).

Se dispone además, que la Convención Reformadora se instalará en la ciudad de Santa Fe e iniciará su labor dentro de los 10 (diez) días posteriores a las elecciones generales de convencionales constituyente y finalizará sus sesiones a los 40 (cuarenta) días de su instalación, pudiendo prorrogar el término de su duración por una sola vez, y por la mitad del plazo fijado (art. 9).

La exigüidad de los plazos, tanto para el llamado a elecciones como para iniciar y finalizar los trabajos la Convención Constituyente y la excepción de utilizar los procedimientos electorales ordinarios, concretamente el sistema de primarias abiertas simultáneas y obligatorias para la selección de los candidatos a convencionales constituyentes, han sido las mayores críticas que ha recibido el proyecto en relación a este segmento.

## VI. Proyectos de diputados

Ingresado el proyecto del Poder Ejecutivo para ser tratado en la Cámara de Diputados, se han presentado también, hasta el momento, otros tres proyectos de diferentes bloques, con el objetivo de ser discutidos en conjunto con aquel.

El Diputado Luis Rubeo, ingresó su proyecto (Expte. 34446 del 23 de abril de 2018), para declarar necesaria la reforma parcial de la Constitución Provincial (Art. 1). Seguidamente se establece los artículos a reformar con contenido preciso: a) Establecer el contenido de las reglas de la autonomía que corresponde a los Estados Municipales que actualmente se denominan Municipios y Comunas. La duración de los mandatos de sus autoridades deberá ser la misma, así como sus facultades tributarias, normativas y políticas, asegurando la autarquía y la autocefalía. Pueden establecerse diferentes facultades mediante categorías de ciudades vinculadas a la cantidad

de habitantes domiciliados en ellas, siempre y cuando no se desnaturalice la autonomía constitucionalmente reconocida; b) Distribución de las bancas correspondientes a los Diputados Provinciales en su totalidad mediante el sistema proporcional; c) Regulación constitucional del Consejo de la Magistratura para la selección y enjuiciamiento de magistrados y funcionarios del servicio de justicia, así como para la administración del presupuesto y superintendencia judicial, asegurando la participación de jueces, empleados judiciales, poder ejecutivo, ambas cámaras legislativas, colegios de abogados, universidades públicas y privadas con sede en la provincia y representantes del pueblo electoralmente seleccionados; d) Cese automático de los magistrados judiciales al cumplir la edad de 75 años de edad, aplicable a todos aquellos que tomen posesión de su cargo con posterioridad a la sanción de la Reforma. e) Establecer la laicidad del Estado Provincial, con absoluto respeto a la igualdad y libertad de cultos; f) Renovación bianual por mitades de ambas cámaras de la Legislatura Provincial; g) Ampliación del período de sesiones ordinarias de la Legislatura desde el 1º de marzo hasta el 30 de noviembre (art. 2).

En el artículo 3 se plantean los temas a discutir y reformar de acuerdo al criterio mayoritario de la Convención Reformadora: a) Reección del Gobernador y Vicegobernador; b) Regulación constitucional del Defensor del Pueblo; c) Regulación constitucional del Ministerio Público de la Acusación y del Ministerio Público de la Defensa; d) Nuevas declaraciones, principios, derechos y garantías, en consonancia con la Constitución Nacional y los tratados internacionales suscritos por nuestro País, no pudiendo en ningún caso reducirse el ámbito de derechos personales existente antes de la Reforma; e) Mecanismos de participación ciudadana y democracia semidirecta; f) Tribunal Electoral y proceso electoral; g) Agilizar el trámite de sanción legislativa.

Se prevén además, temas inhabilitados para reformar: a) Prohibirse alterar la composición bicameral de la Legislatura; b) Prohibirse incorporar la delegación legislativa; c) Prohibirse incorporar los Decretos de Necesidad y Urgencia (Art. 4).

En cuanto a la elección de Convencionales Reformadores, se prevé convocarlas conjuntamente con las elecciones a realizarse en el año 2019 para las autoridades provinciales (art. 8).

Por su parte, el Diputado Héctor Cavallero presentó un proyecto (Expte. 34579, del 3 de mayo de 2018) que declara necesaria de reforma total de la Constitución (art. 1) y que otorga a la Convención Constituyente facultad para: a) Redactar el nuevo texto constitucional; b) Los constituyentes se encuentran limitado únicamente por el Poder Originario que los vinculan con la ciudadanía, respetando los principios de representación y la soberanía popular; y c) Sancionar las cláusulas transitorias que fueren necesarias los fines de lograr la ejecutoriedad y operatividad inmediata del texto constitucional y de las cláusulas normativas que se dicten a tal efecto (art. 2).

Cómo rasgo singular el proyecto plantea que, previo a la elección de los convencionales constituyentes, en el plazo de 60 días corridos de sancionada la presente ley se conformará una Comisión por cada Departamento de la Provincia, que estará integrada por todos los partidos políticos con reconocimiento vigente en el territorio a la fecha de sanción de la presente, sean con ámbito de actuación provincial, departamental o local. Estas comisiones tendrán como objetivo la elaboración de los puntos de acuerdo ciudadano, que surgirán de su funcionamiento y en relación al consenso obtenido sobre los temas a introducir en la reforma de la Constitución Provincial (art. 3).

En similar sentido, los Diputados Rubén Giustiniani, Silvia Ausburguer, Carlos del Frade y Mercedes Meier, ingresaron otro proyecto (Expte. 34759, de fecha 24/05/2018) que también declara la necesidad de reforma total de la Constitución Provincial (Art. 1), debiendo convocar el Poder Ejecutivo a elección para convencionales constituyentes en idéntica fecha que la elección de autoridades provinciales de 2019 (art. 2). Más adelante expresa que la Convención Reformadora es soberana para decidir los temas y contenidos a incorporar (art. 7).

## VII. Palabras finales

Cómo manifestamos, la Constitución de 1962, sancionada en un escenario político difícil, y receptiva de un plexo de derechos de gran avance para la época, ha cumplido con éxito su misión histórica.

Pero los tiempos han cambiado. Hoy existe unanimidad, en los diferentes espacios de la política santafesina, respecto de la necesidad de actualizar la Constitución de 1962. Ningún dirigente político con alguna representatividad en la Provincia de Santa Fe, ha manifestado públicamente su divergencia al respecto.

De todos modos, como cada vez que retoma impulso el proceso de reforma, se vuelven a priorizar los desacuerdos por sobre las coincidencias, poniéndose en riesgo su concreción. La coyuntura político electoral siempre se impone a la discusión estructural. Los argumentos para oponerse son recurrentes, falta de debate profundo sobre la materia a reformar, la urgencia social respecto de otras cuestiones, la posibilidad de habilitar la reelección del actual gobernador, la necesidad de actual gobierno de adaptarla a sus tiempos electorales, son algunos de ellos. En definitiva siempre aparece la oportunidad como el pretexto perfecto para dilatar la discusión y posponer la reforma.

Cómo vimos, sobran argumentos jurídicos y políticos para encarar la reforma. Pero más allá de esto, y de acuerdo al mecanismo previsto para el ejercicio del poder constituyente derivado, será decisión de los legisladores, habilitarla o no en esta ocasión.

En idéntico sentido cabe recordar que los congresistas, al emprender el estudio y debate del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, pueden introducir modificaciones, tendientes a mejorar los puntos que se consideren perfectibles. El desacuerdo parcial no puede constituirse en una excusa para obturar el debate. La presentación de proyectos por parte de otros legisladores es un buen síntoma en el sentido de no escapar a la discusión y tener una actitud propositiva.

Esperamos que primen los acuerdos, y que Santa Fe no pierda una nueva oportunidad para la reforma.

## VII. Referencias bibliográficas

- Blando, Oscar M. y Defante, Oscar F; “La Constitución de 1921. La verdadera Constitución progresista de Santa Fe”, Laborde editor; 2014.
- Cullen, Iván José María; “Siempre el obstáculo es la oportunidad”; en <https://www.lacapital.com.ar/opinion/siempre-el-obstaculo-es-la-oportunidad-n1601053.html>
- De Marco (h), Miguel; “La Convención Reformadora de 1962”; Revista Rosario, su historia y región, N° 106, Abril 2012, pág. 15 a 21.
- Hernández, Antonio, “El Poder Constituyente de las Provincias”; págs. 169 a 197; en Hernández, Antonio M. - Barrera Buteler, Guillermo (Coord.), Derecho Público Provincial, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011.
- Laporta, Francisco J.; “El precio de los derechos”, en [https://elpais.com/diario/2008/02/29/opinion/1204239604\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2008/02/29/opinion/1204239604_850215.html)
- Loewenstein, Karl; “Teoría de la Constitución”; Trad. Gallego Anabitarte, Alfredo; Editorial Ariel; Barcelona-Caracas-México; 1979.
- Luna, Hernán Daniel, “Lecciones de Derecho Público Provincial y Municipal”, Tercera edición ampliada, Ediciones Haber; La Plata; 2017.
- Sagües, Néstor Pedro; “Manual de Derecho Constitucional”; Astrea, Buenos Aires, 2007.

## Novedades legislativas

*Eduardo Baldi*

### Nación

#### **Ley N° 27.436. Penalización de la tenencia de pornografía infantil**

Establece penas de entre tres hasta seis años de prisión para quien “produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores”.

#### **Ley N° 27.437. Compre Argentino y Desarrollo de Proveedores**

A través de este instrumento legal, se dará preferencia en las compras y contrataciones públicas, a aquellos proveedores que ofrezcan bienes con mayor componente de fabricación y/o extracción nacional. Se pretende también dar preferencias a las Pymes y Cooperativas, ante paridad de cotización.

#### **Ley N° 27.439. Nueva ley de Subrogancias para el Poder Judicial de la Nación**

Regula las subrogaciones para los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia. La norma dispone un mecanismo en el cual el Consejo de la Magistratura elabora un listado con los candidatos que hayan aprobado concursos de juez que debe aprobar el Plenario (con 2/3 de los votos), lo eleva al Poder Ejecutivo que elegirá entre diez y treinta candidatos por fúero y luego pedirá acuerdo del Senado para la nómina. Una vez

aprobada será de aquella, por sorteo, que saldrán los subrogantes para cubrir tribunales vacantes.

### **Ley N° 27.440. Financiamiento Productivo**

También conocido anteriormente como proyecto de ley de “Reforma del Mercado de Capitales”. Se suprime la facultad que poseía anteriormente la Comisión Nacional de Valores (CNV), de designar veedores con poder de veto, en los directorios de las empresas que cotizan en bolsa. Se posibilita la emisión de Obligaciones Negociables en moneda extranjera.

Se incorpora la “Factura de Crédito Electrónica” como nueva forma de financiamiento para las Pymes, y se simplifica el mecanismo para la emisión de Obligaciones Negociables para este tipo de empresas.

En el mercado financiero, se incorpora la autorización a los bancos a “securitizar” los créditos hipotecarios; es decir, la creación de un mercado de deuda hipotecaria para que se puedan negociar los préstamos en un fideicomiso.

### **Ley N° 27442. Defensa de la Competencia**

Esta norma, reemplaza a la hasta el momento vigente Ley N° 25156. Se establece la noción de abuso de posición dominante en los mercados de bienes y servicios, se enuncian conductas empresarias que implican dicho abuso, y las sanciones económicas ante las conductas de abuso. Asimismo, se establece el control por la autoridad de aplicación de la concentración económica de empresas ( fusión, transferencias de fondos de comercio, acciones, acuerdos empresarios, etc.).

Como novedades respecto de la ley anterior, se establece una autoridad de aplicación como ente descentralizado y autárquico del Poder Ejecutivo; se crea el “programa de clemencia” destinado a atenuar las sanciones de aquellos que incurrieron en conductas anticompetitivas, pero se avienen a autoincriminarse; y se crea una sala especial de la competencia, en el ámbito de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Federal, como

órgano judicial revisor de las decisiones administrativas en la materia. Asimismo, se establece una unidad de medida fácilmente actualizable, para las sanciones, y los montos mínimos de facturación de las empresas que deben someter sus procesos de concentración a la autoridad de aplicación.

### **Ley N° 27443. Emergencia Tarifaria**

Mediante la misma se limitó las subas de tarifas por servicios públicos, a los incrementos salariales. La iniciativa dispone que las tarifas no suban más que los salarios y obtuvo 37 votos afirmativos contra 30 negativos en la cámara alta y se convirtió en ley.

El mismo día de la sanción fue vetada por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto N° 499/2018.

### **Leyes N° 27.444, 27.445 y 27.446 Reemplazan al DNU N° 27/18 de Reforma del Estado**

Estas leyes reemplazan y derogan el mega DNU 27/18 que el Poder Ejecutivo dictó en enero pasado, modificando unas 140 leyes. El mismo despertó fuertes críticas de todo el arco opositor que llevaron a la necesidad de debatir su contenido en el Congreso.

La ley N° 27444, establece la simplificación de normas para el desarrollo productivo para las pymes y micropymes, y las sociedades comerciales.

La Ley N° 27445, se refiere a la desburocratización en la administración pública, y contempla cambios en el sistema de gestión documental electrónica, en la administración de los bienes del Estado y la Unidad de Información Financiera.

Por último, la Ley N° 27446, prevé una simplificación para el desarrollo de la infraestructura en el área portuaria, la aviación civil, y tránsito y la seguridad vial.

Cabe destacar, finalmente, que se eliminó la cláusula del DNU que declaraba la embargabilidad de las cuentas sueldo.

## **Decreto N° 257/2018. Reducción del porcentaje de coparticipación fiscal para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

Se dispuso la disminución en 0,25% del porcentaje de la coparticipación que recibe la Ciudad de Buenos Aires a raíz del acuerdo de “Consenso Fiscal” celebrado entre la Nación y las Provincias. Cabe recordar que a poco de asumir el presidente Macri, en enero del 2016 y por Decreto 194, aumentó la porción de coparticipación que recibía la ciudad de 1,40% a 3,75%, cifra que ahora se reduce al 3,5%.

## **Decreto N° 263/2018. Plan de retiro voluntario para empleados de la administración pública nacional**

A través de esta norma, se oficializa el plan de retiros voluntarios en la Administración Pública con el objetivo de reducir la planta de personal. El régimen contempla hasta 6 sueldos al momento del retiro y hasta 24 cuotas mensuales posteriores para quienes tengan más de 10 años de antigüedad, todas igual al sueldo neto y la obra social. Para ingresar se requiere tener 65 años o más y no contar con años de servicio suficientes para jubilarse; tener entre 60 y 65 años; o, hasta 60 años con dos o más años de antigüedad en las jurisdicciones previstas.

## **Decreto N° 298/2018. Reglamentación parcial de la ley N° 27306 “Ley de Dislexia”**

La mencionada ley garantiza el derecho a la educación de los niños, niñas, adolescentes y adultos que presentan Dificultades Específicas del Aprendizaje, declarando de interés nacional el abordaje integral e interdisciplinario de los sujetos que presentan dificultades específicas del aprendizaje (DEA). La norma incluyó la cobertura en el PMO, por lo que el tratamiento de las dificultades deberá ser cubierto en su totalidad por los servicios de salud. Además, se deberán hacer las adaptaciones curriculares a nivel escolar y habrá capacitación docente.

### **Decreto N° 299/2018. Prórroga de jurisdicción para la resolución de conflictos suscitados en los Proyectos de Participación Público-Privada**

Se incluye el “arbitraje con prórroga de jurisdicción como mecanismo de solución de controversias” para los contratos de PPP que resulten de la adjudicación de mejora de corredores viales nacionales, cuya licitación fue convocada el 26 de enero pasado.

### **Decreto N° 300/2018. Eliminación del pago de IVA en los Proyectos de Participación Público-Privada**

Mediante su sanción, se elimina la obligación de pagar el Impuesto al Valor Agregado para los fondos que participen de proyectos de Participación Público Privada (PPP).

### **Decreto N° 307/2018. Otorgamiento de becas para los hijos de los tripulantes de submarino ARA San Juan**

Se dispone otorgar becas educativas en base a un porcentaje de acuerdo al salario mínimo que percibirán los 44 tripulantes de la nave desaparecida.

### **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 310/18. Suspensión de los aportes patronales en los colegios de gestión privada**

Suspende durante todo el año 2018 la aplicación del Decreto N° 814/01 que refiere a aportes patronales respecto de los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontraren incorporados a la enseñanza oficial.

### **Decreto N° 353/2018. Reglamentación del revalúo contable e impositivo de la Ley de Reforma Tributaria**

Mediante esta norma se reglamenta el mencionado revalúo que se encuentra dentro de la última reforma tributaria aprobada a fines del año pasado. La norma dispone que “*se establece un régimen de revalúo impositivo y contable, que tiene como objeto posibilitar un proceso de normalización patrimonial a*

*través de la revaluación de determinados bienes en cabeza de sus titulares residentes en el país”.*

### **Decreto N° 354/2018 Pago del Impuesto al Valor Agregado por parte de los servicios digitales de streaming**

Dispone la aplicación del IVA a servicios digitales, como Netflix o Spotify, por lo cual este impuesto alcanzará a todos los productos de transmisión y descarga legal de películas, series, música y juegos. Según lo establecido, el IVA estará a cargo del consumidor, y en caso de existir un intermediario que intervenga en el pago (tarjetas de crédito), éste actuará como agente de percepción y liquidación.

### **Decreto N° 386/2018. Dispone el cierre del programa “Conectar Igualdad” y la creación, en su reemplazo, del “Plan Aprender Conectados”**

Dispone que el Estado Nacional ya no entregará computadoras a los estudiantes al decidir el cierre del programa, que entre 2010 y 2015 entregó 5.315.000 computadoras a docentes y estudiantes en 11.573 escuelas secundarias: Se fundamenta en que el resultado de las Pruebas Aprender constató que “*el 76% de los chicos que asisten a escuelas primarias cuenta con celulares y ese número se eleva al 95,7% respecto de los que finalizan la escuela secundaria*”. Además, el 87,7 % de los secundarios cuenta con al menos una computadora en sus casas.

De ese modo, se dispuso crear un nuevo plan –Aprender Conectados– que apunta a la alfabetización digital, capacitando a los docentes en el uso de las nuevas tecnologías y que sean los establecimientos educativos, únicamente, los que reciban “equipamiento tecnológico” y servicios de conectividad.

### **Decreto N° 421/2018. Reglamentación de la Ley de Derechos de las Víctimas de Delitos**

La mencionada Ley N° 27.372, fue sancionada hace más de un año atrás por el Congreso. Con la reglamentación, se dispuso la creación del Observatorio de Víctimas del Delitos.

Cabe recordar que entre los puntos centrales de la ley 27.372 se destacan la creación de la figura del Defensor Público de la Víctima y del Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos.

### **Decreto N° 480/2018. Reglamentario de la nueva Ley de Defensa de la Competencia N° 27.442**

La ley apunta a combatir el abuso de posición dominante en el mercado y creó la Autoridad Nacional de la Competencia que, por disposición del reglamento, funcionará en órbita del Ministerio de la Producción.

### **Decreto N° 491/2018. Se establece que los candidatos a jueces deberán pasar por un análisis patrimonial de la AFIP**

Modifica su reconocido par 222/2003, firmado por el entonces presidente Kirchner y añade en las controles para los candidatos a desempeñarse como jueces. De esta forma, el organismo recaudador analizará los bienes, declaraciones juradas y cuentas bancarias de los postulantes.

### **Decreto N° 499/2018. Veto de la Ley N° 27443 de Emergencia Tarifaria**

El mencionado decreto, observa en forma total el texto del proyecto de Ley de Emergencia Tarifaria.

### **Decreto N° 508/2018. Régimen Simplificado Voluntario de Adecuación en la Negociación Salarial 2018**

El Poder Ejecutivo establece un mecanismo destinado a que el sector privado pueda acordar un plus de incremento del 5%, en dos partes, para superar la pauta oficial del 15% en los salarios.

### **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 545/2018. Aumento del Presupuesto Nacional**

A través de este DNU, el Poder Ejecutivo aumentó en \$82.050 millones de pesos los gastos del Presupuesto de este

año. De ese total, \$22.050 millones son para el programa Asistencia Financiera a Provincias y Municipios y \$60.000 millones para el pago de jubilaciones y pensiones.

### **Resolución Conjunta N° 4222/2018 de ANSES y AFIP. Establece nuevos requisitos para ingresar a moratorias previsionales**

Esta resolución reglamenta tres artículos de la Ley de Reparación Histórica, haciendo más restrictivos los requisitos para el ingreso a moratoria previsional, que los existentes al momento. Estableció la extensión de la moratoria hasta julio del 2019 para mujeres de entre 60 y 65 años, mientras que para los hombres solo podrán sumarse quienes tuvieran 65 años en el 2004, es decir, 79 años hoy.

### **Resolución N° 1044/2018 Ministerio de Salud. Limita la edad para la cobertura de los tratamientos de fertilización in vitro**

El ministro Adolfo Luis Rubinstein, dispuso “que todo tratamiento de reproducción médica asistida con óvulos propios se realizará a mujer de hasta 44 años al momento de acceder a dicho tratamiento, salvo prescripción médica en contrario”. La medida se funda en que hay una “creciente disminución del éxito en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) a medida que avanza la edad de la mujer”.

### **Resolución N° 97/2018 Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas). Reglamentación de la posibilidad de financiar el 25% de las facturas de gas en tres cuotas bimestrales**

El Enargas dispuso, que se podrá financiar el 25% de las facturas de gas correspondientes a los bimestres 4 y 5, es decir las emitidas entre el 1 de julio y el 31 de octubre. El plan es optativo y, para adherirse, los clientes tendrán que dirigirse a los locales físicos de las distribuidoras o a los canales virtuales. El pago es en tres cuotas bimestrales (o en seis para los clientes mensuales) a pagar a partir del 1 de noviembre y la posibilidad

de solicitar la facilidad vence cuando vence la factura y, si no se pidió ingresar para el primer período, se puede ingresar para el segundo. Los que adhieran al plan tendrán un interés del 1,5% mensual.

## Provincia de Buenos Aires

### **Ley 15.022 Prórroga de emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos, y emergencia administrativa y tecnológica**

Prórroga por el término de un año la Ley 14.812 que declara la emergencia en la citada materia. Tiene por finalidad paliar el déficit existente y posibilitar la realización de las acciones tendientes a la promoción del bienestar general.

Y también prorroga por igual plazo la Ley 14.815 que declara la emergencia administrativa y tecnológica con la finalidad de paliar el grave déficit en dichas materias y posibilitar la realización de las acciones tendientes al fortalecimiento y modernización tecnológica de los organismos públicos provinciales para cumplir así con el mandato constitucional de promover el bienestar general.

### **Decreto N° 465/2018. Sistema de retiro voluntario optativo para empleados públicos provinciales**

Se establece la opción de un retiro voluntario para empleados de la administración pública con dos o más años de antigüedad, comprendidos en el régimen de la ley 10.430, a cambio de una indemnización. El sistema excluye a integrantes de las policías y del Servicio Penitenciario.

### **Decreto N° 520/2018 Reglamentación de la Ley de Contratos de Participación Público Privada**

Reglamenta la ley N° 14.920 que adhirió a la Ley Nacional N° 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada.

## **Resoluciones N° 6 y 10/2018, Secretaría Legal y Técnica.**

### **Designación de los miembros de la comisión para la reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires. Y ampliación de la misma**

Mediante la misma, se designa a los miembros de la “Comisión para el Estudio de la reforma del Decreto-Ley N° 7647/70 y modificatorias”, creada por Decreto N° 661/17. De esta forma, la comisión se integrará por la Secretaría Legal y Técnica de la Provincia, Contadora María Fernanda Inza, el Asesor General de Gobierno, Patricio Blanco Ilari (Presidente), Mauricio Redigonda (Secretario), Guillermo Federico Comadira por Contaduría y Costantino Catalano por Fiscalía de Estado. Asimismo, la integrarán también destacados expertos académicos como Carlos Botassi, Miguel Oroz, Diego Isabella, Daniel Soria, Laura Monti, Pablo Perrino y Santiago Carrillo, entre otros.

Mediante Resolución N° 10/18 se convocó para integrar la Comisión, en la condición de Miembros Titulares, a Osvaldo Héctor Bezzi y a Gustavo Daniel Spacarotel, por sus antecedentes, destacada y reconocida actividad académica y profesional, quienes aceptaron formar parte de la iniciativa.

*Esta sección se realiza gracias al invaluable aporte de Palabras del Derecho: [www.facebook.com/palabrasdelderecho/](http://www.facebook.com/palabrasdelderecho/)*

*Twitter: @palabrasdelderecho*





**COMENTARIO A JURISPRUDENCIA**

## **IV**

*Descansa/ filo mordiente/ de mí.*

Amor,  
me decís patriada,  
y te derramas  
A absoluta  
para sepultar  
a los viejos  
malditos,  
de la palabra Padre.

Amor,  
me decís patriada,  
con olas desparejas  
y conmovés monte venus  
cántaro, ramas  
y sonora duermo.

Viento,  
me decís amor.  
Vos, yo,  
nace mi padre.  
Y madre se levanta,  
niñas, niños,  
música eterna.

Autores: *Natalia Geringer y Martín Raninqueo*

**Arte de la portada**

Obra: *El disfraz corto*

Artista: *Gabriela Caregnato*

# **La Corte Suprema es “suprema”: una relectura del derecho argentino desde Fontevecchia II<sup>1</sup>**

*Ezequiel Rodrigo Galván*

## **I. Introducción**

El día 14 de febrero de 2014 la Corte Suprema de la Nación de la República Argentina dicta sentencia en la causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe de sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (de ahora en adelante “Fontevecchia”) en el marco de un proceso de ejecución de una sentencia internacional emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de noviembre de 2011, serie C 238) en la que el tribunal internacional declara la responsabilidad internacional de la Argentina por violaciones a los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponiendo como una de las medidas de reparación “El Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico así como todas sus consecuencias” (CoIDH, cit.).

Antes de ingresar al contenido de la sentencia, se debe tener presente que la causa es un proceso atípico en tanto que es iniciado por un sujeto que no es parte del proceso (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto) a través de una comunicación por la que se instrumentaba el cumplimiento de la sentencia internacional en el plano interno. Sin encontrar impedimentos

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es un relatoría realizada en el marco de asignatura “Metodología de la investigación y taller de tesis” de la Maestría de Derechos Humanos (UNLP) la cual tiene como objeto el análisis y reconstrucción de la doctrina especializada (restringida a cinco autores) en torno a un objeto común (en este caso el fallo de la CSJN) recuperando los posicionamientos y debates existentes, más que a la reconstrucción y análisis del objeto en sí.

procesales que impidan avanzar en el proceso de revocación de sentencia por la vía intentada, la Procuración General de la Nación se pronuncia por dar traslado a la parte vencedora del litigio en el plano interno a los fines de salvaguardar su derecho de defensa en tanto que se ve excluida de la instancia internacional (la cual no presenta oposiciones en su oportunidad) y recomienda revocar la sentencia. En este contexto, la Corte Suprema dicta sentencia sin que sea objeto de controversia la vía procesal intentada o los derechos adquiridos del vencedor de la instancia interna, siendo el único punto a resolver si corresponde revocar la sentencia o no.

La sentencia (con votos divididos) concluye Corte Interamericana carece de competencia para revocar sus sentencias y que sus decisiones son vinculantes “en principio” por los siguientes fundamentos:

a) de la interpretación que realiza la Corte Suprema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no surge que la Corte Interamericana posea esta facultad;

b) el principio de subsidiariedad y la fórmula de la cuarta instancia impiden que la Corte Interamericana se constituya en alzada de la Corte Suprema, como sucedería en el caso de reconocerle competencia para revocar sus sentencias;

c) existe un límite sustantivo dado por el orden público argentino, como lo es el carácter de “supremo” de la Corte Suprema, que jerarquiza ciertas disposiciones constitucionales por sobre los ordenamientos internacionales y su integración constitucional;

d) las sentencias de la Corte Interamericana son obligatorias y vinculantes en tanto que de su análisis no se observe que exceden su competencia o un límite sustantivo constitucional.

De este modo, la Corte Suprema procede a través de un proceso similar a un exequátur de una sentencia internacional a rechazar su cumplimiento respecto de revocar una de sus sentencias y expone la existencia de una coyuntura respecto de:

- a) la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos integrados en el bloque de constitucionalidad (constitución - sistemas internacionales).
- b) competencias de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana.
- c) alcance de las obligaciones internacionales (efectos de sentencias de la Corte Interamericana).

## **II. Coexistencia de dos ordenamientos jurídicos en el bloque constitucional**

La reforma constitucional argentina de 1994 fue más ambiciosa que la simple reforma de su texto constitucional y a través de este (art. 75 inc. 22) integró a los sistemas internacionales de protección de derechos humanos a su cuerpo, generando una estructura jurídica particular, que bajo el nombre de “bloque de constitucionalidad” revela la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos, la cual puede ser entendida como un reforzamiento mutuo de dos sistemas en un nuevo paradigma de derechos humanos (con pautas interpretativas propias) en torno a un valor rector dado por dignidad de la persona humana (Medici, 2017) o la necesidad de compatibilizar la existencia de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional con el texto constitucional propiamente dicho (Gelli, 2017).

Esta controversia que presenta el fallo en torno a la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos en el plexo constitucional no debe confundirse con la existencia de un ordenamiento jurídico internacional (aún cuando uno presente esta naturaleza). La introducción de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucional es un proceso por el cual el constituyente los ha hecho propios por más que su origen sea foráneo, y en consecuencia “el Estado argentino ha devenido un estado constitucional y convencional de derecho” (Medici, 2017:214).

La naturaleza particular del constitucionalismo argentino tiene una consecuencia necesaria que es la interpretación

del bloque de constitucionalidad. En esta instancia se genera el mayor conflicto por la coexistencia de dos ordenamientos, pues si bien “el bloque normativo debe ser interpretado como una unidad, buscando coherencia entre sus normas” (Abramovich, 2017:18) hay corrientes de pensamiento que sostienen una interpretación marcada por los principios del derecho internacional de los derechos humanos (Medici, 2017) y otras corrientes que sostienen la primacía de los “principios de derecho público establecidos en la Constitución” (Gelli, 2017:457) o de los “principios rectores del Estado de Derecho” (Sola & otros, 2017:491) que jerarquizan la soberanía estatal por sobre injerencias externas (esta última posición no aborda el factor de la integración constitucional de esas injerencias externas al momento del análisis).

### **III. Competencias de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana**

La Corte Suprema en su sentencia avanza a realizar un análisis de la competencia de la Corte Interamericana para revocar sus sentencias en base al texto de la propia convención confrontando el principio que un tribunal internacional es el único competente para entender sobre su propia competencia (Abramovich, 2017 - Sola & otros, 2017) y sustituyendo a la Corte Interamericana como interprete final de la Convención Americana (Zuppi & Dellutri, 2017). La conclusión de la Corte Suprema es que la Corte Interamericana carece de competencia para revisar sus sentencias y revocarlas (por los argumentos ya expuestos) tras realizar una suerte de exequáтур.

En primer lugar se debe aclarar que la subsidiariedad de la instancia internacional no equivale a una cuarta instancia o alzada. La Corte Interamericana no juzga sobre el acierto o no de la sentencia si fue dictada de acuerdo al debido proceso por jueces competentes e imparciales, pues la subsidiariedad significa que actúa una vez agotada la instancia nacional (Abramovich, 2017), lo que no impide que la evalúe sentencias de un tribunal

supremo en tanto que como acto estatal consigue una violación a un derecho reconocido por la Convención.

De igual modo, si la Corte es competente para revocar o no sentencias de los tribunales internos es objeto de debate. Excluyendo las posturas que sostienen el carácter de orden público del “suprema” de la Corte Nacional (Gelli, 2017) o de la soberanía frente a la injerencia internacional (Sola & otros, 2017) que se inclinan por un derecho estatal de origen constitucional al desconocimiento de la sentencia internacional, argumento incompatible con la lógica del derecho internacional (Zuppi & Dellutri, 2017) y que desarticulan la propia esencia de los sistemas de protección de derechos humanos (Abramovich, 2017), podemos encontrar que las corrientes que no sostienen la inmutabilidad de la sentencia “suprema” tampoco sostienen que la Corte Interamericana revoque las sentencias de los tribunales interiores

La sentencia de la Corte Suprema configuraba en sí misma una vulneración de derechos que la Corte Interamericana manda a reparar, no a través de una casación forzosa, sino a través de una remisión al propio estado para que articule los procedimientos de internos a los fines de revisar o anular la sentencia cuestionada (Zuppi - Dellutri, 2017). El tribunal internacional delega en el Estado la instrumentación de los medios necesarios para el cumplimiento de su sentencia y la modificación del acto estatal que conculca derechos (Medici, 2017), la cual debe ser instrumentada de buena fe por el Estado quien tiene amplia libertad de medios para asegurar el respeto de la sentencia, más no implica un acatamiento ciego (Abramovich, 2017).

En Fontevecchia la Corte Suprema no tenía impedimentos legales para instrumentar una revisión de la sentencia u otra alternativa para cumplir con la sentencia interamericana, teniendo precedentes en los cuales acató decisiones similares (Gelli, 2017), sin embargo la Corte encontró a su criterio afectadas sus propias prerrogativas y optó por desconocer a la instancia internacional en una decisión que puede considerarse ajustada a su condición de suprema (Gelli, 2017) o bien una respuesta autoritaria en

proceso dialógico que constituye la ejecución de una sentencia internacional (Abramovich, 2017).

#### **IV. Alcance de las obligaciones internacionales**

El fenómeno de sentencia de la Corte Suprema, dadas las particularidades del caso (derecho internacional constitucionalizado e interpretación de las competencias de ambas cortes) conlleva a que la legitimidad de la decisión se conjugue en tres órbitas diferentes: 1) dentro del bloque de constitucionalidad (derecho interno) por la coexistencia de dos ordenamientos; 2) competencias de cada órgano dentro del ordenamiento jurídico que le confiere competencias; 3) en el plano del derecho internacional, cual es el alcance de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado argentino.

Este tercer ámbito de discusión es el más relegado dentro de las construcciones teóricas alrededor de la sentencia Fontevecchia, en tanto que se interpreta al derecho internacional a través de la propia Corte Suprema (Gelli, 2017) órgano que lo resignifica a la luz del orden público constitucional, o posturas que reconocen un derecho soberano a desconocer la obligación internacional como ya se ha expuesto *ut-supra*. Sin embargo, como exponen Zuppi y Dellutri (2017) el derecho internacional tiene lógicas propias donde el derecho interno se presenta irrelevante para justificar el incumplimiento.

Ante el surgimiento de posturas que sostienen el derecho soberano a desconocer la decisión internacional debe tenerse presente que es el Estado en ejercicio de su soberanía el que decide obligarse frente a un ordenamiento internacional y los órganos de protección al aceptar expresamente su competencia. Se incorpora en el caso argentino un elemento adicional en este sentido que es que la decisión de obligarse en estos términos surge del propio poder constituyente.

La coexistencia de un derecho interno y un derecho internacional es una realidad la cual no está exenta de conflictos donde existe un elemento de poder que atraviesa la relación

entre estos dos ordenamientos. Sin embargo, la convivencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos y el derecho interno requiere de una apertura a un intercambio recíproco y simbiótico, pues “La Corte regional en sus sentencias le envía a los Estados una partitura, pero son las instancias nacionales y provinciales las que con sus propios instrumentos ejecutan la música.”(Abramovich, 2017:22).

## V. Conclusiones

Como surge a lo largo del trabajo hay muchas interpretaciones sobre el significado de la sentencia de la Corte Suprema desconociendo la competencia de la Corte Interamericana para revocar sus sentencias. En primer término hay que tener presente que este es un hito dentro de un proceso complejo que se continua proyectando en el tiempo, y así como no se agotó en la primer sentencia de la Corte Suprema o en la sentencia de la Corte Interamericana, no se agota en esta sentencia.

Esto no significa que esta sentencia produzca consecuencias o proyecte sus efectos en el tiempo. El fallo expone la existencia de jerarquías dentro del propio bloque de constitucionalidad en una interpretación que expone una reafirmación del elemento vernáculo frente al origen externo. Las consecuencias más directas es la construcción de límites a las injerencias internacionales, pero se presenta como peligro que se jerarquicen otros valores por sobre la dignidad de la persona humana (principio rector del paradigma de derechos humanos) y toda su matriz interpretativa debido a su origen externo.

Con una fuerte impronta nacionalista, la Corte Suprema por medio de interpretar su competencia y la competencia de la Corte Interamericana intenta redefinir los términos en los que se vincula con el tribunal interamericano. A través de un acto unilateral y autoritario la corte nacional se abstrae sus sentencias del control de convencionalidad del sistema interamericano.

El sistema interamericano es complementario a la jurisdicción nacional no solo porque actúa de modo subsidiario, sino

también porque este marca a través de sus decisiones directrices al accionar estatal más no impone los términos del mismo, descansando en el Estado el instrumentar los medios para ejecutar la sentencia. Este retorno al plano interno conlleva necesariamente un diálogo entre ambas jurisdicciones, en el cual la Corte Suprema antes que negar cualquier injerencia foránea debería haber ponderado los mecanismos disponibles para darle el mayor grado de cumplimiento posible (aún cuando el mismo sea insuficiente). De igual modo, se expone que la Corte Interamericana debe abstenerse de emitir sentencia que restrinjan en exceso las posibilidades de instrumentación por la jurisdicción local al punto que esta deba optar por el incumplimiento por falta de medios.

El fallo de la Corte Suprema renueva discursos sobre la soberanía de los Estados y el desconocimiento del derecho internacional. Existe una tensión y un elemento de poder que es transversal a la coexistencia de dos tribunales superiores (nacional e internacional) en el cual cada uno es el último intérprete de su competencia y del ordenamiento que lo dota competencia. Sin embargo, el Estado en su carácter de soberano le confirió competencias a estos tribunales internacionales para evaluar su responsabilidad internacional, incluso por los actos de sus tribunales superiores, sin que esto implique constituirlos en una alzada, pues no evalúan el acierto de la sentencia, sino la compatibilidad de su contenido con el tratado suscripto.

Por último, la sentencia del tribunal supremo puede o no menoscabar la efectividad del sistema interamericano. Si bien en apariencia por medio de este fallo se está restringiendo el poder que detenta un tribunal internacional, la verdadera importancia de la cuestión no radica en que tribunal es más “supremo” sino en que no se lo prive al sistema interamericano de las herramientas necesarias para asegurar su verdadera razón de ser: la tutela de una persona que ante una violación de derechos humanos no pudo encontrar respuesta en la jurisdicción interna. La Corte Interamericana no es un fin en si misma sino un mecanismo o un incidente en la búsqueda de un fin superior.

## Bibliografía

- Abramovich, V. (2017). Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. *Pensar en derecho*, 10, pp. 9-25.
- Gelli, M. A. (2017). Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina. *La Ley*, 2017-A, pp. 453-458.
- Medici, A. (2017). El jardín de los senderos que se bifurcan. Comentario al fallo “Fontevecchia II” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista Derechos en Acción*, 2, pp. 213-219.
- Sola, J. M., González Tocchi, L. & Caminos, P. A. (2017). La Corte Suprema y la Corte Interamericana. *La Ley*, 2017-A, pp. 488-492.
- Zuppi, A. L. & Dellutri, R. (2017). Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso “Fontevecchia y D’Amico c. República Argentina”. *La Ley*, 2017-A, pp. 492-497.

# Razonabilidad, clave de bóveda en materia de garantía y ejercicio de derechos fundamentales

*Jerónimo Guerrero Iraola<sup>1</sup>*

## I. Introducción

Resulta imprescindible subrayar la vitalidad que, en relación al tema tarifas, reviste la *razonabilidad*, en tanto clave de bóveda de la garantía del debido proceso sustantivo.

Así, lo legal no necesariamente es justo, mientras que el hecho de alegar el respeto por un derrotero formal no puede edificarse en el pretexto desde donde conculcar diversos derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, los Instrumentos de Derechos Humanos, las Leyes internas del Estado.

En este punto, es dable señalar que toda interpretación del plexo normativo debe realizarse en forma sistemática y armónica. Lo expuesto ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN):

*La norma específica (art. 13, ley 21.541) ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de esta causa, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos, t. 255, p. 360; t. 258, p. 75; t. 281, p. 146; causa “Mary Quant Cosmetics Limited c. Roberto L. Salvarezza” del 31 de julio de 1980). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un*

---

<sup>1</sup> Correo electrónico: jguerreroiraola@gmail.com. Twitter: @jerogi.

*fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, t. 234, p. 482).<sup>2</sup>*

De esta forma, resulta imprescindible concebir la dimensión adjetiva/sustantiva del “debido proceso” como anverso y reverso de una moneda, y erigirla en una herramienta crucial para ponderar las acciones de la administración y el ceñimiento de las mismas a las pautas hermenéuticas, axiológicas y teleológicas del ordenamiento jurídico comprendido como un *todo*.

## **II. Debido proceso sustantivo: hacia la consagración del valor justicia**

En la tensión entre legalidad de los actos de gobierno y consagración de justicia debe terciar ineludiblemente la autoridad jurisdiccional. El control judicial efectivo por parte de uno de los Poderes del Estado se torna crucial si atendemos al hecho de que el propio estudio de la historia universal nos da la pauta de que muchas y muy diversas situaciones, abominables, deshumanizadas y profundamente destructivas han sido “legales”. Puede citarse aquí el ominoso ejemplo del *Apartheid* para constatar la afirmación de que un marco regulatorio<sup>3</sup> no necesariamente se ajusta a los valores de justicia que integran el núcleo duro constitucional, el *ius cogens*.

La CSJN se ha expedido, en relación al tema *tarifas* sobre uno de los pilares de la *razonabilidad* al momento de abordar el precedente “CEPIS”<sup>4</sup>. Allí trató la cuestión relativa a la

---

<sup>2</sup> Considerando II. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Precedente “Saguir y Dib Claudia Graciela s/autorización” de 1980. Disponible en [http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios\\_catedras/obligatorias/723\\_etica2/material/casuistica/fallo\\_saguir\\_y\\_dib.pdf](http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/723_etica2/material/casuistica/fallo_saguir_y_dib.pdf) [Acceso 4 de abril de 2017]

<sup>3</sup> Hacia mediados del siglo XX el *Apartheid* comenzó a plasmarse en una ingeniería estatal/legal.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo”.

celebración de audiencias públicas como dispositivo para dotar de vigor al artículo 42<sup>5</sup> de la Constitución Nacional.

No obstante ello la pregunta por la consagración de la *razonabilidad* y su íntima vinculación con el imperio del valor *justicia* son aspectos que deben guiar necesariamente la discusión en torno a la cuestión tarifaria, pues ésta incide directamente sobre el acceso, goce y ejercicio de derechos fundamentales que integran el bloque constitucional y convencional de nuestro derecho positivo vigente.

*Con la fórmula debido proceso legal (lato sensu) nos referimos a ese conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto sustantivo).<sup>6</sup>*

Los derechos fundamentales que asisten a toda persona por el hecho de serlo presentan la particularidad de ser *indivisibles, inalienables, interdependientes y de cumplimiento progresivo*.

---

Disponible en <http://cij.gov.ar/nota-22759-Tarifa-de-gas--por-unanimidad--la-Corte-anula-el-aumento-respecto-de-los-usuarios-residenciales.html> [Acceso 4 de abril de 2017]

<sup>5</sup> Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

<sup>6</sup> Linares, Juan Francisco. 2015, pág. 11. Razonabilidad de las Leyes. "El 'debido proceso' como garantía constitucional innominada." Segunda Edición. Astrea. Buenos Aires.

Estas dimensiones son cruciales a fin de tener en consideración el efecto dominó que puede desatarse si se obtura la garantía de un derecho merced a la implementación y/o suspensión de una política pública.

Aquí, entonces, cabe indagar respecto a la dimensión propia de los servicios esenciales, pues en su modelación, caracterización y demás elementos se pueden avizorar las fronteras relativas a la satisfacción por parte del Estado de los derechos fundamentales<sup>7</sup>. En este punto, resulta importante remarcar que un acto de la administración grave y sustancialmente injusto, agravia tanto como un proceso irregular. Lo contrario, sería otorgar al rigorismo formal el carácter de legitimador en sí de las acciones de la administración, circunstancia que divorciaría la dimensión axiológica y teleológica del ordenamiento jurídico concebido en su totalidad, de manera sistemática y armónica<sup>8</sup>.

¿Puede una necesidad económico/financiera (plausible o no) poner en riesgo el derecho a la vida y/o a la integridad física de los individuos? ¿Es posible aducir la carencia de recursos para limitar y/o restringir derechos fundamentales? ¿Es *razonable* disociar la dimensión tarifaria de las dimensiones salarial y tributaria? Los interrogantes aquí esbozados deben fungir de claves interpretativas al momento de trazar los alcances de la *razonabilidad*, máxime si la misma va atada a la posibilidad efectiva de gozar de derechos que han sido reconocidos por la

---

<sup>7</sup> “El fin del Estado consiste, en definitiva, en la realización de la justicia, cuyo sentido se halla universalmente admitido en todos los pueblos, pese a las dificultades que el positivismo ha tenido para interpretar sus fundamentos racionales en el derecho natural.”

La justicia –que constituye siempre una virtud superior– ha sido definida (sin varias fundamentalmente las clásicas concepciones de Ulpiano y de Aristóteles) como el “hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da cada cual su derecho”. Cassagne, Juan Carlos. 2006, pág. 56/57. Derecho Administrativo. Octava Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

<sup>8</sup> Linares (2015) expresa que el *poder de policía* debe reunir cuatro características centrales: a) se debe ejercer con un interés público; b) el objeto debe ser lícito; c) *no debe destruir los derechos fundamentales del individuo* (“reglamentar no es destruir”); y d) la finalidad de la ley debe ser sincera y no oculta. Linares, Juan Francisco. 2015, pág. 38/39. Razonabilidad de las Leyes. “El ‘debido proceso’ como garantía constitucional innominada.” Segunda Edición. Astrea. Buenos Aires.

Ley positiva vigente, que integran la legislación y que, a su vez, conforman el cúmulo de obligaciones asumidas por el Estado.

Nuestra legislación, a nivel nacional y provincial permite encontrar vectores transversales que habiliten apreciaciones jurídicas en torno a los servicios esenciales ajustadas a la noción de justicia. La Ley 25.877 en su artículo 24, brinda una muestra elocuente de cuáles son los estándares mínimos a garantizar en relación a los servicios esenciales en aquellos casos en que se adopten medidas legítimas de acción directa, a saber: “*Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo*”<sup>9</sup> (El resaltado es propio).

Nótese aquí el sentido lato de las tensiones entre legalidad y justicia. ¿Sería justo que en el **legítimo** y **legal** ejercicio de sus derechos se vieran interrumpidos los servicios allí consignados? La respuesta la brinda el propio texto normativo y es por la negativa. Aquí, el legislador ha previsto la eventualidad de que exista una contradicción al momento de operativizar potestades consagradas en la norma. El desafío es, pues, fijar un estándar para aquellos casos en que no existen previsiones expresas, circunstancias en las que debe emerger con potencia la dimensión propia de la *razonabilidad*, en tanto garantía de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Ley 14.449 consagra los lineamientos concernientes al *acceso justo al hábitat*. El artículo 3º define el Derecho a la Vivienda y dispone que éste “*comporta la satisfacción de las necesidades urbanas y habitacionales de los ciudadanos de la Provincia, especialmente de quienes no logren resolverlas por medio de recursos propios, de forma de favorecer el ejercicio pleno de los derechos fundamentales*”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Ley 25.877, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/norma.htm>

<sup>10</sup> Ley 14.449 disponible en <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14449.html>

A su vez, el artículo 4º de la mentada norma caracteriza el déficit urbano habitacional como “*la escasez, calidad insuficiente o inaccesibilidad a condiciones materiales, servicios y espacios aptos para satisfacer las necesidades y promover una mejor calidad de vida de la población en el marco de un hábitat ambientalmente sostenible*”<sup>11</sup> (el resaltado es propio).

Lo expuesto se sitúa, a su vez, bajo el paraguas del artículo 14 bis *in fine* de la Constitución Nacional que consagra el derecho de acceder a una vivienda digna<sup>12</sup>. Como puede apreciarse, y retomando los lineamientos establecidos por la CSJN en el precedente “Saguir y Dib” relativos a la interpretación armónica y sistemática, se puede afirmar que las normas aludidas modelan los alcances de los derechos en juego, los complementan, los echan a andar en su faz dinámica, explicitando el modo en que cada pieza del puzzle se vuelve nodal al momento de garantizar la dignidad humana y propender al resguardo de la vida y la integridad de las personas que, como reza el preámbulo de la Constitución Nacional, “*quieran habitar en el suelo argentino*”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Ley 14.449 disponible en <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14449.html>

<sup>12</sup> Artículo 14 bis.- *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 (El resaltado es propio).*

<sup>13</sup> *Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar*

En este punto, se torna indispensable bucear en el entramado jurídico que da sustento a las cláusulas que reclaman derechos fundamentales. Así, la reforma constitucional del año 1994 “*otorgó jerarquía constitucional a ciertos Tratados de Derechos Humanos*”<sup>14</sup>. Por su parte, el Poder Legislativo ha avanzado en este proceso de “vasos comunicantes” entre los Instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y la legislación nacional, ya sea relativa al derecho público o al derecho privado.

En consonancia con lo expuesto se puede subrayar la incorporación de los Tratados Internacionales como fuentes del derecho civil y comercial en el artículo 1º del Código Civil y Comercial de la Nación, incluído dentro del “Título Preliminar”, cuya función “*es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas*”<sup>15</sup>. En el mismo sentido, el artículo 2º del Código Civil y Comercial de la Nación, ubica a los Tratados de Derechos Humanos entre las pautas hermenéuticas<sup>16</sup>.

---

*la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, 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.*

<sup>14</sup> Gelli, María Angélica. 2005, pág. 712. Constitución de la Nación Argentina: Comentada y Concordada. Tercera Edición. La Ley. Buenos Aires.

<sup>15</sup> Lorenzetti, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en LL 2012-C, p. 581; en Caramelo, Gustavo; Piscasso, Sebastián; Herrera, Marisa. 2015, pág. 6. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Primera Edición. Infojus. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>16</sup> “*Al regular las pautas de interpretación, se vuelve a apelar a los tratados de derechos humanos, reafirmándose así la columna vertebral sobre la cual se edifica el propio CCyC y, a la par, su interpretación y consecuente aplicación. En este sentido, es coherente esta doble mención, ya que el art. 1º CCyC se ocuparía más del marco conceptual teórico y el art. 2º de la vertiente práctica que conlleva todo ordenamiento jurídico.*” En Caramelo, Gustavo; Piscasso, Sebastián; Herrera, Marisa. 2015, pág. 13. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Primera Edición. Infojus. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

No quedan dudas, entonces, respecto al hecho de que los lineamientos, pautas, normas y principios relativos a derechos fundamentales y la dignidad de la persona integran el plexo jurídico que debe regir la actividad del Estado al momento del diseño e implementación de determinadas acciones<sup>17</sup>, y que el mismo se nutre en un proceso de fertilización cruzada<sup>18</sup> de distintas fuentes, que modelan los alcances, delinean los contornos, y cuya única regla interpretativa debe ser, en la misión de realizar un abordaje sistemático y armónico, el principio *pro homine*.

### III. La cuestión desde los Instrumentos Internacionales

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional recepta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Aprobado en el año 1966, el Instrumento en cuestión es la piedra angular en lo que concierne al respeto, promoción y protección de los derechos fundamentales orientados a consagrar la dignidad de la persona. La incorporación en la Carta Magna, y la consecuente dotación de jerarquía constitucional hace que la dimensión relativa a la *razonabilidad* se deba ponderar a la luz de la manda del artículo 11.1 del PIDESC.

*1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia*

---

<sup>17</sup> Del diseño, implementación y evaluación de impacto de políticas públicas.

<sup>18</sup> Por fertilización cruzada o “teoría de vasos comunicantes” debe comprenderse el proceso por el que se utilizan preceptos de diversas ramas del derecho, fuentes, disciplinas, doctrina y jurisprudencia. Ésta se da cuando, en palabras del Dr. Fabián Salvioli, “se combina asimismo con el “principio pro persona” como objetivo final el mecanismo de tutela, el desarrollo progresivo de los derechos humanos y el principio de efecto útil” (Salvioli, Fabián, “Convergencias y divergencias de las jurisdicciones contenciosas en los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos”, Instituto de Derecho Público Comparaddo, Universidad Carlos III, 2013).

*esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento<sup>19</sup> (El resaltado es propio).*

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha expresado en la Observación General N° 4:

*...el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada<sup>20</sup>.*

Por su parte, en la misma Observación General, el Comité realiza una ponderación relativa al acceso a la vivienda adecuada, que debe ser la clave de bóveda desde donde ponderar la razonabilidad.

*c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la*

<sup>19</sup> Artículo 11.1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>20</sup> Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CES-CR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN4](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CES-CR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN4) [Acceso 6/4/2017]

*satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, commensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales<sup>21</sup> (El resaltado es propio).*

Irrumpen con cabal contundencia dos términos: *proporcionalidad* entre gastos e ingresos, y *progresividad*. Ambos deben ser convergentes al momento de mesurar la *razonabilidad* de los aumentos de tarifas, no ya en su aspecto formal/adjetivo, es decir, si se cumplieron o no los pasos burocráticos/administrativos para llevar adelante las subas, sino también, para evaluar el aspecto sustantivo. El Poder Judicial debe reponer al ciudadano/usuario al centro de la trama social y fijar cortapisas a la extrema discrecionalidad de los Poderes públicos, de modo de consagrar la justicia en su real dimensión, y evitar el *estado de naturaleza*, fase previa al contractualismo que ha dado origen a la gestación del Estado de Derecho.

El artículo 11.1 del PIDESC habla de “*una mejora continua de las condiciones de existencia*”. Ello supone, en primer término, obligaciones de acción y de abstención por parte del Estado. Por un lado, debe destinar recursos, con los alcances que fija el Pacto en cuestión, para lograr mejorar las condiciones

<sup>21</sup> Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CES-CR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN4](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CES-CR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN4) [Acceso 6/4/2017]

materiales de existencia de la ciudadanía. Por el otro, debe abstenerse de realizar actos que supongan una retracción en las condiciones de acceso y goce de derechos.

Los aumentos tarifarios suponen siempre una determinación de carácter restrictivo. No obstante ello, resulta **indispensable** fijar un criterio *razonable* que habilite a fijar la cuantía de los mismos. Allí emerge como estándar la *proporcionalidad*. El Comité ha expresado que los gastos de vivienda deben ser commensurados con los niveles de ingreso.

De esta forma, el Estado no está promoviendo el acceso a derechos fundamentales, sino que está retrotrayendo las condiciones generales de su goce. En definitiva, hay un flagrante cercenamiento de derechos, vía restricción en las condiciones de asequibilidad, y ello se agrava dado que los usuarios son borrados del proceso de conformación de los cuadros tarifarios.

¿Es justo que un salario aumente aproximadamente un 18% y que las tarifas superen ampliamente los 100, 200 y hasta 300 puntos porcentuales? ¿Es justificado? ¿Es plausible que el hecho de esgrimir una ecuación económico/financiera sea la condición de cercenamiento de derechos? ¿Es razonable que las y los usuarios deban afrontar la escalada de tarifas en esos términos? ¿No debería el Estado generar un plan de inversión a mediano/largo plazo que permita implementar aumentos graduales? ¿Qué estándar o estándares ha tenido en cuenta el Estado en relación a retracción que suponen las nuevas condiciones relativas al ejercicio de derechos fundamentales.

Frente a los interrogantes que ofician de brújula para el abordaje de la *razonabilidad*, debe señalarse que el Poder Judicial detenta un rol clave en la misión de mediar en la discusión y tensión sobreviniente de la puja usuarios/derechos fundamentales/tarifas a partir del debido contralor constitucional y convencional.

*En su defecto, cada vez que se encuentre en juego la satisfacción de derechos de esta naturaleza [derechos esenciales/fundamentales] se esgrimirá la inexistencia*

*de recursos, tal como otrora ocurría con la afirmación dogmática de la “carencia de recursos”. Por ello, tanto el desarrollo progresivo como la inexistencia de recursos presupuestarios deben alegarse, acreditarse y ser susceptibles de control, rindiendo cuentas de las medidas adoptadas tendientes al cumplimiento.*<sup>22</sup>

Desagregando aún más la cuestión, la provisión de agua potable, energía eléctrica y gas natural son servicios esenciales, cuestión que borra cualquier lugar a hesitación si se atiende a los derechos cuyo goce se halla supeditado a la asequibilidad de los mismos (derecho a la vida, a la integridad física, a la vivienda, entre otros), razón por la que el Estado no puede esgrimir una cuestión contable (del orden del debe y el haber) para retrotraer, limitar o cercenar el acceso a los mismos.

El Estado detenta la obligación constitucional/convencional de acreditar, probar que la retracción de derechos es ineludible, pero además debe ser capaz de demostrar que no hay otras salidas, caminos intermedios y menos gravosos. La discusión se enfoca, así, al derecho humano al presupuesto. No es razonable, a priori, que existan recursos para barrer las retenciones a la megaminería<sup>23</sup>, o reducirlas al sector agropecuario<sup>24</sup>, y que el Estado se desentienda de la participación en los costos finales de los servicios esenciales, y desacoplándolos de las condiciones salariales de la ciudadanía. Aquí puede aducirse que se trata de una decisión discrecional de carácter político y que está exenta de control judicial, frente a lo que surge:

*En esa inteligencia “(...) la invocación de una lesión a los principios de división de los poderes y de la zona de reserva de la Administración, que traería aparejado el control*

---

<sup>22</sup> Causa N° 17.279 CCALP “Asesoría de incapaces N° 1 - La Plata c/Fisco de la Provincia y Otros s/Amparo”.

<sup>23</sup> Operada por Decreto 349/2016 del Poder Ejecutivo Nacional, firmada también por el entonces Ministro de Economía Alfonso de Prat Gay; y el Ministro de Energía y Minería, Juan José Aranguren.

<sup>24</sup> Operada por Decreto 1343/2016 del Poder Ejecutivo Nacional.

*judicial, es manifiestamente improcedente en tanto se trate de examinar la razonabilidad o el cumplimiento de prestaciones sociales. Un temperamento restrictivo, impediría toda intervención judicial cuando se requiere la protección de un derecho constitucional conculado por las autoridades administrativas. Aquellos principios (división de poderes y zona de reserva de la Administración) sólo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia se traduzca en la exclusión del control de los jueces. El Poder Judicial se constituye como custodio del adecuado cumplimiento de la ley, incluso cuando se trata del actuar de los otros poderes del Estado. Postular lo contrario implicaría tanto como hacer tabla rasa con el principio de equilibrio de poderes y el régimen de pesos y contrapesos. Precisamente “la tríada de poderes en nuestro derecho constitucional responde a la ideología de seguridad y control que organiza una estructura de contención del poder para proteger a los hombres en su libertad y sus derechos” (Bidart Campos, Jorge, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, 1992, Ediar, t.II, pág. 16 N° 18)<sup>25</sup>*

La intervención de la Justicia resulta central en la misión de ponderar la *razonabilidad* y para reponer lo que Robert Castel denomina *propiedad social* que “*ha rehabilitado a la clase ‘no propietaria’ condenada a la inseguridad social permanente, procurándole el mínimo de recursos, de oportunidades y de derechos necesarios para poder constituir, a falta de una sociedad de iguales, una sociedad de ‘semejantes’*”<sup>26</sup>. A su vez, la mentada propiedad social debe consagrarse en forma continua y progresiva (artículo 2º y 11.1 PIDESC).

Por su parte, es necesario erradicar la idea del usuario como ente aislado, encapsulado, ajeno a la trama de relaciones forjadas

<sup>25</sup> Causa N° 17.279 CCALP “Asesoría de incapaces N° 1 - La Plata c/Fisco de la Provincia y Otros s/Amparo”.

<sup>26</sup> Castel, Robert.2004, pág. 47. La inseguridad social: ¿Qué es estar protegido?. Manantial. Buenos Aires.

al interior del Estado. Por el contrario, las y los usuarios forman parte del tejido social, son contribuyentes, abonan impuestos. Ello lleva a pensar que además existe una noción solidaria y contributiva, por la que nuestro sistema tributario, amén de ser profundamente regresivo, guarda la finalidad de poder transferir recursos pecuniarios al fisco para que éstos sean volcados a instituciones, acciones, políticas públicas que redunden también en una mejoría respecto a la calidad de vida. Lo expuesto es central. Librar la cuestión de las tarifas de servicios esenciales al libre juego de la oferta y la demanda, mercantilizar el acceso a los derechos fundamentales, supone desconocer que una persona que compra un litro de leche para alimentar a sus hijos está pagando impuestos, y que dicha carga debería retornar en subsidios a los servicios esenciales, en escuelas, hospitales, y todo desarrollo que redunde en mejorar la calidad de vida.

Lo contrario implicaría establecer un sistema pre-contractual (en términos hobbesianos), en que la ciudadanía debe sentarse en modo apacible a padecer la presión tributaria (que en Argentina, según la consultora Ecolatina, ronda el 30% del PBI<sup>27</sup>) y a apreciar cómo el Estado comienza un proceso de retracción y deja librada la provisión de servicios esenciales a los costos de mercado, desoyendo las obligaciones de progresividad en las condiciones de acceso y goce de derechos fundamentales, enviando a cientos de miles de personas a condiciones de pobreza monetaria y por Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI).

#### **IV. Medida anticautelar del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación**

Durante el mes de mayo de 2018 se conoció la demanda promovida por el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, Sergio Bergman, contra el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) y “*cualquier otro que invoque legitimación colectiva para cuestionar*” las resoluciones

---

<sup>27</sup> Noticia disponible en <http://www.infobae.com/economia/2017/02/13/la-presion-tributaria-bajo-por-primeravez-desde-2002/> [Acceso 6/4/2017]

74/2017 del Ministerio de Energía y Minería, y las Resoluciones N° 300 a 309/2018 del ENARGAS, relativas a la suba de gas.

En ella, el titular del Ministerio esgrime la importancia de asegurar el uso racional de los recursos naturales, la protección del ambiente y la prestación de servicios públicos eficientes y de calidad. La causa se radicó en el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 3, a cargo de Enrique Lavié Pico, quien certificó el proceso como colectivo y ordenó la inscripción en el registro.

Así, quedó cristalizada la intención del demandante de concentrar las causas presentadas contra la suba de gas, y lograr una medida *anticautelar* que inhiba a otros magistrados a abordar y fallar respecto de la temática.

El riesgo de dar curso a la demanda promovida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable está dado por la posibilidad de que la vaga alusión al resguardo de los recursos, la protección del ambiente o la prestación de servicios públicos culmine por obturarse un debate nodal: el costo de los derechos.

El Poder Ejecutivo Nacional, órbita en la que se sitúa el Ministerio en cuestión, ha presentado la *questión tarifas* como un problema de naturaleza fiscal. En el presente trabajo, por su parte, se ha propuesto hurgar sobre la *razonabilidad*, el *debido proceso subjetivo* y las *condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales*, en concreto, el *acceso a la vivienda digna*, contracara del debate público en torno al costo de los servicios públicos esenciales.

En línea con lo expuesto, el hecho de que un Ministro nacional interponga una acción declarativa de certeza a los fines de “*hacer cesar el estado de incertidumbre*” respecto del estado de ejecución de las resoluciones aludidas, subvierte las obligaciones asumidas por el Estado en general, y en concreto las que atañen al Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus misiones y funciones.

Resulta indispensable que el Estado haga público el *íter* de conformación tarifario, que exponga que las subas son la única vía posible (el carácter ineludible de las mismas), que implemente un programa de mediano/largo plazo de inversiones,

que proyecte el modo de mitigar el impacto de las subas de tarifas en los hogares (lo que, como se ha expuesto, implica una retracción en el estado de ejercicio del derecho de acceder a una vivienda digna), y que inscriba sus acciones en el marco de un plan de protección de los bienes naturales y de resguardo del ambiente (artículo 41 Constitución Nacional).

Salir de cacería en relación a las acciones presentadas por personas u organismos del tercer sector que apunten a decodificar la dimensión polinómica que se traza entre derechos/costos, es decir, el corazón de la *razonabilidad*, se exhibe como una táctica elusiva respecto del deber estatal de diseñar, programar, ejecutar y medir el impacto de las políticas públicas desde una perspectiva integral y de derechos.

## V. El proyecto oficial para regular procesos colectivos: breve comentario

El reciente proyecto oficial que apunta a regular los procesos colectivos, presenta riesgos similares a los apuntados al momento de analizar la demanda presentada por el el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. En efecto, se pretenden introducir, bajo un viso aparente de consagración de principios y garantías judiciales (artículo 18 Constitución Nacional y artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos) cortapisas al efectivo derecho de acudir ante las autoridades en casos de afectación de derechos constitucionales y/o convencionales.

De esta forma, el requisito de acreditar “capacidad y experiencia del legitimado y su abogado” al momento del análisis de la *representatividad* por parte de las y los magistrados, resulta una apuesta contraria al principio de la tutela judicial efectiva, dado que, de consagrarse, exigiría especiales condiciones para accionar en defensa de derechos fundamentales. A modo de ejemplo, si emergiera un caso que involucre una cuestión ambiental sobreviniente tras la instalación de una planta de tratamiento de residuos, un vecino o vecina sin antecedentes

demostrados se vería (según surge de la redacción del proyecto) imposibilitado de acudir *per ser*, en representación del resto de la comunidad potencialmente afectada.

Resulta indispensable regular los procesos colectivos. Para ello, es también importante que opere un despojo de miradas prejuiciosas respecto de la calidad de las y los potenciales accionantes. Así, se deben forjar dispositivos y resortes que mejoren los debates judiciales, que allanen el camino de las y los justiciables, y que permitan realizar amplias ponderaciones respecto del valor justicia y la afectación de derechos fundamentales.

## VI. Conclusión

Las cuestiones abordadas deben integrar el debate, de modo tal de poder (re)crear el sendero transitado por la Administración al momento de fijar los nuevos cuadros tarifarios, de discutir el presupuesto, de deliberar en torno al destino de los fondos públicos. Asimismo, necesariamente deben estar sujetas a control judicial, a fin de determinar su *razonabilidad*, signada por el apego de las resoluciones a las mandas constitucionales y convencionales que conciernen a la plena vigencia de los Derechos Humanos.

A su vez, la reciente presentación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable y su consecuente inscripción en tanto proceso colectivo, viene a licuar el rol de la judicatura en relación a su rol de armonización y garante del debido proceso objetivo, subjetivo, y del valor justicia como meta teleológica del Estado en relación a la promoción, resguardo y garantía de los derechos fundamentales.

Por último, el proyecto oficial que apunta a regular los procesos colectivos debe servir de plataforma de lanzamiento de un debate plural, diverso y profundo respecto de la necesidad de forjar resortes que habiliten a mejorar las condiciones de acceso a justicia por un lado, y que tengan en vista la consagración de la *razonabilidad* y el *valor justicia* en todo lo que atañe a ejercicio de derechos por el otro.

# **La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes**

*Laura Clérigo<sup>1</sup>*

## **I. Introducción**

En febrero del año 2017, la Corte Suprema de Justicia argentina se pronunció en el expediente “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En concreto, la Dirección General de Derechos Humanos de ese Ministerio remitió a la Corte un oficio en el que se le informaba que cumpliera, “en lo que corresponda y de conformidad con su competencia”, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina” en 2011.<sup>2</sup> Este requerimiento implicaba que la Corte Suprema dejara sin efecto su sentencia de 2001<sup>3</sup> que imponía una condena civil a Fontevecchia y D’Amico, así como

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA), LLM. (Kiel), Dr. iur. (Kiel), Prof. de Derecho Constitucional (UBA), Investigadora CONICET. Agradezco a Martín Aldao, Camila Fernández Meijide, Liliana Ronconi, Celeste Novelli, Gisela Ferrari, Federico De Fazio, Leticia Vita, Guillermo Treacy, Sebastián Scioscioli y Raúl Gustavo Ferreyra, comentarios, preguntas y críticas. Los errores me pertenecen.

<sup>2</sup> En el año 2011, La Corte IDH condenó a la Argentina en el caso “Fontevecchia V. D’Amico vs. Argentina” en un caso que planteó como un conflicto entre la libertad de expresión de los periodistas en asuntos de interés público sobre una persona que se sometió libremente a la arena pública (cargo electivo) y que abrió las puertas de su vida familiar a la prensa y, por otro lado, el derecho a la protección de la vida privada de un presidente y su familia (párr. 50). Concluyó que la atribución judicial de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización más los intereses, las costas y gastos, así como la orden de publicar un extracto de la sentencia y el embargo dictado contra uno de los periodistas implicaron una limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión de Fontevecchia y D’Amico. Analizo la sentencia de fondo de la Corte IDH en Fontevecchia, en: Clérigo (2014).

<sup>3</sup> CSJN, “Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios - sumario”, Fallos: 324:2895.

todas sus consecuencias. La respuesta de la Corte fue negativa, no hizo lugar a esta solicitud.<sup>4</sup>

De la posición mayoritaria de la Corte Suprema en Fontevecchia 2017 surge que: a) “las sentencias de la Corte IDH, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este.” Sin embargo,

b) se trata de “entender” la obligatoriedad que surge del art. 68.1 CADH, que establece: “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.” La Corte Suprema interpreta que “debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional”,<sup>5</sup> y

c) “alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales”.<sup>6</sup>

Este pronunciamiento<sup>7</sup> de la Corte argentina fue con razón ampliamente criticado por una buena parte de la academia,<sup>8</sup>

<sup>4</sup> CSJN, Fontevecchia, 2017, considerandos 7 y 20. La votación no fue unánime. En disidencia votó el juez Maqueda. La votación por la mayoría estuvo conformada, por un lado, por el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz [en adelante, el voto mayoritario] y, por el otro lado, el voto del juez Rosatti. El texto completo de la sentencia puede ser consultado en: Fallos 340 I: 55 (págs. 55-71), en el portal de la Corte: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=initiar> (última consulta: 02/06/2018). La Corte IDH en Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina se pronunció en el expediente en Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017. El contenido de esa resolución no modifica en sustancia lo sostenido en este artículo. Este escrito se focaliza en la argumentación de la Corte argentina en el pronunciamiento de 2017.

<sup>5</sup> CSJN, Fontevecchia, 2017, voto mayoritario, consid. 20.

<sup>6</sup> CSJN, Fontevecchia, 2017, voto mayoritario, consid. 6. La reducción que la Corte realiza del alcance de la competencia de la Corte IDH para establecer medidas reparatorias ha sido ampliamente criticado por la academia, entre otros, ABRAMOVICH (2017), p. 9.

<sup>7</sup> SACRISTÁN (2017:12) sostiene que “es un decisorio abstracto, teórico, sin legitimado, en el marco de un planteo inter-orgánico” y que “dada su vocación de generalidad”, pudo haber sido encuadrado como una “acordada”.

<sup>8</sup> Entre muchos otros, v. ABRAMOVICH (2017); ARBALLO (2017); BOVINO 2017; CONTESE (2017); PALACIO DE CAEIRO (2017); GIL DOMÍNGUEZ, (2017); GULLCO (2017); NASH ROJAS (2017); REY (2017); PIZZOLO, (2017); ONAINDÍA (2017); cfr. SAGÜES (2017).

entre otros,<sup>9</sup> con diferentes argumentos, énfasis y matices. En este artículo me detengo en una referencia que la Corte Suprema realiza a la doctrina del margen de apreciación de los Estados en la versión desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) (apartado III). Sostengo que a la luz del desarrollo de la doctrina en el TEDH (apartados II y IV), la enunciación realizada por la Corte Suprema resulta doblemente descontextualizada (apartado IV) e injustificada en el marco de lo que se juega en el pronunciamiento. Primero, la Corte argentina enuncia la doctrina “al pasar” en un pronunciamiento sobre ejecución de una sentencia de la Corte IDH. Por el contrario, “ese” desarrollo de la doctrina del TEDH se refiere al margen cuando se trata de evaluar las razones estatales para la justificación o no de la restricción a los derechos. Insisto, el desarrollo que cita la Corte argentina aparece en el debate y justificación de la decisión de la cuestión de fondo en las sentencias del TEDH. Segundo, el margen de apreciación en la versión desarrollada por el TEDH responde a las tensiones que se dan en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante, SEDH).<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> CELS, “Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los DD.HH.”, 18/2/2017, en <http://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/03/cels-sobre-fallo-fontevecchia-.pdf>

<sup>10</sup> En un trabajo relativamente reciente, DE LONDRAZ Y DZEHTSIAROU (2015), p. 523, se preguntan por el papel que ha adquirido el TEDH y cómo ha tratado de manejar las tensiones que se generan en el SEDH por sus pronunciamientos. En cuanto al papel del TEDH, sostienen que desde su creación se ha convertido en un “actor constitucional” “dentro y fuera del continente europeo”. Atribuyen esta performance a las innovaciones generadas en sus líneas jurisprudenciales por medio de la aplicación de la interpretación evolutiva y la concepción del CEDH como un instrumento vivo. Ahora bien, advierten que estas líneas jurisprudenciales innovadoras generaron “una tensión entre la Corte y las partes contratantes que posiblemente puede poner en tela de juicio el apoyo difuso de los Estados a la Corte”. El centro del artículo –en un registro no sólo jurídico sino también sociológico–, gira en torno a la reconstrucción de las formas en que el TEDH piloteo estas tensiones. La tesis de los autores es que estas tensiones fueron abordadas a través de diversas estrategias, por un lado, a través de la gestión y manejo de los expedientes; luego, a través de la consideración de factores extralegales para comprender la relevancia de algunos casos particularmente controvertidos y, finalmente, a través del uso de la interpretación basada en el consenso europeo. Los autores parecen sostener el carácter necesario de este modelo. Sin embargo, a renglón seguido, advierten las críticas que con razón se han referido al uso de estas estrategias. Por

Por el contrario, la Corte argentina no explica cómo sería trasladable al contexto de su pronunciamiento. Por último, formulo algunas preguntas acerca de los usos del margen de apreciación en el contexto de la práctica argentina y “más allá” del caso en disputa (apartado IV). Los interrogantes y la crítica que formulo a la apelación de la doctrina del margen en la versión del TEDH giran en torno a la forma en que se usan<sup>11</sup> los argumentos de derecho comparado en el razonamiento judicial.

## II. El margen de apreciación estatal puesto en contexto

El margen de apreciación es una doctrina que reconoce un desarrollo abultado y, a su vez, polémico por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según la doctrina, las autoridades nacionales estarían mejor posicionadas que el TEDH, en principio, para realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida estatal que limita un derecho. Esto implica tres cosas. La primera, las autoridades nacionales deben realizar un examen de la necesidad y proporcionalidad de la medida.<sup>12</sup> La segunda, el TEDH controla ese examen, es decir,

---

un lado, implica una pérdida en la calidad del razonamiento jurídico de las sentencias. Por el otro lado, estas estrategias dejan contentos a los Estados; sin embargo, no toman en cuenta las expectativas justificadas de las organizaciones de derechos humanos y, por supuesto, la de los propios afectados.

<sup>11</sup> SAUNDERS (2011), p. 587, sostiene que los tribunales se enfrentan a los mismos problemas que plantea el derecho comparado en cuanto a la elección del método. La diferencia residiría en que los tribunales están inmersos en un proceso institucional de adjudicación con plazos. Advierte que lo adecuado respecto del método depende de la finalidad con la que se utiliza el argumento de derecho comparado, del peso que se le acuerde en el proceso deliberativo y del lugar que ocupe en las conclusiones. CLÉRICO (2015) (2017). Gisela Ferrari me apunta con razón que uno de los jueces de la Corte tiene trabajado como académico el tema referido a la aplicación de derecho comparado en las sentencias; v. desarrollo de este punto en SABA (2017), p. 117.

<sup>12</sup> El examen de proporcionalidad desarrollado por el TEDH en su jurisprudencia ha sido reconstruido con variantes por la academia especializada. Esto se debe, en parte, a que el TEDH no siempre ha sido coherente en su aplicación. Una de las reconstrucciones más recientes, propuesta por FOLLESOL, incluye cinco pasos o preguntas: a) si el fin estatal es legítimo; b) cuán importante es el derecho afectado como pilar de una sociedad democrática; c) qué/ cuán intensiva es la restricción al derecho; d) si la restricción al derecho es necesaria;

*controla* si la restricción al derecho está justificada en forma adecuada y suficiente de acuerdo con las particularidades de protección de cada uno de los derechos en juego. La tercera, sostener que el Estado tiene un margen de apreciación aún no define el *alcance del margen*. Es decir, el margen admite diversos grados. Así, del alcance del margen que el TEDH le otorgue al Estado dependerá la intensidad con que controle las razones estatales. Si se reconoce un amplio margen a los Estados, la contracara es la posición deferente con que el TEDH analizará la justificación estatal. Por el contrario, si el margen es mínimo, el TEDH la escrutará en forma bien intensiva. A su vez, se podrían reconstruir escrutinios intermedios por medio de la utilización de escalas: amplio, intermedio, estrecho.

En cuanto a su ámbito de aplicación general, la doctrina del margen se desarrolla en el TEDH en relación con los derechos que pueden ser limitados, siempre y cuando esas limitaciones estén establecidas por ley y sean “necesarias en una sociedad democrática”. Se trata, por ejemplo, de los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de religión, a la libertad de reunión y de asociación, al derecho a casarse, entre otros (8 a 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en adelante, CEDH). El margen no se aplica respecto de los derechos que están protegidos en forma absoluta, tales como la prohibición de desaparición forzada de personas (art. 2 y 3 CEDH), la prohibición de tortura y otros tratos inhumanos crueles y degradantes (art. 3 CEDH); la prohibición de esclavitud, servidumbre, trata de personas,

---

y, por último, e) si las razones ofrecidas por el Estado son relevantes y suficientes. FOLLESDAL (2017), p. 365. Sobre la necesidad de aplicarlo en forma estructurada para hacer la argumentación controlable, y de fortalecer los exámenes de idoneidad y de medios alternativos menos lesivos, GERARDS (2013), p. 466 El examen estándar y estructurado de proporcionalidad comprende cuatro pasos: a) si la medida estatal que restringe el derecho afectado persigue un fin “legítimo”, b) si esa medida logra promover el fin (idoneidad), c) si pudo haber sido evitada la restricción a través de un medio alternativo (medios alternativos), d) si la intensidad de restricción del derecho se encuentra en una relación proporcional con las razones que hablan a favor de la promoción del fin o del derecho en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto). V., asimismo, CLERICO (2009).

trabajo forzado (art. 4 CEDH). Respecto de todas estas prohibiciones, los Estados no tienen margen de apreciación, no hay posibilidad de ponderación alguna.

El TEDH fue estableciendo los criterios para la determinación del alcance del margen de apreciación en el caso –siempre y cuando se trate de un derecho limitable. El alcance depende a) del tipo de derecho restringido, b) de su importancia, c) de la intensidad de la interferencia, d) del objeto de la interferencia, e) de la existencia de consenso europeo en la cuestión debatida, f) del tipo de obligación estatal y g) del tipo de interés estatal que se persiga con la medida.<sup>13</sup> El tipo de derecho restringido es un factor importante para la determinación del margen. De ahí que hoy en día se pueda hablar de desarrollos de dogmáticas especiales del margen de apreciación de acuerdo con el derecho en cuestión. Por ejemplo, en el caso de las limitaciones a la libertad de expresión, el TEDH sostiene que el margen depende “del tipo de expresión en cuestión”. Así, de su jurisprudencia surge que hay poco margen para a) “las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del debate sobre asuntos de interés público”, como así también que b) el margen “está también limitado por el gran interés de una sociedad democrática a permitir a la prensa desempeñar su papel vital de ‘perro guardián’”.<sup>14</sup> Si el margen es limitado, el Tribunal examinará cuidadosa e intensamente la necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad de expresión. De esta forma podríamos seguir desarrollando el alcance del margen en relación con cada uno

<sup>13</sup> TEDH, Marper c. Reino Unido (2008), párr. 102: en el que sostiene que “la amplitud de este margen varía y depende de una serie de factores, entre ellos la naturaleza del derecho de la Convención en cuestión, su importancia para el individuo, la naturaleza de la interferencia y el objeto perseguido por la injerencia. El margen tiende a ser más estrecho cuando el derecho en juego es crucial para que el individuo disfrute efectivamente de intimidad o derechos claves ... Asimismo, cuando esté en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, se limitará el margen permitido al Estado ...”. Sin embargo, advierte el TEDH, “cuando no existe un consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, ni en cuanto a la importancia relativa del interés en juego, ni en cuanto a la mejor manera de protegerlo, el margen será más amplio ...”.

<sup>14</sup> TEDH, Animal Defenders International c. Reino Unido, 22/04/2013, párr. 102.

de los derechos limitables; sin embargo, este desarrollo excede el objeto de este trabajo.

En forma relativamente reciente el margen de apreciación ha adquirido nuevos bríos.<sup>15</sup> En especial, la calidad de debate democrático o judicial sobre el caso en disputa en el orden interno ha sido enfatizada como criterio para determinar el alcance del margen en la evaluación de normas generales. El TEDH lo aplica en el caso *Animal Defenders International* contra Reino Unido de 2013.<sup>16</sup> En el caso concreto se debatía la prohibición de una publicidad política paga sobre la defensa de los derechos de los animales en la televisión británica. Las partes no discutían que la publicidad podía ser regulada por una medida legislativa general. Por el contrario, disentían en cuanto al alcance de la prohibición. El TEDH sostuvo que “el Estado, de conformidad con las disposiciones del Convenio, puede tomar medidas generales que se apliquen a situaciones preestablecidas independientemente de las circunstancias propias de cada caso, aún a riesgo de que estas medidas puedan provocar dificultades en casos especiales”<sup>17</sup>. Para el TEDH se trata de controlar la “proporcionalidad de una medida de carácter general” realizada en el Estado en cuestión.<sup>18</sup> Su punto de partida son las “elecciones legislativas que han originado esta medida”. A su vez, el TEDH fija la intensidad con la que

---

<sup>15</sup> SPANO (2014) p. 14.

<sup>16</sup> TEDH, *Animal Defenders International* c. Reino Unido, 22/04/2013.

<sup>17</sup> TEDH, *Animal Defenders International* c. Reino Unido, 22/04/2013, párr. 106 y 107. Ver crítica a este caso BREMS y LAVRYSEN (2015), p. 139.

<sup>18</sup> TEDH, *Animal Defenders International v Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 108. El problema radica en que el TEDH estaría dejando de controlar intensivamente si son suficiente y necesarias las razones estatales para la restricción del derecho en el caso, se limita a controlarlo en general. Además, con el siguiente agregado: “... cuanto más convincentes sean las justificaciones generales de la medida general, menor será la importancia que la Corte atribuya a su repercusión en el caso concreto” (párr. 109). El voto en disidencia critica que la mayoría haya dejado de hacer un análisis intensivo de las razones de la restricción en el caso concreto y un examen de medios alternativos. Voto en disidencia de los jueces Tulkens, Spielmann y Laffranque en TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 4-20.

evaluará las razones estatales: esas razones deben ser “pertinentes y suficientes”.<sup>19</sup> Y para la determinación del “margen de discrecionalidad adecuado” entiende que tiene especial importancia: a) la calidad del examen parlamentario sobre la necesidad de la medida estatal, b) la calidad del examen judicial en el caso, y c) “el potencial riesgo que puede suponer la flexibilidad de una medida general. Este riesgo es un factor que corresponde al Estado apreciar”.<sup>20</sup>

Estos criterios generaron una abultada literatura en el ámbito europeo. Por un lado, se habla de un giro procedural del examen de proporcionalidad.<sup>21</sup> A su vez, de un giro “democrático” del margen de apreciación, en tanto el centro pasa ahora al examen parlamentario y la calidad del debate que la cuestión logró en concreto.<sup>22</sup> Sin embargo, esta nueva faceta del margen de apreciación genera varias cuestiones, por ejemplo, cuáles son los criterios para determinar la calidad del debate y, en su caso, si el TEDH los estaría aplicando en forma coherente y sistemática.<sup>23</sup>

La versión del margen de apreciación al estilo *Animal Defenders* está adquiriendo cierta relevancia en la academia interamericana.<sup>24</sup> Sin embargo, existen voces que siguen advirtiendo que es correcta, por ejemplo, la negativa de la Corte IDH a “abrazar enfáticamente” la doctrina del margen de apreciación en la versión del TEDH.<sup>25</sup>

El objetivo de este trabajo no es ahondar en las discusiones sobre la doctrina del margen de apreciación en su versión europea, sino demostrar con ellas dos cosas. La primera es la

<sup>19</sup> TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 125.

<sup>20</sup> TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 108 y voto en disidencia, op. cit.

<sup>21</sup> Cfr. BREMS (2016).

<sup>22</sup> SAUL (2015), p. 745.

<sup>23</sup> CLERICÓ/ALDAO (2018).

<sup>24</sup> CONTESE (2016), p. 123. PARRA VERA (2016), p. 565.

<sup>25</sup> V. BURGORGUE-LARSEN (2017), p. 408.

constante referencia al contexto en el que surge, se desarrolla, se abraza y es criticada. Además, dar cuenta de las *complejidades de los desarrollos actuales de la doctrina* a la luz de los derechos en juego y de las líneas jurisprudenciales abultadas y, en algunas constelaciones, zigzagueantes, del TEDH.

La segunda es aún más clara. La mayor parte de las discusiones en el contexto del TEDH se refieren a si es legítimo o no reconocer a los Estados un espacio de apreciación; en su caso, cuándo, cuál, en relación con cuáles criterios y por qué. Pero ello, en principio, con referencia a la disputa sobre la interpretación de los derechos limitables. Es decir, la discusión sobre el margen de apreciación se da en la parte referida al mérito de la sentencia, en la discusión de la cuestión de fondo referida a si existían o no razones para justificar la restricción al derecho. No se refieren estas discusiones, en general, a la ejecución de una sentencia del tribunal internacional, por lo menos, no en el desarrollo que la Corte Suprema enuncia para tomar “prescrito” del TEDH.

Por lo demás, el punto sobre ejecución y seguimiento de sentencias del TEDH y de la Corte IDH es diferente en cuanto a las normas procesales entre el TEDH y la Corte IDH.<sup>26</sup> Esta diferencia es identificada expresamente por el voto concurrente del juez Mac Gregor de la Corte IDH en el caso Gelman de 2013 sobre supervisión de sentencia. Es sabido que la Corte IDH supervisa la ejecución de las sentencias.<sup>27</sup> Por el contrario, esta competencia se encuentra en el SEDH, en principio, en cabeza de un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de

<sup>26</sup> En un trabajo reciente PARRA VERA (2016), p. 565, sostiene –como parte de la academia ha advertido anteriormente–, que los diálogos entre la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH deben tener en cuenta los contextos históricos e institucionales de producción de esos pronunciamientos e identifica, por ejemplo: “que la Corte IDH dedica un tiempo importante a la supervisión de cumplimiento de sentencias, tarea que en el sistema europeo se concentra en el Comité de Ministros, lo cual genera otra diferencia relevante en el trabajo interno de los dos órganos.” Sobre TEDH y la interpretación dinámica sobre los arts. 46, 32 y 19 CEDH: SICILIANO (2014), y un estudio empírico reciente MOWBRAY (2017), p. 451, que trabaja las intervenciones del TEDH en el proceso de ejecución de sentencias.

<sup>27</sup> Caso Gelman c. Uruguay, Corte IDH, supervisión de sentencia, 2013, párr. 73.

Europa, aunque el propio Convenio Europeo (art. 46) permite al Comité solicitar al TEDH que intervenga aclarando algún punto de la sentencia definitiva cuando la ejecución de la misma se vea obstaculizada por algún problema de interpretación. Entonces, ¿de qué nos está hablando la Corte Suprema argentina<sup>28</sup> en el año 2017 cuando se refiere al margen de apreciación en el caso Fontevecchia en un pronunciamiento sobre ejecución de una sentencia?

### III. ¿El empalme con el margen de apreciación?

La Corte Suprema trata de justificar su negativa a la solicitud de dejar sin efecto su sentencia de 2001 por medio de una interpretación restrictiva de la competencia de la Corte IDH. Para ello enuncia el argumento del carácter subsidiario de los tribunales de protección internacional de derechos humanos. Luego, recurre a la doctrina que sostiene que estos últimos no son tribunales de cuarta instancia. Aquí empalmaría con la enunciación del margen de apreciación nacional desarrollada por el TEDH<sup>29</sup> como expresión de la subsidiariedad.<sup>30</sup> Sin embargo,

---

<sup>28</sup> La Corte argentina utilizó la doctrina en forma aislada según los resultados del trabajo de ELÍAS Y RIVERA (h) (2012); LÓPEZ ALFONSÍN (2017), p. 53.

<sup>29</sup> Esta enunciación forma parte de la “justificación” de la Corte en el voto mayoritario, en el considerando 11) de su pronunciamiento expresamente los incluye: “*A la luz de estos principios*, dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema … en virtud de la orden de la Corte Interamericana … implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema…”. Cursiva agregada. CSJN, Fontevecchia, 2017, considerandos 10 y 11.

<sup>30</sup> Sebastián Schwartzman advierte con razón que en el voto concurrente del juez Rosatti aparece también la referencia al margen de apreciación pero relacionada con los principios de derecho público del art. 27 de la Const. argentina. Rosatti sostiene: “Que, en efecto, esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico sin que tal incorporación suponga derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), dentro de la cual destaca el art. 27. El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales

este argumento tiene varias debilidades. La primera referida a la cuarta instancia, ya ampliamente trabajada en otros textos.<sup>31</sup> La

---

—y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice— deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.” Tanto la mayoría como el voto concurrente de Rosatti parecen realizar una interpretación histórica y estática del artículo 27 de la Const., los principios de derecho público son los que se reconstruirían de la Constitución de 1853/60. Esta interpretación fue ampliamente criticada por no tener en cuenta que los tratados que tenían en el horizonte la norma del art. 27 en 1853/60 eran, en especial, los de libre comercio y, no los de derechos humanos. Agregan entonces, con inclusión de otros argumentos, que la interpretación del art. 27 debe ser integrada con lo que surge del art. 75 inc. 22 de la Const. Nac. (artículo incluido por la reforma de 1994) y que reconoce a los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados, entre otros, a la CADH, jerarquía constitucional. Así, la protección nacional e internacional de los derechos humanos forma parte de los principios de derecho público establecidos en la Const. Nac. (interpretación integrada del art. 27 y 75 inc. 22 Const. argentina). Ver ABRAMOVICH (2017); HITTERS (2017), p. 1. Esta línea de argumentación se complementa con la desarrollada por GULLCO (2017), quien considera que la Corte se equivoca cuando sostiene “que otorgar primacía a la Corte Interamericana por sobre la Corte Suprema sería provocar “un conflicto entre la Constitución y el derecho internacional”. Para ello, utiliza un argumento que tiene en cuenta las intenciones de la Convención Constituyente de 1994: “Ello es así porque el carácter de la Corte Interamericana, como intérprete supremo de una parte de nuestra Constitución (la Convención Americana) ha sido aceptado expresamente por nuestro Constituyente en 1994. Ello significa que, a partir de la citada reforma, dicho tribunal dejó de ser “supremo” en lo que concierne a la interpretación de la Convención Americana, ya que dicha supremacía la tiene ahora la Corte Interamericana.” Agrega entonces … “el reconocer a la Corte Interamericana el carácter de intérprete final de la Convención Americana (es decir, de una parte de nuestra Constitución), no significa “derogar artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” sino que sólo es la consecuencia normal del cambio en la jerarquía de los tratados internacionales (específicamente, los tratados de derechos humanos) producido por la reforma constitucional de 1994”. Por lo demás, en cuanto a la relación entre “margen de apreciación nacional” y artículo 27, interpreto que encuentra un análisis crítico, aunque no necesariamente planteado en estos mismos términos, en PIZZOLO (2017), p. 7; SAGÜÉS (2017). Por todo ello, me detengo en el voto de la mayoría y no en el concurrente de Rosatti.

<sup>31</sup> ABRAMOVICH (2017), p. 12, explica el alcance de la doctrina de la cuarta instancia: “...se refiere simplemente a que la Corte IDH no revisa el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho nacional si actuaron respetando el debido proceso y se trata de tribunales independientes e imparciales. En virtud de esta regla se limita en ese aspecto el margen de revisión del caso litigioso para que el sistema interamericano sea subsidiario de los sistemas judiciales nacionales. Pero la Corte Interamericana sí examina si una decisión judicial violó la Convención Americana, por ejemplo al negar el debido proceso, o limitar arbitrariamente un derecho de la Convención, como la libertad de expresión, la libertad sindical, la nacionalidad o la defensa en juicio. Si concluye que lo hizo, su poder remedial no se limita a fijar reparaciones patrimoniales, sino que puede obligar al Estado condenado a dejar sin efecto, revisar o anular la decisión o sus efectos jurídicos.”

segunda referida a que del carácter subsidiario del sistema de protección de derechos humanos<sup>32</sup> y de la doctrina del margen de apreciación como una de sus expresiones no se sigue como algo evidente que la Corte argentina pueda dejar de cumplir una sentencia de la Corte IDH en la parte que le corresponde.

La Corte Suprema sostiene que “la comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos “Lawless v. Ireland”, sentencia del 1o de julio de 1961, y “Handyside v. The United Kingdom”, sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso “Lautsi and Others v. Italy”, sentencia del 18 de marzo de 2011)...”. Un breve repaso de las cuestiones en estos tres fallos indica que el margen de apreciación se refiere a la disputa sobre el alcance y la intensidad con que se controlarán las razones justificatorias de la limitación al derecho.

En Lawless contra Irlanda, el afectado sostenía la ilegalidad de su detención en un campo de detención militar en la República de Irlanda. En el caso se trataba de la aplicación del artículo 15 del CEDH que establece que “en caso de guerra o de otra emergencia pública amenazando la vida de la nación cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas de derogación de las obligaciones previstas por el (...) Convenio, en la estricta medida en que lo exija la situación y siempre y cuando dichas medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones que establece el derecho internacional.” El TEDH reconoció que los

<sup>32</sup> PALACIO DE CAEIRO (2017), p. 15/16: sostiene que “ni el principio de subsidiariedad... ni la doctrina del margen de apreciación nacional conducen a desconocer la *res iudicata* internacional, desde que los contenidos de aquellos apuntan a la hermenéutica de las normas internas e internacionales para su correcta y justa aplicación en los márgenes interpretativos posibles.” Agrega que la Corte Suprema se refirió, en más de seis oportunidades, a la sentencia de la Corte IDH en Fontevecchia (2011), para interpretar el alcance de la libertad de expresión. Este último punto es también advertido por Gisela FERRARI y por SACRISTÁN (2017), respectivamente.

Estados gozan de cierto margen en la apreciación de las circunstancias que aconsejan la llamada “derogación” temporal.<sup>33</sup> Sin embargo, advirtió que esa apreciación debe estar justificada, ya que esto permite luego evaluar si existe una situación real de peligro relacionada con las medidas estatales adoptadas.<sup>34</sup> Se trata de la discusión sobre el alcance de los derechos y qué margen o no reconocer a los Estados en la aplicación del art. 15 del CEDH (por supuesto, en los derechos que pueden ser limitados, no en aquellos que la CEDH protege en forma absoluta y excluye de cualquier ponderación en tiempos normales o de emergencia).

En *Handyside c. Reino Unido* se trataba sobre limitaciones a la libertad de expresión por la prohibición de la venta del llamado “Pequeño Libro Rojo”. El art. 10.2 del CEDH reconoce la libertad de expresión; a su vez, admite que puede ser limitada siempre y cuando esté prevista en una ley y que sea necesaria en una sociedad democrática. El TEDH advierte que “los Estados Contratantes [no tienen] un poder ilimitado de apreciación. ... va íntimamente ligado a una supervisión europea. Esta afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su “necesidad”. Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente. ... Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una “sociedad democrática”.<sup>35</sup> De nuevo, en este caso se trata de evaluar restricciones a los derechos y la intensidad con que el TEDH controlará las razones alegadas por el Estado.

<sup>33</sup> GARCÍA ROCA (2007), p. 122, que sostiene: “Un origen trágico o, cuando menos, dramático: una situación de emergencia y de suspensión de derechos. Quizá de esta brusca procedencia derive su cierta tosquedad o elementalidad. ... Mas puede que no sea cabal utilizar como instrumento de control ordinario una herramienta surgida en supuestos de hecho tan drásticos...”.

<sup>34</sup> TEDH, *Lawless c. Irlanda*, 1961.

<sup>35</sup> TEDH, *Handsyde* (1976), párrs. 48-49. Handsyde es uno de los primeros fallos en el que el TEDH se refiere a la doctrina. RIVERS (2006) , pp. 177-182, advierte que el margen es aún objeto de disputa; FOLLESDAL (2017), p. 367.

Por último, en Lautsi c. Italia los afectados consideraban que la presencia de crucifijos en las aulas de centros de enseñanza pública violaba la libertad religiosa y el derecho a la educación de sus hijos. La Gran Sala del TEDH decidió que no había violación de los derechos alegados. Sostuvo que correspondía al Estado, como parte de sus funciones en relación con la educación y la enseñanza, decidir si debía o no haber crucifijos en las escuelas. Agregó que, en principio, esta decisión forma parte del margen de apreciación del Estado y que no hay un “consenso europeo” sobre símbolos religiosos en las escuelas públicas.<sup>36</sup> Por todo ello el TEDH realiza un escrutinio leve del accionar estatal.<sup>37</sup> Una vez más, el margen de apreciación del Estado aparece relacionado con el alcance de la intensidad con que el tribunal controlará las razones justificatorias.<sup>38</sup>

En suma, la relación que la Corte Suprema supone evidente entre la cuestión normativa que decidió (negativa a dejar sin efecto una de sus sentencias), el enunciado carácter subsidiario del sistema de protección regional de los derechos humanos y el enunciado margen de apreciación a la usanza del TEDH, requiere ser explicada.<sup>39</sup> No se entiende bien en qué sentido

<sup>36</sup> La sentencia de la Gran Sala ha sido objeto de varias críticas, entre muchas otras, ZUCCA (2013), p. 229, critica a la Corte por esconderse tras la enunciación del margen para evadir realizar una justificación coherente y suficiente de la sentencia: “La Gran Sala no expone sus razones, ... la evaluación es corta y brutal y consiste sólo en veinte párrafos cortos, donde la Corte simplemente se esconde detrás de la pantalla del margen de apreciación, eufemismo lacónico por deferencia a las autoridades nacionales. Es cierto que la deferencia sirve el propósito de legitimar a la corte internacional frente a la feroz crítica nacional, ... Sin embargo, lo que el TEDH no parece entender es que su legitimidad como tribunal internacional depende en gran medida de la calidad de su razonamiento, que debe considerarse como ejemplares en articulación y profundidad. Sin esas cualidades, cualquier decisión es una derrota para la justicia aunque sea una victoria pírica para la respetabilidad institucional.” Cursiva agregada.

<sup>37</sup> TEDH, Lautsi c. Italia, 2011, parr. 70. DZEHTSIAROU (2015); CLÉRICO (2017).

<sup>38</sup> Aquí podría proseguir haciendo un análisis crítico del uso del margen en cada una de estas sentencias, por lo demás, ampliamente analizadas y discutidas. Esto correría el foco de este artículo hacia la discusión de la doctrina del margen de apreciación en el contexto europeo que excedería los objetivos de este trabajo. V. CLÉRICO/ALDAO (2018).

<sup>39</sup> En todo caso lo que enuncia no ayuda al público para seguir la argumentación en la sentencia. El público en general no tiene por qué ser especialista en el SEDH. Debió haber

podría echar mejor luz para lo que la Corte quiere sostener en su posición mayoritaria. En el contexto interamericano no se puede olvidar el pronunciamiento de la Corte IDH del año 2013 sobre supervisión de sentencia en el caso Gelman. Allí la Corte IDH recordó que para el Estado condenado la sentencia de fondo, como sus partes referidas a las medidas de reparación y garantías de no repetición, tienen carácter vinculante directo.<sup>40</sup> El Estado fue parte directa en el expediente, tuvo la posibilidad de alegar y discutir ampliamente las cuestiones debatidas.<sup>41</sup> En el proceso de ejecución de sentencia, no cabe entonces, “margen de interpretación”<sup>42</sup> para dejar de cumplirla. Como sostiene Hitters,<sup>43</sup> el caso Gelman es similar en tanto los superiores tribunales de los respectivos países no cumplen con lo ordenado por la Corte IDH. Sin embargo, el pronunciamiento

---

buscado otras fuentes y explicar por qué eso sería trasladable al contexto argentino, que forma parte del sistema interamericano y no del europeo. Por ejemplo, pudo haberse orientado en trabajos como el de SICILIANO (2014), pp. 241, 245-249, 253, 261, que explora cómo la interpretación del art. 46 del CEDH pasó de una interpretación tradicional (solo el Comité de Ministros del Consejo de Europa tiene a su cargo la supervisión de ejecución de las sentencias del TEDH) a una extensiva en donde el TEDH en forma progresiva incrementó su participación en la supervisión de sentencias, si bien la competencia sigue estando en cabeza del Consejo de Ministros. De una revisión de la jurisprudencia del TEDH desde 2004 a 2014 surge, según Sicilianos, que se han generado más de 160 pronunciamientos sobre medidas “generales” o “individuales” o mixtas (medidas generales e individuales) que el Estado tiene que considerar en el proceso de ejecución. Agrega que “tales medidas son expresadas en términos diferentes que van desde las recomendaciones “suaves”, otorgando margen de apreciación a los Estados en cuanto a las medidas concretas de ejecución que se han de adoptar, hasta mandatos claros que no dejan margen de maniobra al Estado demandado”. V., asimismo, TEDH, Seminario de apertura del año 2014, Documento de apoyo, Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?, 2014, en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_ENG.pdf) (última consulta: 12.10.2017). No pretendo sostener que un pronunciamiento judicial deba convertirse en una especie de texto académico. Mi crítica se refiere a que las citas de los tres casos del TEDH referidos por la Corte Suprema desorientan.

<sup>40</sup> Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, Supervisión de sentencia, 2013, párrs. 59-90.

<sup>41</sup> Idem, párr. 89.

<sup>42</sup> Idem, voto concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 72, quien habla de un margen de interpretación local para mejorar el piso del derecho internacional de los derechos humanos, no para reducirlo.

<sup>43</sup> HITTERS (2017), p. 1.

de la Corte argentina en *Fontevecchia* 2017 presenta particularidades por dos puntos. Primero, como advierte Palacio de Caeiro y Gisela Ferrari, la Corte argentina en otras sentencias se refirió a la doctrina sobre libertad de expresión y derecho a la información sentada por la Corte IDH en la sentencia de fondo del caso *Fontevecchia* del 2011.<sup>44</sup> Segundo, la Corte argentina en el pronunciamiento de 2017 afirma la obligatoriedad de las sentencias de la Corte, difiere sí en cuanto al alcance de su competencia. En todo caso, la Corte argentina tenía “material”<sup>45</sup> para establecer cómo entendía la relación entre ejecución de una sentencia de la Corte IDH y principio de subsidiaridad y margen de apreciación. No lo realizó, solo lo enunció y de forma incompleta. De haberlo explicado, hubiera puesto aún más en evidencia la debilidad del pronunciamiento en *Fontevecchia* (2017).

#### **IV. El margen, *Fontevecchia* y ¿más allá?**

En este trabajo traté de demostrar el uso descontextualizado con que la Corte Suprema enuncia la doctrina del margen de apreciación en la versión desarrollada por el TEDH. Por un lado, el TEDH utiliza esa doctrina para discutir el alcance del margen que tienen los Estados para evaluar la necesidad y proporcionalidad de las restricciones a los derechos limitables. Se trata de disputas sobre la intensidad del control del TEDH sobre la medida estatal. Entonces, el uso es descontextualizado porque la Corte Suprema en *Fontevecchia* 2017 enuncia la doctrina para sostener la competencia que la Corte tendría

<sup>44</sup> PALACIO DE CAEIRO (2017), con cita de Fallos de la Corte argentina, por ejemplo, “Garrido, Carlos M. c. EN - AFIP s/amparo - ley 16.986” (21/6/2016), Fallos 339:827, considerando 7; “Grupo Clarín y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa” (29/10/2013), Fallos 336:1774, considerando 25; “B., H. G. c. América TV SA y otros” (27/8/2013), en el punto V del dictamen de la Procuración, la Corte adhiere a la justificación en ese dictamen.

<sup>45</sup> En este sentido, v. ABAMOVICH (2017), p. 14 reconstruye líneas relevantes de sentencias de la Corte IDH que se ordenan dejar sin efecto una sentencia de un tribunal local como parte de las medidas reparatorias.

para interpretar las competencias de la Corte IDH y para, en concreto, no cumplir con la sentencia de la Corte IDH. Este corrimiento no está justificado en la sentencia. Se anota como una deuda en el deber argumentativo de la Corte.

La segunda descontextualización surge de la transferencia del desarrollo europeo de la doctrina en sí. El margen de apreciación es un desarrollo que responde a las tensiones que se dan en el marco del SEDH, en el Consejo de Europa, entre los Estados y el TEDH. Las *variaciones del alcance* del margen son muy contextuales. Esto es tan así que hasta la propia Corte IDH ha demostrado cautela en la aplicación de esta doctrina en el contexto interamericano. Si la Corte argentina insiste con el uso del margen de apreciación a la usanza europea, se agrega a la lista del deber argumentativo su segunda deuda. En suma, la cita del margen de apreciación europea es decorativa.<sup>46</sup>

Por último, no deja de sorprender la levedad con que la Corte Suprema enuncia la doctrina del margen de apreciación del TEDH. El uso del margen de apreciación de los Estados por el TEDH sigue siendo objeto de disputa,<sup>47</sup> incluso así lo reconoce el TEDH.<sup>48</sup> Por un lado, se lo ha defendido porque posibilita la flexibilidad argumentativa del TEDH para la construcción de la aceptabilidad de sus sentencias por los Estados, y por permitir mostrar la pluralidad europea. Por el otro lado, se lo ha criticado por su uso estratégico y sin ánimo de construir una teoría coherente que dote de previsibilidad a su aplicación y evite a su vez las incoherencias. Además, es criticado por su uso como una carcasa para obturar la argumentación de por qué una acción o una omisión estatal es violatoria o

<sup>46</sup> SAUNDERS (2011), p. 583.

<sup>47</sup> LEGG (2012), entre muchos otros. Aún aquellos que la creen aplicable en el ámbito local, advierten que debe ser utilizada “con sensatez” y “sin perder de vista los fines perseguidos por la incorporación a un sistema de protección internacional de los derechos humanos”, ELÍAS Y RIVERA (H) (2012), p. 133.

<sup>48</sup> FOLLESDALE (2017), pp. 367-8. V. TEDH, Seminario de apertura del año 2015, Documento de apoyo, “Subsidiarity: a two-sided coin?”, documento, 30/1/2015, párr. 16, en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2015\\_ENG.pdf%23page=22](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2015_ENG.pdf%23page=22) (última consulta: 30/9/2017).

no de un derecho.<sup>49</sup> Incluso aquellos que consideran que el margen podría viajar bien al contexto interamericano no dejan de insistir y advertir que es necesaria una reconstrucción crítica de los desarrollos del TEDH al respecto. Reconocen que la doctrina no es coherente ni precisa y que se presta a su aplicación arbitraria. Por ello, se pronuncian por la “exportación” de la doctrina, pero “debidamente desarrollada y especificada” y con limitaciones: solo para los derechos limitables y protegiendo en forma especial los derechos de las minorías y los derechos que son fundamentales para el buen funcionamiento del proceso democrático.<sup>50</sup> Por su parte, Laurence Burgorgue Larsen sostiene que la propia práctica europea demuestra que aún hoy se discute la aplicación correcta del margen de apreciación, que sigue siendo imperfecta en cuanto a técnica y una oportunidad para la arbitrariedad judicial. Con razón se pregunta si, frente a estas circunstancias, sería razonable “importar” una noción que sigue siendo ambigua, difícil de aplicar en la práctica, y “muy alejada del contexto sociológico interamericano”.<sup>51</sup> Una pregunta similar cabe hacer a la Corte Suprema para el contexto de la práctica argentina en general y en relación con los casos en la que la doctrina es enunciada en particular.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> IGLESIAS (2017), p. 2; IGLESIAS (2013).

<sup>50</sup> FOLLESDAL (2017), pp. 362, 367-8.

<sup>51</sup> V. BURGORGUE-LARSEN (2017), p. 408.

<sup>52</sup> TUSHNET (2008), sugiere que hay que estudiar la forma en que las ideas constitucionales, “que de hecho migran, son transformadas cuando cruzan las fronteras; o, alternativamente, la forma en que las ideas, que parecen haber migrado, tienen raíces autóctonas más profundas de lo que uno podría pensar, más profundas aún que la prevalencia de citas a fuentes no-nacionales indicaría.” Estas discusiones exceden el objeto de este trabajo. Sin embargo, sirven para realizar las siguientes consideraciones. El margen puede seguir siendo explorado críticamente, puede encontrar varios antecedentes y “funcionales equivalentes” en el derecho público europeo, norteamericano y latinoamericano. Sin embargo, más allá de esto, las discusiones en los casos hay que darles sin etiquetas. En el derecho constitucional argentino y de los DDHH no es necesario tapar las discusiones con referencias a la doctrina del margen de apreciación en su versión europea, cuando se trata de discutir las razones o sin-razones de la interferencia a los derechos con cláusulas de limitación. Esas discusiones se refieren al examen de legalidad (arts. 14, 18 y 19 Const. argentina; art. 30 Conv. Am. de Dchos. Hum.) y, aprobado ese examen, al contenido de cada uno de los derechos en juego,

## Bibliografía

- Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: *Revista Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25.
- Arballo, Gustavo (2017): “La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no-cumplimiento del caso Fontevecchia”, en: <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>.
- Brems, Eva y Lavrysen, Laurence, L. (2015): ‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights” en: *Human Rights Law Review*, 15(1), pp. 139-168.
- Brems, Eva (2017): The ‘Logics’ of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights (29/12/2016), en: J. GERARDS y E. BREMS (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, (Cambridge, CUP).
- Bovino, Alberto (2017): “Caso Fontevecchia: la incompetencia de un tribunal”, No hay derecho [fecha de consulta: 17/10/2017] [Disponible en: <http://nohuboderecho.blogspot.com/2017/02/caso-fontevecchia-la-incompetencia-de.html>].
- Burgorgue-Larsen, Laurence (2017): “The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts”, en: A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, F. Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, (Oxford, OUP), pp. 408.
- Clérigo, Laura; Aldao, Martín, “Límites al margen de apreciación desde la perspectiva de género en intersección con pobreza”, en: *Revista de Centro de Estudios Constitucionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D. F., (aceptado, en prensa, 2018).

---

a la consideración de la jurisprudencia relevante, al examen de razonabilidad (art. 28 CN) y de igualdad (arts. 16, 75 incs. 22 y 23 Const. argentina), a la intensidad de los escrutinios para el control de las razones a una limitación de un derecho limitable y a los criterios que deben ser utilizados para determinar la intensidad. ¿Por qué hablar entonces de margen de apreciación? La apelación a este lenguaje, usada como especie de caparazón vacío, parece obturar una argumentación amplia y crítica de la cuestión debatida.

- Clérigo, Laura (2017), “Sobre el argumento de derecho comparado y la argumentación jurídica”, en Aguiló Regla Josep, Grández Castro, Pedro, *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Ed. Palestra, Lima, 2017, págs. 127-151.
- Clérigo, Laura (2015), “Notas y preguntas sobre los usos del derecho comparado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Discusiones*, Córdoba, 2015 (portal DOXA). [http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo\\_discusiones/](http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_discusiones/)
- Clérigo, Laura (2014), “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad/proportionalidad”, en: Grosman, Legarre, Rivera, Elías (coord.), *Tratado de Derechos Constitucionales*, Buenos Aires: Abeledo Perrot/Thomson Reuters.
- Clérigo, Laura (2009), *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires: EUDEBA.
- Contesse, Jorge (2017): “Judicial Backlash in Inter-American Human Rights Law?”, *Int'l J. Const. L. Blog*, [fecha de consulta: 4/10/2017] [Disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2017/03/judicial-backlash-interamerican>].
- Contesse, Jorge (2016): ‘Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System’ en: *Law & Contemp. Probs.* 7(9) (2), pp. 123.
- De Londras, Fionna y DZEHTSIAROU, Kanstantsin (2015): “Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Right”, en: *Human Rights Law Review*, 2015, 15, pp. 523-547.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin (2015): *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights* (Cambridge CUP).
- Elías Sebastián y Rivera Julio C. (h) (2012): “La doctrina del margen de apreciación nacional en el caso argentino” [fecha de consulta: 12/10/2017] [Disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/8.pdf>].
- Follesdal, Andreas (2017): “Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, (2), 1 abril 2017, págs. 359-371 (365).
- García Roca, Javier (2007): “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de

- Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional* (núm. 20), pp. 117-143.
- Gerards, Janneke (2013): “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights” en: *Int'l J. Const. L* (11.2), pp. 466-490.
- Gil Domínguez, Andrés (2017): “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, *Revista La Ley* (3/4/ 2017).
- Gulco, Hernán (2017): “Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?”, Buenos Aires, Revista *La Ley*, (27/4/2017).
- Hitters, Juan Carlos (2017): “Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?” en: Revista *La Ley*, Buenos Aires, (2/8/2017), p. 1.
- Iglesias, Marisa (2017): “Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication from a cooperative conception of human rights”, en *Int'l J. Const. L.* (Volume 15, 2), pp.
- Iglesias, Marisa (2013): “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional” [fecha de consulta: 17/10/2017], [Disponible en: <https://www.law.yale.edu/system/files>].
- Legg, Andrew (2012): *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, (Oxford, OUP).
- López Alfonsín, Marcelo (2017): “La doctrina del margen de apreciación nacional”, *Revista Lex*, Perú, pp. 53-76.
- Mowbray, Alastair (2017): “An Examination of the European Court of Human Rights’ Indication of Remedial Measures” en: *Human Rights Law Review* (vol. 17, 3), pp. 451-478.
- Nash Rojas, Claudio (2017): “Corte Suprema Argentina y Corte Interamericana. ¿Un nuevo integrante del club de la neo-soberanía?”, [fecha de consulta: 17/10/2017] [Disponible en: <http://dialogojurisprudencial.org/columnas.php#columna6>].
- Onaindía, José M. (2017): “Un fallo que atrasa” [fecha de consulta 15/10/2017] [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php>].

Palacio de Caeiro, Silvia (2017): “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Autor” en: *Revista La Ley*, Buenos Aires, (8/3/2017).

Parra Vera, Oscar (2016): “Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Pablo Santolaya e Isabel Wences (coords.), *La América de los Derechos*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 565-606.

Pizzolo, Calogero (2017): ¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos en: *Revista La Ley* (23/2/2017), pp. 7-13.

Rey, Sebastián (2017): “En defensa de la convención : una respuesta del derecho internacional a los “elogios” recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Fontevecchia y D’Amico” en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires (2017-6), pp. 199-216.

Rivers, Julian (2006): “Proportionality and Variable Intensity of Review”, 65 *Cambridge L.J.*, pp. 177-182.

Saba, Roberto (2017): “No huir de los tratados”, *Revista Pensar en Derecho*, [fecha de consulta: 02/06/2018] [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php>].

Sacristán, Estela (2017): “Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial”, *ED, Suplemento de Derecho Constitucional*, (20/3/2017), pp. 1-15.

Sagüés, María Sofía (2017). “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, en: Henríquez Viña, M.; Morales Antoniazzi, M.; *El control de convencionalidad*, Santiago de Chile: DER Ediciones, pp. 281-370.

Saul, Matthew (2015): “The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments” en: *Human Rights Law Review*, 2015, 15(4), pp. 745-774.

Saunders, Cheryl (2011): “Judicial engagement with comparative law”, en: Ginsburg, T.; Dixon, R. (eds.), *Comparative*

*Constitutional Law*, (Cheltenham/Northampton Edward Elgar Publishing), pp. 583-601.

Siciliano, Linos-Alexander (2014): “The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its Judgments: Recent Developments under Article 46 ECHR” en: *Netherlands Quarterly of Human Rights* (Vol. 3).

Spano, Robert (2014). “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity” en: *Human Rights Law Review* (14, 3).

Tushnet, Mark (2008): *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, (Princeton, Princeton University Press).

Zucca, Lorenzo (2013): “Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber” en: *International Journal of Constitutional Law*, p. 229.

## **Documentos**

CELS, “Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los DD.HH.”, 18/2/ 2017, en <http://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/03/cels-sobre-fallo-fontevecchia-.pdf>

TEDH (2014), Seminario de apertura del año 2014, Documento de apoyo, *Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?* [fecha de consulta:12/10/2017] [Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_ENG.pdf) ].

TEDH (2015): Seminario de apertura del año 2015, Documento de apoyo, “*Subsidiarity: a two-sided coin?*”, [fecha de consulta: 30/9/2017] [Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2015\\_ENG.pdf%23page=22](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2015_ENG.pdf%23page=22)].

# Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Juan Díaz

## **La Corte dejó firme el fallo que anuló la personería gremial a los Metrodelegados**

El máximo tribunal rechazó un recurso extraordinario y, de esa forma, dejó firme el fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que anuló la resolución del Ministerio de Trabajo que le había otorgado la personería gremial a la Asociación Gremial de Trabajadores del Subterráneo y Premetro (Agtsyp), que nuclea a los denominados “metrodelegados” y ordenó volver a evaluar la solicitud. (*CSJN “Ministerio de Trabajo y Seguridad Social c/Asociación Gremial de Trabajadores del Subterráneo y Premetro y otros s/ley de asoc. sindicales”, 13 de marzo de 2018*)

## **La Corte Suprema advirtió deficiencias en el cumplimiento del plan de saneamiento del Riachuelo**

El máximo tribunal en el marco de la causa “Mendoza”, tras la audiencia del pasado 14 de marzo, advirtió deficiencias en el cumplimiento del plan de saneamiento y requirió que en 30 días se establezcan plazos ciertos y fundados de cumplimiento de los objetivos de la sentencia a la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR). (*CSJN “Beatriz Mendoza Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, 12 de abril de 2018*)

## **La Corte Suprema decidió que no toda prestación de servicios de un particular para una empresa reviste carácter laboral**

El máximo tribunal destacó que la mera prestación de servicios para una empresa no implica que la relación sea dependiente

y remarcó la vigencia indiscutible de la figura de la locación de servicios en el derecho argentino. Lo hizo en el caso de un médico neurocirujano demandó al hospital en que trabajaba aduciendo que el vínculo que lo unía a la institución era de carácter laboral, la Cámara del Trabajo había aceptado el planteo con fundamento en que “el contrato de locación de servicios no existe más en ningún ámbito del derecho”. (*CSJN “Rica Carlos Martín c/Hospital Alemán y otros s/despido”, 24 de abril de 2018*)

### **La Corte Suprema remarcó las diferencias entre una relación laboral y un “voluntariado”**

El máximo tribunal revocó ayer un fallo de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que concluyó que hubo relación laboral entre una persona y la ONG REMAR, dedicada a recuperar adictos. El Tribunal sostuvo que la cámara ignoró pruebas que indicaban que, si hubo prestación de servicios, las características de la relación eran propias de un voluntariado y no de una relación de dependencia. (*CSJN “Correcher Gil Dolores c/REMAR Argentina Asoc. Civil s/despido”, 24 de abril de 2018*)

### **Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**

#### **La Suprema Corte estableció que para el cálculo de intereses deberá aplicarse la alícuota del 6% anual debido al impacto negativo provocado por altas tasas de inflación**

El máximo tribunal provincial, resolvió, por mayoría, revocó la sentencia de la Cámara de Apelación respecto de la tasa de interés aplicada al rubro indemnizatorio estimado a valores posteriores a la fecha de exigibilidad del crédito, y estableció que para el cálculo de intereses deberá aplicarse la alícuota del 6% anual, conforme el dies a quo establecido en la sentencia, y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1748 del Cód. Civ. y Com.) resultando de allí en más, aplicable la tasa de interés establecida en las causas

C.101.774, “Ponce”; L.94.446, “Ginossi” (sents. de 21-X-2009) y C. 119.176, “Cabrera” (sent. de 16-VI-2016) (*SCBA “Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y Perjuicios”, 3 de mayo de 2018*)

**La Suprema Corte bonaerense permitió la adopción plena de joven que ya había alcanzado la mayoría de edad**

Así lo determinó el tribunal al ponderar en el caso de un joven que alcanzó la mayoría de edad en el transcurso del proceso de adopción, su ratificación de la voluntad de ser adoptado en forma total y plena por el matrimonio guardador. El máximo tribunal decretó la adopción plena de M. B. M. a favor del matrimonio compuesto por A. G. E. y A. J. M. (*SCBA “E., A. G. y M. A. J.. Solicitud Adopción Plena”, 18 de abril de 2018*)

# Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*James Vértiz Medina*

## **Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351**

**I. Hechos.** El caso versa sobre la alegada responsabilidad internacional de Guatemala por la declaratoria de abandono de los hermanos Osmín Ricardo Tobar Ramírez y J.R., su institucionalización y sus posteriores adopciones internacionales por dos familias distintas, mediante un procedimiento extrajudicial ante un notario público.

**II. Fondo.** En el presente, la Corte Interamericana destacó que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo de la niña o el niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, y en el bienestar de la niña o niño. Por tanto, no son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

En relación al derecho a la vida privada y familiar de niños, niñas o adolescentes subrayó que estos tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia, por lo que las niñas y los niños deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para

optar por separarlos de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

En esa dirección apuntaló que, la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos. Esta familia debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. También se aseguró de recordar que, no existe una definición única de familia, así que, la misma no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales.

En referencia a la adopción internacional, expresó que, es una forma permanente de cuidado sustituto que puede contemplarse como una de las posibles medidas de protección, alternativas al entorno familiar, bajo el artículo 19 de la Convención Americana. La adopción internacional, a diferencia de otras medidas de cuidado permanente, separa al niño no solo de su entorno familiar sino de su propio país. En virtud de ello, el derecho internacional exige el cumplimiento de una serie de requisitos materiales y procesales, en todas las etapas del procedimiento de adopción, para proteger los derechos humanos y los mejores intereses de cualquier niño que está siendo considerado para ser dado en adopción en el extranjero.

Teniendo en consideración lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, puntualizó que, sus normas establecen las siguientes obligaciones específicas a los Estados de relevancia en procedimientos de adopción: (i) proteger la identidad del niño y sus relaciones familiares, (ii) brindar a los padres la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño; (iii) asegurar la adoptabilidad de la niña o niño y la legalidad de la determinación de la situación jurídica de la niña o niño a ser dado en adopción; (iv) asegurar que los

padres hayan dado su consentimiento a la adopción de forma libre e informada, (v) garantizar que la adopción internacional sea considerada solamente, de manera subsidiaria, es decir, si no existe una alternativa adecuada de atención y cuidado para la niña o niño en su país de origen; (vi) garantizar que la adopción no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella, (vii) prevenir el secuestro, la venta o la trata de niñas y niños.

De modo adicional, el Tribunal de San José recordó que en el sistema interamericano de derechos humanos, la mayoría de los Estados parte de la Convención y algunos miembros de la OEA también están obligados por el Convenio de La Haya sobre Adopciones Internacionales de 1993.

Relacionado con lo analizado en el caso, la Corte advirtió que los conceptos de venta y trata de niñas y niños están íntimamente interrelacionados, pero no son idénticos o intercambiables.

La venta de una niña o un niño a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra una niña o niño, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad.

Por su lado, respecto de la trata de personas, los Estados deben adoptar medidas integrales, así como contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Dicha obligación se ve reforzada por la obligación específica, contemplada en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño leído conjuntamente con el artículo 19 de la Convención Americana, por el cual los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas idóneas para impedir toda venta y trata de niñas y niños, sin excepciones o limitaciones, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la venta y

trata de niñas y niños, cualquiera sea su forma o fin, así como la obligación de investigar su posible infracción.

La Corte reconoció que la trata de personas, prohibida por el artículo 6.1 de la Convención Americana, incluye la trata de niñas y niños con fines de adopción. Sin embargo, consideró que, si bien existen elementos contextuales e indicios relacionados con otros casos de adopciones irregulares, estos no son suficientes para concluir que en el presente caso las adopciones irregulares de los hermanos Ramírez constituyeron trata de personas. El Tribunal concluyó que no contaba con elementos probatorios suficientes para concluir que los procesos específicos de los hermanos Ramírez hubieran constituido trata de personas, en violación del artículo 6.1 de la Convención Americana.

**III. Reparaciones.** Entre otras medidas le ordenó al Estado de Nicaragua adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para facilitar y contribuir a una restitución de los vínculos familiares; adoptar de oficio todas las medidas adecuadas y necesarias para modificar la partida de nacimiento de Osmín Tobar Ramírez, de manera que se le restituyan los vínculos legales familiares, el nombre y apellido que sus padres biológicos, y la corrección de todos los registros estatales en Guatemala.

**Corte IDH. Caso V.R.P. , V.P. C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350**

**I. Hechos:** El caso se refiere a la falta de respuesta estatal frente a la violación sexual de una niña de ocho años de edad cometida por su padre; el incumplimiento de la obligación de investigar con debida diligencia, en un plazo razonable y de manera acorde con una perspectiva de género y los deberes estatales reforzados derivados de la condición de niña de la víctima, toda vez que ésta habría sido gravemente revictimizada con un impacto severo en su integridad psíquica y en la de su madre y hermanos; así como por la violación de otros derechos.

Asimismo se alegó la ausencia de las exigencias del debido proceso, relativos al deber de imparcialidad y el de motivar los fallos, del sistema de juicio por jurados, vigente a ese entonces en Nicaragua.

**II. Fondo:** El Tribunal de San José destacó, entre otras consideraciones, que si bien ya tenía establecidos una serie de criterios para casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, esta era la primera vez en la que se debía referir a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña, subrayando que para su análisis resulta imperativo adoptar un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña.

En tal sentido indicó que los Estados deben adoptar una serie de medidas particularizadas y el desarrollo de un proceso adaptado a niñas, niños o adolescentes víctimas de violencia sexual y, de violación sexual. El sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna.

Asimismo resaltó que, una interpretación armónica e integral del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes, junto con el principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar la asistencia jurídica de las niñas, niños y adolescentes víctimas en los procesos penales. En este sentido, el acceso a la justicia no solo implica habilitar los mecanismos necesarios para que las niñas, niños y adolescentes puedan denunciar, sino que incluye la posibilidad de que participen activamente en los procesos judiciales, con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez.

Por lo expuesto enfatizó que la figura del abogado y abogado del niño, niña o adolescente es fundamental en todo proceso en

donde se determinen derechos de la niñez, como el del caso. En este sentido expresó que, para sortear los obstáculos en el acceso a la justicia, la asistencia letrada de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso, debe ser gratuita y proporcionada por el Estado, independientemente de los recursos económicos de sus progenitores y de las opiniones de éstos últimos.

También recalcó que no solo se debe evitar la revictimización, sino que, a través de las protecciones especiales y acompañamiento especializado, se deberán generar las condiciones adecuadas para que la niña, niño o adolescente pueda participar de forma efectiva en el proceso penal. En este sentido, la actuación estatal deberá estar encaminada a la protección reforzada de sus derechos, a través de la actuación multidisciplinaria y coordinada de las agencias estatales de protección y apoyo psicosocial, investigación y juzgamiento, entre ellas el ministerio público, las autoridades judiciales, los profesionales de salud, los servicios sociales y legales, la policía nacional, entre otros, desde que el Estado conozca la violación de sus derechos y de forma ininterrumpida, hasta que esos servicios dejen de ser necesarios, a fin de evitar que su participación en el proceso penal les cause nuevos perjuicios y traumas adicionales, revictimizándoles.

Por otro lado, por primera vez en su inveterada jurisprudencia el Tribunal Regional se expide sobre el sistema de juicios por jurados.

Respecto de la obligación de motivar el fallo, la Corte precisó que la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía.

Igualmente la Corte estimó, invocando a lo hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, dijo, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales.

A mayor abundamiento expresó que la íntima convicción no es un criterio arbitrario. La libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa. En definitiva, cualquier tribunal (técnico o popular) debe reconstruir un hecho pasado, para lo cual utiliza la lógica metodológica que es común a cualquier persona, pues no depende de que tenga o no formación o entrenamiento jurídico. Toda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis. Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica antes referida, que es lo que sucede en el caso.

Aunque en el caso concreto advirtió que, el proceso penal por casos de violencia sexual lleva ínsito una serie de dificultades técnicas propias que hacen difícil su enjuiciamiento. Es común que existan escasas pruebas sobre lo sucedido, que el acusado afirme su inocencia, y que la discusión se circunscriba

a la palabra de una persona contra otra. A ello se suman los prejuicios e ideas preconcebidas y estereotipadas propias del sistema patriarcal que existen en el imaginario social en torno a la violencia sexual. Los jurados son susceptibles de trasladar al procedimiento tales prejuicios e ideas y ser influenciados por ellos al momento de valorar la credibilidad de la víctima y la culpabilidad del acusado, condicionando de modo especial a quienes no poseen una capacitación especial en este tipo de delitos.

En razón de ello, indicó, en el caso de juicio por jurados, algunos sistemas prevén, como buenas prácticas, medidas para mitigar el impacto de tales condiciones. Así, establecen, por ejemplo, el ofrecimiento de pruebas de expertos, llamadas pruebas contra-intuitivas, dirigidas a brindar información a los jurados sobre las particularidades de los hechos que se enjuiciarán, a fin de que puedan realizar una valoración de la prueba lo más objetivamente posible. Asimismo, se asigna al juez técnico la función de brindar instrucciones a los jurados sobre la forma de analizar determinadas pruebas en el procedimiento o bien se establecen preguntas que el jurado debiera contestar a través del veredicto.

**III. Reparaciones:** La Corte estableció, entre otras medidas de reparación, la adopción de protocolos estandarizados de investigación y atención integral para casos de violencia sexual en perjuicio de niñas, niños o adolescentes; la creación e implementación de la figura del abogado o abogada de la niña, niño o adolescente, especializado en la materia, que defienda sus intereses durante las investigaciones y el proceso penal; la de implementar capacitaciones y cursos, de carácter permanente, para funcionarios públicos que por su función en el sistema de administración de justicia trabajen con temáticas de violencia sexual; en particular, los funcionarios pertenecientes al Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional.

**Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348**

**I. Hechos:** El caso se relaciona con la terminación arbitraria de los contratos de trabajo y la consecuente separación de los cargos que Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña tenían en el Consejo Nacional de Fronteras, órgano adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, tras haber firmado una solicitud de convocatoria a un referendo popular revocatorio del mandato presidencial del entonces Presidente de la República Hugo Chávez Frías. Se consideró que la terminación de sus contratos de servicios profesionales, constituyó un acto de desviación de poder, en el cual se habría utilizado una facultad discrecional prevista en los contratos como un velo de legalidad respecto de la verdadera motivación de sancionarlas por la expresión de su opinión política mediante la firma de dicha solicitud.

**II. Fondo:** En el caso en examen la Corte analiza la violación en conjunto de derechos políticos y principio de no discriminación, libertad de expresión, derecho a la igualdad ante la ley y derecho a la integridad personal.

En lo que respecta al derecho a la participación política y el principio de no discriminación, destaca que el artículo 23 del Pacto de San José contiene diversas normas que se refieren a los derechos políticos de la persona; y que en virtud de esta disposición, tienen “el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente, mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos.

Subraya asimismo que el referido artículo no sólo establece que sus titulares gozan de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”, lo cual implica la obligación del Estado de garantizar con medidas positivas y de generar las condiciones y mecanismos óptimos para que toda persona formalmente titular

de esos derechos tenga la oportunidad real para ejercerlos, de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, es necesaria la existencia de institucionalidad y mecanismos de carácter procedural que permitan y aseguren el efectivo ejercicio del derecho, previniendo o contrarrestando situaciones o prácticas legales o de facto que impliquen formas de estigmatización, discriminación o represalias para quien lo ejerce.

Por lo expuesto, el Tribunal de San José estableció, el derecho a solicitar y participar en un procedimiento revocatorio como el referido en autos es un derecho político protegido por la Convención Americana y por la Carta Democrática Interamericana, a la que considera una norma de interpretación auténtica de los tratados a los que se refiere este mecanismo de democracia representativa.

Por último concluyó que la terminación de los contratos de las presuntas víctimas se dio en un contexto de alta inestabilidad, polarización política e intolerancia a la disidencia, el cual pudo propiciar formas de persecución o discriminación contra opositores políticos del gobierno de entonces o de quienes fueran percibidos como tales, así como contra ciudadanos y funcionarios públicos que firmaron la solicitud de referendo, y que más allá de la naturaleza del vínculo contractual de las presuntas víctimas con la administración pública, o de la necesidad de determinar si –en virtud de una cláusula en su contrato– la autoridad respectiva tenía o no una facultad discrecional para darlo por terminado en cualquier momento, incluso sin motivación, en el caso, el Estado no dio una explicación circunstanciada y precisa acerca de los motivos de su decisión.

Por ello, de manera concluyente consideró que la terminación de los contratos, que se renovaban en períodos de tiempo variado, como tres, seis o doce meses, constituyó una forma de desviación de poder, utilizando dicha cláusula como velo de legalidad para encubrir la verdadera motivación o finalidad real, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente un derecho de carácter político constitucionalmente

previsto, al firmar a favor de la convocatoria al referendo revocatorio presidencial.

En lo atinente al derecho a la libertad de expresión, el Tribunal Interamericano reafirma su doctrina jurisprudencial sentada en el caso “Lagos del Campo” de que el ámbito de protección del derecho a la libertad de pensamiento y expresión resulta particularmente aplicable en contextos laborales.

Tal como sucediera en el citado caso “Lagos del Campo vs. Perú”, ni la Comisión, ni los representantes de las presuntas víctimas plantearon ante la Corte la expresa violación de derechos laborales a la luz de la Convención Americana. Sin embargo, el Tribunal de San José con base en el principio iura novit curia procedió a examinar el alcance del derecho al trabajo, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana.

Luego de transcribir literalmente los fundamentos jurídicos esgrimidos en “Lagos del Campo” y “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros”, y consolidando su línea jurisprudencial sobre la protección de las personas en contextos laborales, declaró que el Estado peruano es responsable por la violación del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 26 de la Convención, en relación con los derechos a la participación política, a la libertad de expresión y de acceso a la justicia, así como con el principio de no discriminación.

Ello así, ya que, la terminación arbitraria de la relación laboral de las presuntas víctimas constituyó una forma de desviación de poder, consistente en una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente sus derechos de participación política y libertad de expresión. Es decir, ellas fueron objeto de discriminación política mediante un despido arbitrario, que tenía la intención encubierta de acallar y desincentivar la disidencia política, pues fue instrumentalizado para que otras personas se vieran amedrentadas de participar políticamente y de expresar sus ideas y opiniones.

Finalmente, y tal como lo sostiene el Juez Ferre Mac Gregor en su voto razonado: en el caso San Miguel Sosa y otras, se dan

tres pasos fundamentales para seguir desarrollando el respeto y garantía del derecho al trabajo como un derecho convencionalmente protegido. En primer lugar se protege la relación contractual de un régimen diferente al de los casos Lagos del Campo y Trabajadores Cesados del Petroperú (es decir, contratos que se renuevan en períodos de tiempo variado, como tres, seis o doce meses sin hablar propiamente de la posibilidad de estabilidad laboral); b) la discriminación en los contextos laborales; y c) las violaciones se enmarcan en el derecho al trabajo en general, y no en el de estabilidad laboral.

**III. Reparaciones:** En materia reparatoria la Corte ordenó el pago de indemnizaciones en concepto de daño material e inmaterial, empero, no se pronunció en relación a la solicitud que le hiciera la parte peticionaria en relación a la indemnización por concepto de daño al proyecto de vida.



**OPINIÓN**

## V

Escuché misa el sábado  
como quien escucha el mar,  
el murmullo de kurruf  
los misales maizales  
cantares del silencio.  
Curita, voz elevada, dijo:  
—Adán, primer hombre del barro nacido.  
Pensé mi espiritualidad mapuche.  
Mapuche: gente de la tierra.  
Llovía.  
¿En qué momento  
separé al Dios cristiano de Ngunechén?  
De la mano de mi niño  
nos sorprendió un Amén.  
Besé la crucecita  
que mamá clavó  
en mi camisa, su rosario  
que colgó de mi cuello  
para que Conaqueo parta  
guerrero a las Malvinas.  
Amén,  
repite m'hijito  
Amén.

Autores: Natalia Geringer y Martín Raninqueo

### Arte de la portada

Obra: *Los dobleses de la pulsión*

Artista: Gabriela Caregnato

## ¿Estado gendarme o Estado fraterno?

Eugenio Raúl Zaffaroni

En estas primeras décadas del siglo XXI avanza por el mundo el poder de los *Ceos* de las corporaciones transnacionales con asiento en el hemisferio norte, que van ocupando el lugar de la política. Su innegable aspiración totalitaria se manifiesta en su cooptación de los aparatos estatales y económicos internacionales, racionalizada con su discurso único (mal llamado *neoliberalismo*), que domina a las academias mundiales y se vulgariza a través de los monopolios corporativos mediáticos.

América Latina, como región subdesarrollada (colonizada en la nueva versión llamada *globalización*) es sometida a un proceso de acelerado debilitamiento de sus Estados mediante diversas y convergentes estrategias, siendo las más notorias las siguientes:

(a) corrupción de sus estamentos políticos mediante el cochecho activo practicado por los propios Ceos o sus agentes locales; (b) prohibición de tóxicos y otros servicios, con su consiguiente plusvalía, que genera luchas sangrientas por la competencia para el acceso al mercado de mayor consumo; (c) corrupción policial, vinculada o no a lo anterior, eventual corrupción de la justicia, altos índices de homicidio y letalidad policial y pérdidas de control territorial; (d) prisionización masiva en condiciones de campos de concentración y reproductora de criminalidad violenta, que permite a los monopolios mediáticos justificar cualquier abuso represivo; (e) contratación irresponsable de deudas externas que comprometen los presupuestos por décadas y obligan a futuras renegociaciones problemáticas; (f) venta o entrega descontrolada del patrimonio estatal a las corporaciones o a sus agentes, con pretexto de ineficacia; (g) facilitación de negociados con cobertura de licitud o sin ella, en medio de un festival de especulación financiera; (h) involucramiento de las fuerzas armadas en funciones policiales, que deteriora el prestigio

de esas fuerzas y, con ello, la defensa nacional; (i) aperturas de importación que destruyen a las pequeñas y medianas empresas demandantes de mano de obra, reduciendo la capacidad productiva nacional; (j) derogación de la legislación laboral, con el pretexto de que la crisis productiva resulta de los altos costos de los salarios; (k) desfinanciamiento de la investigación y de la enseñanza superior oficial, aduciendo que son costos improductivos; (l) reformas impositivas regresivas, con el pretexto de estimular a los más ricos para la inversión productiva, resultando en desplazamiento y concentración de riqueza; (ll) supresión o reducción radical de las subvenciones a los servicios públicos de primera necesidad, como energía y transporte, argumentando la necesidad de que cada quien pague sus servicios; (m) reducción y eliminación de planes sociales, so pretexto de fomentar la holgazanería y el *desempleo voluntario*; (n) despidos masivos de la administración pública, so pretexto de reducir el gasto, que desbaratan la eficacia de la burocracia estatal; (ñ) estigmatización de la dirigencia sindical con el pretexto de corrupción, con el objeto de impedir toda resistencia de los movimientos obreros organizados; (o) fortalecimiento de los servicios de inteligencia para fines de coacción política, so pretexto de investigar corrupción; (p) difamación pública de todo opositor o resistente, con falsas noticias y manipulación judicial, con el mismo pretexto; (q) indiferencia o incentivación de la letalidad policial y de la represión a toda manifestación de resistencia más o menos colectiva; (r) persecución de opositores y resistentes, haciendo uso arbitrario de la prisión preventiva, a través de jueces adictos o coaccionados; (rr) privatización de la seguridad social, arguyendo la falsa imposibilidad de mantener el sistema previsional solidario; (s) privatización de los servicios de salud, beneficiando a las empresas proveedoras, con el pretexto de su mayor eficacia; (t) facilitación de la intervención privada en empresas extractivas y de importancia estratégica, con serio peligro de expoliación de riquezas naturales, con el pretexto de incentivación del sector; (v) estigmatización de pueblos originarios para despojarlos

de tierras o impedir sus reclamos, con pretexto de *terrorismo*; (w) impulso a la concentración monopólica de medios de comunicación audiovisuales en manos de corporaciones afines, para crear una realidad social única, incompatible con la democracia plural; (x) encubrimiento mediático de los delitos y negociados de los funcionarios propios mediante el silencio en los medios masivos; (y) linchamiento mediático de todo juez o fiscal que no responda a la planificación corporativa, con el pretexto de su ineeficacia o corrupción, y manipulación política para la designación de jueces y fiscales obedientes al proceso de avance del colonialismo; (z) reducción de salarios, jubilaciones, pensiones y otros ingresos, mediante una discreta inflación, acelerada por devaluaciones progresivas de la moneda.

Todo esto converge en el proyecto colonialista que pretende configurar una sociedad con mayoría excluida (desde fines del siglo pasado se suele llamar *sociedad 30 y 70*), cuyo avance lo posibilitan básicamente dos condiciones que –como veremos– no se hallan desvinculadas: (a) el consentimiento, resignación o apoyo de buena parte o de la mayoría de la población; y (b) los defectos de los Estados de la región, cuya institucionalidad no estaba preparada para defenderlos de la agresión cometida por los medios antes señalados.

La primera condición resulta paradojal y hasta parece recursiva en la historia. Nuestra región ha pasado por momentos de marcada ampliación de la *ciudadanía real*, en que gobiernos populares lograron elevar a condiciones dignas de vida a amplios sectores de la población. Pero a poco, esos mismos sectores se volvieron resistentes y enemigos de esos gobiernos y de sus movimientos políticos y adhirieron a las fuerzas regresivas, que no sólo impidieron el avance de la inclusión, sino que incluso la hicieron retroceder. Es inevitable que este péndulo de diástole y sístole, visto en perspectiva, proporcione la impresión de que nuestros movimientos populares construyen a sus enemigos, los que, a su vez, se suicidan política y económicamente, o sea, la sensación de que esos movimientos han gestado capas de masoquistas sociales. Pero no basta con describir estos

procesos, sino que es necesario hallar su explicación y hacerla explícita, pues es de toda evidencia que algo viene fallado en nuestra política regional desde hace bastante tiempo.

Los movimientos *populistas* latinoamericanos suelen presentar muchos defectos, pero nunca éstos –ni incluso su eventual violencia– alcanzaron ni lejanamente los límites de残酷 de los impulsos regresivos. Si bien esto no debe hacer pasar por alto los defectos, no es posible dejar de reconocer –en todo momento– que el balance general del siglo pasado y de lo que va del presente, muestra que sin ellos no se hubiese ampliado la base de ciudadanía real y seríamos muchos los que hubiésemos podido sucumbir a los riesgos de ser latinoamericanos: haber sido abortados, carecer de proteínas en los primeros años y no desarrollar nuestras neuronas, desaparecer por enfermedades infantiles o endémicas, padecer disminuciones físicas y mentales irreversibles, ser analfabetos, carecer de toda posibilidad de acceder a estudios terciarios, etc. Sin los *populismos*, nuestras sociedades serían hoy continuadoras del *quasifeudalismo* del *porfiriato* mexicano, del *coronelismo* brasileño, del *patri-ciado* peruano, de la *oligarquía vacuna* argentina o del *estaño* boliviana.

Por esa razón, en nuestra región no es admisible que el *populismo* tenga el mismo sentido peyorativo que se le otorga en el hemisferio norte, donde es confundido con la táctica artera de la propaganda basada en los peores prejuicios de cada sociedad (quizá por una mala traducción de *völkisch*, que en sentido correcto sería algo así como *popularismo* o *populacherismo*). De cualquier modo, es necesario no dejar de lado los defectos de nuestros *populismos*, porque la paradoja del *suicidio social* de las capas beneficiadas por ellos, sin duda que debe responder a alguna de las fallas necesitadas de urgente corrección.

Sin pretender agotar la discusión al respecto, sino sólo de aportar a ella, cabe observar que el principal defecto ha sido precisamente el de dejar abierto el flanco de la segunda condición necesaria para la instalación de los proyectos colonialistas: los populismos no prepararon institucionalmente a nuestros

Estados para resistir una agresión colonialista como la que sufrimos en este momento. Puede pensarse que quizá tampoco para las que hemos sufrido con las anteriores regresiones, pero eso sería una cuestión de investigación histórica y ahora urge pensar en el presente.

No es posible en pocas líneas –ni como tarea individual– proyectar el modelo de Estado necesario para nuestro desarrollo como región, como tampoco pasar por alto las diferencias geopolíticas de nuestros países, sin perjuicio de lo cual es posible señalar el camino, por lo menos en el nivel superestructural o teórico-político, habida cuenta de que la infraestructura nunca es indiferente a la superestructura, por lo que es un grave error despreciar esta última y pensar que puede ser arrojada por la ventana sin más, pues entre ambas media un estrecho vínculo.

Desde el atalaya de la historia humana es dable observar que cada vez que los pueblos la recalentaron con cambios profundos, reclamaron para los Estados el trípode de principios que sintetizó –pero que no inventó– la Revolución Francesa: *libertad, igualdad y fraternidad*. Pero la misma historia enseña que luego, calmando las aguas revolucionarias al ritmo de las manipulaciones y errores del poder político y económico, se erigieron modelos de Estados desequilibrados, que se pretendieron asentar sobre uno sólo de esos puntos de apoyo, pero que en realidad traicionaban el reiterado reclamo de los pueblos en sus momentos de ebullición.

Esas racionalidades encubridoras se inclinaron sólo por alguno de dos de los puntos de apoyo del trípode: la libertad y la igualdad. La confrontación de poder del siglo pasado provocó en este plano *superestructural* la opción entre libertad o pan, falsa hasta el extremo del ridículo: quienes tuviesen libertad sin pan, la usarían para conseguir el pan y, de negársele ese derecho, perderían el pan y la libertad; inversamente, quienes tuviesen pan sin libertad, perderían el control del reparto del pan, que a poco dejaría de ser igualitario. Por eso, tarde o temprano, ambos caminos son racionalizaciones de algún totalitarismo.

Para contener el avance del totalitarismo en acto que privilegiaba discursivamente el pan y subestimaba la libertad, se ensayó en la parte más desarrollada del planeta el modelo de *Estado de bienestar*, funcionó como un amortiguador hasta que se implosionó el totalitarismo de la pretendida igualdad sin libertad y ahora, el real avance ilimitado del totalitarismo corporativo de los Ceos despliega por el mundo su propio modelo de Estado totalitario que, aunque sigue con su discurso de libertad sin pan, al igual que su contrario desaparecido, está dejando sin pan ni libertad al menos a las dos terceras partes de la humanidad.

Para consolidar el modelo de sociedad con un 30% incorporado y un 70% *estructural y definitivamente excluido*, renueva y refuerza en teoría la vieja idea del *Estado gendarme*, cuya función se reduciría al cuidado de los límites de una supuesta selva en que cada cual trataría de alcanzar lo que pueda, pasando por sobre sus semejantes, como si se tratase de una masa humana huyendo de un naufragio o de un incendio. El *homo homini lupus* es una frase siniestra, inventada para legitimar esta visión *selvática* de la sociedad, que además es falsa, porque en la selva no rige esta ley, pues de lo contrario ésta perdería su equilibrio ecológico y se destruiría y, en cuanto al lobo, parece que es el humano *el lobo del lobo*, a juzgar por su paulatina extinción (si no equivoco mi latín sería *homo lupus lupus*).

A los partidarios de estos encontrados paradigmas de modelos de Estados desequilibrados que disputaron en el mundo, nuestros populismos, sin muy alta teorización –más movidos por las urgencias de la pragmática de inclusión social– les resultaban no sólo contradictorios sino prácticamente inexplicables, por lo cual con un simplismo indigno de algunos niveles de especulación teórica sofisticados en otros aspectos, se los desdeñaba como simples reflejos de las propias manifestaciones de autoritarismo y totalitarismo centrales.

En Latinoamérica, el colonialismo logró impedir la creación de un frente común, que posibilitase cierta autonomía de movimiento y el consiguiente protagonismo planetario de la

región, básicamente porque con facilidad consiguieron debilitar a nuestros precarios Estados nacionales, abriendo el espacio para las luchas de sístole y diástole emancipatoria, que llenan la historia de Latinoamérica y de África. No poca confusión generó en nuestras propias luchas políticas la contraposición de los modelos de Estado en disputa por el poder hegemónico mundial y las desarticuladas tentativas de aproximación al modelo de Estado de bienestar, que pasaban por alto la esencia periférica de nuestro capitalismo productivo.

El objetivo de lograr un modelo propio de Estado, que permita el ejercicio de la soberanía popular y la consiguiente resistencia al poder colonialista del totalitarismo corporativo, debe renovarse ahora en otro escenario, dada la desaparición de uno de los paradigmas ideológicos y la acelerada quiebra de los Estados de bienestar, cuya función amortiguadora perdió sentido. Para eso no es inoficioso volver la vista al pasado para recoger lo que pensaron nuestros mayores al respecto y, si bien no parecen ser muchos los elementos útiles, dado el paso del tiempo y el cambio profundo del escenario mundial, lo cierto es que existen algunos que no debemos despreciar. Posiblemente se puedan detectar otros en un análisis detenido de los populismos de la región, pero al menos y en lo referente al nuestro país, el ensayo más interesante de modelo de Estado es el de la *tercera posición* del peronismo de mediados del siglo pasado.

El misterio del tiempo permite ahora dimensionar mejor el carácter visionario de la tercera posición justicialista, que procuraba alejarse de ambos totalitarismos, tanto del que estaba en acto como del que aún en parte se hallaba en potencia, aunque sobre Latinoamérica y África también se manifestaba en acto, sin escatimar dictaduras, matanzas y atrocidades. ¿Qué modelo de Estado correspondía a esa tercera posición? ¿Era el Estado de bienestar o se pretendía inventar algo nuevo? Algunos lo interpretaron así; otros quisieron ridiculizarlo como mera publicidad; y tampoco faltaron quienes subestimaron la idea porque no lograba definir el modelo o lo consideraron simplista.

Por nuestra parte no compartimos esas opiniones, sino que, por el contrario, creemos que Perón ensayó algo novedoso y original, pero siete décadas no pasan en vano y tampoco se trata de enredarse en una investigación histórica, sino de retomar el reto de entonces y reinterpretarlo en el escenario actual de la nación, de la región y del planeta. ¿Cómo pensar hoy un modelo de Estado cuando está caduco el de *pan sin libertad* y avanza el de *sin pan ni libertad*? ¿Cuál era la esencia del modelo que vislumbraba Perón hace setenta años y cuál su vigencia hoy?

Creemos que la clave está en la idea de *comunidad* que, depurada de algunas abstracciones y usos perversos, a buen entender no significa otra cosa que revalorar el punto de apoyo del trípode histórico de los pueblos, que el poder forzó a ignorar en la falsa opción del siglo pasado: la *fraternidad*. El modelo imaginado por Perón era, para decirlo en palabras más universales, el de un *Estado fraterno*.

*Dado que no es posible concebir la fraternidad prescindiendo de la libertad y la igualdad*, no debe reincidirse en un nuevo error desequilibrante que privilegie un punto de apoyo, sino sólo en un Estado que equilibre el trípode añadiendo el que los paradigmas del siglo pasado omitieron, o sea, equilibrar lo que fue desequilibrado en los discursos o racionalizaciones teóricas manipulados por el poder.

Ese *Estado fraterno* tampoco puede ser una mera renovación del Estado de bienestar, aunque recoja algunos elementos de esa experiencia, pues no se trata de un amortiguador de contradicciones, sino de un Estado montado como *defensa y resistencia* frente a un totalitarismo peligroso para el destino de toda la humanidad, hasta el extremo de poner en riesgo las condiciones de vida humana en el planeta.

La posición geopolítica subdesarrollada que nos impuso el colonialismo generó fuertes estratificaciones sociales, por lo que en la *resistencia* anticolonialista debe ser prioritaria la *defensa* de la vida y la seguridad de nuestros habitantes y, en especial, de sus capas más vulnerables. Si bien los esfuerzos de inclusión

social fueron detenidos por fuerzas regresivas que respondían al poder colonialista, sin importarles el costo de vidas humanas, estas regresiones contaron con el apoyo de minorías privilegiadas y de delincuentes económicos locales, pero también es innegable que contaron con otro factor, sin el cual no hubiesen obtenido sus resultados regresivos: no se logró (o fue insuficiente) la creación de *subjetividades solidarias*, o sea, que no se pudo afianzar una subjetividad de *ciudadanía solidaria*. Se consiguió la incorporación económica de nuevas capas sociales, pero las subjetividades siguieron siendo definidas por los valores mezquinos del colonizador.

Mientras no se logre una *ciudadanía solidaria*, el mero ascenso económico de capas excluidas o explotadas (que no es lo mismo) no impedirá nuevas regresiones. Sólo cuando el/la *ciudadano/a solidario/a* sienta que no puede ser feliz mientras sus semejantes padecen violencia y carencias elementales, nuestros Estados serán fuertes frente al totalitarismo que avanza. En nuestro margen colonizado, esto significa que sólo esa solidaridad puede proporcionar fortaleza en la soberanía, porque ésta corresponde a los pueblos y, además, la fortaleza represiva suele ser propia de Estados débiles en soberanía.

Toda copia imperfecta del viejo Estado de bienestar, carente de la simultánea concientización solidaria, no hará más que crear nuevas capas con *subjetividades alienadas*, que se suicidarán socialmente al identificarse y apoyar a sus enemigos, creyendo tener al alcance de la mano los privilegios de las minorías beneficiarias del totalitarismo corporativo colonialista. Cuando Jauretche describía y ridiculizaba el *medio pelo*, estaba refiriéndose a capas de nueva clase media que poco antes habían sido incorporadas por el esfuerzo populista del yrigoyenismo, pero carecían de toda subjetividad solidaria y, por ende, adoptaban la ideología antipopular del *gorilismo* y se identificaban con la oligarquía a la que aspiraban a pertenecer, aunque era imposible que alguna vez lo hicieran.

Debe quedar claro que esta *subjetividad solidaria* no sólo debería ser fomentada y reforzada por el *Estado fraterno* por

meras consideraciones humanitarias –por muy valiosos que éstas sean–, sino como elemental requerimiento para la coalición social comunitaria, indispensable para posibilitar cualquier *resistencia anticolonialista*. De allí que la subjetividad solidaria contraste radicalmente con la mezquindad que fomenta el totalitarismo corporativo y colonizador de nuestros días, que mediante sus aparatos de publicidad monopólicos crea una realidad disolvente de los vínculos empáticos entre las diferentes capas sociales e incluso en el seno de éstas.

No debe creerse en un *gen egoísta* ni en una determinante biológica, pues toda subjetividad es una creación cultural y, por ende, artificial y mutable, que en este caso es muy peligrosa, porque destruye el sentido solidario de la existencia, aliena al negar la evidencia de que toda *existencia es co-existencia*, porque pasa por alto que los humanos sólo podemos ser auténticos cuando somos conscientes de que *co-existimos* con los otros humanos.

Reinstalar a la *fraternidad* como tercer punto de apoyo no significa desconocer el esfuerzo personal necesario para la realización de cada proyecto existencial, sino reconocer que estos esfuerzos nunca son suficientes para lograr su objetivo sin la sociedad que todos integramos. La *meritocracia individual* es producto de una cultura de alienación fomentada por este totalitarismo, que pretende *naturalizar* una artificiosidad ridícula, pues nadie puede concebir un éxito individual que se opere fuera de la sociedad.

Por otra parte, el totalitarismo de nuestros días fomenta la *meritocracia individual* y al mismo tiempo pretende consagrarse una única y válida meta social, que es el éxito económico individual, o sea, la acumulación de bienes y dinero. A diferencia del esquema de Merton, que por lo menos pretendía ser descriptivo, ahora se pretende imponer una única meta de mercantilización de todo: serás lo que tengas, debes acumular riqueza porque de otro modo eres un fracasado socialmente descartable.

La aspiración a una subjetividad solidaria –fraterna– no debe confundirse con la *etización* gratuita propia de los discursos

moralizantes, huecos y reaccionarios, que invocan la necesidad de *educación* o diagnostican *crisis de valores*. No se trata de ninguna *crisis*, sino simplemente, de incorporar capas excluidas pero, al mismo tiempo, de hacerlas conscientes de la necesidad de seguir incorporando a otras rezagadas y con las que deben mantenerse los vínculos de solidaridad.

Mucho menos aún se trata de imponer una ética de generosidad que reclame un profundo *cambio interior* de las personas, lo que llevaría a imaginar una *mística* que sostenga que *el cambio proviene del interior*. Nadie ha de pretender que todos sean San Francisco de Asís, Santa Isabel de Hungría o Buda, lo que sería políticamente absurdo. Sólo se trata de impulsar la comprensión del dolor ajeno, del sufrimiento y la injusticia social que padece el semejante que carece de lo elemental para el desarrollo de su existencia. No se pretende ninguna *santidad*, sino un elemental reclamo tan primario como la ética del escalador, que simplemente le prohíbe *cortar la soga que sostiene al que viene más abajo*.

El *Estado fraterno* que requiere la resistencia anticolonialista, sólo logrará su objetivo ético cuando consiga que todo nuevo humano que ascienda socialmente sea consciente de que, si bien lo hace con su esfuerzo, hubiese carecido de la posibilidad de realizarlo sin el marco de una empresa común de incorporación que debe ser impulsada precisamente por los nuevos incorporados, para seguir reduciendo la exclusión. Se trata de no olvidar nunca –y menos aún desbaratar– el esfuerzo colectivo, cayendo en la trampa del canto de sirena que invita a identificarse idealmente con los privilegiados que postulan la interrupción y regresión del proceso de incorporación, convenciéndolo de que ya es uno de ellos, cuando nunca lo será porque en realidad lo invitan a un suicidio social.

En definitiva, también esto se asienta en el segundo punto de apoyo del trípode entendido razonablemente: la *igualdad* debe ser de oportunidades para adelantar el ser de cada uno, es decir, su existencia. No desaparecerán pobres y ricos ni las clases sociales, pero se trata de que cada habitante disponga

de un mínimo de igualdad de oportunidades garantizado por alimentación, trabajo, salud, educación y seguridad, que permita que su esfuerzo para llegar a ser lo que quiera ser no deba llegar al límite de la heroicidad. No se pretende ninguna utopía deantidad de unos ni heroicidad de otros, pues por algo están los altares para los santos y los monumentos para los héroes. Sólo se aspira a una solidaridad elemental, básica, indispensable para la co-existencia, capaz de neutralizar las trampas del colonialismo o de sus agentes locales.

Los tres objetivos enunciados en el preámbulo de la Constitución de 1949 (*soberanía política, independencia económica y justicia social*) son interdependientes, pero su sustentabilidad en el tiempo dependerá también de que en lo social e institucional se logre el equilibrio del trípode de *libertad, igualdad y fraternidad*. Quienes entonaban la Marsellesa contra el juzcialismo, se olvidaban que las mujeres que la cantaron en la Revolución Francesa estaban reclamando precisamente lo que en buena medida el peronismo había realizado. En especial la justicia social no consiste sólo en la incorporación económica de los más vulnerables, pues a la larga todo se derrumba cuando ésta no va acompañada por la incorporación subjetivamente solidaria de éstos, puesto que esa falla los deja expuestos a los cantos sirenicos de los agentes locales y transnacionales de la exclusión colonial.

Más aún: cabe preguntarse si la *incorporación económica* agota la *incorporación social* o si, por el contrario, es sólo su presupuesto. Es perfectamente válido responder que sin una *incorporación cultural solidaria*, aunque medie incorporación económica, no hay una verdadera incorporación social, sino sólo la creación de una capa social vulnerable a la alienación de la ideología y de la creación de realidad única del totalitarismo en curso.

La tarea que se nos impone para el futuro es proyectar los modelos de Estados que, además de perfeccionar las instituciones y clausurar las grietas por donde penetran las tácticas totalitarias, defendiendo nuestras riquezas, economía, industria,

recursos naturales, biodiversidad, medio ambiente, etc., asumiendo una institucionalidad que nos proteja del actual avance del Estado de policía, al mismo tiempo sea capaz de fomentar esta ética social solidaria, asentándose equilibradamente sobre el viejo y reiterado trípode de eterna vigencia popular, puesto que, cabe reiterar, fue el siempre reclamado por los pueblos en sus momentos de recalentamiento histórico.





**TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO**

## **VI**

Voy a leerte  
mientras  
poema te paladeé.  
Vara tundra,  
levantándome la piel  
abriéndome barbechos  
melodeando mi germen.  
Mientras,  
alune izquierda  
cerca de tu brazo entero.  
Alune y elija los primeros peces.

Autores: *Natalia Geringer y Martín Raninqueo*

### **Arte de la portada**

Obra: *Los intercesores*

Artista: *Gabriela Caregnato*

# **Mobbing y discriminación como patologías laborales**

*Ramiro Pallares Di Nunzio*

## **I. Introducción**

Partiendo desde un análisis descriptivo se observa que en el ámbito laboral últimamente ha ido en crecimiento de forma exponencial la problemática de la violencia en todos sus aspectos y matices, exteriorizándose en estos dos grandes *entes*, que como sociedad hemos creado como son la Discriminación y el Mobbing.

Si bien en la actualidad son analizados y abordados de formas separadas, el punto de partida en donde se convergen ambos es el menoscabo a la integridad de la persona que indudablemente genera un deterioro mucho más profundo y difícil de sanar.

Diversas ramas del conocimiento científico también han tomado nota de este fenómeno y realizado notorios avances en busca de la solución del tema, como por ejemplo la psicología, la medicina, el trabajo social y el periodismo entre otras, quienes han ayudado de forma significativa para el tratamiento de esta problemática, donde la falta de una reglamentación directa sobre este tema genera la falsa idea de que es un problema aislado que solo abarca a un número reducido de la población, o peor aún que no tiene mayor trascendencia, o que no trae serias consecuencias tanto a nivel individual como familiar, laboral y social.

Será a partir de que entendamos que es una patología<sup>1</sup> de carácter social que debemos combatir, seremos nosotros los encargados de implementar las herramientas con las que ya contamos –o buscar otras– para detectar a tiempo el problema, con

---

<sup>1</sup> El acoso psicológico en el trabajo o Mobbing: patología emergente. *Mobbing in the workplace: emergent pathology*. Gac. int. cienc. forense ISSN 2174-9019 N° 3. Abril-junio, 2012.

la finalidad de darle un rápido y correcto tratamiento en los diferentes ámbitos –en especial los laborales– donde se produzca; tratando de brindar una adecuada asistencia a los damnificado.

A través de este informe, se buscará individualizar con los elementos propios de estas dos grandes problemáticas, sus uniones donde encontraremos un individuo destinatario de esta injusticia, un espacio físico determinado donde se desarrolla y el accionar tanto del agresor como la complicidad de las personas. Por otro lado el respaldo legislativo con el que contamos hoy en día tanto en el ámbito nacional como internacional que si bien intenta abarcar el mayor número de casos, son los mismos lo que mutan constantemente aun más rápido que la ley. La importancia, influencia y relevancia del sindicato en el contexto y los fallos más trascendentales que han delimitado un camino a seguir.

Desde un primer enfoque –laboral– haremos una división según en qué parte de la relación laboral nos encontremos:

a) *En la etapa pre-contractual:* En la entrevista donde la persona se presenta con la finalidad de ser contratados como trabajador, nos encontraremos que al momento de selección empiezan a jugar diferentes factores que el empleador ejerce frente a los candidatos que se presentan con el afán de conseguir un trabajo.

Cuestiones como sexo, edad, grupo social u orientación política serán las que *prima facie* influyan al momento de la contratación, si bien se encuentra en potestad del empleador la elección del personal, esto de ninguna manera lo habilita a accionar de manera discriminatoria, debe primar siempre el principio de idoneidad del aspirante al trabajo.

b) *Durante la relación laboral:* a través del acoso laboral siguiendo la traducción y el enfoque realizado por Marie-France Hirigoyen<sup>2</sup> donde toma el concepto de Mobbing de Heinz Leymann<sup>3</sup>, tomando como punto de partida la idea que existe la

<sup>2</sup> El Acoso Moral- Título original: *Le harcèlement moral* Publicado en francés, en 1998, por Éditions La Découverte y Syros, París © 1999 de todas las ediciones en castellano.

<sup>3</sup> Leymann, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

posibilidad de agredir y dañar a una personas con palabras, mentiras, humillaciones o insinuaciones en el cual se desarrolla un proceso de maltrato psicológico. Por lo que denomina al mismo como El acoso psicológico en el trabajo y tiene el objeto de destruir la estabilidad psicológica de un ser humano, a través del descredito y la rumorología. La indefensión de la víctima proviene de la pasividad de los testigos de la violencia, que permiten la destrucción de otro ser humano de manera indignamente cobarde”.

c) *Fin de la relación laboral:* En la última etapa se puede identificar como el punto crítico donde la víctima ha padecido por un período prolongado estos hostigamientos.

Es en este punto donde la persona hace un quiebre, el cual desemboca en enfermedades con licencias extensas atento a que no se atiende correctamente la patología o por el contrario una reacción de la misma la cual podría llevar al despido.

Según el último informe presentado por el Ministerio de Trabajo solo inician acciones legales el 4% de las víctimas, gran parte llegado el caso abandona el trabajo.

## II. Discriminación

Que entendemos por discriminación:

Este término lo debemos analizar según se encuentra definido en el Convenio número 111 de la OIT<sup>4</sup> –Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. Fue fundada el 11 de abril de 1919, en virtud del Tratado de Versalles– como:

“Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia

<sup>4</sup> Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor: 15 junio 1960) Adopción: Ginebra, 42<sup>a</sup> reunión CIT (25 junio 1958) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Fundamentales).

nacional u origen social (entre otras características) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. La discriminación puede perpetuar la pobreza, impedir el desarrollo, la productividad y la competitividad, y provocar inestabilidad política”, esto es así según el informe preparado con arreglo a la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Desde el ámbito penal encontramos la Ley Nacional 23592<sup>5</sup> sobre Actos discriminatorios, reparación, penalidades, donde de forma un tanto escueta en tan solo 6 artículos se sancionó en el año 1988.

Dirigida a la violencia en el ámbito de la administración pública, recién en el 2004 se sanciona la ley 13168 modificada por la 14040<sup>6</sup> del 2016 donde queda bien delimitado el alcance de la misma, entendiéndose a la violencia laboral como:

“El accionar de los funcionarios y/o empleados públicos o terceros vinculados directa o indirectamente con ellos, que valiéndose de su posición jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función, incurran en conductas que atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social del trabajador o trabajadora, manifestando un abuso de poder llevado a cabo mediante amenaza, intimidación, amedrentamiento, inequidad salarial, acoso, maltrato físico, psicológico y/o social”.

### *Distintos tipos de discriminación*

Si bien los tipos de discriminación son muchos y a la vez van mutando según los sujetos y el contexto donde se realizan, todos atacan de forma directa a una de las partes donde

<sup>5</sup> Ley 23.592 Penalización de actos discriminatorios. Buenos Aires, 3 de Agosto de 1988. Boletín oficial, 05 de Septiembre de 1988. Generalidades: derechos humanos - discriminación - discriminación racial o religiosa - discriminación por motivos ideológicos, políticos o gremiales - discriminación por condición económica o social - propaganda discriminatoria - pena - agravantes de la pena.

<sup>6</sup> Ley 14040 - Modifica los arts. 1, 2, 8 y 9 de la Ley 13168

profundizaremos más adelante, como así también el mismo contrato de trabajo. Veremos algunos de las problemáticas que los diferentes expositores tras varios años de investigación han logrado dividir con tanta claridad, determinando las características principales que llevan a la ruptura del mencionado contrato.

### *Discriminación por género*

La violencia y la discriminación tiene como uno de sus principales objetos –*en especial dentro del ámbito laboral*– a las mujeres, quienes constituyen de forma significativa el grupo más numeroso objeto de esta marginalidad.

Con el correr del tiempo tienen una mayor inserción laboral, pero lejos estamos como sociedad, de alcanzar ese paralelismo igualitario nos encontramos a años luz del mandato constitucional “*igual remuneración por igual tarea*”, y de ninguna manera se logró la igualdad de acceso a los cargos jerárquicos. Hasta que no se logre la efectiva implementación de estos mandatos legales no podremos decir que somos una sociedad justa, equitativa y menos que menos, igualitaria.

Lamentablemente, no es un problema que solamente abarque a nuestra sociedad sino que es mundial.

Como en el caso anterior desarrollado, esta discriminación puede producirse en cada etapa del empleo, desde la selección del personal, su contratación hasta la formación del contrato de trabajo y la remuneración.

Es sabido que los hombres y las mujeres trabajan a la par en todos los sectores de la economía pero ocupan distintos puestos dentro del mismo grupo profesional, siempre acompañado de una marcada diferencia en cuanto a la jerarquía que ocupa uno y otro.

No es extraño ver que la mujer sea empleada en una serie más reducida de ocupaciones que el hombre y es más probable que trabaje a tiempo parcial o mediante contratos de corta duración. (También realizan hasta el día de hoy las mismas tareas, ocupan los mismos puestos, pero perciben menos sueldo)

Debe también afrontar un mayor número de obstáculos para la promoción y el desarrollo de su carrera. Esto en la realidad se manifiesta a través de la mera contratación en el ámbito privado con la sola finalidad de cumplir con la reglamentación de emplear el mínimo requerido de personal femenino (cupo).

Las desigualdades existen y se exteriorizan en términos de salario, jerarquía y promoción.

### *Personas con problemas de salud*

Otro aspecto a tener en cuenta es la discriminación contra las personas con diferentes enfermedades de cualquier índole, más allá de que se encuentren en tratamiento, constituye igualmente una preocupación creciente el avance de la violencia en el trabajo contra este grupo de personas.

Esta discriminación puede adoptar diferentes formas, que incluyen la exigencia de realizar pruebas médicas que puedan resultar en una negativa de contratación; la exigencia de la prueba serológica a los visitantes extranjeros que van a permanecer largo tiempo en el país; y en algunos países, la obligación de realizar pruebas médicas los trabajadores migrantes.

Esta forma de violencia laboral discriminatoria se visibiliza mediante despidos sin pruebas médicas, sin notificación ni entrevista, descenso de categoría, denegación de prestaciones del seguro de salud, reducciones salariales o directamente, acoso.

Este último caso es el que se viene haciendo eco en la mayoría de los países, al encontrarse que tanto el empleador como la obra social no cubren los tratamientos que debe llevarse a cabo el empleado por considerarse que la enfermedad propiamente dicha era preexistente en un estado neutral o no manifiesto.

Según el último informe que presentó la OIT frente a esta problemática se determinó que el número de personas con discapacidad, actualmente de alrededor del 7 al 10 por ciento de la población mundial, y probablemente aumentará junto con el envejecimiento demográfico.

Sumado a que la mayoría de estas personas con discapacidad vive en países en desarrollo y las tasas de discapacidad parecen ser más altas en las zonas rurales que en las urbanas.

La forma más habitual de discriminación es negar oportunidades, tanto en el mercado de trabajo como en la educación y la formación profesional. Es crítico ver que la tasa de desempleo de los discapacitados alcanza por lo menos el 80 por ciento en muchos países en desarrollo. Estas personas se encuentran a menudo en empleos con bajos ingresos, no calificados y de escasa importancia o sin protección social alguna.

### *Discriminación por edad*

Es notoria la discriminación basada en motivos de edad. Se ha determinado que hacia el 2050, el 33% de las personas que viven en los países desarrollados y el 19% de quienes viven en los países en desarrollo tendrán 60 años o más, siendo las mujeres el número predominante en esta ecuación.

La exclusión del trabajo consiste en fijar límites de edad para la contratación, como así también el imputar al aspirante una falta presunta de potencial o conocimiento en las nuevas tecnologías que le impidan progresar profesionalmente; como también se da el caso de imputarle a la persona de edad avanzada demasiada experiencia para la labor que se le va a encomendar.

En los últimos años y con la incorporación de la tecnología en el ámbito laboral surgió un tipo de discriminación que se manifiesta en limitar el acceso a la formación profesional y condiciones que prácticamente obligan a los trabajadores a jubilarse en forma anticipada por no estar adecuadamente capacitados.

Debemos remarcar el punto positivo de este avance tecnológico, y es que gracias al mismo, se ha logrado demostrar –mediante filmaciones, grabaciones y escuchas telefónicas– la producción de estos delitos.

### *Discriminación socioeconómica*

La discriminación socio-económico es el tipo de discriminación que en juego con cualquiera de los factores antes descriptos conllevan innecesariamente a la exclusión de forma permanente de un ámbito laboral.

Es sutilmente marcado por la persona que va a contratar, como un factor que no guarda relación con el desempeño, versatilidad o esmero que uno puede llegar a tener para realizar cualquier tipo de tarea sea dejado de lado por el contexto que le ha tocado a esa persona.

## **III. Mobbing**

Para entender mejor esta problemática debemos analizarlo desde la perspectiva social donde no es que en los últimos años se descubrieran estas problemáticas, sino que atento al incremento exponencial de la violencia en la sociedad y que se trasmite al ámbito de trabajo.

Sobre este fenómeno se ha pronunciado en el ámbito internacional Vittorio Di Martino<sup>7</sup> un reconocido consultor dentro de la OIT, revelando que dentro de estas prácticas encontramos a la intimidación, el hostigamiento sistemático o reconocido como mobbing , las amenazas por parte de iguales psicológicamente inestables, el acoso sexual y como último pero más grave que el suicidio.

Como iremos viendo la dificultad que se presenta en estos casos es la comprobación del hostigamiento, porque como bien marca el consultor, estas prácticas se dan de manera muy sutiles junto con las conductas de acoso llegando a tener un carácter de clandestinidad para no contar con testigos dispuestos a revelar lo que presenciaron.

---

<sup>7</sup> *Violence at Work* de Duncan Chappell y Vittorio Di Martino. Oficina internacional del Trabajo, Ginebra, 1998. ISBN 92-2-110335-8.

El temor a ocupar el lugar del que es agredido que los lleva a ser cómplices o hasta partícipes de estos tratos.

Indistintamente del autor que tomemos, encontraremos que si bien para cada uno de ellos las características del mobbing en sentido objetivo tienen sus particularidades, la mayoría coincide en identificarlo a partir de quien ejerce el mismo, atento a que encontramos que puede ser de un superior a un trabajador; de un trabajador a otro y también de un trabajador a un superior.

### *Elementos*

- Bloquear el desarrollo de o la carrera profesional: limitando, retrasando o entorpeciendo el acceso a progresos, cursos o seminarios de capacitación.
- Desmerecer los éxitos profesionales o atribuírselos maliciosamente a otra persona o elementos ajenos a él (cuestión meramente azarosa).
- Asignar objetivos donde los plazos prácticamente inalcanzables o imposibles de cumplir y tareas que no se pueden alcanzar en el tiempo impuesto.
- Ridiculizar la tarea realizada, sus ideas como también los resultados obtenidos delante de los demás trabajadores.
- Invadir su privacidad, interviniendo su correo, teléfono, documentos y hasta sus cajones.
- Alentar a otros compañeros/superiores a participar en cualquiera de las acciones anteriores mediante la persuasión, la coacción o el abuso de la autoridad.

También encontramos al mobbing en sentido material que comprendería los casos donde se busca la destrucción de la víctima de una forma indirecta, va dirigida a una cuestión netamente de demostración de poder, como ejemplo se toma al de los casos donde la empleada queda embarazada. Por lo que el tipo de castigo se implementara tendrá dos destinatarios, en primer lugar la embarazada y en segundo el resto del personal femenino que constataran lo que le ocurrirá a la víctima.

Como bien hace mención el psicólogo Peiró José María<sup>8</sup> es una clara manipulación donde tanto los trabajadores como los superiores justifican su actuar ante el obrar egoísta por parte de la víctima se coloca en esa situación adrede y no piensan en los demás trabajadores siendo distribuido el trabajo en el resto de las personas. Es notable que frente a su accionar se justificaran de diversas formas, alegando que no es tan grave, que no son motivos suficientes para que alguien se enoje, pero como bien determina el psicólogo es en definitiva es la finalidad del agresor.

#### **IV. Partes en el conflicto**

La concientización se debe trasmitir de forma indiscriminada y de la manera más simple sencilla y clara posible, a fin de poder volver a los orígenes del derecho cuando se manifestaba conocidos por todos.

Para conocer y reglamentar de la forma más amplia posible debemos consultar a todos los trabajadores que han sido víctimas de discriminación y/o violencia en su lugar de trabajo, indistintamente del trabajo realizado.

Sin dejar de lado a los terceros que en algunas ocasiones son en definitiva los testigos presenciales de esta agresión nos centraremos en el protagonismo de las dos figuras primordiales:

##### *La víctima*

Si intentamos describir a la víctima tenemos que tener en cuenta que serán personas preferentemente (no excluyentemente) vulnerables (por sexo, edad, cargas familiares, migrantes, personas con discapacidad, etc) con un cierto grado de ingenuidad que le impide ver el inicio del acoso y con necesidad del trabajo.

Como bien se hizo mención anteriormente, también debe observarse el contexto de la persona.

---

<sup>8</sup> Nacido en Torrent, (Valencia) en 1950. Licenciado en Filosofía y Letras (Univ. de Valencia 1975). Doctor en Filosofía y Letras (Univ. de Valencia, 1977). Licenciado en Psicología (Univ. Complutense de Madrid, 1976).

Psicólogos como Peiró-Peiró<sup>9</sup> se han abocado de lleno al tratamiento de estas personas determinando el estado en que se encuentra la persona, la gravedad del cuadro como así también el tratamiento que deberá llevar adelante la víctima para su total recuperación como para su reincorporación al ámbito laboral.

Es notable que en Europa se condene no solo al pago de una indemnización al damnificado sino que de forma obligatoria le impongan al hostigador o quien realizó actos discriminativos ir periódicamente y de forma ininterrumpida al psicólogo en pos de mejorar el ámbito laboral.

### *El agresor<sup>10</sup>*

Por otro lado tenemos al agresor, donde sus frustraciones son canalizadas a través de la agresión a todo su entorno con el fin de cubrir su paupérrima labor y/o gestión, todo con la finalidad de redirigir las miradas hacia otro lugar para conservar su trabajo.

La mayoría de las veces el nivel de envidia producto del esfuerzo consiguiendo logros y reconocimientos de la otra persona no es tolerado por estas personas, no por haber ellos intentado sin poder alcanzarlo sino por el simple hecho de que el beneficiario sea otro y no él.

Muchos autores han identificado a estas personas como agentes tóxicos reconociendo de forma directa a los superiores o jefes pero sin la complicidad y ayuda de otro empleado, siendo ínfimo el porcentaje (4%) cuando la situación es a la inversa del empleado al superior.

Se ha determinado que todo este proceso de hostigamiento en este ámbito tiene como finalidad intimidar, violentar, agredir, reducir amedrentar y someter emocionalmente a la víctima con el fin de humillarla hasta que renuncie o se enferme gravemente.

<sup>9</sup> José María Peiró, Peiró Silla José María Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998.

<sup>10</sup> El acoso psicológico en el trabajo o mobbing: patología emergente. *Mobbing in the workplace: emergent pathology*. Gac. int. cienc. forense ISSN 2174-9019 N° 3. Abril-Junio, 2012 (si esta es la misma cita de antes, deberías poner el autor o revista, op. cit).

### *El sindicato*

(Ley 23551) En un principio su creación a igual que su conformación tuvo en miras la representación y protección de todos los trabajadores, tal se encuentra garantizado en el Art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional. Tanto fuera como dentro del trabajo deben garantizarse todos y cada uno de los derechos más aun cuando uno de los trabajadores desempeña tareas en el lugar como también actividades en el sindicato. Tanto la empresa como el empleador ven como un enemigo tanto al sindicato como al sindicalista.

Siguiendo una concepción moderna encontramos a los Derechos Sindicales entendidos como el derecho a la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial; derecho de los sindicatos a concertar convenios colectivos de trabajo, a recurrir a la conciliación, al arbitraje y a la huelga; protección especial a los representantes gremiales para el ejercicio de su gestión, en especial la relacionada con la estabilidad en su empleo. Esto con el respaldo constitucional que incorpora el 14bis en su segundo párrafo, entendidos estos mismos según Grisolia<sup>11</sup> como “factores inmejorables de trasformación social y de dignificación de las condiciones laborales de los trabajadores”.

Dentro del Anexo II del Pacto Federal del Trabajo (Ley 25.212) encontramos entre las infracciones “muy graves” las decisiones del empleador que implique cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares (Art. 4.a) trayendo como consecuencia las más altas multas (Art. 5) y llegado el caso de la reincidencia o múltiples afectados la directa clausura.

---

<sup>11</sup> Derecho del trabajo y de la seguridad social. Grisolia, Julio A. Depalma 1999 Pag. 61

## V. La respuesta de la OIT

Es la Organización Internacional del Trabajo quien través de sus informes ha logrado determinar los lugares afectados por esta patología laboral. El mobbing puede darse en todos los ámbitos de trabajo, como pueden ser la oficina, la plantación, o la industria, etc.

El hogar, la escuela y el trabajo son lugares estratégicos para comenzar la lucha contra la discriminación.

Esta organización en múltiples oportunidades ha manifestado que

“Cuando en un mismo lugar de trabajo se reúnen personas con diferentes características y se las trata de manera equitativa, se contribuye a combatir los estereotipos en la sociedad en su conjunto”, este grado de concientización se logra en conjunto para una efectivo y real cambio a partir de la inclusión con agentes activos previniendo y mediando en los conflictos que vayan presentado.

El reconocimiento a partir de estos informes si bien delimitan un marco base no alcanza para eliminar esta práctica aun determinando su prohibición y se concluye que la legislación que prohíbe la discriminación es un elemento indispensable pero insuficiente.

Se requiere de instituciones que garanticen la efectiva observancia de la ley, medidas positivas, una educación sin prejuicios, formación profesional y servicios de empleo y así como indicadores que permitan supervisar los progresos. Esta combinación de políticas e instrumentos es esencial cualquiera sea la forma de discriminación de que se trate.

Compartiendo la postura de Juan Somavia<sup>12</sup>, “No existe una única solución que se adapte a todas las situaciones para lograr la igualdad en el trabajo”.

---

<sup>12</sup> El camino del trabajo decente y la lucha por la dignidad humana. Juan Somavia - Noticia | 7 de agosto de 2015

En este aspecto países como Bolivia, Perú y Colombia lograron reglamentarlo tomando la delantera, teniendo una visión hacia futuro.

Como bien marca el especialista, la problemática es diferente en cada país y en cada grupo social, ha sido significativo el avance en todos estos años para lograr el reconocimiento a costa de injusticias significativas traducidas en sentencias donde las víctimas además de tener que lidiar en una disputa con una marcada desigualdad de los jueces, ya sea por falta de normativa interna o por diversos motivos, que fallaban a favor del empleador.

Siguiendo la idea del mencionado letrado y a la cual adhiero “La eliminación de la discriminación en el trabajo es responsabilidad de todos” por lo que todos debemos hacernos eco de que esta es una problemática de todos y será entre todos lo que la erradicaremos.

Es indispensable la reglamentación en este ámbito con sanciones severas tanto para el hostigador como para los terceros cómplices.

## VI. Marcos normativos

Dentro del contexto Nacional e Internacional donde a partir del 1994 Argentina rango Constitucional (Art. 75 inc. 22 segundo párrafo) a todos los Tratados encontramos un amplio espectro de normativa y jurisprudencia que intentan combatir de forma ferviente estas dos grandes problemáticas que van en aumento. Como eje principal dentro de este ámbito y habiendo recepcionado gran parte del contexto internacional encontramos al principio de Igualdad (Art. 16 CN) (Arts. 81 y 83 LCT) y Prohibición de toda discriminación.

Cumplimentando estos dos últimos artículos encontramos la ley 20392 (16-5-1973) donde nos habla de la prohibición de establecer diferencias de remuneraciones entre el trabajo femenino y masculino. La ley 23592 hace mención a que actos u omisiones serán considerados discriminatorios conjuntamente

con una reparación moral y material por los daños causados en consecuencia de los mismos.

Tal como, con claridad se encuentra en nuestro artículo 14 Bis de la Constitución Nacional “las leyes aseguraran al trabajador: condiciones dignas [...] de labor.

El carácter sancionatorio viene acompañado de la ley 23592 en sus escasos 7 artículos donde su aplicación no se ve restringido al ámbito laboral, sino a los actos discriminativos en general. Es esta ley que determina para quien viole la misma será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y repara el daño moral ocasionado.

Se establece en la misma que dentro de la escala penal se elevara del mínimo y el máximo todo delito reprimido por el código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

En el contexto internacional nuestro país ha celebrado numerosos tratados, convenios y acuerdos a fin de cumplimentar nuestro ordenamiento interno a través de leyes que pongan en funcionamiento estos derechos.

– *Ley N° 25.280: (06/07/2000)* Aprobación de la Convención Interamericana para La Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, constituido por tan solo catorce artículos con sus diferentes incisos, donde un año antes nuestro Estado suscribiera en Guatemala.

Continuando en relación a la inclusión que hace nuestra Constitución de 1994 donde se le otorga jerarquía a los pactos y tratados que posteriormente serán el fundamento utilizados por algunos de nuestros jueces en miras de esta igualdad tan anhelada. Independientemente del fallo que tomemos es citado alguno de los siguientes convenios, declaraciones, pactos entre otros.

– *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. II)* –Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948– esta misma es sancionada al término de la Segunda Guerra Mundial, compuesto por treinta artículos, encontrando en su Art. 2 artículo la incorporación sobre actos de discriminación. Acompañado por el Art. 7 en pos de la protección de los afectados.

– *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966– (Arts. 2.1 y 26) este pacto como bien menciona su preámbulo reconoce por encima de todo los derechos derivados de la dignidad inherente a la persona humana. Creando un marco normativo de 53 artículos dándoles un carácter obligatorio a las Estados que formen parte.

– *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (PIDESC Arts. 2 y 3). Si bien cuenta con 31 artículos está dirigido de forma inequívoca al estado quien debe garantizar y arbitrar los medios para su cumplimiento.

– *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Arts. 1.1 y 24). 22 de noviembre de 1969 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José) comprendido por sus 82 artículos con sus correspondientes incisos es uno de los marcos legales más completos que contamos.

– *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (Arts. 2°, 3°, y 5° al 16), si bien el 18 de diciembre de 1979 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la presente convención entrando en vigencia a partir del 3 de septiembre de 1981, recién el 27 de mayo de 1985 se promulga dentro de nuestro país integrando 30 artículos.

– *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas Discapacitadas* (Hoy se habla de la diversidad funcional).

Dada la jerarquía constitucional que tiene los instrumentos internacionales de los que se ha hecho mérito, dicho cuerpo debe ser entendido y analizado desde la concepción de que el mismo es un “Bloque de Constitucionalidad Federal”, unificador entre lo nacional y lo internacional. Siendo el estado través de sus diferentes poderes quienes cumplan como así también hagan cumplir las mismas.

## VII. Jurisprudencia

Son múltiples los casos donde la justicia ha fallado de forma favorable reconociendo los derechos vulnerados por lo que salvo opinión en contrario los siguientes serían de mayor trascendencia atento a que han logrado sentar precedentes.

En notable ver que la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando de discriminación en el ámbito laboral se trata, hace directa remisión al caso “*Pellicori*<sup>13</sup>” donde se delimitaron dos objetos bien definidos, por un lado aclarando que la discriminación no se realiza de forma abierta y fácilmente 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 la veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación’, y –por otro– se estableció el estándar probatorio aplicable a estas situaciones según el cual “para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con ‘la acreditación de hechos, que prima facie evaluados, resulten idóneos para

---

<sup>13</sup> Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo. Sentencia 15 de Noviembre de 2011 Corte Suprema De Justicia De La Nación. Capital Federal

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” remarcando los principios de igualdad y prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional no solo nacional sino internacional.

Este fallo fue el que le dio sustento a uno de las últimas resoluciones de la Corte como es el caso “*Sisnero Mirtha Graciela y Otros C/Tadelva S.R.L. y otros s/Amparo*<sup>14</sup>” donde se ven vulnerados los derechos de la libre elección de empleo sin ningún tipo de discriminación, impidiéndose de forma significativa el otorgamiento a un puesto de trabajo –servicio de transporte público de pasajeros– por el hecho de ser mujer. Lo significativo del fallo se centra en el dinamismo y la carga de la prueba, en este caso en particular sería la empresa quien deba justificar el porqué de la negativa a la contratación.

Es a partir del Art. 2 “e” y “f” donde los estados partes se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona organización o empresa como así adoptar todas las medidas adecuadas incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes reglamentos usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. Como consecuencia de haberse acreditado el acto discriminativo se remite la sentencia para su nuevo análisis conforme a derecho.

Si hablamos de fallos que han tenido componentes tanto de discriminación a consecuencia de formar parte y tener una participación activa en el sindicato debemos citar el caso “*Parra Vera Máxima C/San Timoteo S.A.*<sup>15</sup>” donde la Corte uno

<sup>14</sup> Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo Sentencia 20 de Mayo de 2014 Corte Suprema De Justicia De La Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires.

<sup>15</sup> “*Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A. s/Amparo*”. Sentencia 14 de Junio de 2006 Cámara Nacional De Apelaciones Del Trabajo. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires Sala 05.

de los puntos donde se apoyo para su veredicto fue en relación a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 ratificado por nuestro país, donde se señala que "...Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades..., lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación... La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo..." sumado al art. 37 1er párrafo de la Constitución de la O.I.T.

Bien se supo interpretar el conjunto normativo al determinar que comprobado el hecho del despido a consecuencia de un acto discriminativo, este mismo acto será considerado nulo por lo que termina resolviendo de forma acertada la reincorporación sumado a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Por último el fallo "*CML C/Defensoría Del Pueblo de La Nación S/Empleo Público*"<sup>16</sup> donde la Cámara Nacional de Apelaciones

---

<sup>16</sup> Expte. N° 21.894/2009 - "CML -Reservada- Inc. Med. c/Defensor del Pueblo de la Nación s/empleo público" - CNACAF - SALA III - 15/09/2009

en lo Contencioso Administrativo Federal , encontramos todos y cada uno de las características propias del Mobbing o acoso psicológico, donde quedo demostrado que el hostigador ejerció violencia sobre la colaboradora desplazándola de manera unilateral de las tareas que realizaba por ausencia justificadas reubicándola en un lugar sin una tarea fija y no apto para cumplir un horario regular de 8 horas. Bien se supo dilucidar que las medidas llevadas a cabo no son las apropiadas y menos cuando quien las ejerce es un representante de todos nosotros bregando por nuestros derechos, los jueces con la aplicación de la ley 26485 art. 2 inc. A le dieron fundamento al citado fallo.

### VIII. Conclusiones

Será a través del trabajo en conjunto entre la sociedad, los sindicatos junto al Estado buscar unificar los alcances y límites en la sanción de una ley acorde a las exigencias como realidad que se vive en la actualidad.

Como primera medida se debería realizar la implementación de medidas de contención para las personas que acuden por ayuda como puede ser el Ministerio de Trabajo junto al asesoramiento adecuado con el respaldo de personal idóneo para este tipo de situaciones. Más allá de que como ha quedado en evidencia la justicia no siempre acompaña a la parte débil en el conflicto.

Ha quedado demostrado que los índices de producción se ven seriamente afectados cuando el ámbito del trabajo es hostil, donde la persona tiene que vivir a la defensiva sin poder focalizarse en la labor que realiza.

Este sería uno de los principales puntos a remarcarles los empresariales privados (cuando no son llevadas adelante por ellos mismos) sumado a que su falta de acción al tener conocimiento que dentro de sus empresas sumado a las sanciones de carácter pecuniario serán los motivos que los lleven a tomar cartas en el asunto.

Debemos entender que esto no es solo una problemática en el ámbito laboral porque ha quedado determinado que tanto el agresor como la víctima canalizaran en sus hogares esto que se suscito en el trabajo, generándose otro foco toxico potencialmente conflictivo.

Para luchar de forma abierta de contra la discriminación debemos avanzar sobre la ignorancia y hasta la desinformación. Está en la mano de todos y cada uno de nosotros volver a darle significado a los valores a través del respeto la tolerancia el reconocimiento y el compañerismo, en saber que la diferencia del otro son características propias de la persona, no permitiendo que el individualismo le gane la puja a la solidaridad.

Debemos dejar en claro que la pretensión de nulidad de despido con la reincorporación al puesto de trabajo, este despido discriminatorio padecido por la víctima es nulo de objeto prohibido y además ilícito. Las sentencias que sigan este camino son las que ayudaran de forma significativa a la sociedad en general independientemente del ámbito donde nos encontramos, no hay que dejar de lado que es un mensaje directo para el acosador/ hostigador, junto a la implementación del carácter obligatoria para las partes la concurrencia a diferentes especialistas en pos de mejorar la calidad de vida y el ámbito laboral.

## Bibliografía

- <http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm> (Pagina Oficial de la Organización Internacional del Trabajo)
- [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_008502/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008502/lang--es/index.htm) (Informe Sobre La Violencia en el Trabajo- Comunicado de prensa- 20 de Julio de 1998)
- <http://www.trabajo.gba.gov.ar/> (Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires)
- Revista de la OIT Violencia en el Lugar de Trabajo nº26 Sept./ Oct. de 1998.
- Revista de Derecho Laboral 2009 - 1. Discriminación y violencia laboral - II.

Derecho del Trabajo Manual- Ángel Eduardo Gatti 2015 Cap. VII-Discriminación y prueba.

C156 - Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares-Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (Entrada en vigor: 11 agosto 1983) Adopción: Ginebra, 67<sup>a</sup> reunión CIT (23 junio 1981).

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social PROMOCION DEL EMPLEO Resolución 124/201.

Psicología de la organización (O.C.) (5<sup>a</sup> ED.) José María Peiro Edic. 2001

El camino del trabajo decente y la lucha por la dignidad humana por Juan Somavia Agosto 2015

Nuevo informe de la OIT sobre discriminación en el trabajo: un panorama de esperanza y preocupación Informe por Juan Somavia Junio 2006

Revista Trabajo N°47 OIT Junio 2003- Informe “Discriminación en el trabajo: Un panorama de esperanza y preocupación.

# **La concesión de la prisión domiciliaria a las madres de niños y/o niñas menores de cinco años o personas con discapacidad, a la luz de la metodología para el análisis de género del fenómeno legal<sup>1</sup>**

*Maria Cecilia Rita Villegas*

## **I. Introducción**

En la presente monografía analizaré la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria a las madres de niños y/o niñas menores de cinco años. Este instituto está previsto en la legislación argentina en el artículo 10 del Código Penal y en el artículo 32 inciso f de la ley 24660, modificados en este punto por la ley 26472.

Si bien el tema ya ha sido abordado en diferentes publicaciones con distintos enfoques, mi propuesta es examinar el referido beneficio a la luz de la metodología para el análisis de género del fenómeno legal.

A tal fin seguiré los seis pasos propuestos por la Profesora Alda Facio, que brevemente detallo, con la finalidad de servir de guía del presente trabajo.

El primer paso de la metodología es la concientización, poner atención y reconocer las diversas formas de discriminación y subordinación de las mujeres.

El segundo paso consiste en la comprensión del sexismoy sus manifestaciones,

El tercer paso implica identificar cuál es la mujer que está presente o invisibilizada en la norma, planteada como el “otro” opuesto al paradigma del ser humano que es el hombre,

---

<sup>1</sup> Seminario Discriminación y acceso a la justicia de las mujeres, PRIGEPP. Profesora Coordinadora Alda Facio. 2017.

y desde allí analizar sus efectos en las distintas mujeres, que quedan excluidas por su raza, etnia, orientaciones sexuales, estatus migratorio etc.

El cuarto paso es encontrar el estereotipo de mujer que sirve de sustento al texto o contexto, para alcanzar soluciones prácticas a la discriminación de las mujeres que no supongan la institucionalización de la desigualdad.

El quinto paso supone ampliar el concepto de derecho, de forma que resulte abarcativo del derecho legislativo (componente formal normativo), del derecho judicial (componente estructural) y del derecho consuetudinario (componente socio-cultural).

Por último, el paso seis requiere volver al paso uno, a fin de profundizar la concientización con todos los elementos analizados en los pasos dos a cinco.(Hipertexto PRIGEPP, Discriminación, (2017) 1.3, 1.4 y Facio A., Webconferencia PRIGEPP 28 de septiembre de 2017).

En este análisis buscaré determinar si la norma en cuestión reproduce estereotipos –partiendo de la relación existente en las mismas entre el sexo biológico y los roles de cuidado–

## **II. Desarrollo**

### ***II.1. La prisión preventiva domiciliaria en la legislación argentina***

En Argentina, la prisión domiciliaria es un instituto previsto por la ley 24660, en su artículo 32, modificado en el mes de enero de 2009 por la ley 26472, que reformulando también el artículo 10 del Código Penal incluyó nuevas causales de otorgamiento de la figura, entre ellas el referido inciso f) “madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

Como tienen dicho en innumerables fallos nuestros tribunales, el instituto implica el efectivo cumplimiento de la pena privativa de libertad. Es una solución prevista por la ley para

aquellos casos en que el encierro carcelario supone, por la situación particular del penado o de la pena, un sufrimiento intolerable e inhumano, por lo que precisamente, la finalidad de este instituto se dirige a humanizar la ejecución de la pena privativa de libertad, cuando en función de la situación descripta, la finalidad de reinserción social no tiene efecto práctico. (Solís o Salgado Solís, Ramón Fernando s/incidente de prisión domiciliaria, [2017], entre muchos otros).

El artículo bajo análisis, en su actual redacción reza: “El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo.”

Esta figura encuentra sus fundamentos, además del ya referenciado principio de humanidad, en los de no trascendencia o trascendencia mínima de la pena –esta no debe pasar de la persona que ha sido juzgada– y del interés superior del niño.

## ***II.2. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Sus seis etapas***

Abordaré, tal como se adelantó en la Introducción, el análisis de la causal de concesión de la prisión domiciliaria a las madres de niños y/o niñas menores de cinco años o de una persona con discapacidad, mediante la metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Para ello, siguiendo el primer paso propuesto, parto de la base del condicionamiento para el

análisis normativo que supone el patriarcado, por ser este el paradigma desde el que se ha construído todo nuestra organización social, atravesando por ende, también nuestros valores, y dentro de ellos, los jurídicos. Por ello resulta necesario tomar conciencia de las distintas opresiones de las mujeres de las distintas razas, clases sociales, rangos etarios, discapacidades, opciones sexuales y etnias, y del lugar subordinado que el patriarcado asigna, en contraposición al de privilegio que detentan los hombres. Recién con esta toma de conciencia, se puede avizorar lo antinatural del patriarcado, y comprender que cada una de las experiencias individuales y personales de sumisión son en realidad experiencias colectivas de opresión.

Como consecuencia, se debe sospechar de todas las instituciones de origen patriarcal y de su pretendida neutralidad.

Continuando con el segundo paso corresponde analizar si el sexismo y sus diversas manifestaciones se encuentran presentes en la norma objeto del presente.

Cómo se enseña en el hipertexto y webconferencia referenciada, Margrit Eichler identifica siete formas en las que se muestra el sexismo: 1) el androcentrismo; 2) la sobregeneralización y/o sobrespecificación; 3) la insensibilidad al género; 4) el doble parámetro; 5) el deber ser de cada sexo; 6) el dicotomismo sexual y; 7) el familismo.

En esta institución, si bien encuentro presente todas las formas de sexismo, destaco las siguientes:

Androcentrismo, sin duda la norma parte de la perspectiva masculina como parámetro de lo humano, ya que si bien parece considerar la especial situación de sufrimiento que alcanza a las mujeres madres de niños o niñas menores de cinco años o persona con discapacidad, en realidad refuerza el estereotipo del rol de cuidado tradicionalmente asignado a la mujer. El modelo de esta norma es el hombre, la mujer es la diferente que merece un tratamiento especial.

En cuanto a la sobregeneralización y/o sobrespecificación, se observa en la redacción del artículo bajo análisis el uso del

masculino intentando incluir a ambos sexos, es el caso de la utilización de los términos juez, interno, hijo. Está presente la sobre especificación también cuando la norma parece apuntar a la necesidad de cuidado que tienen los hijos e hijas menores del cuidado materno, cuando en realidad la necesidad de cuidado es con relación a sus progenitores.

Resulta muy claro que el texto de la norma bajo análisis parte de que cada sexo tiene un rol particular que desempeñar. El rol de la mujer es sin duda el de cuidado. El sistema patriarcal, a través de la ley, supone que las características naturales de la mujer conllevan a asignarle este rol, impropio para las características naturales del hombre. La mujer resulta acreedora a este trato más “benévolos” del sistema judicial cuando su situación personal responda a las expectativas de comportamiento femenino. (Larrauri, 1992) Ejemplo sin dudas del deber ser de cada sexo y dicotomía sexual como formas de manifestación del sexismo.

En cuanto al familismo, será analizado por su particular extensión y generalización en el campo jurídico, junto al paso cuarto.

Continuando con el tercer paso, puedo afirmar que esta institución legal alude a una mujer heterosexual, sin antecedentes penales, ni inconvenientes económicos. La norma no alcanza a las mujeres expuestas a un alto grado de vulnerabilidad social.

Fundamento mi posición con distintas resoluciones judiciales que deniegan la concesión del beneficio. En el caso “Fernández Ana María s/causa 7516” (2013) el Tribunal ponderó el interés del Estado de hacer cumplir una condena, en desmedro de normas de rango constitucional y tratados internacionales que protegen el interés superior del niño, en este caso de siete meses y lactante, sin embargo surge del dictamen de la Procuradora General de la Nación que los rechazos que obtuviera la solicitante en los tribunales inferiores se relacionan con su opción sexual. “Finalmente, coincidiendo con la apreciación de la jueza Ángela Ledesma al emitir su voto en la sentencia

impugnada, destaco que los restantes jueces del tribunal oral valoraron la circunstancia de que B.F-A. tiene dos madres. La frase “existe otra madre que puede ocuparse de la atención del pequeño y también familia extensa que cubre las necesidades de atención que puede demandar el menor” (expresada en la sentencia de fs. 313-315 vta. del expediente 33/12) indica que la orientación sexual de la madre fue uno de los motivos que justificó el rechazo de la prisión domiciliaria”. En efecto el término “otra madre” significa que el tribunal valoró que la condenada contrajo matrimonio con otra mujer, lo que implicaría una madre más en el hogar. Por lo tanto si una de las madres se encuentra privada de libertad, la otra madre puede reemplazarla. Si en cambio la pareja de Ana María Fernández hubiese sido de sexo masculino, el razonamiento sobre los cuerpos reemplazables no podría aplicarse. (Comas, 2016).

En el fallo “Varela, María Paola s/recurso de casación”, (2011) se rechazó la concesión del instituto por considerar que los antecedentes penales de la interna demostraban que descuidó y desatendió a sus hijos durante todo su crecimiento. También se destacó que los nacimientos de sus hijos no provocaron un cambio en su conducta delictiva. Del fallo deriva una terrible conclusión: una mujer con varios antecedentes penales no es una buena madre y por tanto no puede ampararse en la protección de su hijo e hijas para solicitar la prisión domiciliaria (Guereño, 2012). En esta causa se juzga la idoneidad de una mujer como madre, a partir del o de los delitos que se les imputa. Una buena madre no puede ser delincuente.

Asimismo en la causa “Martínez, María Isabel s/homicidio calificado por el vínculo” (2013) el Tribunal rechaza el aplicar el instituto, entre otras motivaciones por el delito por el cual se trae a proceso a la acusada, y porque por la situación económica de la interna, convertiría en muy complicada la contención y cuidado del joven dada su enfermedad (esclerosis múltiple). No se valora los informes del Hospital Rawson donde está internado el hijo que dan cuenta que está en condiciones de alta si cuenta con la asistencia de una persona que se haga cargo del mismo,

ni tampoco el interés del joven en contar con la asistencia de su madre. Destaco que la acusada no ha sido condenada, y que hasta su prisión era quien se hacía cargo del joven.

Concluyo, con estos elementos, que la mujer de bajos recursos, con opciones sexuales diversas de la heterosexualidad y con antecedentes penales, en un sistema judicial diseñado y operado por el patriarcado, no es tenida en cuenta por esta norma.

Si bien estos fallos no provienen del más alto tribunal del país, no puede soslayarse la casi nula posibilidad de acceso a él de parte de mujeres migrantes, de bajos recursos económicos, los sectores más invisibilizados y por ende más vulnerables. Por ejemplo, la mujer al frente de una familia monoparental, que no cuenta con quién pueda auxiliarla para cumplir con aquellas tareas que se le imponen como madre fuera del domicilio, no podría acceder a este instituto. La ley tiene que amparar a esta mujer también. (Guereño, 2015)

Desarrollando el cuarto paso encuentro que el estereotipo en el cual se basa el artículo en análisis es la mujer familia, mujer madre-reproductora. Parte del concepto de estereotipo como la visión generalizada sobre un grupo en particular, sobre los roles que estos deben cumplir o sobre los atributos que se les asignan (Cook y Cusack, 2010). Al ser la mujer quien lleva adelante el embarazo, y da a luz, es quien “*naturalmente*” se encuentra en mejor situación para la crianza y el cuidado de la familia. También por asignársele un carácter paciente y compasivo, en contraposición al del hombre, se da por hecho que a ella le corresponde el cuidado de personas que requieran una atención específica. Es real que hoy la mujer está más vinculada a la familia que el hombre, es real pero no “*natural*”.

No existe razón para otorgar este instituto sólo a la mujer, y excluir al hombre. Se está identificando mujer con familia, y dentro de este concepto con mujer-madre o mujer-reproductora de la especie. Se trata de un “privilegio” vinculado a la forma del cuerpo, que corresponde reemplazar por un “privilegio”

vinculado a los roles de género. Corresponde, pues, acordar la prisión domiciliaria a quien cumpla efectivamente con el rol de cuidado, sin eliminar de tal modo, el privilegio tradicional de la cuidadora marginada (Williams, 1999).

La asignación de este estereotipo restringe la identidad de la mujer, que se ha visto obligada a asumir el rol de cuidadora, sin que importen sus aptitudes o preferencias individuales. Asimismo limita el acceso al empleo y el desarrollo profesional de la mujer, ya que se entiende que al tener que responder a los deberes de cuidado de su familia, no podrá dedicar tiempo a su trabajo, o tendrá mayor cantidad de inasistencias.

Frances Raday, citada por Cook y Cusack explica “La práctica cultural más dominante y dañina globalmente (...) es la estereotipación de las mujeres exclusivamente como madres y amas de casa, de forma tal que limita sus oportunidades de participar en la vida pública ya sea política o económica”. Afirma que la designación estereotípica de la responsabilidad única o prioritaria del cuidado que se hace a la mujer la coloca en situación de desventaja en todas las culturas. Los estereotipos que se derivan de la premisa de que la mujer debe ser madre y ama de casa y por lo tanto, estar “al centro de la vida familiar y del hogar” han sido usados históricamente para justificar la exclusión de las mujeres de la vida pública.

Continuando con el paso quinto, aplicando el concepto amplio de derecho destaco que el análisis no puede centrarse únicamente en el componente formal normativo. La importancia del componente estructural y del político cultural es insoslayable. El sexism está naturalizado, es invisible y parece mostrarse como neutral. Está presente en la interpretación y aplicación de las normas que hace el componente estructural, a veces de manera imperceptible hasta para él mismo. Lo mismo puede decirse con relación al componente político cultural, las leyes no escritas que sin embargo tienen muchas veces más alto grado de acatamiento que las propias normas.

Se desarrolló en el paso tercero como el componente estructural limita el acceso a la prisión domiciliaria, en situaciones

que el componente formal normativo no lo hace. En cuanto al componente político cultural, no se puede obviar que el rol de cuidado asignado a la mujer forma parte del sexism*o naturalizado* que actúa desde una múltiple influencia en este componente: El sexism*o* está presente siempre, en quienes hacen las leyes y lo reproducen en el dictado de estas últimas, en la sociedad que actúa como límite en el cuerpo legislativo, quién no se anima a legislar más allá de él y también cuando este poder, al interpretar las tradiciones tienen el límite de sus propios intereses de género.

En el caso de este artículo, los trabajos de doctrina relevantes se centran más en la aplicación del instituto al padre –efectuando una interpretación analógica *in bonam partem* de las citadas normas– y en la aplicación del principio del interés del niño, dejando de lado que el instituto bajo análisis refuerza estereotipos de género. (Becerra, Camano, Dias, Donnes y Oliver, 2013; Soruco, 2013; Bessone, 2016).

Llegando al último paso de la metodología propuesta, que implica profundizar la concientización referenciada en el primer paso, reflexionando sobre los aprendizajes obtenidos a partir de los pasos segundo a quinto, encuentro que la norma elegida, que en un primer acercamiento describía como reforzadora de estereotipos, es discriminadora de la mujer en muchos más aspectos que este.

La norma no es sólo parte de un estereotipo de género y lo reproduce, es androcéntrica, invisibiliza género, y no llega en su aplicación a todos los colectivos de mujeres.

Resta colectivizar el presente trabajo con mujeres y hombres que pueden aportar miradas críticas que denuncien el sexism*o* en sus variadas formas, que enriquezcan el análisis a fin de garantizar que ningún grupo de mujeres resulte excluido.

### III. Conclusión

La institución bajo análisis es sexista, refuerza el estereotipo de género que asigna a la mujer un rol de cuidado, reducido

a la esfera doméstica, no pública, al que se le atribuye históricamente un menor valor. No tiene tampoco una visión integral que contemple a todas las mujeres, no prevé mecanismos de sostén alguno.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 5 declara “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) 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; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.”

De ello se desprende que la norma, al reforzar estereotipos de género incumple con la Convención.

Concluyo, como corolario de todo lo desarrollado que debe reformularse la norma, incluyendo garantías que impliquen que no se excluya a ningún grupo de mujeres, su redacción visibilice el género, sea inclusiva y no reproduzca estereotipos de género.

## Bibliografía

- Becerra. S, Camaño A., Díaz L, Donnes A. y Oliver A (2013) La aplicación de prisión domiciliaria en casos de padres con niños menores de cinco años a su cargo. En Derecho UBA. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/la-aplicacion-de-prision-domiciliaria-en-casos-de-padres-con-ninos-menores-de-cinco-anos-a-su-cargo.pdf>
- Bessone, N. (2016) El arresto domiciliario de padres a cargo de niños menores de cinco años. En Pensamiento Penal. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/doctrina42870.pdf>

- Comas, R. (2016) La invisibilidad de género y el interés superior del niño en la administración de justicia del Estado argentino: análisis sobre la solicitud de arresto domiciliario de Ana María Fernández. En Tesis destacadas del año académico 2014-2015 (UNSAM). Recuperado de <http://www.unsam.edu.ar/ciep/wp-content/uploads/2016/12/La-invisibilidad-del-genero-y-el-interes-superior-del-nino-en-la-administracion-de-justicia-del-Estado-Argentino-Analisis-sobre-la-solicitud-de-arresto-domiciliario-de-Ana-Maria-Fernandez.pdf>
- Cook R. y Cusack S. (2010) Estereotipos de género: Perspectivas Legales Trasnacionales. En *Seminario PRIGEPP Discriminación*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Facio, A (2017) Discriminación y acceso a la justicia de las mujeres. [Hipertexto] Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Facio, A. (2017, 28 de septiembre) Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. [Webconferencia]. En *Seminario PRIGEPP Discriminación*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Fernández, Ana María s/causa 7516 [2013] (CSJN y dictamen PGN)
- Guereño, I (2012) La prisión domiciliaria sólo para *buenas* madres. Análisis de una sentencia que restringe lo que la ley amplía. En Pensamiento Penal. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/04/doctrina33634.pdf>
- Guereño I. (2015) La prisión domiciliaria de madres: la trampa del encierro hogareño. En Pensamiento Penal. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/10/doctrina42203.pdf>
- Larrauri, E. (1992) "La mujer ante el derecho penal." En *Seminario PRIGEPP Discriminación*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Martínez, María Isabel s/homicidio calificado por el vínculo [2013] Superior Tribunal de Córdoba.
- Solís o Salgado Solís, Ramón Fernando s/incidente de prisión domiciliaria [2017] (Tribunal Federal Oral de Córdoba I).

Soruco, S. (2013) La prisión domiciliaria. El caso de madres y padres menores de cinco años. El caso de los mayores de cinco años. En Pensamiento Penal. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doc-trina36155.pdf>

Varela, María Paola s/recurso de casación [2011] (CNCP Sala II).

Williams, J (1998) Igualdad sin discriminación. En *Seminario PRI-GEPP Discriminación*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>



**SECCIÓN ESPECIAL**

**JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA  
EN ARGENTINA Y BRASIL**

## VII

Te celebro, primera vara,  
Laurel centinela.

Vestidito y de barro,  
centinela ofrenda.

Ngunechén respira,  
primera vara.  
La palma del laurel  
te besa los dedos.

Autores: *Natalia Geringer y Martín Raninqueo*

### **Arte de la portada**

Obra: *Vulpeja*

Artista: *Gabriela Caregnato*

# **El Poder Judicial como arma política. Sobre la intervención judicial del partido justicialista en la República Argentina**

*Guillermo Raúl Moreno<sup>1</sup>*

*“No existe tiranía peor que la ejercida a la sombra  
de las leyes y con apariencias de justicia”*

(Barón de Montesquieu)

*“... afianzar la justicia”*

(Objetivo de los constituyentes reunidos en Santa Fe,  
plasmado en el preámbulo de la Constitución Nacional)

## **I. Introducción**

Si bien en los últimos tiempos hemos contemplado una notoria injerencia de la justicia en cuestiones que históricamente consideramos de carácter político, por sus especiales particularidades –sobre las cuales haremos luego un detallado análisis– nos detendremos en la decisión judicial de intervenir uno de los partidos políticos de mayor tradición e importancia en América Latina, como lo es el Partido Justicialista. Así, en un fallo insólito y carente de sustento jurídico suficiente, una magistrada judicial afectó gravemente la vida institucional del principal partido político de oposición en nuestro país. La intromisión y la persecución se hicieron presentes una vez más en el partido creado por el General Juan Domingo Perón a mediados del siglo XX.

## **II. Los jueces y su rol en un Estado democrático**

En la organización institucional de nuestro país, el Poder Judicial es uno de los poderes del Estado. Está compuesto por

---

<sup>1</sup> Profesor Adjunto de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Contacto: guillermoraulmoreno@yahoo.com.ar

una serie de órganos que integran una estructura vertical, en cuyo peldaño superior se encuentra el tribunal máximo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>2</sup> Como se advierte, la Constitución Nacional –siguiendo el modelo norteamericano– erigió un poder específico en su estructura estatal para cumplir la función judicial. Se sostiene que de los tres poderes ideados por el constituyente, el judicial se nos presenta como el más débil, al no contar con las armas ni el tesoro.<sup>3</sup> De allí que, como nos enseña el Prof. Sagües, el peso político del Poder Judicial reside en el respeto que le tengan los demás poderes del Estado y en el prestigio que encuentre en una comunidad. Ese prestigio es producto de la justicia, prudencia y, sobre todo, de la imparcialidad de sus decisiones.<sup>4</sup>

En un Estado democrático, la independencia del Poder Judicial es condición vital para su jerarquización e imparcialidad. Como bien se ha sostenido, los jueces deben estar libres de influencias, ya sean de los otros poderes, de la opinión pública, de factores o grupos de poder o presión.<sup>5</sup>

La función de los magistrados adquiere tal relevancia como instrumento eficaz para asegurar el goce efectivo de la libertad, que la justicia estuvo presente en todos los tiempos y en todos los pueblos. Hacemos propia la afirmación de Joaquín V. González cuando señalaba que “ningún pueblo de la tierra ha gozado de libertad mientras no ha tenido asegurada su justicia”.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> De acuerdo al art. 108 de la Constitución Nacional, “El Poder Judicial de la Nación, será ejercido por una Corte Suprema de Justicia de la Nación, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”.

<sup>3</sup> Así, Hamilton en “El Federalista” señala que el poder judicial no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo del ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos”.

<sup>4</sup> Sagües, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, 2da edición actualizada y ampliada, 1º reimpresión, Astrea, Bs.As. Bogotá, 2014, pag. 337.

<sup>5</sup> Ver Ziulu, Adolfo Gabino, *Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Bs. As. 2014, pag. 755.

<sup>6</sup> Gonzalez, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada Editores, pag. 591.

### **III. El uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política. La guerra jurídica “Lawfare”**

En los últimos años estamos presenciando en nuestra región un extraño fenómeno que consiste en la utilización de sectores del poder judicial con fines claramente de persecución política. Para que ello sea posible se requiere no solo de jueces cómplices, sino también de medios masivos de comunicación que actúen coordinadamente con esos objetivos.

Dan prueba de lo que estamos comentado la persecución judicial de la expresidenta argentina, Cristina Fernandez de Kirchner, la destitución de Dilma Rouseff en Brasil, Manuel Zelaya en Honduras o Fernando Lugo en Paraguay.

A los ejemplos mencionados debemos sumar el arresto del expresidente Ignacio Lula da Silva dispuesto por la justicia brasileña en un proceso plagado de irregularidades. La falta absoluta de imparcialidad de los magistrados intervenientes nos revela el sentido no jurídico, sino político de todas las actuaciones judiciales llevadas adelante en ese proceso. A ello debemos sumarle la fuerte campaña mediática desplegada en contra de Lula y, en palabras del maestro Luigi Ferrajoli, la celeridad aplicada por la justicia “para llegar a la sentencia final lo antes posible y así, de acuerdo con la ley “Ficha limpia”, evitar que Lula, quien sigue siendo la figura más popular de Brasil, pudiera presentarse a las elecciones presidenciales del próximo mes de octubre. Esta es otra pesada interferencia judicial en la esfera política, que mina de raíz la credibilidad de la jurisdicción”.<sup>7</sup>

Ahora bien, ¿cómo y donde surge esta idea de un uso indebido de mecanismos y herramientas jurídicas con fines de persecución política, destrucción de imagen pública de dirigentes e incluso, como lo señalamos en el caso de Lula, inhabilitación de adversarios políticos?

---

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, *Una agresión judicial a la democracia brasileña*, <https://www.elcohetealaluna.com/una-agresion-judicial-a-la-democracia-brasileña/>

A fines de la década de los 90' surge el término en inglés *Lawfare*, que lo podríamos traducir como “guerra legal” o “guerra jurídica”. Es decir, una táctica que consiste en utilizar la ley como arma de guerra.

El término apareció por primera vez en un trabajo del General de División retirado Charles Dunlap Jr., de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, en el año 2001 y desde ese momento se lo identifica con el uso abusivo de las leyes y sistemas judiciales para el logro de objetivos militares y políticos.<sup>8</sup>

Para el prof. Gregory P. Noonee, Director del Programa de Seguridad Nacional e Inteligencia en Fairmont State Universit, la guerra jurídica es “un arma diseñada para destruir al enemigo mediante el uso, mal uso y abuso del sistema legal y los medios de comunicación para provocar protestas públicas contra ese enemigo”<sup>9</sup>

Es de lamentar que, maniobras como éstas bajo apariencias de legalidad y de justicia lesionen seriamente la calidad democrática en nuestros países.

#### IV. Intervención judicial del Partido Justicialista

El lunes 9 de abril del corriente año, recibimos una noticia sorprendente. La jueza a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 1 con competencia electoral en el Distrito Capital, **María R. Servini de Cubria** dispuso, a través de una insólita resolución, intervenir judicialmente el Partido Justicialista Orden Nacional.

El peronismo sabe de proscripciones, violencia y persecución. Situaciones que en otros tiempos le impidieron participar en la faz agonal de la política. Pero hoy, en plena vigencia de un Estado de Derecho, todo esto parece resurgir, esta vez increíblemente a partir de una decisión judicial.

<sup>8</sup> Ampliar entre otros en Eli Cohen, ‘Lawfare’: el uso de la ley como arma de guerra, <http://elmed.io/lawfare-el-uso-de-la-ley-como-arma-de-guerra/>

<sup>9</sup> Gregory P. Noone Dr, *Lawfare or Strategic Communications.*? Pag. 79 <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=jil>

La resolución judicial que dispone la intervención está teñida de arbitrariedad, y por lo tanto constituye una sentencia injusta, anómala, inconstitucional e insostenible. La misma no cuenta con citas legales, ni antecedentes jurisprudenciales que den sustento jurídico a la decisión tomada. Tan solo se asienta en consideraciones de tipo histórico-político, con una cita de Perón incluida: “*Por ello...*” sostiene la Sra. Jueza “...es necesario recordar lo manifestado por el General Juan Domingo Perón, al expresar que “*El peronismo anhela la unidad nacional y no la lucha*”, *Las veinte verdades peronistas, Juan Domingo Perón, 17 de octubre de 1950*”.

En relación a las sentencias arbitrarias, tiene dicho nuestro Máximo Tribunal de Justicia de la Nación hace ya más de un siglo en el recordado caso “Rey, Celestino v Rocha, Alfredo y otro” que serán arbitrarias aquellas sentencias desprovistas de todo apoyo legal, “fundadas tal solo en la voluntad de los jueces”<sup>10</sup>

Cuando las decisiones judiciales se encuentran alcanzadas por ese tipo de anomalías, las mismas resultan ser incompatibles con la garantía de defensa en juicio, no pudiendo tenérselas como actos jurisdiccionales válidos. Es por tal razón que la Corte Suprema de la Nación tenga dicho que la “exigencia de que las sentencias judiciales tengan fundamentos serios reconoce raíz constitucional”<sup>11</sup>, agregando que es condición de validez de los fallos judiciales que ellos configuren “derivación razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias comprobadas en la causa”<sup>12</sup>, y descalificando como arbitrarias a las decisiones que no reúnan esa condición.<sup>13</sup>

#### ***IV.1. Gobiernos de facto y proscripción del Peronismo***

En 1946 Perón llega a la presidencia de la Nación como candidato del laborismo. En efecto, algunos días después de aquel

<sup>10</sup> CSJN, *Fallos* 112:384.

<sup>11</sup> CSJN, *Fallos* 236:27.

<sup>12</sup> CSJN, *Fallos* 238:550.

<sup>13</sup> Palacio, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal, Teoría y Práctica*, cuarta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires/Bogotá/México/Santiago, 2010, pag. 177.

movimiento popular del 17 de octubre de 1945, los principales dirigentes de esa movilización crearon el Partido Laborista, inspirados en el laborismo inglés, que había derrotado al conservador Winston Churchill en elecciones luego de la Segunda Guerra Mundial.

Si bien es cierto que la clase obrera argentina contaba con una experiencia de organización de casi medio siglo anterior al surgimiento del peronismo, será en la era justicialista cuando se proyecte al primer plano de la vida política nacional, extendiendo su organización gremial a todo el país. La incorporación de los sectores populares a la ciudadanía real y la distribución más igualitaria del ingreso, relacionó de manera particular la clase obrera con el Estado.<sup>14</sup>

Durante la presidencia de Perón se constituyó el 21 de noviembre de 1946 el “Partido único de la Revolución” integrado por la unión de partidos motivados por Perón, que se transformará al año siguiente en el “Partido Peronista”.<sup>15</sup>

Años más tarde, la llamada “revolución libertadora”, que depuso al gobierno constitucional de Juan Domingo Perón, decidió llevar adelante la “desaparición del peronismo”. En 1955, el régimen militar inhabilitó a los funcionarios del gobierno de Perón para ser designados en un futuro candidatos a cargos electivos y pocos días después, el 30 de noviembre de 1955, disolvió el Partido Peronista.<sup>16</sup>

En ese contexto se dio a conocer el recordado el Decreto 4161/56, mediante el cual se prohibió la utilización de cualquiera de los símbolos del movimiento peronista, del retrato o

<sup>14</sup> Mignón, Carlos, *La breve experiencia del Partido Laborista en Argentina, 1945-1946, Artículo para el 5º Anuario de la Escuela de Historia, 2007.* [http://www.academia.edu/5481180/La\\_breve\\_experiencia\\_del\\_Partido\\_Laborista\\_en\\_Argentina\\_1945-1946](http://www.academia.edu/5481180/La_breve_experiencia_del_Partido_Laborista_en_Argentina_1945-1946)

<sup>15</sup> Según señala Dalla Via, “El Partido Peronista nació en 1947, cuando Perón, constituido a su vez como jefe del partido por ser el presidente de la República, autorizó esa denominación. El Partido se dividió en tres ramas: Partido Peronista Femenino, Partido Peronista Masculino y Confederación General del Trabajo”. Dalla Via, Alberto, Breve historia electoral argentina (1810-2007). Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pag. 92.

<sup>16</sup> Dalla Via, Alberto, ob.cit. pag. 100.

los nombres de Perón o de Evita, las expresiones “peronismo”, “justicialismo”, “tercera posición” y de la sigla “PP”, y de la marcha de los “muchachos peronistas” y “Evita capitana”.<sup>17</sup>

Por su parte, la dictadura militar que destituyó al presidente Arturo Illia a cargo del General Juan Carlos Onganía disolvió los partidos políticos mediante Decreto nro. 6 del 28 de junio de 1966, confiscándoseles, asimismo, sus bienes y publicaciones. Al poco tiempo se prohibiría su existencia. Igual suerte corrieron el Congreso Nacional y las legislaturas provinciales.

Por último, la Junta Militar que se apoderó ilegítimamente del poder en 1976 también siguió el mismo camino. Disolución del Congreso Nacional, legislaturas provinciales, remoción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia y gobernadores, y como no podía ser de otra forma, suspensión de toda actividad política y de los partidos.

#### *IV.2. La Resolución 16/18 en causa 2763/2018, “Acuña, Carlos s/intervención judicial a agrupación política - Partido Justicialista Orden Nacional”*

Por medio de esta sorprendente decisión judicial, la Jueza Servini de Cubría, haciendo lugar a la medida cautelar solicitada por los accionantes, resolvió intervenir judicialmente el Partido Nacional Justicialista.

Pues bien, cabe ahora preguntarnos: ¿cuáles fueron las razones y los fundamentos de hecho y de derecho que llevaron a la jueza a tomar tamaña decisión? Veamos qué es lo que dice la resolución mencionada.

##### *IV.2.1. Los fundamentos de la Resolución*

La decisión de la Jueza Servini de Cubría encuentra sustento en las actuaciones que se iniciaron con motivo de la presentación efectuada por los Sres. Carlos Acuña en su carácter de Secretario de SOESGYPE (Sindicato de obreros de estaciones

---

<sup>17</sup> Ver art. 1 del Decreto Ley 4161 del 5 de marzo de 1956.

de servicio), Oscar Guillermo Rojas, secretario general de SOM (Sindicato de Obreros de Maestranza) y Horacio Alberto Valdez, Secretario General de SOIVA (Sindicato Obrero de la Industria del Vestido y Afines).

En dicha presentación se solicitó se dicte inaudita parte una medida cautelar autosatisfactoria de intervención, requiriendo “se designe un interventor para que en los plazos perentorios regularice la situación de acefalía generada por los denunciados”.

En primer lugar, el partido no se encontraba en un estado de acefalía como se afirmó en la mencionada presentación. Tan es así que la propia magistrada en un tramo de la resolución sostiene, como al pasar, que **“más allá del proceso electoral llevado a cabo en la entidad de autos en el año 2016**, debe considerarse también, que además de la demanda interpuesta en las presentes actuaciones, se encuentran tramitando ante este Tribunal, dos causas más en las que se solicita la intervención judicial del Partido Justicialista Orden Nacional”. (el resaltado me pertenece).

Es decir, para que se entienda, no obstante haber existido un proceso electoral de donde surgieron las autoridades partidarias con mandato hasta el año 2020 (que dicho sea de paso, tal proceso fue convalidado por la misma magistratura que hoy dispone la medida), como ya existirían tres pedidos de intervención (el presente más dos anteriores), la jueza considera que ello constituye uno de los fundamentos válidos para adoptar una medida extremadamente delicada como es intervenir un partido político. Toda decisión que cercene derechos, como ocurre en este caso, debe ser seriamente analizada y aplicada con carácter restrictivo. Ante la duda, se debe estar siempre por el ejercicio y no por la negación de derechos.

En este punto recordemos que, a partir de la reforma de 1994, los partidos políticos pasaron a tener un reconocimiento expreso en nuestra Constitución Nacional. El artículo 38 los reconoce como “instituciones fundamentales del sistema democrático”, agregando que “Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos”.

No nos debe extrañar el surgimiento de facciones internas o de enfrentadas tendencias dentro de los partidos políticos. Esa es una situación presente prácticamente en todos los partidos políticos del mundo que nos señala la existencia de una puja intrapartidaria institucionalizada, en la que los diversos actores disputan por la conducción de la organización.<sup>18</sup>

En el derecho electoral rige en relación al funcionamiento de los partidos políticos el principio de regularidad funcional. La Cámara Electoral Nacional, autoridad superior de aplicación de la legislación político-electoral en nuestro país, y cuya doctrina asentada en sus sentencias es de observancia para los tribunales de primera instancia y las juntas electorales nacionales, ha tenido oportunidad de pronunciarse en este aspecto. Así, sostuvo que “No compete conocer a la Justicia Electoral sobre el alcance que una agrupación política atribuye a la observación y respeto de los principios doctrinarios que determinan su actuación y la disciplina partidaria, según lo tiene reiteradamente dicho el Tribunal. Este régimen partidario autónomo que les reserva el “status libertatis” en su vida interna ha sido consagrado explícitamente por el nuevo art. 38 de la Constitución Nacional, que los considera instituciones fundamentales del sistema democrático al reconocerles aquellos derechos políticos y garantías con arreglo al principio de la soberanía popular. **El principio de regularidad funcional le exige a los órganos jurisdiccionales ser especialmente prudentes al intervenir en el ámbito de reserva de las agrupaciones políticas, de modo de no lesionar su régimen de funcionamiento y en consecuencia dañar el substrato de representatividad de sus dirigentes.** [Fallo 2768/00 CNE , pág.131]<sup>19</sup>. (El resaltado me pertenece).

Uno de los fundamentos esgrimidos por la magistrada para fundar su decisión se basa en la derrota del Partido Justicialista en las últimas contiendas electorales. Para nuestra sorpresa la

<sup>18</sup> Ampliar en Abal Medina, Juan Manuel, *Manual de Ciencia Política*, Eudeba, Bs. As. 2010, pag. 236.

<sup>19</sup> “Stornelli, Marta Graciela y otro s/solicita revocación de suspensión de afiliación partidaria -Unión Cívica Radical” (Expte. N° 3250/99 CNE), del 5de abril del 2000.

Jueza sostiene que “*Los adversos resultados electorales obtenidos en los dos últimos procesos electorales (elecciones nacionales de los años 2015 y 2017), han profundizado la división interna que venía gestándose con antelación. La derrota en los comicios presidenciales como así también el fracaso en el acto electoral para elegir gobernador en el distrito más grande del país, han provocado una crisis en la conducción partidaria difícil de superar*”.

Pues bien, resulta incomprensible que una “derrota electoral” pueda motivar una intervención judicial a un partido político. De lo contrario, resultaría imposible la vida y desarrollo de las pequeñas agrupaciones políticas o partidos que, por múltiples razones, no “ganen” elecciones. Todos serían pasibles de eventuales intervenciones judiciales.

La labor judicial no tiene por función analizar, examinar o evaluar situaciones internas de los partidos políticos como si fuera una consultora de opinión. Por el contrario, debe abocarse a garantizar el respeto al principio de regularidad funcional de las agrupaciones políticas. Tal es el cometido asignado por el art. 6 de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos al establecer que “Corresponde a la Justicia Federal con competencia electoral, además de la jurisdicción y competencia que le atribuye la ley orgánica respectiva, el contralor de la vigencia efectiva de los derechos, atributos, poderes, garantías y obligaciones, así como el de los registros que ésta y demás disposiciones legales reglan con respecto a los partidos sus autoridades, candidatos, afiliados y electores en general”.<sup>20</sup>

La resolución que estamos analizando continúa desarrollando argumentos que no corresponden a la tarea de un juez. Así, por ejemplo se sostuvo que “Esta suerte de vaciamiento partidario, provocado por quienes dicen ser peronistas al solo efecto de obtener una ventaja electoral, se ve perfectamente plasmado en la actitud de aquellos que utilizando el sello de la agrupación y el apellido de su fundador, emigran a otras agrupaciones políticas...”

---

<sup>20</sup> Art. 6 de la Ley 23.298, modificado por la Ley 26.774, (B.O. 02/11/2012).

En las antípodas de la decisión de la decisión tomada por la Jueza Servini, la Cámara Nacional Electoral tiene dicho que en modo alguno es función de los jueces electorales “calificar las ideas o proyectos políticos, ni la ausencia de tales, como tampoco lo es determinar cuál es la misión de cada partido político en los distintos momentos que atravesie la Nación, a excepción que sus principios sean contrarios a la Constitución Nacional”.<sup>21</sup>

Ahora bien, es común y por otro lado resulta razonable, y hasta sano, que existan diferencias y posturas encontradas dentro de un partido político. Pero para dirimir esas diferencias o las controversias que pudieran surgir entre sus afiliados, se deberá necesariamente agotar la vía partidaria antes de acudir a la justicia. Esa ha sido la voluntad del legislador plasmada en el artículo 57 de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos.<sup>22</sup> De allí que resulte claro advertir que la vía partidaria tendrá que ser el ámbito apropiado y anterior a cualquier planteo judicial.

Surge evidente entonces que el agotamiento de la vía partidaria constituye un requisito de cumplimiento ineludible para que la Justicia Electoral quede habilitada para resolver las cuestiones llevadas a su conocimiento. Y ello es así porque tal requisito “tiene por objeto provocar la solución de los diferendos en el seno de las agrupaciones políticas, reservándose la intervención de la Justicia como última ratio”.<sup>23</sup>

#### *IV.2.2. La parte dispositiva de la Resolución*

Por los motivos expuestos en los considerandos, la Jueza interviniente resolvió “**hacer lugar a la medida solicitada**”

<sup>21</sup> CNE, “partido Nuevo Triunfo S/reconocimiento” distrito Capital Federal, fallo 3423/05.

<sup>22</sup> El art. 7 textualmente dispone que “Tendrán personería para actuar ante la Justicia Federal con competencia electoral, los partidos reconocidos o en constitución, sus afiliados, cuando les hayan sido desconocidos los derechos otorgados por la carta orgánica y se encuentren agotadas las instancias partidarias, y los procuradores fiscales federales en representación del interés y orden públicos”.

<sup>23</sup> “Méndez, Mario Orlando s/interpone recurso de apelación - Partido Justicialista” (Expte. N° 3322/2000 CNE) - Buenos Aires.- Fallo N° 2820/2000.

e “intervenir judicialmente el partido justicialista orden nacional”, para luego “designar interventor judicial al Sr. Luis Barrionuevo, quien deberá aceptar el cargo en legal forma, el que se desempeñará sus funciones hasta tanto se produzca la normalización de la entidad” (el resaltado me pertenece).

Pues bien, la decisión adoptada contiene defectos de tal gravedad que nos resulta difícil pensar que la misma sea producto de un razonado proceder de un magistrado judicial.

En primer lugar no existe una clara y precisa identificación de la persona designada como interventor. No sabemos su documento nacional de identidad, ni si el señalado es su nombre completo. La jueza se limita a designar al “Sr. Luis Barrionuevo”. Cuanto menos, estas falencias se presentan como una desprolijidad y una falta de precisión incompatibles con la seriedad de una providencia judicial como la presente.

Por otro lado, a primera vista resulta dudoso pensar que el Sr. Luis Barrionuevo pueda cumplir de manera equilibrada y neutral sus funciones. Ello así, toda vez que el propio Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación establece que el interventor judicial deberá ser una persona ajena a la entidad intervenida conforme a lo dispuesto por el art. 225 inciso 2. Resulta de público conocimiento que el interventor designado, no solo es un histórico dirigente del partido intervenido, sino que ha ocupado bancas en el Congreso Nacional en representación del Justicialismo. Por lo tanto, el Sr. Luis Barrionuevo pareciera no resultar ajeno a las divisiones internas que, según la propia jueza, habrían creado una situación crítica que “podrían afectar la propia existencia del partido”.

Otro de las serias anomalías que presenta el fallo es la falta total de determinación de funciones y plazos. No se sabe que misiones concretas tiene encomendada el interventor ni hasta cuándo durará en su cargo. Una vez más la jueza pasa por alto y desconoce lo dispuesto por la norma ritual que establece que “La providencia que designe al interventor determinará la

misión que debe cumplir y el plazo de duración, que sólo podrá prorrogarse por resolución fundada”<sup>24</sup>

#### *IV.3. Trámite procesal de la intervención dispuesta*

Cómo era de esperar, la decisión judicial de intervenir el Partido Justicialista adquirió gran repercusión pública y motivó la reacción de sus autoridades. Sus apoderados interpusieron un recurso de apelación mediante el cual, luego de exponer sus agravios y los errores de la decisión impugnada, solicitaron se revoque la misma y se decrete la nulidad de todo lo actuado.

Posteriormente fue el turno del Fiscal Federal con competencia electoral, Dr. Jorge Di Lello, quien emitió un duro dictamen solicitando a la Cámara Electoral Nacional se revoque la sentencia que dispuso la intervención del Partido Justicialista Orden Nacional.

En efecto, el Dr. Di Lello arribó a tal conclusión luego de un detallado y exhaustivo análisis del caso. En el transcurso de su dictamen no ahorró críticas a la sentencia recurrida. Así sostuvo que los argumentos de la sentencia resultaban “cuanto menos llamativos”, que en el resitorio puesto en crisis “no se destaca cuáles son los efectos jurídicos que ameriten la medida intervencionista”, que se atropelló no solo “el derecho de defensa y debido proceso, sino también la vida democrática de esa agrupación”, que “resulta inadmisible que, no se haya corrido vista a este Ministerio Público, la nula producción de prueba, la premura con que se tomó tamaña decisión, que no se imprima el trámite a la Litis, determinándose así la ausencia de fundamentación jurídica, a la hora de intervenir el Partido Político con mayor cantidad de afiliados del país”.

En otro pasaje de su dictamen, el Sr Fiscal refiere de manera contundente que “del estudio de la demanda que da inicio al presente, no surge ningún derecho conculado, ni arbitrariedad alguna que deba corregirse, ni fundamento objetivo que dé lugar a una intervención judicial”.

---

<sup>24</sup> Art. 225 inciso 3 del CPCC.

Por último, el Fiscal Di Lello –en cuanto a un posible vaciamiento partidario– sostiene que en dicho argumento, la jueza “encierra un caprichoso y antojadizo accionar que convierte en arbitrarios los fundamentos que llevaron a conceder la intervención a través de la medida precautoria”

Y como remate final, el dictamen sostiene que “*no puede soslayarse que los fundamentos de la sentencia han sido solamente de carácter político y no jurídico, lo que evidentemente condujo a que se arribara a una conclusión alejada de los preceptos legales y de la razonabilidad, que deben acompañar cualquier intervención jurisdiccional*”. (El resaltado me pertenece).

Resta ahora que se pronuncie la Cámara Nacional Electoral como tribunal de alzada sobre la cuestión. Descartamos que de mediar un análisis estrictamente jurídico, debería pronunciarse por la revocación de la intervención dispuesta.

## V. A modo de Conclusión

Coincidimos con aquellos que entienden que la sentencia del Juzgado Federal con competencia electoral –a cargo de la Dra. María Servini de Cubría– que dispuso la intervención judicial del Partido Justicialista se basó en fundamentos políticos y no jurídicos.

Como lo hemos planteado a lo largo del presente trabajo, la decisión de intervenir un partido político debe ser un remedio excepcional, analizada y decidida con carácter restrictivo al que solo debe acudirse en situaciones de extrema gravedad.

Una vez más, comprobamos la utilización del poder judicial como una herramienta política. No podemos suponer ingenuamente que la sentencia fue desacertada o que simplemente incurrió en errores propios de cualquier actuar humano. El mayor partido de oposición al actual gobierno en nuestro país, con millones de afiliados en todo el territorio nacional, está siendo intervenido de manera arbitraria, irracional y por tiempo indeterminado.

Las autoridades de las fuerzas políticas deben surgir de la voluntad de sus afiliados en elecciones libres, y no por decisión caprichosa e irresponsable de ningún magistrado.

# **Política y corrupción. Nuevo capítulo de la batalla cultural**

*Carlos Raimundi  
Ethel Galarza*

## **I. Presentación**

Una falacia principal en la que nos ha hecho caer el largo proceso de colonización cultural conducido por el poder real, ha sido que el grueso de la sociedad crea y convalide que sólo el universo de la llamada “política” es quien hace política. En este sentido, es necesario diferenciar entre Política como dispositivo militante independiente de intereses privados y Política como capacidad de incidir.

En términos de capacidad de influencia, la actividad privada suele tener más poder político que la propia actividad política independiente. Pensemos, por ejemplo, en grupos transnacionales como Unilever, Procter & Gamble, Johnson & Johnson, que proveen el 90% de nuestros productos de uso cotidiano, y su capacidad de influir en el proceso de abastecimiento/desabastecimiento, como el que padece en estos momentos el pueblo y el gobierno popular de Venezuela.

Pensemos, asimismo, en un contexto de restricción externa, esto es, disponibilidad limitada de divisas para el funcionamiento de una economía dependiente, como la nuestra. En este caso, un grupo oligopólico de exportadoras de granos, que, en carácter de tal, puede manejar especulativamente el mercado de divisas, tiene más capacidad de incidir –y extorsionar– que el propio Estado.

Estos grupos tienen capacidad económica para realizar sus propios seminarios, simposios nacionales e internacionales, crear ONGs y fundaciones, tener medios de comunicación, universidades, publicaciones, etc. Y no tienen que rendir cuentas

de los gastos que ello demanda, porque, supuestamente, se trata de “dinero privado” (“con mi plata hago lo que quiero”, con “la plata de todos”, no se puede hacer lo que se quiere). En este marco, cabría preguntarse ¿cómo hace la política independiente para financiar estas mismas actividades, de modo de divulgar una concepción distinta de cómo organizar la sociedad?

*Estamos, pues, frente a un dilema: cuando la política independiente toma el control del Estado, en el terreno de disputa política están el Estado –representado por la política independiente– y las corporaciones. Pero cuando las corporaciones toman el control del Estado, como en estos momentos, están sólo ellas. ¿Quién las interpela entonces, si ellas dominan el campo privado y también el universo de lo público?*

## **II. La falsedad de asociar corrupción y política. Causas de nuestro apego a la ilegalidad como sociedad**

Los poderes fácticos han entablado una larga “cruzada moralizadora” contra lo que pretenden sea la “corrupción generalizada” de la política, tema al que sólo apelan cuando ésta intenta poner límites a sus intereses, como sucedió durante los gobiernos kirchneristas. Nunca denunciaron la concentración no republicana de poder cuando la jefatura de los tres poderes constituidos era detentada por miembros de un mismo estudio jurídico de La Rioja: Carlos Menem (poder ejecutivo), Eduardo Menem (poder legislativo) y Julio Nazareno (poder judicial). Y no lo hicieron porque el menemismo respondía a sus intereses.

Según la experiencia argentina, hay algunos factores históricos que figuran como posibles fuentes de la corrupción, a la que los poderes fácticos centran en la política y el Estado, pero que está diseminada entre las prácticas de todos los campos de acción de nuestra sociedad, porque proviene de etapas fundacionales de nuestra institucionalidad muy arraigadas en nuestra cultura.

Entre esas fuentes principales de nuestras conductas ilegales está el desapego atávico a las instituciones, arrastrado desde el

período colonial. Cuando las instituciones no responden, surge la justificación a tomar caminos no-institucionales. Otra de las fuentes de nuestra tendencia a actuar por fuera de la ley ha sido el quiebre de determinados pactos tácitos que operan como fundacionales de una sociedad. 1. El pacto tributario, es decir, comprometerse a pagar los impuestos porque el Estado se compromete a devolverlos en servicios de calidad (roto). 2. El pacto previsional, es decir, aportar parte de nuestro salario para recibir una jubilación digna (roto). 3. El pacto financiero, es decir, el dinero depositado es del depositante, no del banco (roto). 4. La convención sobre el valor de nuestra moneda, que se fue perdiendo estrepitosamente a través de los años (roto). Todas estas rupturas parten de gobiernos que defraudaron la voluntad popular mayoritaria, y se arrastran desde hace tantos años que, pese a la reparación de los doce años de gobierno kirchnerista, todavía anidan hondamente en la memoria colectiva. Entonces, continúa una tendencia a no sancionar nuestros comportamientos ilegales, que inundan en mayor o menor medida a toda nuestra sociedad, y por lo tanto también a los funcionarios. Pero, contrariamente a lo que los grandes medios pretenden instalar, no sólo a los funcionarios, sino a empresarios, comerciantes, profesionales, celebridades de la farándula, deportistas, etc.

### III. El “negocio” privado de denostar a la política

Volviendo al tema inicial, el financiamiento legal de la política es insuficiente, y eso la impide a la política independiente solventar sus requerimientos económicos, de modo que pueda interpelar en igualdad de condiciones a los grandes conglomerados económico-financieros, que pretenden imponerle a la política sus propios intereses. *Esto de ninguna manera significa justificar mecanismos ilegales de financiamiento político, pero sí identificar un cuello de botella muy importante.*

Es necesario incrementar notablemente las partidas legales del presupuesto destinadas al financiamiento de la política, pero es un debate público difícil de saldar favorablemente, por

cuanto también está muy arraigado socialmente el desprestigio de la política. Las grandes cadenas hegemónicas de medios han perseverado en mostrar siempre las peores facetas de la política en cuanto militancia independiente, aunque esas peores facetas están presentes en toda actividad. De modo que la ciudadanía tome distancia de todo compromiso político, y deje así el terreno de las decisiones políticas a disposición de intereses minoritarios. Ahora bien, los grupos financieros, que, como queda dicho, son actores centrales de la política, disponen de mucho dinero y de recursos de todo tipo para incidir sobre lo que sucede, es decir, de hacer política.

Cuando un gobierno popular ocupa ese terreno y gobierna en defensa de los más humildes, necesariamente afecta los intereses de los grupos más privilegiados, los fastidia, y éstos arrecian su crítica y sus estrategias de desestabilización. Una de ellas, es la acusación sistemática a la política de ser corrupta. De esta manera la toman como rehén: a la menor señal de autonomía de la política respecto de las imposiciones de los poderes fácticos, éstos profundizan las técnicas para desgastarla.

#### **IV. La capacidad del poder de establecer la percepción de lo legal y lo ilegal en el sentido común**

Una de las atribuciones del poder (a escala internacional podríamos traducirlo como “atribuciones del Imperio”) es no sólo ejercer su supremacía económica, financiera, militar o tecnológica, sino fundamentalmente la cultural, esto es, influir en la formación del sentido común de una parte determinante de la sociedad. Francis Stonow Sanders, en “La CIA y la guerra fría cultural”, habla de “las mentiras necesarias” y las “negociaciones creíbles”, de la propaganda y la conquista de las mentes, de distribuir información, ideas o doctrinas por diferentes medios para influir en el pensamiento de determinados grupos. “La propaganda más efectiva –dice la CIA– es aquella en que las personas se mueven en la dirección que nosotros queremos, pero piensan que lo hacen por sus propias ideas.” Y esta hegemonía o

dominación cultural consiste, entre otras cosas, en su capacidad para determinar los criterios o parámetros de legalidad; qué cosas son legales y cuáles son ilegales, siempre de acuerdo con sus propios intereses. Así, se presume ilegal la conducta expuesta en un video donde se cuentan algunos millones de dólares, pero no lo es el saqueo de miles de millones de dólares consumado con la derogación de la ley cerrojo para el canje de deuda, la ley de pago soberano apoyada por una abrumadora mayoría de países en el seno de las Naciones Unidas, o el vaciamiento del sistema previsional estatal para dejarlo a merced de la re-privatización.

## V. El papel asignado al “partido judicial”

En los últimos tiempos, a la alianza de intereses entre las corporaciones financieras y los grandes medios de difusión, se ha sumado una parte del servicio de justicia, por eso los medios promocionan a ciertos jueces y fiscales como personas “probadas e inmaculadas” (Griesa, juez Moro en Brasil, Lorenzetti, Bonadío, Nisman, en la Argentina) que serían, eventualmente, capaces de remplazar a “esos políticos corruptos”. Si así fuera, serían mucho más manejables por parte de esas corporaciones.

El mundo judicial no sólo incluye a los magistrados, sino también a los profesionales privados, y está profundamente politizado. Todos sabemos que cuando se convoca a elecciones en los colegios de abogados o en los claustros universitarios, las listas están integradas y patrocinadas por espacios políticos. De allí la legitimidad del principio que inspiró la reforma judicial de 2014, malograda por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, órgano eminentemente político y sobreabundantemente politizado. Si bien no hay condiciones para intervenir externamente en las elecciones profesionales, sí las hay para universalizar la elección de los miembros de las instituciones públicas del mundo judicial. No se trata de politizar un ámbito que ya está claramente politizado, sino de democratizar los alcances de esa politización.

Por otra parte, los propios poderes fácticos, en acuerdo con las cadenas hegemónicas de medios que dan soporte y se

dedican a legitimar socialmente sus intereses, se han dedicado a que la sociedad sobrevalore el papel del poder judicial como garante de la calidad de la democracia, cuando, en realidad, algunos de sus rasgos centrales responden mucho más a los procesos monárquicos que a los democráticos. Valga como ejemplo su condición vitalicia –cuando no hereditaria–, su negativa a pagar determinados impuestos y su elección cerrada, corporativa y contra-mayoritaria.

## **VI. La equívoca distinción entre recursos públicos y privados. Los recursos corresponden a toda la organización social**

Mi inquietud para desentrañar la encerrona cultural que asocia a la corrupción con la política en el sistema de percepciones más generalizado, y exculpa a otras actividades, comenzó a partir del debate sobre el uso de la pauta publicitaria oficial. En primer lugar, ella ocupa un ínfimo volumen dentro de la publicidad total; hablamos de un 5% frente a un 95%. También en este rubro, los privados dicen que con la pauta privada tienen derecho de hacer lo que quieren, porque se trata de “su” dinero. Entonces, no sólo hacen lo que quieren con el 95% de la pauta privada, sino que también buscan incidir en el destino de la pauta oficial, es decir, abordar a la vez lo privado y lo público. Se trata de una gran trampa cultura.

Además, recordemos que cuando el programa de más rating de la TV Pública, Fútbol para Todos, decidió poner el partido principal a competir con un programa del grupo Clárin, los defensores de este último saltaron diciendo que eso no correspondía. Sin embargo, cuando una emisora privada tiene un producto de mucho rating, lo ubica el día y en el horario que más le conviene, cuando piensa que más audiencia va a tener, o bien cuando compite con otro producto de mucho rating. ¿Por qué la tv pública no podía hacer lo mismo? Otra trampa: cuando la tv pública no compite se la tilda de anticuada, aburrida o anacrónica, y cuando decide competir de igual a igual con lo privado también se la cuestiona.

En definitiva, es cierto que el dinero de la pauta oficial “es de todos”, porque proviene de impuestos. Pero el dinero de la pauta privada también “es de todos”, porque proviene del consumo popular. Si las empresas tienen mucho dinero para publicitarse, ya sea en gráfica, en radio y tv o en internet, es porque hubo políticas públicas que incrementaron la demanda de productos.

La conclusión de este planteo, no sólo válido para la pauta oficial sino para todo el debate sobre la relación entre dinero privado y recursos privados, es que en un sistema económico, todo el dinero es de todos, no sólo los ingresos públicos. Tanto el dinero que recauda el Estado como el que recaudan las empresas privadas, pertenecen al sistema económico en su conjunto. La riqueza es generada por el trabajo del Pueblo. Sería como decir que el dinero depositado en los bancos es de los bancos. Eso sería otra trampa cultural.

O sería como decir que el espectro por donde se transmiten las señales audiovisuales no es parte del espacio público sino que es de las empresas: no. Es espacio público y el Estado, como legítimo administrador de lo público, lo concesiona. Sin embargo, el negocio lo hacen los privados, y no el pueblo que es su verdadero propietario. Y con ese dinero, financian su propio salto tecnológico, lo que contribuye al monopolio de la comunicación, y no a su democratización. Otra trampa cultural.

El espacio aéreo es público. La riqueza de nuestro subsuelo también. El Estado, una vez más como legítimo administrador de lo público, concesiona su uso bajo ciertas reglas. Pero de hecho, quienes se enriquecen son los grandes capitales que pueden invertir en ellos, y no el Pueblo que es su verdadero propietario. Trampa cultural.

Algo similar ocurre con la fertilidad de nuestro suelo: es propiedad pública. Sin embargo, el negocio de la fecundidad extraordinaria de nuestras tierras lo hacen los grandes grupos económicos. Otra trampa cultural.

## VII. Conclusión. La necesidad de un profundo debate conceptual e institucional. El desafío de trasponer los límites estructurales impuestos por el neoliberalismo

En definitiva, de lo que se trata es de invertir las proporciones de apropiación de la tasa de ganancia de los bienes públicos. De este modo, se incrementarían sustancialmente los fondos para que el Estado cumpla cabalmente con sus funciones, y entre ellas, la de financiar de modo pertinente a la política independiente, de modo de situarla en un lugar de suficiente poder de interpelación a los poderes fácticos. *Y esto despejaría casi completamente el dilema de recurrir legalmente y a cielo abierto a los fondos necesarios para financiar la actividad política independiente.* De este modo se iría equilibrando la relación de fuerzas entre política independiente –entendiendo a ésta como la que nos convoca en función de un modelo de sociedad, y no de la defensa de intereses particulares– y los poderes fácticos.

Pero además, el mayor excedente estatal no sólo serviría para financiar la política, sino también, por ejemplo, la inversión en investigación y desarrollo, de modo de reducir nuestra dependencia respecto de las patentes y derechos intelectuales en manos de los grandes laboratorios. Con esto abaratariamos el costo de productos esenciales para la población, y a través de este tipo de resultados concretos, aumentaríamos la legitimidad de las políticas públicas.

Todo esto conlleva, indudablemente, a un debate social en el plano de lo que llamamos batalla cultural. Y a un debate social sobre los cambios necesarios en el sistema institucional. Si, por ejemplo, la fuente última de la legitimidad del poder político es la voluntad del Pueblo, no puede ser que un estatuto la limite. Los límites a la continuidad de un proceso político los debe poner el Pueblo y no un estatuto.

Estas y otras cuestiones deberían ser materia de un profundo debate constitucional, no entendido como mera reforma en la redacción de nuestros estatutos normativos fundamentales,

sino como oportunidad de masificar el debate sobre derechos, plantarlo en cada esquina y en cada rincón del país.

Desde luego que se trata de un arduo y trabajoso debate, pero debemos y merecemos afrontar el desafío, por más difícil que parezca. Luego de la experiencia vivida durante los gobiernos populares latinoamericanos de la primera década del siglo XXI, seguida del presente retroceso, está comprobado que el pos-neoliberalismo tropieza con límites estructurales, que, de no trasponerse, tornarían prácticamente inviable una segunda etapa. Es decir, debemos trasponerlos. Ello implica intervenir, desde una renovada legitimidad popular, sobre ciertas estructuras del poder real que no fueron modificadas. No sólo estructuras materiales, sino también simbólicas. Todo cambio de paradigma es destituyente en su naturaleza, por cuanto debe desmontar no sólo los dispositivos de poder concreto, sino toda la cultura fundante de la legitimidad anterior.

Y en esta restauración conservadora que ha embestido contra nuestros gobiernos populares en el continente, vale la metáfora de la piedra que rompe el cristal. La tarea militante no debe centrarse en seguir analizando la dureza de la piedra, ya que la cuestión del poder real no es un fenómeno natural sino político, y está harto-analizado por nosotros. En lo que debemos trabajar es en garantizar la solidez del cristal, es decir, del proyecto que oponemos al poder real, de modo de destronarlo perdurable, y no transitoriamente, de su hegemonía.

# Legalidades aparentes

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono<sup>1</sup>

## 1. La lucha contra la corrupción<sup>2</sup>

La lucha contra la corrupción es, en estos tiempos latinoamericanos, un tema de principalísima agenda ciudadana, política y judicial. Es parte de la conciencia colectiva en tanto obligación ética de prevenir, investigar, castigar y erradicar la prácticas y comportamientos corruptos.

Todo funcionario público tiene determinadas obligaciones a su cargo nacidas fundamentalmente de que ellos son servidores públicos, los primeros obligados a cumplir las leyes y a desarrollar sus actividades conforme son entendidas en un momento determinado. La intencionalidad en transgredir la ley –recordamos en sentido amplio de la constitución y sus leyes– con el fin de generarse beneficios para sí o para terceros de las más diversas maneras y medios es aquello que en esencia reprocha el sistema penal y el sancionatorio administrativo.

Es claro que la corrupción es bifronte (pública-privada) y que pesan sobre los estados diversas obligaciones tanto de orden interno como internacional de generar herramientas idóneas que efectivicen tal lucha tanto en el terreno público como privado. Ello a través del dictado de leyes respectivas,

---

<sup>1</sup> Director carrera de postgrado *Especialización en Derecho Administrativo*, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Especialista en Derecho Administrativo y Administraciones Públicas –UBA–. Profesor en maestrías en diversas universidades de Argentina, Latinoamérica y de España. Mayor información en [www.gutierrezcolantuono.com.ar](http://www.gutierrezcolantuono.com.ar) Correo electrónico: drpablogutierrez@gmail.com

<sup>2</sup> Para ampliar sobre el tema se sugiere consultar Mairal, Héctor A. "Las raíces legales de la corrupción: o de como el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla; Buenos Aires, RAP, 2007., Gordillo Agustín, Un corte transversal al derecho administrativo. La convención interamericana contra la corrupción en <https://www.gordillo.com/articulos/art9.pdf>.

la incorporación de dispositivos administrativos y el deber de investigar en los diversos procesos judiciales.

Por su naturaleza, por sus mecanismos de concreción, por los niveles de afectación a la población toda y por involucrar al propio aparato estatal es que se trabaja sobre la posibilidad de calificar como delito de lesa humanidad a los actos, hechos y omisiones corruptas. De avanzar con tal calificación serían imprescriptibles y no aptos de ser amnistiados y perdonados por norma alguna. En sede administrativa el perdón administrativo no sería procedente, al igual que no lo sería para condenados por tales delitos la utilización del indulto presidencial<sup>3</sup>, ni amnistías por ley alguna.

Ello, en parte, marca la naturaleza de la corrupción: detrae recursos afectados a la realización de los trascendentes valores de la humanidad toda desde el propio aparato estatal en concurrencia con el sector privado.

Por más que parezca una verdad de *Perogrullo* cabe insistir en que tematizar la corrupción es proponernos eliminar sus prácticas y efectos desde la institucionalidad y no contra esta. Es claro que no es posible anteponer la discusión de la lucha contra la corrupción para con ello debilitar o anular las garantías básicas constitucionales tales como la presunción de inocencia de las personas, el derecho a un juicio justo ante autoridad independiente e imparcial, entre otras. Salvo que se persiga una condena pública para eliminar posibles contendientes electorales u otros fines no buscados por el ordenamiento jurídico, desnudándose así que la lucha contra la corrupción nada

---

<sup>3</sup> La Corte IDH ha dicho respecto del indulto en Perú al Ex Presidente Fujimori " 56. Por consiguiente, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, en que mediante un proceso penal se fijó una pena proporcional a los bienes jurídicos afectados, el posterior perdón de la misma por una decisión del Presidente de la República conlleva una mayor afectación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y sus familiares en lo que respecta a la ejecución de la pena dispuesta en la sentencia penal", Corte IDH Corte IDH, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú*. – Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia - . 30.05. 2018.

importa realmente a quién la alega. El combate a la corrupción se transforma en una estrategia política electoralista.

Es cierto que asistimos en los últimos tiempos a una mayor amplificación de los procesos por parte de los medios de comunicación, que en parte ayudan a transparentar la propia gestión del gobierno<sup>4</sup>, pero también importa una “época” de la trivialización, a nuestro criterio, de la presunción de inocencia –de entre otras reglas bases del consenso político institucional y social que representan los derechos humanos– la cual es mediáticamente manipulada con finalidad de construir determinados discursos. Este último aspecto que puede generar posturas diversas en el público en general, desde el derecho público nos genera algunas preocupaciones ya que puede generar deterioros en la calidad democrática. Máxime si la lucha contra la corrupción termina siendo ella misma una herramienta de “eliminación” de determinado sector político partidario e ideológico en un momento dado. Afectando así las dimensiones de los derechos políticos tanto en lo individual como en lo colectivo. No sólo estamos frente a condenas sociales antes que judiciales; se trata en determinados supuestos también de la puesta en marcha de dispositivos formalmente constitucionales que, por el abuso en su utilización, abren las puertas a zonas de excepción o de

<sup>4</sup> Es reconocida por la jurisprudencia de la Corte IDH la función social y democrática de la libertad de prensa, siendo por ello una “libertad preferida” del sistema constitucional. Es oportuno recordar que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, protegidas bajo el artículo 13 de la Convención, que comprende tanto el derecho de buscar, recibir y difundir ideas, opiniones e informaciones de toda índole, como el de recibir y conocer las informaciones, ideas y opiniones difundidas por los demás. Tal dimensión individual comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundirlas, por lo cual, en este sentido, la expresión y la difusión son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. La dimensión social implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros, el derecho a participar en el debate público y a intercambiar ideas... “Es, consecuentemente, indiscutible, como se ha señalado en la jurisprudencia de la Corte, que sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia...” – Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, sentencia 8.02.2018 (Fondo, Reparaciones y Costas)

aparente legalidad del sistema desde el propio orden jurídico. Nos movemos a las “zonas de no derecho”, de legalidad aparente o de Estado de Excepción como bien lo explican en Brasil los profesores *Serrano*<sup>5</sup> y *Valim*<sup>6</sup>, entre otros. Pero, con la particularidad, que es esta vez utilizado ello con fines políticos no logrados en las contiendas electorales.

Estas primeras descripciones nos permiten preguntarnos si pueden ser manipuladas las diversas acciones contra la corrupción con fines diversos a aquellos que se enuncian perseguir. Pero también a indagar sobre zonas de debilidad democrática que pueden o no traducirse en la configuración de zonas de no derecho, de aparente legalidad o de un Estado de Excepción.

Para ello es importante detectar síntomas que pueden advertirnos sobre la posible ocurrencia de tal fenómeno, así como la fiebre en tanto síntoma nos alerta sobre la presencia de alguna enfermedad.

## 2. Corrupción y legalidad aparente

La preocupación en punto a la manipulación de la lucha contra la corrupción con fines diversos a los permitidos y buscado por las diversas normas, no pareciera ser sólo nuestra<sup>7</sup>. La

<sup>5</sup> Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto, “Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção”, São Paulo: Alameda, 2016. Consultar también Souza, Jessé. A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015.

<sup>6</sup> Valim, Rafael, en su trabajo titulado “Estado de exceção: A forma jurídica do neoliberalismo”, Ed. Contracorrente, São Paulo, 2017.

<sup>7</sup> Cabe recordar lo afirmado por la Corte IDH al tiempo de sentenciar el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador* - sentencia 28.08. 2013: "...Por tanto, detrás de la aparente legalidad y justificación de estas decisiones, existía la voluntad de una mayoría parlamentaria de ejercer un mayor control sobre el Tribunal Constitucional y facilitar el cese de los magistrados de la Corte Suprema. La Corte ha comprobado que las resoluciones del Congreso no fueron adoptadas en virtud de la exclusiva valoración de unos datos fácticos concretos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente, sino que la mismas perseguían un fin completamente distinto y relacionado con una desviación de poder dirigida a obtener el control de la función judicial a través de diferentes procedimientos, en este caso, el cese y los juicios políticos. Ello, implicó una desestabilización tanto

Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución Nro. 1/2018 – marzo, 2018 - “Corrupción y Derechos Humanos” expresamente ha sostenido:

“Conscientes que, en la lucha contra la corrupción, es indispensable que los Estados garanticen los derechos humanos de los posibles imputados, de tal manera de garantizar que dichos procesos aseguren el objetivo de combatir la corrupción, *y evitar su utilización con otros fines*”  
–subrayado propio–.

Se anuda esta posible “mala utilización” de la lucha contra la corrupción con algunos sucesos en los últimos tiempos en Latinoamérica que han derivado en remociones de presidentes bajo una “aparente legalidad”.

Así la Comisión Interamericana<sup>8</sup>:

- Ha catalogado de golpe de Estado lo sucedido en Honduras en el año 2009, habiendo condenado la ruptura del orden constitucional en Honduras
- Ha considerado inaceptable lo expedito del juicio político contra el presidente constitucional y democráticamente electo afirmando que, en la destitución del Ex Presidente Fernando Lugo en Paraguay, la vigencia del estado de derecho en Paraguay había sido afectada.
- Ha expresado su preocupación respecto del juicio político seguido contra la Ex Presidenta del Brasil, Dilma Rouseff em el año 2016

En base a ello también expresó:

“...La Comisión considera que esas situaciones alertan sobre posibles supuestos de desnaturalización de la

---

del poder judicial como del país en general (supra párr. 109) y desencadenó que, con la profundización de la crisis política con los efectos negativos que ello implica en la protección de los derechos de los ciudadanos. Por ello, la Corte resalta que estos elementos permiten afirmar que es inaceptable un cese masivo y arbitrario de jueces por el impacto negativo que ello tiene en la independencia judicial en su faceta institucional”.

<sup>8</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Solicitud de Opinión Consultiva a la Corte IDH sobre Democracia y Derechos Humanos en Contexto de Juicios Políticos, octubre 2017.

figura del juicio político y el consecuente riesgo de que sea utilizada de manera arbitraria de tal forma que encubre un golpe parlamentario.”

Para finalmente colocar en tensión la división de poderes:

“El principio de separación de poderes... puede verse afectado por el posible uso arbitrario del juicio político por parte del Poder Legislativo en perjuicio del Poder Ejecutivo mediante una judicialización inadecuada de lo que es esencialmente político. A su vez, dicho principio puede verse afectado por el posible uso arbitrario del control judicial de dichas actuaciones cuando existe una politización del Poder Judicial. Posibles situaciones de corrupción en alguno de los poderes del Estado complejizan aún más estas situaciones. En ambos escenarios, se ponen en juego las instituciones democráticas y se corren importantes riesgos para la vigencia plena de los derechos humanos.”

El ejemplo más claro de la mala utilización de esta herramienta en nuestros sistemas es sin dudas lo acontecido en Brasil con la destitución de la Expresidenta *Dilma Rousseff*. Se la destituyó ilegítimamente, como ya es conocido. De nuestra parte en su entonces tuvimos la oportunidad de explicar : a) Nos encontrábamos ante un juicio injusto. Esta es la calificación propia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, Corte IDH- para aquellos juicios que no respetan determinadas reglas internas e internacionales, b) La acusación vinculada a decisiones de gobierno en materia presupuestaria imputadas a la Expresidenta no constituyán técnicamente hechos posibles de ser revisados por el *impeachment*, c) El juicio de responsabilidad política que se le había iniciado escondía un juzgamiento a sus propias políticas públicas y al proyecto político llevado a cabo por el ex presidente *Lula* bajo la excusa de “una aparente legalidad” de un mecanismos político como lo es el *impeachment*, d) Sucedía así un quiebre del contrato electoral logrado entre ciudadanía y gobierno, un proyecto político aparecía “enjuiciado” por los caminos equivocados, manipulando la legalidad.

La gravedad era de tal dimensión que se comenzó a calificar lo sucedido dentro de las nuevas formas de “golpes blandos”.

Todo ello abrió en el Brasil las puertas al Estado de Excepción, según diversos analistas. Esto es la utilización con apariencia de legalidad de herramientas del sistema, pero cuyo uso ilegítimo permite excepcionar al propio sistema democrático y constitucional de derecho desde este.

Estas “zonas del no derecho” o de Estado de Excepción según así lo categorizan voces autorizadas poseen una clara finalidad política. El “acto de destitución” de *Dilma Rosueff* era parte de una estrategia mayor consistente en quitar del poder, por fuera del mecanismo electoral, al sector que legítimamente había accedido al mismo: el Partido de los Trabajadores –PT-. Para ello se debía lograr, en la contienda electoral de este año en Brasil, que su líder natural y favorito en todas las encuestas estuviese inhabilitado de poder participar. Y es en este punto donde determinadas decisiones del poder judicial aportan la otra parte de la estrategia, encarcelando ilegítimamente a *Lula Da Silva*<sup>9</sup>. Todo ello con la ampliación necesaria y posible de determinados medios de comunicación en la construcción y condena mediática a la figura del “enemigo político”. Se lo debilita y extingue dejándolo vulnerable bajo distintas estrategias. Incluyendo gestos hostiles e ilegales contra quienes llevan adelante la defensa técnica de sus derechos. Hablamos así de la configuración de un caso de LAWFARE o *guerra judicial* en tanto mal uso y abuso del derecho con fines políticos.

El LAWFARE tiene una metodológica específica con fines determinados, no toda interpretación errónea, abusiva del derecho o investigación judicial “encaja” dentro de tal dispositivo. La construcción, reconocimiento y debilitamiento del “enemigo político” lo es para quitarlo de la arena política electoral, impidiéndole postularse como referente de un espacio partidario. Pero ello no acaba allí, se afecta a toda la ciudadanía que simpatiza con tal proyecto electoral a través de la afectación de su propio derecho

<sup>9</sup> “Condena a Lula: ¿Estado de derecho o ‘lawfare’? Análisis efectuado por Andy Robinson, Lima en <http://www.lavanguardia.com/internacional/20180405/442206466841/condena-lula-estado-derecho.html>.

político colectivo. Impacta negativamente en los derechos políticos individuales de la carrera política de quién es objeto del *LAWFARE* y de los derechos políticos de la ciudadanía al impedírselle elegir o no a determinado candidato en la oferta electoral.

El mecanismo del *LAWFARE* no distingue en su empleo de ideologías, no importa si se trata de izquierdas, derechas o centro, es el enemigo de determinados intereses en determinado momento y espacio el que es llamado a ser atacado, debilitado y eliminado bajo la metodología del *LAWFARE* del espacio electoral.

Combatir la corrupción seriamente y no selectivamente –ni como pantalla para proscribir sectores partidarios antipáticos para el *establishment*– sólo es posible dentro de las propias reglas que impone el sistema constitucional. Y no con otros fines. Investigar, sancionar, condenar sin el respeto al debido proceso, sin pruebas, sin hechos acreditados, sin respetar la presunción de inocencia, abusando del instituto de la presión preventiva, son algunas de las estrategias utilizadas en la posible configuración de un caso de *LAWFARE* previa ampliación de un supuesto caso de corrupción por parte de los factores de comunicación comprometidos con determinados intereses.

En realidad, nos encontramos en estos supuestos frente a procesos políticos que exhiben un claro divorcio entre aquello que algunos llaman “lucha contra la corrupción” a través de un proceso supuestamente “revestido de legalidad” y la exigibilidad, por el otro lado, del respeto irrestricto al debido proceso, esto es de la legalidad real.

### **3.La criminalización de la política pública y la politización de la justicia<sup>10</sup>**

La tensión entre jueces y gobierno es conocida bajo las expresiones de la politización de la justicia y la judicialización de la política.

---

<sup>10</sup> Hemos publicado sobre el tema en formato artículo de opinión aquí [http://vaconfirmamendoza.com.ar/index.php?articulos\\_seccion\\_719/id\\_2756/la-criminalizacion-de-la-politica-publica/imprimir/imprimir](http://vaconfirmamendoza.com.ar/index.php?articulos_seccion_719/id_2756/la-criminalizacion-de-la-politica-publica/imprimir/imprimir)

El control que los jueces acaso puedan efectuar de las políticas públicas sucede, entre otros, por vía indirecta en el plano de la actuación penal de los funcionarios y, ya en vía directa, en el control de la política pública desde su validez constitucional.

Cierto también es que la clase política, dirigentes y autoridades elijen más de las veces el camino de la judicialización de diversos asuntos en vez de buscar caminos de diálogos y debates. Se busca la confrontación inútil al extremo de la argumentación falsa, y cuando ello no es suficiente motor o fuerza de visibilidad electoralista se ocurre por ante los tribunales con denuncias penales las más veces, y en menor cantidad, a acciones que intentan controlar el apego de la decisión adoptada a los parámetros de constitucionalidad exigidos.

La judicialización de la política tiene por responsables a la clase dirigente, mientras que la politización de la justicia es protagonizada por los propios jueces. Ambas debilitan a nuestro criterio el fluido tráfico de construcciones políticas provenientes de sus ámbitos naturales: consenso y disensos de ideas y programas propuestos desde los partidos políticos en tanto estos son reconocidos como actores principalísimos de nuestras democracias constitucionales.

Las políticas públicas, como es sabido, están contenidas en aquellas decisiones generales, es decir en decretos y resoluciones de los gobiernos que concretan algunos aspectos de las funciones generales que tienen a su cargo, esto es la administración general del país. También en leyes de los parlamentos. Estas decisiones son tomadas en base a aquello que está permitido por la constitución y las leyes. Pero también desde los propios criterios que poseen los gobernantes acerca de la conveniencia institucional en adoptar una decisión u otra en un momento determinado. La conveniencia o inconveniencia puede dar lugar a mayores o menores niveles de legitimidad, y desencadenar futuros corrimientos de escenarios electorales. Más ello nos parece que sea una excusa válida que permita a) abrir un proceso de juicio político, b) disponer un proceso

criminal con el objetivo de vaciar de contenido de legalidad al criterio de oportunidad, c) desplegar el control judicial en abstracto de la oportunidad de la decisión adoptada.

Cabe recordar que muchas de las decisiones adoptadas son precedidas por intervenciones de órganos y organismos de control que aseguran que las mismas son posibles de ser adoptadas, incluso existen controles constitucionales de autorización previa a la toma de decisión.

Ahora bien, si bien es cierto que el marco constitucional brinda amplitud de criterios a los gobiernos en la elección de los medios que se seleccionarán para darle contenido a sus políticas públicas, también lo es que esa misma constitución les imponen algunas reglas para adoptar sus decisiones. De entre ellas la decisión política debe respetar el estándar de razonabilidad. Esto es que sea adecuada a los fines que dice satisfacer con la adopción de esa medida y no otra, en ese momento y no en otro tiempo, bajo debida fundamentación previa participación del sector involucrado o destinatario de esa política pública. Este aspecto de la razonabilidad de la política pública es una de las llaves que abren la puerta al control de la política pública concretada en la dimensión de los derechos de las personas bajo el estudio de la debida proporcionalidad de medios afines. Bajo estos parámetros y no otros, bajo el control en el caso concreto que permite esa ponderación, y no en abstracto.

En estos últimos tiempos se han registrado en distintos países la influencia en el ámbito político institucional de las determinadas decisiones de los poderes judiciales, tal como lo hemos referido en *EL Caso Lula*<sup>11</sup>, y que antes hemos apuntado. La mala interpretación o abuso en el uso de la ley con fines políticos no es sólo una cuestión del derecho penal. La orden judicial que impidió a *Lula* asumir en el cargo de ministro en el gobierno de la Expresidenta *Dilma Rouseff*, representa una clara

<sup>11</sup> *El caso Lula: la lucha por la afirmación de los derechos fundamentales en Brasil*, Coordinada por Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins y Rafael Valim; Contracorrente , São Paulo, 2017.

intromisión judicial en el campo político con fines concretos de debilitamiento de una figura presidencial.

Los tribunales supremos en general eligen el caso bajo el cual fijarán postura. Pero también eligen el momento en que decidirán hacerlo. Este “uso de la oportunidad en que se toma la decisión” es una herramienta que en algunos supuestos genera consecuencias en el plano político de la vida democrática de un país. Ambas elecciones respecto del caso y el tiempo pueden esconder, en ocasiones, una clara intervención en el plano político. Existe un arbitrio judicial que tiene proyecciones en la realidad política si se trata de un asunto de trascendencia institucional.

Llegados a este punto nos interesa agregar que los poderes judiciales diseñan e instrumentan políticas públicas también. La instrumentación vía competencias de orden administrativas-reglamentarias de un régimen específico para las acciones de clase cuando estas no están expresamente reguladas por las leyes, puede ser citado como uno de entre tantos ejemplos. Sin dudas optar por un modelo u otro de acciones de clase habla de por sí solo de una política pública en materia de acceso a la justicia y de efectos extra-partes de las sentencias con fines de prevenir a) la alta litigiosidad, b) la multiplicación de sentencias diversas con posibles afectaciones a la seguridad jurídica. Pero también es posible hablar de una posible alta concentración de determinados sectores de la justicia.

Otro tanto podremos decir si se opta por un modelo concentrado o no de control de constitucionalidad. Nos explicamos. Pareciera generarse pluralidad de opiniones en un sistema de control de constitucionalidad difuso, mientras que en aquel otro de tipo concentrado la alta concentración de poder pareciera generar una tendencia hacia una menor pluralidad de voces dentro de ese poder judicial. En definitiva, un mayor alejamiento aún de un posible mecanismo de democratización de los poderes judiciales en la construcción de política pública judicial.

Ello se hace más evidente aún si a ello le agregamos el análisis el control de convencionalidad y su simetría con el control

de constitucionalidad interno<sup>12</sup>. La invocación de la inconveniencia depositarse en los mismos que despliegan la competencia para declarar inconstitucional una norma con efectos más allá de caso. Ello produce una concentración sumamente intensa en un solo sitio del poder judicial que puede acaso generar en algunos supuestos determinada inclinación al “discurso judicial único”.

El poder judicial, el que menor legitimidad de origen posee según es sabido de todos los poderes, ofrece justamente en el plano de los derechos humanos determinadas resistencias. Muestras de ellos son a veces las tensiones existentes entre los máximos tribunales internos e internacionales en temas de derechos humanos<sup>13</sup>. Generándose tensiones que bien pueden evitarse. El error parte en estos supuestos de generar discusiones en términos de poderes y la supremacía de estos en el orden interno internacional o internacional interno. El origen y la razón de ser de las convenciones internacionales es otro y no aquel: la protección trasnacional de los derechos humanos en forma complementaria y coadyuvante del orden interno. Sólo y tan sólo si aquellos infraccionan el sistema nace la protección trasnacional como garantía de dos órdenes: a) de la víctima afectada por el hecho estatal generador de responsabilidad

---

<sup>12</sup> “La Corte recuerda que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención Americana, entre ellos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. En esta tarea deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. Asimismo, este Tribunal ha indicado que, en lo que respecta a la implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, “el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso” - Corte IDH, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú*. – Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia - . 30.05. 2018.

<sup>13</sup> Basta citar en este sentido los casos de la Corte IDH, *Caso Gelman c. Uruguay*, Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia - 20/03/2013 -; Corte IDH, , *Caso Fonteveccchia y D'Amico c. Argentina*, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia -18/10/2017-

internacional y b) del propio orden internacional de los derechos humanos para que este se preserve, se consolide y se amplíe con las correcciones de las conductas y omisiones estatales que desconocen las obligaciones internacionales asumidas soberanamente. La garantía trasnacional, en tanto subsidiaria y complementaria del orden interno, le agrega, como nos gusta decir, calidad ciudadana a las personas en los modernos estados constitucionales y convencionales<sup>14</sup>.

En el fondo aparece la tensión de uno de los poderes del Estado que se encuentra en las puertas de una profunda transformación que más tarde o más temprano llegará. La justicia ha dejado de ser una preocupación y ocupación exclusiva del poder judicial, tal como ha sido concebida desde hace ya tiempo. No obstante ello se insiste en que sea este quien, en la representación social, aparezca monopolizando el valor justicia. Es el atesoramiento de cuotas de poder que no se quieren perder. Actualmente afianzar la justicia es una función que asumen los diversos poderes del estado, las organizaciones intermedias, los movimientos sociales, la ciudadanía. Debemos desjudicializar el valor justicia en el sentido de quitarle la mirada asociada exclusiva y excluyentemente a lo orgánico de un poder del estado si es que queremos buscar mecanismos de concreción de una sociedad equitativa. Así como se ha entendido que, penalizando determinadas conductas, en nada se transforman determinados patrones culturales en materia de seguridad.

Y ello es posible, como ha sido posible pensar el modelo de las ciudades sin poderes judiciales en su ámbito, con excepción hecha de algunas grandes metrópolis, o distritos federales que luego son mutados en su estatus político. No es menor pensar el valor de realización de justicia en clave de ciudades, ya que

---

<sup>14</sup> Para ampliar, puede consultarse Pablo A. Gutiérrez Colantuono, "La Dimensión Dinámica y Abierta de los Derechos Humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas", LL 18/01/2018, 1 – y LL 19/01/2018, 1; Cita Online: AR/DOC/2973/2017; "Dialogarán la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación?", DPI Cuántico - Derecho para Innovar 06/11/2017.

asistimos por estos tiempos aquello que hemos denominado la *era de las ciudades*. Sobre el punto nos hemos expresado en sentido de sostener que la ciudad es un espacio colectivo culturalmente rico y diversificado que pertenece a todos sus habitantes y donde todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones. En tal espacio se promueven las condiciones de hábitat que hacen a la dignidad de las personas y la sostenibilidad social, económica y ambiental en una perspectiva colectiva de la ciudadanía. La ciudad la percibimos como expresión de los derechos fundamentales. Bien podría resumirse la idea del derecho a la ciudad como el espacio de la plena realización de los derechos fundamentales. En otras palabras, los derechos humanos en clave de ciudad. Estos, como es sabido, se expresan en sus dimensiones civiles, políticas, económicas, culturales y sociales; algunos con mayor contenido prestacional y presupuestarios que otros, pero ciertamente todos interrelacionados y sin grado de prelación alguna. La expresión de la humanidad, el desarrollo individual y social en los ámbitos de la ciudad miran principalmente el tema de la accesibilidad a determinados bienes y condiciones que hacen posible ese desarrollo. El tema del acceso es un tema central, ya que ello conecta con el uso y disfrute del espacio “ciudad” bajo condiciones de equidad. Equidad e igualdad debieran ser temas de principalísima agenda en nuestros países y región latinoamericana. En algún punto central, se trata del estudio de la ciudad a escala humana entendida a esta como la realización individual, colectiva y social de la persona bajo las condiciones que aseguren su buen vivir. Es en este contexto que la justicia se mira desde la ciudad de manera no orgánica para vivírsela multifocalmente.

Por último agregaremos que la justicia global desarrollada en órganos y organismos internacionales alejados de la idea orgánica de la justicia interna es otra realidad actual e irreversible, que habla de una justicia distinta en sus formatos internos estatales y con proyecciones también diversas.

#### **4. Las inequidades y la lucha contra los privilegios, síntomas de la legalidad aparente**

La igualdad y la lucha contra los privilegios es un tema que nos ocupa, desde la perspectiva de cómo ello se traduce en una de las razones posibles de ser invocadas en aquello que hemos llamado síntomas de debilidad democrática que, a veces, se traduce en una democracia formal dentro de un Estado de no Derecho, o estado de Excepción.

Al respecto la CEPAL recientemente ha explicado<sup>15</sup>:

“En buena medida, la crisis de legitimidad de los sistemas políticos y de los Gobiernos de la región responde a una percepción crítica respecto de privilegios enraizados en sectores de la sociedad, así como en las relaciones entre el poder y el dinero. El fortalecimiento de la democracia pone en tensión la cultura del privilegio. Pero, al mismo tiempo, plantea un interrogante respecto de la consistencia entre el avance simbólico y el avance material de la democracia hacia una cultura de igualdad de derechos. El avance simbólico hace referencia a una institucionalidad democrática y una apertura de espacios deliberativos que inscriben en el imaginario colectivo la idea de una comunidad de iguales en derechos ciudadanos. El avance material se refiere a instrumentos efectivos que traducen esa conciencia en acciones para promover la igualdad y sancionar los privilegios. En este campo de conflicto entre la cultura de igualdad de derechos y la cultura del privilegio, es necesario fortalecer los tres pilares sobre los que se construye la igualdad. En primer lugar, las instituciones y las políticas en favor de igualdad deben tener como complemento el avance en materia de instituciones y políticas de reconocimiento de la diferencia. De este modo, se desnaturaliza la jerarquía que pone desigualdad y diferencia como dos caras de la moneda. En su visión de la igualdad como valor fundamental del

<sup>15</sup> “La ineficiencia de la desigualdad”, 2018 Trigésimo séptimo período de sesiones de la CEPAL - La Habana, 7-11 de mayo 2018 -

desarrollo, la CEPAL planteó esta bisagra que articula la igualdad material y la igualdad simbólica –derechos sociales y derechos culturales– (CEPAL, 2010 y 2014). Las políticas del reconocimiento tienen, a su vez, un fundamento igualitario y democrático. El privilegio, cuando se asocia al género, la cultura, la condición étnico-racial o el lugar de origen, es cada vez más impugnado y resistido desde la lógica del reconocimiento. La mayor visibilidad pública y política de grupos tradicionalmente invisibilizados, junto a sus demandas y derechos, afirma la cultura de la igualdad. En segundo lugar, las democracias deben combatir las prácticas características de la cultura del privilegio en las que un actor se constituye, a la vez, en juez y parte. Para ello es necesario contar con un sistema de justicia independiente y con acceso igualitario, a fin de que las prácticas de abuso se sancionen oportunamente y se den señales claras ante los delitos propios del ejercicio del privilegio –la evasión fiscal, la apropiación ilícita de rentas o el trato abusivo en la relación laboral-. Complementariamente, la justicia debe empoderar a quienes requieren de la institucionalidad judicial para hacer respetar sus derechos políticos, sociales, laborales y culturales. Las políticas de no discriminación deben plasmarse en instituciones consagradas por el Estado y ser capaces de revertir la cultura del privilegio en campos y acciones concretos. El tercer elemento es introducir cambios institucionales que reviertan la cultura del privilegio mediante pactos sociales para la igualdad, como propuso la CEPAL a los países miembros en el documento de posición presentado en el trigésimo quinto período de sesiones (CEPAL, 2014). La construcción de pactos, que se plasmen en leyes y políticas de Estado, en materias que han sido secularmente sometidas a la cultura del privilegio puede ejercer su efecto en el imaginario colectivo y revertir marcas culturales largamente afincadas. Los pactos son a la vez fin y medio: en cuanto frutos de un proceso deliberativo en favor de la igualdad y de aprendizaje democrático son fines en sí mismos y en cuanto instrumentos de

política pública son medios para proveer de continuidad y progresividad a las políticas en favor de la igualdad. Tanto en el proceso de construcción de pactos como en su consagración institucional, se produce un aprendizaje colectivo en que la cultura de la igualdad de derechos se abre paso en el imaginario colectivo y, consecuentemente, el espacio de la cultura del privilegio se restringe. Se desarrollan así los hitos fundacionales con los que la democracia crea instituciones que favorecen la igualdad.”

La desigualdad en términos reales y concretos existente al menos en nuestros países latinoamericanos ha llevado, quizás indirectamente, a la Corte IDH a construir un concepto fuerte de igualdad tanto en términos jurídicos como institucionales.

Tiene dicho la Corte IDH<sup>16</sup>:

“El principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el denominado *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.”.

Bajo tal idea, la Corte IDH ha receptado a la garantía de la igualdad como integrante del derecho imperativo de los derechos humanos, integrándola así al concepto del *ius cogens*. Todo lo cual no resulta menor al menos en el plano de las consecuencias que ello genera en los ámbitos institucionales y, especialmente, en las denominadas acciones positivas estatales.

Por nuestra parte a formularnos algunas preguntas básicas: **¿Podemos** continuar “escondiendo” detrás de la de seguridad jurídica, los alarmantes índices de pobreza e inequidad? **¿Podemos seguir sosteniendo que la seguridad jurídica es garantía**

<sup>16</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24.08.2010.

**de las inversiones y que éstas a su vez derraman sus efectos** sobre la distribución equitativa de la riqueza? ¿Es la seguridad jurídica un principio jurídico que debe reinterpretarse desde los principios de los sistemas regionales e internacionales de los derechos humanos?

Pero por otra parte debemos enfatizar una vez más la necesidad del involucramiento y la participación en la gestión de los asuntos públicos de la ciudadanía, la cual implica no tan sólo el acceso a la información pública y el debate de determinados tópicos de las políticas públicas por diversos mecanismos participativos –las audiencias públicas, son uno de ellos-. Importa también la efectiva permeabilidad de la decisión pública y del diseño de la política pública. Ya no es posible sostener el diseño de medidas que impacten en el desarrollo equitativo de la población sin que esta participe activamente en el diseño e implementación de las mismas. Las decisiones destinadas a grupos vulnerables, protegidos especialmente por los sistemas internos e internacionales de los derechos humanos deben ser pensadas planificadas y ejecutadas con dichos grupos y no aisladamente desde despachos burocráticos sin anclaje territorial y social. No se combate a la pobreza sin la participación de todos los sectores, especialmente de aquellas personas destinatarias de las decisiones de gobierno.

En palabras de la Corte IDH la participación pública “...representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas. En particular, la participación pública facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales. Como ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, la participación pública

requiere la aplicación de los principios de publicidad y transparencia y, sobre todo, debe ser respaldado por el acceso a la información que permite el control social mediante una participación efectiva y responsable<sup>17</sup>. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 23.1.a) del Pacto de San José de Costa Rica –en adelante PSJCR– con múltiples alcances.

Creemos que el derecho a incidir y controlar por parte de la ciudadanía también posee una contracara en materia de deberes: Es un deber humano del ciudadano contribuir efectivamente en lograr el bien común según se desprende del mismo texto del PSJCR, en que se formulan en diversos pasajes obligaciones y no tan sólo derechos a cargo de las personas según hemos indicado. Ello nos abre la dimensión colectiva y social de los derechos.

## **5. La dimensión comunitaria y humanitaria de los derechos como herramienta legítimamente**

El PSJCR en un apartado especial de los deberes humanos expresa que las personas poseen deberes para con toda la humanidad. Y que estos deberes limitan a los derechos de las personas, y su conexión con el bienestar general –apartado 2 del artículo 32º-. Pero a la dimensión universal de esos derechos, también el propio PSJCR los enumera limitados por los deberes que cada uno posee respecto de su comunidad. Este apartado nos parece sumamente trascendente, ya que brinda un anclaje de la efectividad de los derechos al desarrollo de las personas en los ámbitos de su propia comunidad.

Los derechos asumen así el desafío de su propia dimensión comunitaria y de humanidad, y no tan sólo en la dimensión liberal de los mismos. Aparecen los deberes humanos, los cuales se proyectan desde los derechos hacia la familia, la comunidad y la humanidad. Esta expresión de la comunidad y la humanidad prevista en el artículo 32º ap. 1 del PSJCR se ha de anudar

---

<sup>17</sup> Corte IDH , OC-23/17 cit.

a la definición que tiene el propio PSJCR respecto del interés general o bien común. La Corte IDH ya no en su función contenciosa si no en la consultiva sostuvo: “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67)”; citada en la opinión consultiva OC-6/86, 9.05.1986.

Es en este contexto normativo e interpretativo que reconocemos el deber de involucramiento de la ciudadanía en la concreción del bienestar general. Es un emergente del deber para con la comunidad que tienen las personas, el cual se integra por los derechos enunciados en el PSJCR pero que a

su vez se encuentran limitados por los deberes de las mismas personas para con su comunidad y especialmente por las previsiones del artículo 32º inc. 2 al decir: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

El acceso a la información pública, la participación de los asuntos públicos, el derecho al desarrollo vinculado a los derechos económicos, sociales y culturales –26– ampliado por el Protocolo de San Salvador, derecho a un trato igualitario y sin discriminación –25–, se asumen como partes integrantes de un derecho colectivo al desarrollo anclado en los deberes que toda persona tiene para con su comunidad.

El vehículo es la solidaridad, y esta comporta un valor estructurante de las ramas del derecho público, muy especialmente el derecho administrativo en que la tensión ciudadanía administraciones públicas se distienden a partir de este principio.

Ello debiera sin más indicarnos que nos encontramos frente a un derecho administrativo de los derechos y garantías ciudadanos antes que del poder y sus competencias. Donde el punto de intersección entre derechos-garantías ciudadanas y competencias públicas ha de ser la ampliación de aquellos tanto en sus dimensiones individuales, colectivas como sociales. La visión de los derechos articulados con los deberes humanos es aquella que nos permite analizar la dimensión social y conectarlos con la finalidad de las administraciones públicas. Nos lleva a entender que existe una reconfiguración de la relación ciudadanía administraciones públicas. Aparece así la cogestión del mismo interés por ciudadanía y estas, el cual no es otro más que la dimensión social de la realización institucional del bienestar común en tanto ampliación de derechos de la comunidad toda. En definitiva, más ciudadanía antes que más poder, o más poder para mayor ciudadanía.

## 6. ¿Cómo democratizamos nuestras democracias?

La pregunta se orienta a detectar herramientas que nos brinden mayores y continuos niveles de legitimidad –participación e impacto ciudadano efectivos– a los gobiernos legalmente instalados por el voto democrático. El voto ciudadano legitima un proceso constitucionalmente llevado a cabo para instalar un gobierno. En origen es legítimo y legal –constitucional–.

Durante el mandato gubernamental la legalidad del poder puede disociarse de la legitimidad alejándose del anclaje social ciudadano del mismo. De allí que sea interesante siempre reflexionar sobre mecanismos de participación individual y colectiva tales como consultas populares, presupuestos participativos, foros ciudadanos, de entre otros tantos posibles.

Sin dejar de valorar a estos, en esta ocasión nos preguntamos cómo legitimar aún más y continuamente un gobierno de forma tal de achicar esas posibles distancias entre el elegido y los electores, gobierno y ciudadanía.

Es que la deslegitimación del poder es un tema que nos habla de la fragilidad de las democracias, legitimarla nos permite fortalecerlas y resignificarlas permanentemente.

Para ello es necesario imaginar herramientas que permitan a los gobiernos ser permeables del sentir ciudadano, y no quedar aislados de quién es el verdadero titular del poder: la ciudadanía. La pregunta puede acaso tener múltiples respuestas y aun así ser todas ellas insuficientes. Nosotros hemos pensado algunas, que aquí presentamos:

1. Las ONGs: Irrupción en los espacios de gobierno de las organizaciones sociales, de forma tal de amplificar su recorrido social y territorial pero ahora desde el propio estado. La mirada fresca, sensible, de escucha, de sensibilización por lo general de las ONGs brinda una flexibilidad y plasticidad distinta a los gobiernos cuyos funcionarios políticos habrán de aprender que el estado es un “estado”. Un estado anímico, del sentir, del pensar, del escuchar, del articular

de entre otras acciones para luego, sí claro, gestionar. Ello conlleva algunas precisiones necesarias: a. Las ONGs deben primero aceptar el desafío, están acostumbradas muchas de ellas a “luchar contra” el gobierno, y en el esquema que proponemos ellas pasan a integrar un gobierno, ahora es desde el gobierno y no en contra de este. b. Los gobiernos deben desde el espacio estatal ampliar, multiplicar y apalancar el recorrido social preexistente para impactar las estructuras estatales y desde allí expandirse con mayor fuerza aún hacia la sociedad toda. Con ello es posible “contagiar” la matriz de sensibilización y lucha por los derechos y deberes propios de cada ONG a otras áreas de la humanidad y otros sectores sociales. c. Los gobiernos deben revisarse continuamente para auto restringirse en la “tentación” de apropiarse o vaciar las ONGs en vez de amplificar sus trayectos sociales.

2. El ecosistema cultural: la escucha a las y los artistas, la mirada hacia y desde su presencia sensible y testimonial de quienes son hacedores de la cultura nos alertan sobre aquello que no debe suceder, de los límites del accionar de todo gobierno y del propio contenido de las políticas públicas todo ello en sensibilidad y heterogeneidad social. Los hacedores de la cultura son una suerte de “luz roja” que alerta a los gobiernos de qué fronteras no traspasar.

3. Banco de pensadores: personas que desde sus ciencias puedan brindar interdisciplinariamente miradas a temas locales y del presente desde una perspectiva universal y temporal distinta. Los pensadores son en parte las y los intelectuales, pero también son aquellas personas activistas sociales que, con su escucha, su recorrido y sus sapiencias recogidas desde la experiencia pueden conjuntamente diagnosticar los grandes trazos por dónde camina y caminará nuestra humanidad. La fusión de ideas, valores y experiencias se convierte en insumo para las posibles políticas públicas.

En fin, estas tres herramientas junto a cientos de otras que pueda acaso imaginarse pueden impactar en una gestión de

gobierno abierta y sensible de forma tal de refrescarla, renovarla constantemente y con ello legitimarla en términos del sentir ciudadano desde las miradas heterogéneas. De esta forma el voto emitido legalmente en forma esporádica adquiere mayores niveles de legitimidad en el curso de un gobierno, y este a su vez hunde sus raíces en el entramado social en vez de alejarse, aislarlo y hasta en ocasiones intentar combatirlo. Es tiempo de cambiar la matriz de la gestión de los gobiernos, sus maneras muchas veces de no sentir que el estado es eso un estado, un estado de ciudadanía. El desafío es seguir pensando mecanismos ciudadanos individuales y colectivos de participación e incidencia que sean legitimantes de los gobiernos legalmente constituidos

## 7. Algunas consideraciones finales más no últimas

No es posible luchar contra la corrupción desde la ilegalidad muchas veces presentadas bajo el ropaje de una “legalidad aparente” tanto por los medios de comunicación como del propio poder del estado que la adopta. Ello traerá tiempos tormentosos. La corrupción se la combate desde la constitucionalidad la cual explicita los límites propios de nuestras democracias constitucionales: los derechos humanos como núcleo inderogable e indisponible tanto por ocasionales mayorías ciudadanas como de gobiernos.

La democracia constitucional importa aceptar que existen acuerdos básicos sobre los cuales es posible construir mayores niveles de ciudadanía e institucionalidad. El núcleo duro de ese acuerdo son los derechos y garantías humanos que son ante todo un límite al poder, a los poderes. Los derechos fundamentales son límites al “poder”. Nacieron con la clara finalidad de impedir que una mayoría coyuntural pueda, con base en una “legitimidad de origen”, violar los derechos humanos. Son, en síntesis, indisponibles, transformándose en un límite al propio sistema democrático. En rigor, representan más que un límite, ya que son el propio fundamento del sistema democrático

y constitucional. La protección transnacional refuerza esta perspectiva al presentarse como instancia internacional de protección de los derechos fundamentales, dada la real posibilidad de que los Estados incumplan los compromisos internacionales asumidos en los tratados regionales y universales de derechos humanos.

El mercado, y sus reglas están atravesados por ese núcleo duro y no a la inversa. No hay mercado posible sin que este asuma que su destino es promover las condiciones que permitan el derecho efectivo al desarrollo de las personas, de allí que es connatural al sistema constitucional la regulación estatal del mercado. Podemos discutir las intensidades de esa regulación, más no que el mercado se encuentra atravesado por las reglas constitucionales y de los derechos humanos.

La lógica del poder busca siempre zonas de confort y no control. La dimensión de las democracias constitucionales y de los derechos humanos nos propone justamente un espacio indisponible por parte de los poderes internos de los Estados. Es una “porción” de la vida ciudadana e institucional que no les pertenecen, en tanto es dominio de la humanidad toda. De allí la fuerte reacción del poder y de los poderes especialmente contra los tribunales internacionales de la justicia de los derechos humanos. Esta comporta en esencia una justicia que rompe la lógica del poder de escaparle al control, ya que al ser trasnacional se encuentra fuera del alcance de dicha lógica.

Las políticas públicas tienen al menos dos dimensiones: una, la estrictamente política, la otra del orden de la razonabilidad. La política implica la libre apreciación y valoración por parte de la autoridad máxima de qué tipo de política pública construir, en qué momento adoptarla y cuál es el valor superior que intenta satisfacer con la misma. La segunda, razonabilidad, ya requiere insumos técnicos e intervención de organismos y órganos internos y externos de control con la mayor especificidad técnica posible y autonomía de criterio. Aquí existe una responsabilidad funcional de quién aconseja un camino y no otro,

asumir unas consecuencias y no otras, etc. La máxima autoridad de gobierno adopta decisiones previa síntesis que efectúa de ambas dimensiones, la cual debe estar suficientemente justificada y comunicada. Aquí la responsabilidad esencialmente es institucional y electoral. Ciento es que cada cual es responsable por las decisiones que adopta, pero dichas responsabilidades son distintas según la distribución de funciones y la naturaleza de la decisión que se adopta. Los caminos para hacer efectivas las responsabilidades son diversos y de los más variados alcances, no hace falta imaginar nuevos mecanismos, estos ya existen por doquier. Ciento es que “alguien” debe hacerse cargo ante la ciudadanía si una política pública ha sido desacertada, ha traído mayores niveles de inequidad; pero de allí a criminalizar las políticas públicas como mecanismo de deslegitimación social de la dirigencia política nos parece iniciar un recorrido peligroso para nuestras democracias.

La afectación individual y colectiva de los derechos políticos se traduce en menor calidad democrática. Las intervenciones judiciales y “materialmente judiciales” tanto de poderes legislativos como judiciales, entre otros, en la remoción de un proyecto político legitimado electoralmente genera ciertas consecuencias que, en determinados supuestos, puede provocar a) la afectación de los derechos políticos de un líder y b) la afectación de los derechos políticos colectivos de la ciudadanía o una parte de ella. Legitimidad en tanto límite que representa el derecho a elegir de la ciudadanía dentro de la mayor oferta electoral. Se produce una afectación del derecho colectivo político desde las maniobras que hemos señalado de construcción, debilitamiento y eliminación del “enemigo político”, o bien de los “golpes de Estado blandos” o encubiertos. La afectación del derecho colectivo político de quienes votaron a quién es “destituido por mecanismos aparentemente legales, pero sustancialmente ilegales” o por mecanismos propios del *LAWFARE*, comporta un límite y un censor a tales procederes. En este punto debemos ser claros: en el sistema moderno del Estado Constitucional y Convencional de Derecho, los jueces

son los garantes fundamentales y últimos de, por lo menos, dos garantías esenciales: el debido proceso legal y el principio de la presunción de inocencia. Está terminantemente prohibido no respetarlas. Si el juez las vulnera, pierde independencia e imparcialidad, condiciones imprescindibles para el ejercicio de la función jurisdiccional. Las “alegaciones” de “luchas morales” con la finalidad de justificar la debilidad de las mencionadas garantías fundamentales resultan, invariablemente, en el fracaso del Estado de Derecho.

Exceptuar las reglas generales del debido proceso legal en una persecución criminal por considerar el caso “grave”, “especial”, “complejo” o cualquier otro calificativo, es manifiestamente inconstitucional y violatorio de los tratados de derechos humanos. Al no respetarse el debido proceso legal fracasamos todos como sociedad. No es, reiteramos, un tema que solo interesa a la persona cuya esfera jurídica es seriamente afectada. Se trata de la perdida de nuestra propia humanidad.

Concretamente referimos a la lucha de los derechos fundamentales como garantía social de todos y no de una persona nada más. Para mostrar la trascendencia que tiene el debido proceso en las democracias, y de cómo se puede manipular determinados sistemas con la finalidad de lograr seleccionar a una persona para que pueda o no ser candidata en una elección determinada. *El caso Lula* es paradigmático de lo que se ha llamado estado de excepción, es decir una apariencia de legalidad que ‘excepciona’ a la legalidad, justamente a las reglas del estado de derecho. No es el único en nuestra Latinoamérica por estos tiempos.

Por último, debemos tratar de desentrenar la vinculación existente entre la legalidad prevista en el art. 9 del PSJCR, con las dimensiones individuales y colectivas de los derechos políticos establecidos en el artículo 23 de dicho Pacto. Para luego saber a ciencia cierta que estamos o no frente a determinadas manipulaciones de una legalidad aparente. Pero el tema es más estructural, nos lleva necesariamente a replantearnos aspectos

culturales, por ejemplo, de la enseñanza del derecho en nuestras universidades.

A la espera de descubrir las respuestas a tal entramado, nos es posible indicar a la movilización social como herramienta posible para visibilizar y lograr que efectivamente se corrijan los abusos del poder; también como una metodología legitimante o no de las decisiones de gobierno. El pueblo tiene en su poder la herramienta para deslegitimar una decisión que en “apariencia” es legalmente adoptada. Y con ello lograr revertir las medidas adoptadas. También son esos movimientos sociales los cuales generan políticas públicas concretas, tal como venimos observando hace ya tiempo en la Argentina. Algo está por llegar... de la mano del efecto transformador del cual son portadores las nuevas generaciones.

# Estado de excepción

## La forma jurídica del neoliberalismo

Rafael Valim<sup>1</sup>

### Introducción

El término “estado de excepción”, a pesar de la complejidad del fenómeno que recubre y las críticas severas que ha sufrido durante décadas, disfruta de un éxito indiscutible en los medios de comunicación, en los movimientos sociales, en los debates políticos e incluso en el mundo académico.

En los Estados Unidos y Europa, sobre todo a partir del 11 de septiembre de 2001, la idea fue ampliamente difundida para explicar la adopción, a modo de lucha contra el terrorismo, de medidas de emergencia, francamente atentatorias a los derechos fundamentales y a las zonas de “no-derecho”, de las cuales es ejemplo elocuente Guantánamo<sup>2</sup>.

En el universo de América Latina, a su vez, se proporcionó la excepción para aclarar diferentes realidades, entre las que podemos mencionar las acciones del Estado colombiano para enfrentar organizaciones paramilitares<sup>3</sup>, las medidas de emergencia económica en Argentina durante la década de los 90 del siglo pasado<sup>4</sup> y, más recientemente, las decisiones judiciales,

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo - PUC/SP. Profesor Visitante en Universidades de Europa e Latinoamérica. Abogado.

<sup>2</sup> Moniz Bandeira, Luiz Alberto. *A desordem mundial: o espectro da total dominação*, 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 75 y ss.

<sup>3</sup> Gamboa, Jaime Orlando Santofímio. *El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras*. Investigación postdoctoral. Universidad Carlos III de Madrid, 2016.

<sup>4</sup> Bianchi, Alberto. *Dinámica del Estado de Derecho: la seguridad jurídica ante las emergencias*. Buenos Aires: Ábaco, 1996; Negretto, Gabriel L. *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1994.

de naturaleza reconocidamente excepcional, tomadas por las autoridades judiciales brasileñas so pretexto de “combatir” la corrupción, a lo que se ha llamado “Estado de excepción judicial”.

¿Qué hay de común en fenómenos aparentemente tan heterogéneos? ¿Cómo justificar la conversión de esta noción en una de las principales claves para la comprensión del Derecho y de la política contemporáneos? ¿Es posible pensar, en la actualidad, en el establecimiento de un estado de emergencia en Brasil? ¿Hay alternativa a la excepción o estamos condenados a una “excepción permanente”?

Estas son algunas de las cuestiones sobre las que tenemos la intención de profundizar y, por lo menos señalar posibles respuestas.

## 1. Estado de excepción: aproximación teórica y localización sistemática

La aproximación teórica al tema de la excepción presenta serios obstáculos, a saber: la incertidumbre terminológica y la inocultable polisemia de la expresión “estado de excepción”.

Es común la confusión entre los significados que la excepción asume en los diversos dominios del conocimiento, lo que, naturalmente, dificulta aún más su examen. Por lo tanto, a modo de ilustración, François Saint-Bonnet alude a las dos acepciones de la palabra “excepción”: la primera, que él llamó “clásica”, consistiría en el tiempo durante el cual las normas legales establecidas para períodos de *calma* son violadas o suspendidas para hacer frente a un determinado *peligro*. La segunda, de la cual sería el principal representante Giorgio Agamben, apuntaría hacia una profunda modificación de ciertos sistemas jurídicos delante de peligros duraderos, tales como el terrorismo<sup>5</sup>. Acto seguido, sin embargo, el teórico francés descarta esta segunda, basándose en el argumento de que la idea de un “estado de

<sup>5</sup> Saint-Bonnet, François. L'état d'exception et la qualification juridique. *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, nº 6, p. 29.

excepción permanente” constituiría una contradicción en los términos, ya que las excepciones se convirtieron en reglas.

Téngase en cuenta, sin embargo, que ambas acepciones son correctas, siempre y cuando se respeten los respectivos puntos de partida. La excepción objeto del análisis de François Saint-Bonnet se encuentra en un plano de lenguaje distinto del que adoptó Giorgio Agamben, cuya finalidad es la de comprender la excepción en términos más amplios, como un nuevo paradigma de gobierno.

Como ya tuvimos la oportunidad de registrar en un trabajo anterior<sup>6</sup>, para escapar de estas trampas del discurso es fundamental una *complementariedad consecuente* de los puntos de vista sobre el objeto del estudio, con el fin de evitar tanto los abordajes sincréticos como los reduccionistas.

En efecto, el tema de la excepción, aunque, obviamente, permita, al igual que cualquier objeto de estudio, diferentes recortes epistemológicos, reclama, para ser íntegramente comprendido, la articulación de diversas áreas del conocimiento. En otras palabras, a la complejidad del fenómeno corresponde la amplitud de los conocimientos necesarios para aprehenderlo.

Conviene, primeramente, explicitar algunos significados atribuidos a la locución “estado de excepción”.

La *Teoría General del Derecho* desde hace mucho tiempo trata el tema de la posibilidad de no aplicación de una norma jurídica en este caso, sujeta a la verificación de determinadas circunstancias, a lo que le da el nombre modernamente de, *derrotabilidad normativa*<sup>7</sup>. No se trata de un problema de indeterminación normativa, es decir, de duda sobre el alcance de la norma jurídica, sino de un *desacuerdo* entre la finalidad de la norma jurídica y el resultado que surge de su aplicación a una

<sup>6</sup> *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 23.

<sup>7</sup> Carpentier, Mathieu. *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*. LGDJ, 2014; Guastini, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 181-208.

situación de hecho *específica*. En palabras de Riccardo Guastini, así como la belleza no está en las cosas, sino en los ojos de quien observa, la derrotabilidad no está en las normas, sino en las actitudes de los intérpretes<sup>8</sup>.

En el plano *dogmático-jurídico*, a su vez, la excepción adopta muchas características. En el derecho administrativo, por ejemplo, existe la “teoría de las circunstancias excepcionales” –consagrada por el Consejo de Estado francés en la sentencia *Heyriès*– según la cual, en un período de crisis, el gobierno dispone de poderes excepcionales para garantizar la “continuidad de los servicios públicos”. En Derecho Constitucional –bajo diversas etiquetas: “estado de urgencia”, “estado de emergencia”, “estado de sitio”, “dictadura constitucional” y “gobierno constitucional de crisis”– la excepción se entiende como un conjunto de prerrogativas, explícito o implícito, de que se vale el Poder Ejecutivo para hacer frente a situaciones anómalas tales como una grave inestabilidad institucional o desastres de grandes proporciones. Es lo que, en los términos de la Constitución brasileña, conocemos como Estado de Defensa (artículo 136) y Estado de Sitio (artículo 137).

Desde el ángulo *sociológico*, la excepción por lo general se presta para revelar la ambigüedad de los autoproclamados Estados de Derecho, dentro de los cuales se instauran regímenes de terror para grandes sectores de la población. En palabras de Paulo Sérgio Pinheiro: “locos, prostitutas, presos, negros, hispanos, árabes, kurdos, judíos, yanomamis, enfermos de SIDA, homosexuales, travestis, niños, obreros van a vivir y morir sin haber conocido la moderación del Leviatán”<sup>9</sup>.

En cambio, la *teoría política* emplea la excepción como el paradigma de gobierno en la época contemporánea. Aquí se encuentra el uso repetido del término “estado de excepción

<sup>8</sup> Guastini, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 202.

<sup>9</sup> Pinheiro, Paulo Sergio. Estado e Terror. In: Novaes, Adauto (coord.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 280.

permanente” con el fin de caracterizar la sustitución progresiva de la política por formas de control social –*violence douce* o violencia física abierta.

Finalmente, bajo el prisma filosófico, encontramos la clásica afirmación de Carl Schmitt: “soberano es quien decide sobre el estado de excepción”<sup>10</sup>. En ella se condensan los elementos centrales de decisionismo schmittiano: la soberanía, la decisión y la excepción. El soberano sería el único capaz de tomar la última decisión, la cual tiene por objeto la situación de excepción. Así que lo que caracteriza a la excepción, de acuerdo con el jurista alemán, sería, sobre todo, la autoridad ilimitada, lo que significa la suspensión total del orden existente<sup>11</sup>.

La exposición, aunque sumaria, de la riqueza semántica de la expresión “estado de excepción” nos invita a algunas observaciones.

La primera de ellas está relacionada con el hecho de que el Estado de Derecho y el estado de excepción no son categorías que se repelen entre sí. De hecho, aunque el uso sistemático de la excepción pueda llevar a la ruina el Estado de Derecho, ella presupone el marco de referencia del Estado de Derecho. Como nos recuerda Giorgio Agamben, la excepción es descendiente de la tradición democrático-revolucionaria y no del absolutismo<sup>12</sup>. Por otra parte, cabe señalar que, en rigor, no existe *un* estado de excepción, sino *estados* de excepción, es decir, *parcelas* de poder que, legal o ilegalmente, escapan de los límites establecidos por el Estado de Derecho<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Schmitt, Carl. *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2005, p. 5.

<sup>11</sup> En palabras de Carl Schmitt: “What characterizes an exception is principally unlimited authority, which means the suspension of the entire existing order” (*Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2005, p. 12).

<sup>12</sup> Agamben, Giorgio. *Estado de exceção*, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 16.

<sup>13</sup> Baslien-Gainche, Marie-Laure. *État de droit et états d'exception: une conception de l'État*. Paris: PUF, 2013, p. 37.

En verdad, en esto reside la característica sórdida de la excepción. A diferencia de lo que ocurre en un movimiento revolucionario, con la excepción no se pretende instaurar, declaradamente, un nuevo orden constitucional<sup>14</sup>. Ella erosiona, de manera subrepticia, el Estado de Derecho, sometiendo la imparatividad de las normas jurídicas al talante del poder de turno.

La segunda observación se refiere al estatuto teórico de la excepción. A diferencia de los que niegan la juridicidad de la excepción de legalidad, calificándola como una realidad puramente política, nos parece que la *excepción siempre pertenecerá al Derecho*. Por decir lo menos, la norma que determina la excepción nunca será auto-referencial, es decir, jamás se suspenderá a si misma<sup>15</sup>.

Hay que añadir, sin embargo, una consideración que puede sonar polémica, pero que ocupa un lugar central en este breve ensayo. El Derecho Público brasileño, al igual que otros ordenamientos jurídicos, hace mucho tiempo consolidó conceptos y parámetros para el ejercicio de prerrogativas excepcionales, sin que, para eso, haya recurrido al concepto de “Estado de excepción”<sup>16</sup>. Esto nos lleva a la conclusión de que la verdadera utilidad de la noción de estado de excepción no es dogmático-jurídica, sino de otra naturaleza, como lo veremos más adelante.

## 2. Estado de excepción: signo del fracaso del actual modelo democrático

Traspasa los aludidos significados atribuidos al estado de excepción un contenido común, traducible en la idea de que

<sup>14</sup> Vilanova, Lourival. Teoria jurídica da revolução (anotações à margem de Kelsen). In: Vilanova, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*, vol. 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 283 y ss.; Joseph, Lawrence A. *Coups d'état, revolutions and the question of legitimacy*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2016, p. 49 y ss.

<sup>15</sup> Troper, Michel. *Le droit et la nécessité*. Paris: PUF, 2011, p. 105.

<sup>16</sup> Goupy, Marie. *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*. Paris: CNRS Éditions, 2016, p. 33.

*algunas medidas del Estado, basadas en una anormalidad, inciden sobre una situación de hecho en contraposición de la solución normativa para ella prevista.* En la palabra contundente de Carl Schmitt, “a diferencia de la situación normal, cuando el momento autónomo de la decisión retrocede a un mínimo, la norma se destruye en la excepción”<sup>17</sup>.

Esto significa que la excepción sacude, de forma nada dudosa, uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho, a saber, *la soberanía popular*<sup>18</sup>. Se subvierte la concepción de que toda y cualquier autoridad –administrativa, legislativa o judicial– es un mero administrador del pueblo y, por lo tanto, debe actuar dentro de los límites de la Constitución y las leyes, abriéndose un espacio peligroso para *el voluntarismo*, lo que constituye, por cierto, el *sentido genealógico* del estado de excepción<sup>19</sup>.

Según lo revelado por Jean-Claude Paye, en referencia a los dispositivos de lucha contra el terrorismo, “(...) la relación sociedad / Estado es definitivamente subvertida. La sociedad civil pierde toda autonomía con relación a la política. La noción de soberanía popular, como fuente de legitimación del Estado, se vuelve obsoleta. Es el poder que concede o retira la ciudadanía y que legitima lo social, es decir, que lo hace según su modelo o, si es necesario, lo criminaliza”<sup>20</sup>.

La excepción conduce al paroxismo el déficit democrático que apuntamos hace unos años en relación con el fenómeno, lamentablemente común en Brasil, de leyes excesivamente fluidas, por medio de las cuales el Poder Legislativo prácticamente

<sup>17</sup> *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2005, p. 12.

<sup>18</sup> Valim, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 31.

<sup>19</sup> Goupy, Marie. *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*. Paris: CNRS Éditions, 2016.

<sup>20</sup> Paye, Jean-Claude. *La fin de l'État de droit: la lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*. Paris: La Dispute, 2004, p. 205.

renuncia a su alta misión de establecer parámetros para el ejercicio de las funciones administrativa y jurisdiccional<sup>21</sup>.

En otras palabras, la excepción al negar la ley<sup>22</sup>, el principal producto de la soberanía popular se toma por asalto la democracia. La pretensión de un gobierno *impersonal* de las leyes da paso a un gobierno *personal* de los hombres. El pueblo es destronado a favor del soberano, lo que explica la afirmación de Giorgio Agamben que la *excepción es el absolutismo de la contemporaneidad*<sup>23</sup>.

En este orden de ideas, el estado de excepción potencializa el proceso de *despolitización* que es víctima la sociedad actual, que, en la acertada observación de Juan Carlos Monedero, siempre abre “la puerta a la marcha atrás social”<sup>24</sup>. El diálogo democrático es sustituido por monología autoritaria. No es sorprendente que *la economía, que siempre plantea una separación completa de la política, tiene un especial aprecio por la excepción*<sup>25</sup>.

Téngase en cuenta que la despolitización operada por la excepción no puede ser confundida con una de las características más destacadas del constitucionalismo moderno de poner a salvo de la discusión pública algunos temas que se consideran logros civilizadores irrenunciables<sup>26</sup>, delimitadores del espacio democrático, a los que se les da el nombre en el Derecho

<sup>21</sup> Valim, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 103.

<sup>22</sup> Aquí empleamos el término “ley” en sentido amplio, contemplando la Constitución y las leyes ordinarias.

<sup>23</sup> Agamben, Giorgio. *Estado de exceção*, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

<sup>24</sup> Monedero, Juan Carlos. *Curso urgente de política para gente decente*. Barcelona: Editora Seix Barral, 2014, p. 106.

<sup>25</sup> Bercovici, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

<sup>26</sup> Valim, Rafael; Colantuono, Pablo Ángel Gutiérrez. O enfrentamento da corrupção nos limites do Estado de Direito. In: Zanin Martins, Cristiano; Zanin Martins, Valeska Teixeira; Valim, Rafael (Coord.). *O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 71 e 72.

Constitucional brasileño de *cláusulas pétreas*<sup>27</sup>. Por otra parte, la excepción invierte incluso contra estas conquistas, de lo cual es ejemplo elocuente el eterno retorno del tema de la tortura en los debates públicos y en los pronunciamientos, cada vez más frecuentes, de líderes políticos.

A diferencia de Carl Schmitt, quien veía en la excepción una estrategia radical de *repolitización* del sistema jurídico liberal, debe reconocerse que *la excepción aniquila tanto el derecho como la política*.

Estas reflexiones nos llevan inevitablemente a la pregunta: ¿quién es el soberano hoy? ¿Sería la autoridad pública quien decide sobre la excepción? Nos parece que no.

Luigi Ferrajoli señala, con razón, que en las últimas décadas se ha producido una silenciosa revolución institucional. En sus palabras, “ya no tenemos el gobierno público y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política”<sup>28</sup>. No son más los gobiernos elegidos democráticamente los que gestionan la vida económica y social en vista del interés público, sino los poderes ocultos y políticamente irresponsables del capital financiero.

La subordinación de la política a la economía ayuda a explicar la actual crisis de legitimidad de los órganos electivos, que son responsables, a través de un discurso de fantasía y, a veces ridículo, de editar legislaciones francamente antisociales, pero que benefician a su señor, el mercado. En la exquisita síntesis de Luigi Ferrajoli, “estamos gobernados, de hecho, por personas que no nos representan, mientras que los sujetos que nos representan son subordinados e indefenso ante ellos”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Se trata del núcleo no modificable de la Constitución Federal, circunscrito en su art. 60, § 4º.

<sup>28</sup> Ferrajoli, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 149.

<sup>29</sup> Ferrajoli, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 149.

Esto se llama *el malestar* de la democracia contemporánea<sup>30</sup>. Una democracia sin pueblo, al servicio del mercado, y que, al menor signo de insurgencia contra su actual conformación, es tomada por medidas autoritarias<sup>31</sup>. Como dice Joseph Stiglitz: “Los ricos no necesitan el estado de derecho; pueden, y de hecho lo hacen, moldear los procesos económicos y políticos en su provecho”<sup>32</sup>.

De acuerdo con un estudio publicado por Oxfam el 16 de enero de 2017, antes del Foro Económico Mundial<sup>33</sup>, el patrimonio de sólo ocho hombres es igual al de la mitad más pobre del mundo y el 1% de la humanidad controla una riqueza equivalente a la del 99% restante. Esta es la democracia de la que estamos tratando.

En este sentido, a la *impotencia de la política delante de la economía debe corresponder un aumento de su potencia en relación a la sociedad*. En palabras de Laymert Garcia dos Santos, el mercado “necesita, evidentemente, un Estado débil como instancia de decisiones y formulación de políticas, pero fuerte como el organismo gestor de la población y dispositivo de control social”<sup>34</sup>. Es decir, la ruptura de los vínculos entre representantes y representados debe ir acompañada del incremento de la violencia estatal y del desgarramiento, abierto o disimulado, del tejido constitucional.

<sup>30</sup> Galli, Carlo. *El malestar de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

<sup>31</sup> A este respecto, es oportuna la observación de Alysson Mascaro: “Por isso, não se há de pensar que o modelo político democrático seja uma regra que comporta uma eventual exceção ditatorial ou fascista. O capitalismo se estrutura necessariamente nessas polaridades, incorporando a exceção como regra. Não há experiência de superação das explorações capitalistas granjeada por meio democrático-eleitoral. Toda vez que a sociabilidade capitalista pode ser superada, mecanismos políticos antidemocráticos se apresentam e interferem nesse processo” (*Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 88).

<sup>32</sup> Stiglitz, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editora, 2014, p. 208.

<sup>33</sup> <https://www.oxfam.org.br/publicacoes/uma-economia-para-os-99>.

<sup>34</sup> Garcia Dos Santos, Laymert. Brasil contemporâneo: estado de exceção? In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (coord.). *A era da indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 311.

A esto no sigue, sin embargo, que la economía prescinda del Estado. Al contrario, en la visión lúcida de Francisco de Oliveira, el mercado exige un Estado *máximo* en economía y *mínimo* en la política. Se busca, pues, una economía sin política, sin conflicto.

Este cuadro está incluido en lo que podemos llamar *la racionalidad neoliberal*, que algunos quieren presentar como una consecuencia inevitable de la globalización<sup>35</sup>, pero, en sentido estricto, recurriendo a la terminología de Foucault, traduce un *dispositivo de naturaleza estratégica* que aboga por una sociedad individualista, altamente competitiva, cuyas pulsiones son falsamente satisfechas a través del consumo y cuyos juicios se construyen en un ambiente marcado por la espectacularización<sup>36</sup>. Es un *eterno presente* que santifica el éxito individual y condena al fracaso, con el telón de fondo del embuste de la “meritocracia” en sociedades profundamente desiguales.

En el resumen elocuente de Christian Laval y Pierre Dardot, “el cinismo, la mentira, el engaño, el desprecio de la cultura, el relajamiento en el lenguaje y los gestos, la ignorancia, la arrogancia del dinero y la brutalidad de la dominación son títulos para gobernar en nombre de la sola ‘eficiencia’”<sup>37</sup>.

Se deduce, por tanto, que el “neo” del término “neoliberalismo” no significa simplemente el resurgimiento del liberalismo económico. El neoliberalismo transforma la democracia liberal en una retórica vacía, sin correspondencia con la realidad social. Y es precisamente este antagonismo cada vez más claro, entre el orden democrático y el neoliberalismo que irrumpen los estados de excepción. En palabras de Wendy Brown:

“Liberal democracy cannot be submitted to neoliberal political governmentality and survive. There is nothing in liberal democracy’s basic institutions or values –from free elections, representative democracy, and individual

<sup>35</sup> Avelãs Nunes, Antônio José. *A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

<sup>36</sup> Laval, Christian; Dardot, Pierre. *La nueva razón del mundo*. Barcelona: Gedisa, 2013, p. 388.

<sup>37</sup> Laval, Christian; Dardot, Pierre. *La nueva razón del mundo*. Barcelona: Gedisa, 2013, p. 391.

liberties equally distributed to modest power-sharing or even more substantive political participation— that inherently meets the test of serving economic competitiveness or inherently withstands a cost-benefit analysis”<sup>38</sup>.

En este punto, es posible percibir quién es el *verdadero* soberano. Quien decide sobre la excepción ahora es el llamado “mercado” en el nombre de una invisible e intrazable élite; es decir, *el soberano en la época contemporánea es el mercado*<sup>39</sup>.

En última instancia, *el estado de excepción es un requisito del modelo de dominación neoliberal actual*. Es el medio por el cual *neutraliza* la práctica democrática y se reconfiguran, de modo de silencioso, los regímenes políticos a escala universal.

El silencio que pesa sobre este fenómeno no es, por supuesto, fortuito. A nivel mundial, los principales medios de comunicación, a través de técnicas de manejo de información sofisticadas, se convierten, en las palabras de Thomas Piketty, en “aparatos de justificación”<sup>40</sup> de la cosmovisión neoliberal.

Luiz Gonzaga Belluzzo y Gabriel Galípolo describen con precisión el papel desempeñado por las grandes empresas de medios de comunicación:

“En los medios impresos y electrónicos, los artículos sobre negocios, y economía diseminan los fetiches de los

<sup>38</sup> Brown, Wendy. *Edgework: critical essays on knowledge and politics*. Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 46.

<sup>39</sup> Garcia Dos Santos, Laymert. Brasil contemporâneo: estado de exceção? In: Oliveira, Francisco de; Rizek, Cibele Saliba (coord.). *A era da indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 311.

<sup>40</sup> Enseña el profesor francés: “En realidad, el carácter más o menos sostenible de una desigualdad tan extrema depende no sólo de la eficacia del aparato represivo, mas también —y talvez sobre todo— de la eficacia de las diversas justificaciones para ella. Si la desigualdad es percibida como justificada, por ejemplo, por que los más ricos escogieron trabajar más —o de manera más competente— que los más pobres o incluso porque les impiden ganar más —o de manera más competente— que los más pobres o incluso porque les impiden ganar más, inevitablemente perjudican a los pobres, sería posible imaginar una concentración de mayores ingresos superior a los niveles récord observados” (Piketty, Thomas *El capital en el siglo XXI*. Río de Janeiro: Intrínseca, 2014. p 258.). Del mismo tema: Monbiot, George. *How did we get into this mess? Politics, equality, nature*. Londres: Verso, 2016.

mercados financieros encapuchados en el lenguaje de los conocimientos técnicos y esotéricos. Como muñecos de ventrilocuo, los comunicadores “hablan” la lengua articulada conforme a las reglas gramaticales de los mercados. De este modo, el capitalismo investido de su atuendo financiero cumple la tarea de ‘gestionar’ la constelación de significantes en busca de significados, sometiendo a los ciudadanos-espectadores a las desgracias de la domesticación y la homogeneización, decretadas por el ‘colectivismo de mercado’<sup>41</sup>.

Todo esto explica el hecho de que la política, ahora dominada por la excepción, se ha transfigurado en el binomio amigo / enemigo mencionado por Carl Schmitt<sup>42</sup>. Con el fin de preservar el estado de cosas vigente, el Estado lleva a cabo una guerra sin cuartel contra un enemigo virtual constantemente redefinido, del cual se retira, en algunos casos, la propia condición de persona, reduciéndolo a otro genérico, total,<sup>43</sup> irreal. En resumen, el *mercado define los enemigos y el Estado los combate*<sup>44</sup>.

No hace falta decir que, en este contexto, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal se desvirtúan completamente, perdiendo su vocación garantista por el bien de la mera legitimación de las pretensiones estatales autoritarias. La persecución se convierte en un juego de cartas marcadas con un absoluto desprecio del derecho de defensa.

De ahí deriva, igualmente, lo que Pedro Serrano agudamente identifica como el estado de excepción en la “rutina de las sociedades democráticas”<sup>45</sup>, en coexistencia con las prerrogativas

<sup>41</sup> Belluzzo, Luiz Gonzaga; Galípolo, Gabriel. *Manda quem pode, obedece quem tem prejuízo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 81.

<sup>42</sup> Bercovici, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012, p. 44.

<sup>43</sup> La Torre, Massimo. Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y “estado de excepción”. *Res publica*, 23, p. 30.

<sup>44</sup> Zaffaroni, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 142.

<sup>45</sup> Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016, p. 27.

excepcionales previstas para situaciones de “defensa del Estado o de la sociedad.” No solo el Poder Ejecutivo, por medio de medidas de policía administrativa, sino también el Poder Judicial se convierten en fuente de excepción.

Se ve, por lo tanto, que el estado de excepción es una categoría analítica decisiva para *revelar la articulación “invisible” entre los fenómenos a primera vista no relacionados*, pero que, en conjunto, constituyen la clave de comprensión fundamental de la sociedad contemporánea. La crisis de la capacidad regulatoria del Derecho, la crisis del constitucionalismo, el nivel insostenible de la desigualdad social en el mundo, la despolitización de la sociedad, la emergencia del terrorismo, el resurgimiento del fascismo y de la intolerancia en todas sus formas, las crisis de legitimidad de los parlamentos, entre otras cosas, contribuyen a una *trama compleja cuya divulgación se hace posible a través de las virtudes heurísticas del estado de excepción*.

Examinemos ahora el escenario brasileño actual, a partir del cual, por desgracia, podemos probar, con expresividad increíble, todas las consideraciones hasta ahora manifestadas con relación al estado de excepción.

### 3. El caso brasileño: ejemplo paradigmático de Estado de excepción

El proyecto de la democracia en Brasil, al igual que los demás países de América Latina, está constantemente interrumpido por golpes de Estado. Después de más de veinte años de dictadura militar (1964 a 1985), las brasileñas y los brasileños vivieron un corto período de *gobierno elegido por la vía democrática*, cuya finalización se llevó a cabo el 31 de agosto, 2016, cuando se apartó definitivamente de su cargo a la presidenta elegida Dilma Rousseff.

En las lecciones de Guillermo O'Donnell, en Brasil ya se establecieron *gobiernos* democráticamente elegidos, pero todavía no se superó la “segunda transición”, más compleja y demorada para un *régimen* verdaderamente *democrático*, donde asista una

sociedad democrática sólida<sup>46</sup>. Sigue habiendo una sociedad profundamente autoritaria, hostil a los avances más elementales en materia de derechos humanos, lo que, por supuesto, *explica la facilidad con la que la excepción no sólo se asimila, sino también se disfraza en su seno*. En palabras de Paulo Sérgio Pinheiro, “el autoritarismo es tan socialmente implantado que el régimen de excepción puede disfrutar, durante ciertos períodos, de una amplia capacidad de enmascaramiento y ocultamiento de gran parte de sus actos, quedando casi en su totalidad inmune a la efectiva autodefensa de los ciudadanos”.<sup>47</sup>

Esta vez la democracia no fue derribada por un golpe militar, con tanques y fusiles, sino por lo que se ha denominado un “golpe institucional”, gestado y llevado a cabo bajo una apariencia de legalidad. Se dio inicio a un proceso, se oyeron las partes y los testigos, se elaboraron informes, pero era toda una gran farsa, una burla del debido proceso legal por parlamentarios rudos y venales, bajo el impulso decisivo de los medios nativos.

Aunque nos parece sumamente interesante, no es el propósito de este trabajo detallar las circunstancias que llevaron a la caída de la presidenta Dilma Rousseff, ni los acontecimientos que siguieron al golpe de Estado. Nos limitaremos a narrar los hechos que demuestran de manera indiscutible, la proliferación de estado de excepción en el Brasil de hoy.

En cualquier caso, es esencial para entender ya, que el golpe de 2016 no es tan solo *un* ejemplo de las muchas excepciones que, si ya no sepultaron por completo el debilitado Estado de Derecho brasileño, se encuentran en el proceso de hacerlo. En realidad, como quedará claro, el principal y más peligroso agente de la excepción en Brasil es el Poder Judicial.

En efecto, a partir de noviembre de 2014, con el inicio de la llamada “Operação Lava Jato”, una serie de detenciones

<sup>46</sup> Democracia delegativa? *Novos estudos*, nº 31, p. 26.

<sup>47</sup> Pinheiro, Paulo Sergio. Estado e Terror. In: Novaes, Adauto (coord.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 114.

preventivas de empresarios y funcionarios públicos, revestidas de gran espectáculo, sumadas a las llamadas “fugas de información selectivas”, en orquestación absoluta con grandes vehículos de comunicación social, creando condiciones sociales y políticas para la instauración del proceso de *destitución* y la posterior remoción de la Presidenta electa.

Aparte de la ilegalidad evidente de las detenciones preventivas, fundadas, en la mayoría de los casos, en conceptos indeterminados como la “defensa del orden público”, justo antes de la introducción del proceso de *juicio político* se llegó al extremo de una conversación de la Presidenta de la República ser interceptada por un juez de primera instancia –que claramente no tiene ninguna jurisdicción en el caso– y este mismo juez, no estando satisfecho con la ilegalidad que había acabado de cometer, ordenar la *divulgación* del diálogo en muy clara violación del art. 8 de la Ley nº 9.296 / 96, cuyos términos me permito transcribir: “la interceptación de comunicaciones telefónicas de cualquier tipo, se llevará a cabo en expedientes separados, anexados al sumario de la investigación policial o del caso criminal, manteniéndose la *confidencialidad* de las diligencias, las grabaciones y las transcripciones respectivas”<sup>48</sup>. Para agravar este panorama sombrío, el Supremo Tribunal Federal reconoció más tarde la ilegalidad de la conducta del magistrado aludido<sup>49</sup> –es decir, quedó configurada la comisión de *crimen* a la luz del art. 10 de la mencionada Ley nº 9.296 / 96–, pero ninguna medida de orden criminal o disciplinaria fue tomada contra él hasta el presente momento.

De hecho, no solo no se castigó al juez por el crimen evidente que cometió, sino que el Tribunal Federal de la 4<sup>a</sup> Región, bajo la ponencia del juez federal Rómulo Puzzollatti consagró

<sup>48</sup> El art. 9º de la misma ley aun establece que “la grabación que no interesa como prueba será inutilizada por decisión judicial, durante la investigación, la instrucción procesual o después de ésta, en virtud de solicitud del Ministerio Público o de la parte interesada”.

<sup>49</sup> Medida Cautelar en la Reclamación nº 23.457 - Paraná, bajo ponencia del Ministro Teori Zavascki. Decisión diferida el día 22 de marzo de 2016.

explícitamente *un estado judicial de excepción* para el escarnio universal del poder judicial brasileño<sup>50</sup>:

Ahora, se sabe que los procesos y las investigaciones criminales que surgen de la llamada “Operação Lava Jato” bajo la dirección del magistrado representado constituyen caso sin precedentes (único, excepcional) en la legislación brasileña. En tales condiciones, en ellos habrá situaciones inéditas, que escaparán a la regla general, destinada a los casos comunes. Así, al haber servido el levantamiento de la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas de los investigados en esa operación para su preservación de los sucesivos y notorios intentos de obstruirla, por parte de aquellos, garantizando así la futura aplicación de la ley penal, es correcto entender que la confidencialidad de las telecomunicaciones (art. 5, XII) puede ser en casos excepcionales suplantada por el interés general en la administración de justicia y en la aplicación de la ley penal. La amenaza permanente a la continuidad de las investigaciones de la Operação Lava Jato, inclusive por medio de sugerencias sobre cambios en la legislación, es, sin duda, una situación inédita que merece un trato excepcional.

Por cierto, en la persecución criminal desplegada contra el expresidente Lula encontramos una síntesis elocuente de las groseras y aberrantes inconstitucionalidades que se están cometiendo en nuestra época histórica actual en el ejercicio de las funciones judiciales<sup>51</sup>. Los principios del juez natural, de la imparcialidad y la presunción de inocencia vienen siendo solemnemente desconsiderados, bajo la mirada cómplice de los medios de comunicación y la atención de una multitud

<sup>50</sup> P. A. N. 0003021-32.2016.4.04.8000/RS – Corte Especial. En este caso, no se puede dejar de saludar, bajo pena de grave injusticia, el emisor Juez Federal Rogério Favreto, único miembro de la Corte Especial del Tribunal Regional Federal de la 4<sup>a</sup> Región que votó por la apertura de proceso disciplinario contra el Juez Federal Sérgio Moro.

<sup>51</sup> Para un examen profundo del caso, consultar: Zanin Martins, Cristiano; Zanin Martins, Valeska Teixeira; Valim, Rafael (Coord.). *O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

ignorante que, a cada nueva arbitrariedad, destila su odio en las calles y en las redes sociales. A esto se suman las graves violaciones a las prerrogativas profesionales de los abogados del expresidente, también víctimas –para quedarnos con un solo ejemplo– de interceptaciones telefónicas ilegales<sup>52</sup>.

No se permita imaginar, sin embargo, que el actual estado de excepción en Brasil se circumscribe solo a los jueces provinciales. Incluso el más alto tribunal del país, el Supremo Tribunal Federal, por acción u omisión, se inclinó a la excepción como lo demuestra, sin lugar a dudas, la decisión emitida el 17 de febrero de 2016, en medio del *hábeas corpus* No. 126.292, en la cual se admitió, en clarísimo contraste con el art. 5º, inc. LVII de la Constitución Federal –según el cual nadie será considerado culpable *hasta que sea determinada cosa juzgada en sentencia penal condenatoria*– la posibilidad de inicio de la ejecución de sentencia penal condenatoria después de su confirmación en segundo grado. En otras palabras, el Supremo Tribunal Federal, a título de aplicar la Constitución, la violó abiertamente al extraer del texto constitucional un significado que no contiene.

En otras palabras, la Constitución fue *secuestrada* por el Supremo Tribunal Federal, lo que nos recuerda una parte del famoso discurso de Franklin Delano Roosevelt, al presentar un proyecto de reforma de la Corte Suprema de los Estados Unidos: “We have, therefore, reached the point as a nation where we must take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself (...). We want a Supreme Court which will do justice under the Constitution and not over it”.

La degradación del poder judicial es tan grave que un juez del 3º Tribunal de la jurisdicción del Estado de Río de Janeiro, con el fin de conceder la libertad de dos policías militares presos en flagrante a causa del brutal homicidio de dos sospechosos heridos, expresamente invocó en su decisión la “voz de

<sup>52</sup> Todos estos ilícitos llevaron al ex-Presidente Lula a formular un comunicado individual al Comité de Derechos Humanos de la ONU.

las calles”<sup>53</sup>. Es decir, ya no es más la voz del pueblo plasmada en la Constitución Federal y las leyes, sino una “voz de la calle”, insondable, cuyo contenido es determinado arbitrariamente por los espíritus “iluminados” de ciertos jueces. Por cierto, vale la pena recordar la advertencia del ministro Eros Grau al ministro Carlos Britto cuando este, también apegado al “clamor de las calles”, trató de trasladar el juicio de un *hábeas corpus* al plenario del Supremo Tribunal Federal<sup>54</sup>: “(...) aunque sea nuevo en el Tribunal, para mí todos los casos tienen una repercusión idéntica. Porque mi compromiso es aplicar el derecho. El hecho de que la prensa hable o no del asunto, a mí no me molesta. Ya estoy inmune al clamor público. Para mí, lo que importa es el clamor de la Constitución. Eso en primer lugar”.

Sobra comentar, que todas estas demostraciones de desfachatez del Poder Judicial son una invitación al irrespeto al orden jurídico. En este sentido, somos testigos de una inundación de escenas explícitas de violencia por parte de agentes del orden contra periodistas y grupos vulnerables, de lo cual es un triste ejemplo la absurda y truculenta invasión de la Escuela Nacional Florestan Fernandes, mantenida por el Movimiento de los Trabajadores Sin Tierra (MST), por parte de la Policía Civil del Estado de São Paulo.

Es en este ambiente de completa arbitrariedad que se inserta el golpe de estado de 2016.

Las razones dadas para el inicio de proceso de impedimento fueron las llamadas “pedaladas fiscais” –apodo dado a un retraso sistemático por parte del Tesoro Nacional en la transferencia de recursos al Banco de Brasil y la Caja Económica Federal para que puedan pagar los beneficios sociales como la “Bolsa Familia” y “Mi Casa, Mi vida”– y la abertura de créditos suplementares sin autorización legal. Ambas conductas, al tenor de las disposiciones de la legislación brasileña, *jamás* se

<sup>53</sup> Autos n° 0076306-12.2017.8.19.0001. Juez Alexandre Abrahão Dias Teixeira.

<sup>54</sup> Moción de orden en *hábeas corpus* 85.298-0 - São Paulo.

podrían considerar *crimen de responsabilidad* y por lo tanto serían del todo inútiles para justificar la *destitución* del Jefe del Poder Ejecutivo Federal.

A pesar de ello, la Cámara de Diputados admitió la acusación contra la Presidenta de la República y, el 12 de mayo de 2016, el Senado, por 55 votos a 22, determinó la instauración del proceso, con la consiguiente separación de la Presidenta de sus funciones, a la luz del art. 86, § 1, inc. II, de la Constitución Federal.

A partir de este momento, asumió, interinamente<sup>55</sup>, El entonces vicepresidente Michel Temer, quien de inmediato no sólo compuso un nuevo gobierno, mediante la sustitución de los ministros y otras autoridades, sino que también promovió una campaña abierta y descarada en el Senado a favor de la condena de la Presidenta retirada. Es decir: la norma constitucional que determina la remoción del Presidente de la República, cuyo objetivo evidente es evitar la interferencia de aquel en el resultado del proceso, fue usada para la interferencia explícita del Vicepresidente *en nombre* del impedimento.

Finalmente, el 31 de agosto de 2016, después de tantas inconstitucionalidades y demostraciones de misoginia, se consumó la destitución de la Presidenta Dilma Rousseff.

A partir de ahí, el gobierno ilegítimo en alianza con el Parlamento inicia una estrategia de desfiguración abrumadora del modelo de Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución de 1988, ante un pueblo domesticado por los grandes medios de comunicación, cuyos presupuestos publicitarios crecieron exponencialmente desde la llegada de los golpistas al poder.

Tal estrategia incluye la adopción, por medio de Enmienda Constitucional (Enmienda Constitucional nº 95/2016), de un programa de austeridad *selectiva*, que dura veinte años, en el que se sacrifican los gastos sociales y se preservan los gastos del sector financiero; la modificación de la Ley nº 13.365 / 2016,

---

<sup>55</sup> Sobre el período de interinidad, consultar, por todos: Salgado, Eneida Desirée. *Um diário do governo interino*. Curitiba: Íthala, 2016.

con el propósito de extinguir la exclusividad de Petrobras como operador del pre -sal; la formulación de propuestas de reforma de la Seguridad Social y de la legislación laboral que, si son aprobadas, resultarán en escandalosos retrocesos sociales; la propuesta de facilitación de venta de tierras a extranjeros, con graves riesgos para la soberanía social.

Este breve relato histórico nos permite a identificar con claridad impactante, los tres elementos básicos del estado de excepción: el *soberano*, el *enemigo* y la *superación de la normatividad*.

La agenda neoliberal impuesta por el gobierno ilegítimo –cuyos contornos se amoldan perfectamente a *la doctrina del shock* expuesta por Naomi Klein<sup>56</sup>– sumada a la devastación de la industria nacional operada por la Operação Lava Jato, apuntan de forma única, para el verdadero *soberano* en Brasil: el *mercado*, encarnado en una élite, sólo en 2015, se apropió a través del pago de intereses y amortizaciones de la deuda pública, de novecientos sesenta y dos mil millones de reales del pueblo brasileño, es decir, cuarenta y dos por ciento del presupuesto de la Unión.

Mientras tanto, el *enemigo* está consagrado en la figura del *corrupto*, a quien se le niegan las más obvias garantías procesuales agrupadas en el principio del debido proceso legal, en una guerra que no conoce límites. En este contexto, el enfrentamiento de la corrupción como desafío clave de las democracias contemporáneas, pasa a ser un *caballo de Troya* dentro del Estado de Derecho, que se utiliza en favor de intereses inconfesables<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Afirma Naomi Klein: “(...) particularmente en países en los que la clase dirigente ha perdido su credibilidad ante el público, se dice que sólo un shock político enorme y decidido puede lograr ‘enseñar’ al público esta dura lección” (KLEIN, Naomi. *La doctrina del shock: el auge del capitalismo del desastre*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 118).

<sup>57</sup> Valim, Rafael; Colantuono, Pablo Ángel Gutiérrez. O confrontamento da corrupção nos limites do Estado de Direito. In: Zanin Martins, Cristiano; Zanin Martins, Valeska Teixeira; Valim, Rafael (Coord.). *O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 74.

En la lección de Jessé Sousa,

“Al igual que en toda la historia republicana brasileña, el tema de la corrupción siempre se utiliza como un arma letal para el enemigo de la clase de la élite y sus aliados. Esto siempre ocurre cuando hay políticas que implican la inclusión de los sectores marginados –que implican menor participación en el presupuesto de los ricos y el aumento del salario relativo de los trabajadores, que tampoco les interesa– o la conducción por el Estado de políticas de desarrollo a largo plazo”<sup>58</sup>.

En otros lugares, Jesse Souza revela, de forma aguda, la razón de la configuración del corrupto como el enemigo: “A medida que la lucha contra la desigualdad es un valor universal, que no puede ser atacada en público sin provocar una fuerte reacción, hay que luchar contra esta la bandera inatacable con otra bandera inatacable”<sup>59</sup>.

Por último, estamos frente a un fenómeno macizo de *superación de la normatividad*, sobre todo por el Poder Judicial, que, sin duda, da una mayor gravedad para el estado de excepción brasileño, porque se origina fundamentalmente, en el órgano que, en tesis, sería la última frontera de defensa del orden constitucional. La totalidad del catálogo de los derechos fundamentales es golpeado –individuales, sociales y políticos– en un acelerado *proceso desconstituyente*<sup>60</sup>.

#### 4. ¿Hay alguna alternativa en el horizonte?

Al final de estas breves reflexiones, debemos preguntarnos si hay alguna manera de salir de la crisis estructural<sup>61</sup> que

<sup>58</sup> Souza, Jessé. *A radiografia do golpe*. São Paulo: LeYa, 2016, p. 112.

<sup>59</sup> Souza, Jessé. *A radiografia do golpe*. São Paulo: LeYa, 2016, p. 112.

<sup>60</sup> Ferrajoli, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162.

<sup>61</sup> Merecen transcripción las palabras de los Professores Luiz Gonzaga Belluzzo y Gabriel Galípolo: “Desconfiamos que o mundo não padeça apenas sofrimentos de uma crise periódica

atraviesan las sociedades contemporáneas. A pesar del cuadro desalentador actual y de los falaces discursos deterministas que predicen el “fin de la historia”, es imprescindible construir un proyecto de resistencia a la racionalidad neoliberal<sup>62</sup>.

Bajo el aspecto *político*, se hace imperante recuperar el sentido de *la política* como un medio de asimilación y resolución colectiva de la conflictividad social, donde el otro es visto como un *semejante* y no como un *enemigo*. Por lo tanto, se debe sustituir la lógica de la *guerra*, propia de la necropolítica neoliberal<sup>63</sup>, por la lógica de la *solidaridad*. En palabras de Wendy Brown, “in its barest form, this would be a vision in which justice would not center on maximizing individual wealth or rights but on developing and enhancing the capacity of citizens to share power and hence to collaboratively govern themselves”<sup>64</sup>.

Esto implica, ineludiblemente, una radical transformación de la relación hoy existente entre economía y política. Aquella debe ser subalterna de esta, o, en otras palabras, la economía debe servir a las personas y no al revés. De ahí surgirán las condiciones para el enfrentamiento de la criminal desigualdad social que, en rigor, inviabiliza cualquier proyecto de sociedad democrática.

A pesar de que la racionalidad neoliberal no se agote en la disciplina del mercado, que se extiende a todos los ámbitos de la vida social, nos parece que, para confrontarla, es decisiva esta reconquista de la economía por la política.

---

do capitalismo, mas, sim, as dores de um desarranjo nas práticas e princípios que sustentam a vida civilizada” (Belluzzo, Luiz Gonzaga; Galípolo, Gabriel. *Manda quem pode, obedece quem tem prejuízo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 206).

<sup>62</sup> Santos, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Record, 2008, p. 159; Avelãs Nunes, António José. *A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

<sup>63</sup> Mbembe, Achille. *Necropolitics. Public Culture*, 15, p. 11-40.

<sup>64</sup> Brown, Wendy. *Edgework: critical essays on knowledge and politics*. Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 58.

Desde el punto de vista jurídico, es fundamental, por un lado, *descolonizar* el conocimiento jurídico, invirtiendo en la Ciencia del Derecho, en el léxico de Luigi Ferrajoli, un papel *crítico y proyectual*<sup>65</sup>, en el que la *descripción* del derecho positivo esté acompañada por la *denuncia* de las desviaciones en la aplicación normativa y de la *proposición de estrategias* de cobertura de las brechas que impiden la plena realización de la Constitución. Es la *complementariedad consecuente* a la que aludíamos al principio de este trabajo, que se traduce, al contrario de lo que muchos puristas pueden suponer, en una defensa a ultranza del positivismo jurídico.

De este modo, se crearán las condiciones para *crear la confianza* en el Derecho. El pueblo, con razón, siempre desconfió de las leyes, viendo en ellas un instrumento de dominación hábilmente manejado por las élites, por lo que se trata de *crear* y no *recuperar* la confianza en el Derecho<sup>66</sup>. Es necesario tomar el Derecho en serio, lo que significa liberarlo de los grilletes de la excepción y devolverlo al pueblo, único titular de la soberanía.

---

<sup>65</sup> Ferrajoli, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162.

<sup>66</sup> Zaffaroni, E. Raúl. *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2016, p. 91.

# **El Juez, la construcción de los hechos y el estado de excepción: un análisis del caso Lula**

*Silvio Luis Ferreira da Rocha<sup>1</sup>*

En diferentes artículos, traté de poner de relieve la importancia del papel del magistrado en la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales, incluso ante el delicado tema de la corrupción, que suscita en diversos segmentos sentimientos sociales justos de asco.

Me llamó la atención el hecho de que un sistema eficiente de liquidación y rendición de cuentas de los actos de corrupción, que todos nosotros deseamos, debería:

- a) tener una comprensión precisa de la interdependencia entre el estado y el mercado y lo mucho que un sistema económico capitalista tiende a estimular y estimular los actos de corrupción pública y privada;
- b) no deslegitimar al estado como instancia capaz de regular los conflictos sociales y reducir las desigualdades;
- c) no tratar los actos de desaprobación y persecución de la corrupción como escándalos o espectáculos;
- d) no criminalizar la política, ni tratar de deslegitimarla como principal mediador de los conflictos sociales en una sociedad democrática;
- e) no actuar de manera condescendiente con los agentes económicos verdaderamente responsables de la corrupción de los agentes privados y públicos, otorgando importantes beneficios criminales y de procedimiento para la mera privación de los participantes o delitos de menores Importancia;

---

<sup>1</sup> Maestro y Doctor en Derecho Civil por la PUCSP. Doctor y Libre-Docente en Derecho Administrativo por la PUCSP. Profesor Asistente Doctor de la PUCSP. Juez Federal Titular del décimo Tribunal Penal en Sao Paulo.

f) establecer y llevar a cabo una cualificación rigurosa de los actos practicados y evitar generalizaciones incompatibles con el principio de estricta legalidad, que debe guiar la persecución criminal en las sociedades democráticas, y, con ello, clasificar como actos de corrupción que no serían;

g) garantizar en el contexto de un sistema democrático un juicio justo a todos los acusados, que, entre otras garantías, exijan el respeto de su integridad moral (artículo 5, XLIX, de C.F.).

Entre la exigencia de asegurar, en el contexto de un sistema democrático, un juicio justo a todos los acusados, está el de condenar a alguien, en especial en el ámbito penal, sólo cuando está cierta la ocurrencia de un crimen y comprobada por pruebas acerca de su autoría, coautoría o participación.

Esto plantea el delicado problema de la justificación de las sentencias. Es cierto que prevalece el sistema de persuasión racional en el que el juez tiene el deber de fundamentar su decisión, de indicar las razones y circunstancias que lo llevaron a admitir la veracidad de los hechos sobre los que basó la decisión. Sin embargo, este sistema de persuasión racional no se contentaría, tan sólo, con la producción de una motivación clara y coherente, pero requeriría más, como la existencia efectiva de los hechos confirmados por el análisis crítico de todas las pruebas disponibles.<sup>2</sup>

Un caso que suscitó controversia entre los profesionales del área jurídica fue el proceso incoado contra el ex presidente Luis Ignacio Lula da Silva, conocido como el caso del triplex. Básicamente, la controversia reside en saber si las pruebas producidas en los autos justificarían la condena del ex presidente.

El resumen de la denuncia, localizado en los distintos apartados abajo, transcritos de ella misma, conforme abundante puesta a disposición en innumerables sitios de internet revela que ella trata de un típico caso de corrupción bilateral en que habría por parte de empresarios la oferta o promesa de ventaja

---

<sup>2</sup> Michelle Taruffo, *Una simple verdad: el juez y la construcción de los hechos*, p. 278

indebida a funcionario para determinarlo a practicar, omitir o retrasar el acto de oficio (Corrupción activa, artículo 333 del CP) seguido de la aceptación de la promesa o de la recepción indebida por el funcionario (corrupción pasiva, artículo 317 del CP).

De hecho, narra la denuncia:

135. Lo que la evolución de la investigación reveló, como se ha descrito anteriormente, es que, detrás de todo ese esquema partidista distribuido entre diferentes Directores e incluso organismos públicos federales, existía un comando común, LULA, que era al mismo tiempo jefe del gobierno beneficiado y líder de uno de los principales subtítulos involucrados. Así, RENATO DUQUE y PEDRO BARUSCO actuaron en la ejecución de un comando central que orquestó la macrocorrupción que objetivaba, ilícitamente, enriquecer a los involucrados, alcanzar gobernabilidad criminal y perpetuarse en el poder.

Los contratos que originaron las ventajas indebidas.

136. Como expuesto, las ofertas, promesas y recibos de ventajas indebidas se efectuaron dentro de un amplio esquema criminal que se desarrolló en el seno y en desfavorable de la Administración Pública Federal, involucrando la práctica de crímenes contra el orden económico, corrupción, fraude a licitaciones y lavado de dinero<sup>246</sup>. En este contexto, en lo que se refiere a los contratos de obras de PETROBRAS, la corrupción era bilateral e involucra no sólo la corrupción activa, por parte de los ejecutivos de las contratistas cártelizadas, sino también, y de forma concomitante, la corrupción pasiva de agentes públicos, a fin de que éstos velar, ilegalmente, en el ámbito de la estatal y del propio gobierno federal, por los intereses de las empresas cartelizadas y de los partidos políticos que representaban.

Para la presente denuncia, interesan específicamente los actos de corrupción practicados en detrimento de la Administración Pública Federal, en el marco de contratos relativos a tres emprendimientos de PETROBRAS: (a) obras de “ISBL de la Cartera de Gasolina y UGHE HDT de inestables de la Cartera de Coque “De la Refinería Getúlio

Vargas - REPAR; (b) implantación de las UHDT's y UGH's de la Refinería Abreu y Lima - RNEST; (c) implantación de las UDA's de la Refinería Abreu y Lima - RNEST. En estas conductas delitivas, por un lado figuran LÉO PINHEIRO y AGENOR MEDEIROS, ejecutivos del Grupo OAS, participante del conjunto de contratistas cártelizados y, por otro, LULA, RENATO DUQUE, PEDRO BARUSCO y PAULO ROBERTO COSTA.

En esta senda, LÉO PINHEIRO y AGENOR MEDEIROS, ejecutivos del Grupo OAS, integrante del CONSORCIO CONPAR, ofrecieron y prometieron ventajas indebidas a RENATO DUQUE, PEDRO BARUSCO, y PAULO ROBERTO COSTA<sup>262</sup>, funcionarios de alto rango de PETROBRAS, así como LULA, que se beneficiaba y actuaba para el mantenimiento del esquema y la permanencia de esos directores en los respectivos cargos. Las ofertas y promesas objetivaban también que los funcionarios públicos se omitirían en los deberes que provenían de su oficio y permitían que la elección interna del cártel para la ejecución de la obra se concretase. Todo el procedimiento de negociación para la contratación directa del CONSORCIO CONPAR fue comandado por el entonces Gerente Ejecutivo de Ingeniería, PEDRO BARUSCO<sup>263</sup>, entonces subordinado de RENATO DUQUE<sup>264</sup>, en procedimiento también sometido al Director de Abastecimiento, PAULO ROBERTO COSTA.

La bilateralidad (promesa seguida de aceptación o oferta seguida de recepción) no es requisito en nuestro ordenamiento jurídico para la caracterización del crimen de corrupción, porque el ordenamiento jurídico disciplinó los crímenes de corrupción activa y el de corrupción pasiva en tipos penales distintos y autónomos, de modo que la comprobación de uno de ellos no presupone la del otro. Sin embargo, en el presente caso, el propio órgano de acusación afirmó la existencia de la bilateralidad en la corrupción y, con ello, quedó vinculado a lo alegado por él en la inicial acusatoria, lo que significa que habría habido la promesa de una ventaja por un agente privado aceptada por un agente público a cambio de la práctica de actos de oficio.

Los sujetos centrales del crimen de corrupción, según la denuncia, además de los empresarios serían Luís Inácio Lula da Silva, citado como el supuesto comandante, y Renato Duque, Pedro Barusco y Paulo Roberto Costa, los ejecutores de sus órdenes.

Narra la denuncia:

135. Lo que la evolución de la investigación reveló, como se ha descrito anteriormente, es que, detrás de todo ese esquema partidista distribuido entre diferentes Directores e incluso organismos públicos federales, existía un comando común, LULA, que era al mismo tiempo jefe del gobierno beneficiado y líder de uno de los principales subtítulos involucrados. Así, RENATO DUQUE y PEDRO BARUSCO actuaron en la ejecución de un comando central que orquestó la macrocorrupción que objetivaba, ilícitamente, enriquecer a los involucrados, alcanzar gobernabilidad criminal y perpetuarse en el poder.

Así, la condena de los acusados, incluso la del ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva, exigiría, además de la prueba de la ocurrencia de los crímenes, la comprobación por las pruebas producidas en el proceso de la autoría o coautoría en los respectivos crímenes, consubstanciada en la designación de órdenes y instrucciones a los ejecutores.

Además de Luiz Inacio Lula da Silva, la denuncia implicó a Renato Duque, Pedro Barusco, Paulo Roberto Costa, como agentes públicos. Ellos, excepto LULA, sin embargo, hicieron un acuerdo de colaboración premiado, lo que les obligó, entre otros deberes, el de decir la verdad y el de cooperar en la instrucción probatoria.

En el juicio fueron oídos Paulo Roberto Costa y Pedro Barusco, apuntados como ejecutores, que, sin embargo, al declarar inocentaron o al menos no incriminaron al ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva.

Paulo Roberto Costa dijo que no tenía intimidad con el ex presidente. Las veces que lo encontró fue para discutir proyectos específicos de la empresa y negó tener conocimiento de solicitud o pago de ventaja indebida al ex presidente.

### De acuerdo con la sentencia, ítem 744:

744. Paulo Roberto Costa, Director de Abastecimiento de Petrobrás entre 2004 y 2012, también celebró acuerdo de colaboración y que fue homologado por el Egrégio Supremo Tribunal Federal. Ya fue condenado en diversas acciones penales ante este Juicio por crímenes de corrupción y lavado de dinero (copia de las sentencias en el evento 847). Prestó testimonio en Juicio como testigo (evento 394).

745. En su testimonio en Juicio, confirmó el esquema delictivo sintetizado por el Juicio en los ítems 266-274, retro, con recepción de ventaja indebida en contratos de Petrobrás con grandes contratistas y el reparto de ella entre él y agentes políticos del Partido Progresista. También declaró que tuvo conocimiento de que las tasas también eran pagadas para la Dirección de Servicios e Ingeniería de Petrobras, de esta vez con dirección de parte para el Partido de los Trabajadores.

746. Las tasas se calcularon en los porcentajes del 1% al 3% sobre el valor de los contratos (“No, como ya he mencionado, para el PP era el 1% para el PT, a veces el 2%, el 1%, dependiendo del valor que se daba en la licitación, a veces el PP recibía menos del 1% ”).

747. Confirmó haber recibido una ventaja indebida de la Constructora OAS, incluso en los contratos relativos a la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR) ya la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST), y que habría tratado incluso de esta cuestión con los acusados Agenor Franklin Magalhães Medeiros y José Adelmario Pinheiro Filho.

748. Admitió haber conocido al entonces Presidente Luiz Inácio Lula da Silva y tratado, en reuniones con él, de asuntos de Petrobrás.

“Asistente de Acusación: –Rápidamente, excelencia, son pocas preguntas. ¿Cuál era la relación del testigo con el ex presidente Lula?

– Paulo Costa: –Bueno, el presidente Lula era el representante mayor allí del país, tuvimos algunas reuniones

en Brasilia siempre acompañado del presidente de Petrobras o de la directiva toda, cuando tenía algún proyecto específico que él mostraba interés para el desarrollo de estado y etc.

“Yo fui algunas veces a Brasilia, inicialmente con el presidente José Eduardo Dutra, que ya falleció, y luego también tuve algunas reuniones con la participación de José Sergio Gabrielli junto con el presidente Lula, entonces eran asuntos de la corporación que tenía interés de ver en algunos estados, para el desarrollo de los estados.

– Asistente de Acusación: –Hay algunos testigos, e incluso la prensa dice que el presidente Lula llamaba al señor de Paulinho, cuál era su relación con él, era cercana, no era, por qué tenía ese apodo cariñoso para usted?

– Paulo Costa: –Yo nunca tuve intimidad con el presidente de la república, el presidente Lula, yo no recuerdo, puedo decir, afirmar que no existió de él usar ese término en relación a mí directamente, si él usó con terceros allí yo no puedo pero yo personalmente, primero que nunca tuve ninguna reunión yo sólo con el presidente Lula, como he hablado siempre he tenido reuniones con participación del presidente de Petrobras o del directorio de Petrobras, y yo no tenía intimidad con el presidente Lula, pero si él llamaba de Paulinho delante de otros yo no puedo decirle, no tengo ese conocimiento.”

749. Negó tener conocimiento, sin embargo, de solicitud o pago de ventaja indebida al entonces Presidente Luiz Inacio Lula da Silva. (G.n).

Pedro José Barusco Filho, a su vez, no tuvo contacto con el ex Presidente.

De acuerdo con la sentencia, ítems 750 y siguientes:

750. Pedro José Barusco Filho, gerente ejecutivo del Área de Servicios e Ingeniería de Petrobrás entre 2003 y 2011, también celebró acuerdo de colaboración y que fue homologado por este Juicio. Ya fue condenado en diversas acciones penales ante este Juicio por crímenes de corrupción y lavado de dinero (copia de las sentencias

en el evento 847). Prestó testimonio en Juicio como testigo (evento 394).

751. En su testimonio en Juicio, confirmó el esquema delictivo sintetizado por el Juicio en los ítems 266-274, retro, con recepción de ventaja indebida en contratos de Petrobrás con grandes contratistas y la distribución de ella entre él, el Director Renato de Souza Duque y agentes políticos del Partido de los Trabajadores o para el propio partido representado por João Vaccari Neto. También declaró que tuvo conocimiento de que las tasas también se pagaban a la Dirección de Abastecimiento de Petrobrás.

752. Las tasas se calcularon en los porcentajes del 1% al 2% sobre el valor de los contratos:

“Ministerio Público Federal: –¿Y cuándo había ese cobro de propina, cuál era el porcentaje que incidía?

Pedro Barusco: Bueno, ahí ya empieza a detallar, pero, por ejemplo, porque Petrobras tiene tres áreas de negocios, gas y energía, exploración y producción, llamada EP, y el área de abastecimiento, cuyo director era el director Paulo

Roberto Costa en la época, entonces cuando la directiva de servicios trabajaba en contratos para el área de abastecimiento la propina era normalmente o casi siempre el 2%, hasta donde yo sabía, hasta donde yo sépa era hasta el 2%, el 1% era encaminado al director Paulo Roberto Costa, y él que daba a ese 1%, decía cómo era la distribución, y otro 1% venía al área de servicios, y ahí quien daba, vamos a decir, quien orientaba cómo debía ser dividido era el director Duque, y por lo que el 1% que venía para el área de servicios mitad era para el partido de los trabajadores y la mitad se quedaba para quien la gente llamaba “casa”, que normalmente era el doctor Duque y yo mismo. Cuando los contratos eran para el área de otros directores, como gas y energía, EP ya veces a través de la propia área de servicios, ese porcentaje del 2% era totalmente, vamos a decir, gestionado por el director Duque, ahí era el 1% para el PT y un 1% para la casa.

753. Confirmó haber recibido una ventaja indebida de la Construtora OAS, incluso en los contratos relativos a la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR). En los contratos de la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST), que salió de la empresa antes de recibirla. Declaró que trataba de propina con el acusado Agenor Franklin Magalhães Medeiros y que tenía conocimiento de que Juan Vaccari Neto trataba la parte del partido con José Adelmario Pinheiro Filho:

“Ministerio Público Federal: –Específicamente en el caso de la empresa OAS, usted se recuerda quiénes eran los ejecutivos que trataban de propina?

Pedro Barusco: –Es, ahora entonces tienes que separar un poco, tenía empresas cuyo agente que trataba, vamos a decir, conmigo también trataba con el partido, y tenían empresas que el agente que trataba conmigo era diferente y quien trataba con el partido era otro el agente, la OAS, yo trataba con el señor Agenor Medeiros, y creo que el, porque no estoy seguro, no sabía exactamente cómo, que el Juan Vaccari tratase con el señor Léo Pinheiro directo.

Ministerio Público Federal: –Pero ese ‘creo’ del señor se basa en que?

Pedro Barusco: –En conversaciones, en ...

Ministerio Público Federal: –Alguien relató a usted, ¿qué pasó para usted creer en eso?

Pedro Barusco: –No, porque el Vaccari conversaba con los dueños de las empresas, él tenía normalmente dentro del escalón de las empresas una interlocución un poquito superior a la mía.

Ministerio Público Federal: –Seguro. En el caso de que se produzca un accidente de tránsito en el que se haya producido un accidente de tránsito en el que se haya producido un accidente de tránsito.

Pedro Barusco: –Creo que tuvo una combinación sí, ese es el típico contrato en el que había combinación.

Ministerio Público Federal: –Voy a hacer otra pregunta aquí mientras tomo la hoja de trabajo y muestra la hoja de cálculo con las tres. UHDT y UGH de Rnest?

Pedro Barusco: –Ese tuvo combinación, pero yo acababa de recibir porque cuando empezó a implementar yo luego salí de Petrobras.

Ministerio Público Federal: –¿Pero hubo el acierto?

Pedro Barusco: –Ha habido.

Ministerio Público Federal: –Seguro. UDA de Rnest.

Pedro Barusco: –También hubo acierto, UDA. “

Otros testigos también prestaron testimonio. Ellas tampoco incriminaron al ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva.

Una de ellas bastante conocida, el cambiador de dinero Alberto Youssef.

Consta de la sentencia:

759. Alberto Youssef también prestó testimonio en Juicio (evento 417). También celebró un acuerdo de colaboración homologado por el Supremo Tribunal Federal. En su testimonio, declaró que intermediaba el pago de ventaja indebida entre las contratistas y el Director de Abastecimiento de Petrobras Paulo Roberto Costa y también para agentes políticos del Partido Progresista. También confirmó los ajustes fraudulentos de licitación entre contratistas proveedoras de Petrobrás.

760. También él ya fue condenado por corrupción y lavado por este Juicio (copia de las sentencias en el evento 847).

761. La propina se fijaba normalmente en el 1% del valor del contrato. La OAS participaba de los ajustes de licitación y también del pago de la propina. El testigo trataba con Agenor Franklin Magalhães Medeiros por la OAS. Declaró tener conocimiento de que también había pago de propina a la Dirección de Servicios e Ingeniería de Petrobras y que parte de los valores eran destinados al Partido de los Trabajadores.

762. Confirmó además el pago de tasas en los contratos mencionados en la denuncia, involucrando a la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR) y la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST).

763. Confirmó que utilizó las empresas de fachada MO Consultoría y Contratista Rigidez para recibir y repasar los recursos de propinas, incluso en esos contratos.

**764. Declaró no tener conocimiento de solicitud o pago de ventaja indebida al ex Presidente de la República Luiz Inacio Lula da Silva. (g.n)**

Milton Pascowitch, que de acuerdo con la acusación era el responsable de la intermediación de pagos de ventajas indebidas entre proveedores de Petrobras y agentes del Área de Servicios e Ingeniería de Petrobras, Renato de Souza Duque y Pedro José Barusco de Oliveira, también prestó testimonio.

Consta del ítem 770 de la sentencia:

770. Milton Pascowich también prestó testimonio en Juicio (evento 417). Antes, celebró acuerdo de colaboración con el MPF y que fue homologado por el Juicio. En su testimonio, declaró que intermediaba el pago de ventaja indebida entre proveedores de Petrobras y agentes del Área de Servicios e Ingeniería de Petrobras, Renato de Souza Duque y Pedro José Barusco Filho, así como para agentes del Partido de los Trabajadores, entre ellos el ex-Ministro Jefe de la Casa Civil José Dirceu de Oliveira e Silva. Las tasas se calcularon en un 1% sobre el valor del contrato y divididas entre los agentes de Petrobrás y los agentes políticos. Milton Pascowitch, así como José Dirceu de Oliveira e Silva, fueron condenados por crímenes de corrupción y lavado en la acción penal 5045241-84.2015.4.04.7000, con copia de la sentencia en el evento 847.

**Afirmó que no tiene conocimiento de la participación del ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva (gn).**

Se oyeron, además:

Delcidio del Amaral Gomes.

729. Delcídio del Amaral Gómez, Senador de la República, al tiempo de los hechos, celebró un acuerdo de colaboración que fue homologado por el Egrégio Supremo Tribunal Federal. En Juicio (evento 388),

declaró, en síntesis, que había una distribución de cargos por el Gobierno Federal en el ámbito de la Administración Pública Federal directa o indirecta. Esta distribución abarcaba a Petrobrás. Según el testigo, los indicados a los cargos en la Petrobrás tenían una obligación de recaudar propina para los partidos políticos, lo que era del conocimiento, aunque no en detalles, del entonces Presidente de la República Luiz Inacio Lula da Silva. A pesar de las afirmaciones del ex senador, él también declaró que no llegó a tratar directamente de este asunto con el ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva pues “no tenía esa relación cercana con el presidente para tener ese tipo de diálogo con él” (gn.).

Augusto Ribeiro de Mendonça Neto.

730. Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, gestor de las empresas que componían el Grupo Setal al tiempo de los hechos, también prestó testimonio en Juicio (evento 388). También celebró un acuerdo de colaboración y fue homologado por este Juicio. Fue condenado por crímenes de corrupción y lavado en la acción penal 5012331-04.2015.4.04.7000, por el pago de ventaja indebida y ocultación de producto del crimen, en contratos con Petrobrás en los Consorcios Interpar y CMMS involucrando obras en la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR) y en la Refinería de Paulínia (REPLAN), con copia de la sentencia en el evento 847.

**733. El dirigente del Grupo Setal negó, sin embargo, tener conocimiento de solicitud o pago de ventaja indebida al entonces Presidente Luiz Inacio Lula da Silva. (gn).**

Eduardo Hermelino Leite y Dalton dos Santos Avancini, ejecutivos de Camargo Corrêa:

737. Eduardo Hermelino Leite, Director de Petróleo y Gas de la Camargo Correa, en la época de los hechos, y en situación similar a Dalton dos Santos Avancini, con acuerdo de colaboración y condena criminal en la acción penal 508325829.2014.4.04.7000, confirmó, en síntesis ,

los mismos hechos por él, Dalton dos Santos Avancini, declarados en Juicio, es decir, los aciertos fraudulentos de licitación y los pagos de ventajas indebidas en contratos de Petrobrás a los agentes de Petrobras y la destinación parcial de ellas a los partidos políticos (evento 388).

**738. Ninguno de los ejecutivos de Camargo Correa afirmó, sin embargo, tener conocimiento de solicitud o pago de ventaja indebida al entonces Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (gn).**

Los empresarios y ejecutivos José Adelmario Pinheiro Filho, Presidente de OAS, y Agenor Franklin Magalhaes Medeiros, admitieron los crímenes de corrupción activa y pasiva, pero indicaron el ajuste con persona diversa del ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva.

Consta de la sentencia en los párrafos 771 y siguientes:

771. También, como ya adelantado en los apartados 516-537 y 568-578, José Adelmario Pinheiro Filho, Presidente de la OAS, y Agenor Franklin Magalhães Medeiros, reconocieron la existencia del esquema criminal que ha victimizado a Petrobrás, los ajustes fraudulentos de licitación y el pago de ventaja indebida en contratos con Petrobrás para agentes de Petrobrás, agentes políticos y partidos políticos.

772. También reconocieron específicamente el pago de ventaja indebida en los contratos de Petrobrás con el Consorcio CONPAR y en el Consorcio RNEST / CONEST en las obras de la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR) y Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST).

773. Para ser más preciso, José Adelmario Pinheiro Filho declaró no recordar específicamente los aciertos en la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR), pero que, en cuanto al contrato en la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST), fue buscado directamente por João Vaccari Neto para el pago del 1% sobre el valor del contrato al Partido de los Trabajadores (“Yo fui buscado por el señor Juan Vaccari y él me dijo que tenía un pago del 1% para el PT, eso fue directamente conmigo”).

774. Agenor Franklin Magalhães Medeiros, encargado específicamente de los contratos de la Construtora OAS con Petrobrás, confirmó que José Adelmario Pinheiro Filho interfirió junto al Gobierno Federal para que la OAS pasara a finales de 2006 a ser invitada a grandes obras en la estatal. También declaró que los contratos implicaban el pago de tasas de 2% a agentes públicos y agentes políticos y que los contratos en la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR) y en la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST) fueron obtenidos mediante ajuste fraudulento de licitación.

775. Declaró que en el contrato de la CONPAR, en la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR), la ventaja indebida a los agentes públicos y políticos quedó a cargo de Odebrecht y de la UTC Engenharia, desconociendo el deponente los detalles de cómo se hizo.

776. En el caso de los contratos de CONEST / RNEST, en la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST), confirmó que hubo ajuste del 2% de tasas sobre el valor de los dos contratos, que ellas se destinaban a los agentes de Petrobrás ya los agentes políticos y que parte de los valores fueron pagados por Odebrecht y parte por la OAS.

777. Del total de tasas dieciséis millones de reales se asignaron al Partido de los Trabajadores, a través de Juan Vaccari Neto (“Ahí es donde tiene entre 13 millones y medio de más de seis millones y medio total de 20 a 36 dejó más de 16 millones de dólares para el PT, y así fue hecho, Léo estuvo en contacto con João Vaccari y se decidió que 16 millones de reales, por nuestra parte en la RNest, serían para el PT”).

Ninguno de los empresarios o agentes públicos directa o indirectamente involucrados en la narrativa de los hechos incriminó al ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva, ni en el curso de la instrucción fue identificado la práctica de acto funcional del ex presidente, derivado de su competencia y objeto de la promesa inadecuada.

La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia exige que en los crímenes de corrupción pasiva haya el indispensable nexo de causalidad entre la conducta del servidor y la realización del acto funcional de su competencia, conforme a la tesis consolidada en Jurisprudencia en Tesis, edición nº 57, verbis:

*En los crímenes de corrupción pasiva es indispensable haber nexo de causalidad entre la conducta del servidor y la realización del acto funcional de su competencia.*

En ese sentido también decidió el Supremo Tribunal Federal, en emblemático precedente, que “para la configuración de la corrupción pasiva debe ser apuntado acto de oficio del funcionario, configurador de transacción o comercio con el cargo entonces por él ejercido” (Acción penal 307 / DF, Corte en pleno, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 13/10/1995). De acuerdo con dicho juzgado, para verificar el crimen de corrupción pasiva, no basta que la solicitud, recepción o aceptación de la promesa se haga por el funcionario público en razón del ejercicio de la función, aunque fuera de ella o antes de su inicio. Indispensable se convierte en la existencia de nexo de causalidad entre la conducta del funcionario y la realización de acto funcional de su competencia.

Por esa razón, Héleno Fragoso (Lecciones de Derecho Penal, Vol. II, forense, 1980, p. 438) sostiene que el crimen de corrupción pasiva está en la perspectiva de un acto de oficio que a la acusación cabe apuntar en la denuncia y demostrar en el curso del proceso, siendo indispensable que el agente tenga conciencia de que recibe o acepta retribución por un acto funcional que ya ha practicado o debe practicar. Y por acto de oficio, según un uniforme jurisprudencia, se entiende solamente aquel pertinente a la función específica del funcionario.

Así, para la configuración del crimen del art. 317, del Código Penal, la actividad contemplada por el soborno ha de estar comprendida en las atribuciones o en la competencia del funcionario que la realizó o se comprometió a realizarla, o que, al menos, se encuentre en una relación funcional inmediata

con el desempeño de su cargo, así sucediendo siempre que la realización del acto sobornado corresponda en el ámbito de los poderes inherentes al ejercicio del cargo del agente.

Sin embargo, la instrucción probatoria no lo encontró; Y la sentencia lo reconoció al recurrir al instituto del acto de oficio indeterminado, figura inexistente en el Derecho Penal brasileño, admitida en el Derecho norteamericano, lo que, desde el punto de vista jurídico, salvo mejor juicio, ninguna utilidad tendría como argumento válido para fundamentar una condena, porque en Derecho penal se prohíbe el recurso a la analogía y otras formas de integración para fundamentar un juicio condenatorio contra el acusado.

Consta de la sentencia:

862. Hay crimen de corrupción si hay pago de ventaja indebida a agente público en razón del cargo por él ocupado.

863. La efectiva práctica de acto de oficio ilegal es causa de aumento de pena, pero no es exigido para la tipificación de los crímenes de los arts. 317 y 333 del CP.

864. Así, una empresa no puede realizar pagos a agentes públicos, tanto si tiene o no presente una contrapartida específica en ese momento.

865. Basta para la configuración que los pagos se realicen en razón del cargo aunque a cambio de actos de oficio indeterminados, a ser practicados tan pronto como las oportunidades aparezcan. “Es suficiente que el agente público entienda que de él o de ella se esperaba que ejerciera alguna influencia en favor del pagador tan pronto como las oportunidades surgieran” (“US v. DiMasi”, nº 11-2163, 1st Cir. 2013, en el mismo sentido, vg, “US v. Abbey”, 6th Cir. 2009, “US v. Terry”, 6th Cir. 2013, “US v. Jefferson”, 4th Cir. 2012, todos de Cortes de Apelación Federales de los Estados Unidos) (gn).

La ventaja supuestamente obtenida por Luis Inacio Lula da Silva se compondría de la diferencia de precio entre la unidad

simple y el apartamento tríplex, así como los costos de la reforma del apartamento.

De acuerdo con lo que consta en la sentencia, la solicitud de esa ventaja habría ocurrido en mayo o junio de 2014, cuando José Adelmario Pinheiro Filho se habría encontrado con João Vaccari Neto y acertado que la diferencia de precio entre la unidad simple y el apartamento tríplex serían abatidos de la mencionada cuenta general de tasas que el Grupo OAS tenía con el Partido de los Trabajadores.

529. José Adelmario Pinheiro Filho aún declaró que se reunió con Juan Vaccari Neto en mayo o junio de 2014 y restó acertado con él que la diferencia de precio entre la unidad simple y el apartamento triplex, así como los costos de la reforma del apartamento y también del sitio en Atibaia, serían abatidos de la mencionada cuenta general de tasas que el Grupo OAS tenía con el Partido de los Trabajadores. Juan Vaccari Neto confirmó esa posibilidad sólo en un segundo encuentro con José Adelmario Pinheiro Filho. También serían abatidos otros costos de emprendimientos del BANCOOP, pasivos ocultos –según él–, que fueron asumidos por la OAS

Se constata, aquí, nuevamente, que el supuesto acierto no se da directamente con el ex presidente Luís Inácio Lula da Silva, sino con tercero, en fecha definida como mayo o junio de 2014, distante, por lo tanto, de las fechas de las firmas (31.08.2007, 10.12.2009 o últimos aditivos 28.12.11, 23.01.12) y cuando Luís Ignacio Lula da Silva ya no era más Presidente de la República, pues había dejado el cargo el 31.12. 10 y no más ostentaba la condición de agente político y, así, no podía ser el sujeto activo del crimen de corrupción pasiva, que presupone la investidura en función pública.

La actividad del juez es pautada por la persuasión racional o libre convencimiento motivado. Sin embargo, ese sistema de persuasión racional no se contenta, tan sólo, con la producción de una motivación congruente y coherente, pero en especial con la existencia efectiva de hechos, confirmada por el

análisis crítico de todas las pruebas disponibles. La narrativa se presenta como verídica cuando sus enunciados componentes encuentran en las pruebas grado adecuado de confirmación.<sup>3</sup> Es la distinción entre verdad y certeza. La verdad es objetiva y determinada por la realidad de los hechos de que se habla. La certeza es un status subjetivo, que corresponde a un grado elevado de intensidad del convencimiento del sujeto.<sup>4</sup>

Un proceso judicial penal democrático y sustancialmente justo, aplicable a todos, no se contenta con la certeza, pero requiere y exige verdad. Por eso es difícil condenar a alguien. Así, a partir de una concepción democrática de un juicio justo preocupado por exigir una narración verídica como fundamento para la condena, nosotros podríamos indagar si las acusaciones y las pruebas constatadas contra el ex presidente llevarían a considerarlo culpable de los crímenes por los que fue el acusado?

Aunque cabe al lector sacar sus propias conclusiones a nosotros nos parece que la respuesta sería negativa. En esta acción penal, el Ministerio Público Federal no presentó pruebas que demostrasen con alto grado de certeza objetiva ser el ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva el autor de los crímenes descritos en la denuncia, de modo que debería haber sido observada la lección doctrinal que determina que “en sede procesal penal vigora el principio de la presunción de inocencia, en virtud del cual nadie será considerado culpable hasta el tránsito en juzgado de sentencia penal condenatoria (CF, art. 5º, LVII), del cual deriva la denominada regla probatoria , según la cual recae sobre la acusación la carga de demostrar la culpabilidad del acusado además de cualquier duda razonable.

No obstante, el ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva fue condenado y ahora se encuentra preso, cumpliendo pena. ¿Por qué ocurrió esto? La pregunta gana mayor densidad porque su

<sup>3</sup> Michelle Taruffo, *Una simple verdad: El Juez y la construcción de los hechos*, p. 278.

<sup>4</sup> Michelle Taruffo, *Una simple verdad: El Juez y la construcción de los hechos*, p. 108.

condena puede alejarse de la elección presidencial y, con ello, en vez de uno, tendría dos derechos fundamentales violados: la libertad y el derecho de participar en la vida política.

En Brasil una corriente de pensadores políticos y jurídicos, como Rafael Valim y Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, sostiene la presencia de estados (situaciones) de excepción, también, en la jurisdicción, en especial cuando sus decisiones se presentan como mecanismos de deconstrucción del derecho, con finalidad eminentemente política, sea por la suspensión de la propia democracia, sea por la suspensión de derechos de parcela de la sociedad.<sup>5</sup>

Reconocer el ejercicio de la jurisdicción como posible fuente de decisiones de excepción en la contemporaneidad es algo complejo, pero, de acuerdo con la doctrina especializada, puede ocurrir de dos maneras: a) como decisión jurisdiccional ocasional o legitimadora de la interrupción institucional de la normalidad democrática (lo que podría tener que se produjo en el caso del impeachment de la ex presidenta Dilma) o b) como decisión suspensiva de derechos fundamentales del ser humano (lo que podría haber ocurrido en el caso del ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva).<sup>6</sup>

En este último caso, la decisión de excepción suspendería derechos fundamentales del ser humano y, como característica, se podría decir que la relación jurídica procesal no significa más que el lugar donde se realizará el ejercicio de defensa, pero, en realidad, *se inicia el proceso conociéndose el resultado que se obtendrá, independientemente de lo que en él se produzca.*<sup>7</sup>

Rafael Valim es aún más contundente en su análisis. Para él los tres elementos centrales del *estado de excepción: el*

<sup>5</sup> Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, *Autoritarismo y Golpes en América Latina, Breve ensayo sobre jurisdicción y excepción*, p. 104.

<sup>6</sup> Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, *Autoritarismo y Golpes en América Latina, Breve ensayo sobre jurisdicción y excepción*, p. 105.

<sup>7</sup> Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, *Autoritarismo y Golpes en América Latina, Breve ensayo sobre jurisdicción y excepción*, p. 108.

*soberano, el enemigo y la superación de la normatividad* estarían presentes en el contexto de la Operación Lava Rapida. El verdadero *soberano* en Brasil sería el mercado, encarnado en una élite que se apropiaba por medio de la recepción de intereses y amortizaciones de la deuda pública cerca del 42% (cuarenta y dos por ciento) del presupuesto de la Unión. El *enemigo* estaría plasmado en la figura *del corrupto* a quien se les niega las más obvias garantías procesales afines al principio del debido proceso legal, mientras que la *superación de la normatividad* se origina fundamentalmente en el Poder Judicial a quien cabría ser la última frontera de defensa del orden constitucional y del catálogo de derechos fundamentales.<sup>8</sup>

Es la impresión que queda en el caso del ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva para alguien, como nosotros, acostumbrados a ejercer la jurisdicción por casi 30 (treinta) años, y que se confronta con la condena del ex presidente, cuando los principales implicados en los hechos no lo incriminaron.

La condena, en ese caso, podría explicarse por el fenómeno del *estado (situación) de excepción* que por distintos fundamentos, aparentemente racionales, ofrecen al juez un poder incompatible con la idea de Estado de Derecho y le permite hacer su valoración moral (ideológica) sobre los hechos de una forma libre y le posibilita tomar decisiones no racionalmente fundamentadas, pero apoyadas, tan sólo, en certezas subjetivas; extremadamente peligrosas para las personas y el Estado Democrático de Derecho.

En el caso Lula, certezas subjetivas alcanzaron a la persona de un prestigioso líder popular, sindical y político, de centroizquierda, que no representa los intereses hegemónicos del capital financiero internacional o nacional o los intereses de una sociedad aún autoritaria y hostil a los más elementales avances en términos de derechos humanos.

---

<sup>8</sup> *Estado de Excepción: La Forma Jurídica del Neoliberalismo*, p. 49-52.

## Referencias bibliográficas

- Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo y Golpes en América Latina, Breve ensayo sobre jurisdicción y excepción.* San Pablo: Editorial Alameda, 2016.
- Taruffo, Michelle. *Una simple verdad: El Juez y la construcción de los hechos,* San Pablo: Marcial Pons, 2012.
- Valim, Rafael. *Estado de Excepción: La Forma Jurídica del Neoliberalismo,* San Pablo: Editorial Contracorriente, 2017.



# ENTREVISTAS

## VIII

Abrís puertas y ventanas.  
Venís con vibratos de pájaros  
y cristalitos salobres.

Una casa de viento.  
Entraño mi ala,  
hamaca de tus semillas.

Una casa de viento.  
Me nacés, intemperie.  
Me juntás todos los hijos.

Entraño mi ala,  
hamaca de tus semillas.  
Una casa de viento.

Autores: *Natalia Geringer y Martín Raninqueo*

### **Arte de la portada**

Obra: *Sargo de cuatro patas*

Artista: *Gabriela Caregnato*

## Entrevista al Profesor Luigi Ferrajoli



El reconocido jurista y profesor Italiano Luigi Ferrajoli visitó nuestro país en el marco de una serie de presentaciones y conferencias que brindó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Luigi Ferrajoli (Florencia, 1940) enseña Teoría general del derecho en la Università Roma Tre y es uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal, pero que considera, en general, un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales. Ferrajoli, quien se define como un iuspositivista crítico, es autor de numerosas obras, entre las que se destacan: *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia* (2011); *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (2011); *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (2009); *Democracia y garantismo* (2010); *Derechos y garantías. La ley del más débil* (2010); *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2009); *Razones jurídicas para el pacifismo* (2004) y *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia* (2009).

El 18 de abril de 2018, luego de presentar su libro *Manifiesto por la Igualdad* en el Salón Rojo de dicha Alta Casa de Estudios, Ferrajoli tuvo la amabilidad de tomar contacto con parte del staff de **ReDea**. Se mostró interesado en nuestra publicación y respondió algunas preguntas que se publican a continuación.

El 18 de abril de 2018, luego de presentar su libro *Manifiesto por la Igualdad* en el Salón Rojo de dicha Alta Casa de Estudios, Ferrajoli tuvo la amabilidad de tomar contacto con parte del staff de **ReDea**. Se mostró interesado en nuestra publicación y respondió algunas preguntas que se publican a continuación.

## Entrevista

**R:** Ud. se definió como un “iuspositivista crítico”, diferenciándose del iusnaturalismo y del iuspositivismo más clásico...

L.F. Obviamente crítico del derecho vigente, que es muy distante, que está muy lejos de los principios constitucionales en todo el mundo. Las constituciones establecen el principio de igualdad, los derechos fundamentales, ... derechos sociales y no solamente derechos de libertad. Sin embargo estos derechos son violados. Los derechos sociales en estos años han sido agredidos por la esfera pública. También el derecho del trabajo. Tomando en serio el derecho mismo...es decir, las normas constitucionales, la ciencia jurídica positivista debe criticar al derecho y proyectar su actuación, la actuación de los principios constitucionales.

**R:** En esa crítica, ¿hay una postura moral? ¿Interviene la moral en el ordenamiento jurídico?

L.F. Si, naturalmente, son principios de justicia, son principios jurídicos. Naturalmente se nos presenta una dimensión civil, de tipo política en el constitucionalismo que justifica el compromiso civil de la ciencia jurídica.

**R:** Ud trabajó mucho la relación entre la justicia y la política. Sobre los jueces como garantía última de los derechos fundamentales. Nosotros tenemos en nuestra experiencia nacional y regional una clase de activismo “pro derechos fundamentales” a partir de reconocer ciertos derechos humanos básicos como podría ser, por ejemplo, el derecho a la vivienda, a la educación, etc. Pero al mismo tiempo estamos teniendo últimamente una intervención judicial atacando proyectos políticos más progresistas...

L.F. Eso es una interferencia inadmisible. Yo creo que la actuación de la constitución requiere, ante todo, garantías primarias. ¿Cuáles son las garantías primarias?. Son las garantías que se

corresponden directamente con los derechos fundamentales. Es decir, el servicio sanitario gratuito, universal, como garantía primaria del derecho a la salud, de la instrucción pública como garantía del derecho a la educación. Las tutelas del medio ambiente como garantía del medio ambiente. La garantía jurisdiccional es una garantía secundaria que interviene frente a las violaciones de las garantías primarias. Pero la cuestión más importante sobre las garantías primarias, que deben ser introducidas por la política, implementadas por la política, que son obligatorias si tomamos en serio a los derechos fundamentales plasmados en las constituciones.

**R: Estas intervenciones de los poderes judiciales en la región, pensemos en Brasil, acá en Argentina, persecución de políticos, encarcelamiento de opositores, intervención judicial de partidos políticos, todo con una misma línea, que está colaborando a una política reinante en este momento, conservadora o de derecha. Vemos al poder judicial como un arma más de esa política para lograr sus objetivos. ¿Cuál es su opinión al respecto, comparte esa mirada?**

**L.F.** Es algo absurdo. La jurisdicción debe ser sometida a la ley. Su carácter es la imparcialidad. No puede intervenir en cuestiones políticas, deformando la dialéctica política, como ocurrió con el caso de Lula, que ha sido encarcelado, en el marco de un proceso en el cual el juez instructor es el mismo que impone la condena, junto a una campaña mediática, en donde los jueces aparecen en la televisión hablando con otros imputados. Los tiempos del proceso han sido restringidos con la finalidad de impedir su candidatura. Estos son factores de descrédito de la jurisdicción.

**R: Concretamente, en el caso de la reciente detención del ex presidente de Brasil, Inacio Lula Da Silva; ¿cuál es su visión?**

**L.F.** El 4 de abril fue un día negro para la democracia brasileña. Por una mayoría de apenas un voto, el Supremo Tribunal Federal de Justicia dispuso el arresto de Inacio Lula en un proceso

plagado de violaciones a las garantías procesales. Pero no sólo fueron violados los derechos el ciudadano Lula. La víctima ha sido todo el proceso judicial, con sus innumerables lesiones a los principios del debido proceso, junto al impeachment infundado desde el punto de vista constitucional que destituyó a la presidenta Dilma Rousseff con la finalidad de poner fin al proceso de reformas que tuvo lugar durante los gobiernos de ambos y que sacó de la miseria a 50 millones de brasileños. La jurisdicción suprema agredió de ese modo todo el acervo constitucional que tenía la misión de defender.

La total falta de imparcialidad de los magistrados que promovieron y realizaron el proceso contra Lula revela el sentido no jurídico sino político de todas las actuaciones. Este partidismo fue favorecido por una característica singular e increíble del proceso penal brasileño: la falta de diferencia y separación entre acusador y juez, y en consecuencia la figura del juez inquisidor que instruye el proceso, firma órdenes y emite la condena de primera instancia: en el caso de Lula, la condena pronunciada el 12 de julio de 2017 por el juez Sergio Moro a 9 años y 6 meses de reclusión y la inhabilitación para ocupar cargos públicas durante 19 años, agravada en la apelación con la condena a 12 años y un mes.

A este absurdo sistema institucionalmente inquisitorial los jueces añadieron celo partidista y arbitrariedad, de los que señalaré tres aspectos.

El primer aspecto es la campaña de prensa orquestada desde que empezó el proceso contra Lula, alimentada por el protagonismo del juez de primera instancia, quien ha difundido actos que estaban en secreto del sumario y ha concedido entrevistas en las cuales se pronunció antes del juicio en contra de su imputado, en busca de una legitimación indebida en el consenso popular y no en la sujeción a la ley. La anticipación de la sentencia también ha contaminado la apelación. El 6 de agosto del año pasado, en una entrevista con el diario O Estado de San Pablo, el Presidente del Tribunal Regional Superior de la 4<sup>a</sup> Región (TRF-4), ante el cual había sido apelada la condena

declaró, también antes del juicio, que esa sentencia era “técnica-mente irreprochable”. En todos los países civilizados, semejante adelanto de opinión es motivo obvio e indiscutible de excusación o de recusación, dado que revela una hostilidad y un prejuicio incompatibles con la jurisdicción.

Esto es lo que Cesare Beccaria llamó “proceso ofensivo” en De los delitos y de las penas, durante el cual “el juez”, en lugar de “buscador imparcial de la verdad”, se “convierte en enemigo del reo” y “no busca la verdad del hecho, sino que busca el delito en el prisionero y lo amenaza con perder si no lo consigue”.

El segundo aspecto de la parcialidad de los jueces —y al mismo tiempo, la característica típicamente inquisitorial de este proceso— consiste en la petición de principio, por la cual la hipótesis acusatoria a probar, que debería ser la conclusión de razonamiento inductivo, sostenido en pruebas y no desmentido por contrapruebas, forma en cambio la premisa de un procedimiento deductivo que asume como veraces solo las pruebas que la confirman y como falsas aquellas que la contradicen. De ahí el curso tautológico del razonamiento probatorio, en el cual la tesis acusatoria funciona como criterio de orientación de la investigación, como un filtro selectivo de la credibilidad de las pruebas y como clave interpretativa de todo el material procesal. Por ejemplo: los diarios brasileños informaron que el ex ministro Antonio Palocci, bajo prisión preventiva, había intentado en mayo último una “delación premiada” para obtener la libertad, pero que su solicitud fue rechazada porque no incluía ninguna acusación contra Lula y Dilma Rousseff sino sólo contra el sistema bancario. Pero el 6 de septiembre, ante los fiscales, el mismo imputado proveyó la versión apetecida por la fiscalía para conseguir la libertad. Por el contrario, fue totalmente ignorada la deposición de Emilio Odebrecht, quien el 12 de junio declaró al juez Moro que nunca había donado ningún inmueble al Instituto Lula, como presumía la acusación de corrupción.

El tercer aspecto de la falta de imparcialidad es el siguiente: los jueces aceleraron el momento del juicio para llegar a la sentencia final lo antes posible y así, de acuerdo con la ley “Ficha

limpia”, evitar que Lula, quien sigue siendo la figura más popular de Brasil, pudiera presentarse a las elecciones presidenciales del próximo mes de octubre. Esta es otra pesada interferencia judicial en la esfera política, que mina de raíz la credibilidad de la jurisdicción.

Por último, es innegable el nexo entre los ataques a los dos presidentes artífices del extraordinario progreso social y económico de Brasil –la ausencia de fundamentos jurídicos de la destitución de Dilma Rousseff y la campaña judicial contra Lula– que hace de su convergencia una operación única de restauración antidemocrática. En estos días, esa operación contó con el amenazante apoyo de los militares, que está destrozando al país de un modo difícil de reparar. La indignación popular se expresó y se seguirá expresando en manifestaciones masivas. Aún habrá una última instancia judicial ante el Superior Tribunal de Justicia. Pero a esta altura es difícil ser optimistas.

**R: Ud trabajó la idea de la “democracia global”, no gobierno internacional, pero si de una regulación jurídica a nivel internacional. ¿Como analiza la actuación hoy en día de instituciones como Naciones Unidas, por ejemplo, ante situaciones de crisis que se presentan en algunos lugares del planeta... pienso en Siria...**

**L.F.** No hay actuación sobre los derechos fundamentales establecidos a nivel internacional. Hay falta de garantías, existe una laguna escandalosa, vergonzosa. Lo que resulta necesario introducir son funciones de garantías. Temas como la salud, el medio ambiente, la abolición de las armas, esos son problemas globales que no requieren gobiernos. Estas garantías tienen una legitimación directamente en los derechos fundamentales establecidos en tantas cartas internacionales.

**R. Por último, recordamos que Ud. recibió el título de Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de La Plata en el año 2005 y esa ocasión Ud. brindó un discurso donde planteó esta circunstancia. Es decir, la existencia de varios**

**tratados internacionales que reconocen derechos y plantean una igualdad formal de todos los ciudadanos...**

**L.F.** Mas que una igualdad formal, solamente una proclamación retórica de derechos, que son derechos de cartas, sin garantías. Naturalmente es un papel de la política y de la cultura jurídica luchar por la implementación de estos derechos.

**R.** Muchas gracias Profesor Ferrajoli por atendernos, lo dejamos seguir con sus actividades. Le deseamos una feliz estadía en Argentina.

**L.F.** No, de nada, gracias a ustedes.

## **Entrevista a los Jueces de la Corte Suprema de la Ciudad de Tianjin, República Popular China**

Quienes visitaron a los Jueces de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con el fin de intercambiar experiencias en el método administrativo y operacional de los tribunales de ambos países para cooperar conjuntamente a futuro

*Solange C. Seijas*

El día veintiuno de marzo del corriente año, los miembros de la Suprema Corte de la Ciudad China de Tianjin, se reunieron con el Señor Ministro de la Suprema Corte, Doctor Daniel Soria, con el fin de conocer el sistema judicial Argentino de cerca, intercambiar experiencias y reflexionar acerca de las materias tratadas por los Tribunales de ambos países, teniendo en cuenta las diferencias estructurales de cada organismo.

ReDeA tuvo el agrado de entrevistarse con los magistrados, por lo cual explicaré brevemente las particularidades del Sistema Judicial Chino para poder entender de una forma mas integral la entrevista realizada a los magistrados extranjeros.

Según la Ley Orgánica de las Cortes Populares de la República Popular de China, ejercen el poder judicial: las Cortes populares locales, las Cortes militares, las Cortes especializadas, y en ultima instancia interviene la Corte Suprema, haciendo eco del artículo 123 de la Constitución.

El poder judicial en China responde a una organización jerarquizada en la cual las Cortes Populares Básicas están en su base, aunque en algunos pueblos rurales puedan existir tribunales populares que dependen de ellas.

Luego, existen unas 380 cortes populares intermedias, al nivel de las municipalidades de las provincias o de las municipalidades directamente bajo la autoridad del Gobierno Central.

A nivel superior, es decir, de una provincia, una región autónoma o de una municipalidad directamente bajo la autoridad del Gobierno central, se encuentran las Cortes Populares Superiores. Finalmente, en la cumbre de la organización se encuentra la Corte Suprema.

La delegación de Jueces entrevistados son parte de la Corte Suprema de Tianjin. Tianjin es uno de los cuatro municipios que, junto con las veintidós provincias, cinco regiones administrativas especiales, conforman la República Popular China. Es la cuarta ciudad más poblada de China tras Shanghái, Beijing y Guangzhou.

### **Entrevista a los miembros de la Corte Suprema de Tianjin**

**Entrevistador:** Por su condición de Juez de la Corte Suprema de Tianjin, nos gustaría como primera pregunta, solicitarle nos ilustre sobre la entidad del órgano judicial que integra, su competencia territorial y material, su mecanismo de selección, como está compuesto el Tribunal y duración de los cargos.

**Ms. ZHANG Liling (Tianjin High People's Court):** Esta pregunta justamente llega en un momento en que se está haciendo un cambio en la estructura judicial en general, pero actualmente, la selección es realizada por el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional mediante un proceso de examen oral y escrito, que garantiza la elección del magistrado mejor preparado para la función que es encomendada por el Poder Central, sin embargo para llegar a esa instancia los postulantes deben cumplir requisitos tales como: poseer nacionalidad de la República Popular China; tener la edad de veintitrés años cumplidos o más; mostrar apoyo y conocimiento de la Constitución de la República Popular China; poseer buenas cualidades políticas, profesionales y buen comportamiento; gozar de buena salud; y ser graduado en derecho de un centro de enseñanza superior con dos años de trabajo cumplidos; o licenciado en

derecho con un año de trabajo cumplido; los maestros o doctores en derecho, están libres de la restricción mencionada de años de trabajo. Es necesario mencionar que las personas que hayan recibido sanciones penales o hayan sido expulsados de sus puestos públicos no pueden ser jueces.

El Tribunal Supremo está constituido por los presidentes, los vicepresidentes, los miembros de los comités de juicio, los jefes de sala, los subjefes de sala, los funcionarios de juicio y los funcionarios de juicio asistentes de los tribunales de todos los niveles.

En cuanto a la entidad del órgano judicial que integro, de acuerdo con la estructura orgánica de nuestro país, existen tribunales populares locales de diversos niveles, tribunales populares especiales y el Tribunal Popular Supremo. Nuestra comitiva pertenece al Tribunal Popular Supremo, el trabajo de juicio de los tribunales populares de todos los niveles y tipos está sujeto a la supervisión unificada del Tribunal Popular Supremo. Los Tribunales Supremos se instalan en las provincias, regiones autónomas y municipios directamente subordinados al Gobierno Central.

La competencia territorial de nuestro Tribunal Supremo abarca en su totalidad al municipio de Tianjin, que es uno de los municipios bajo jurisdicción central, y a su vez por su gran extensión, se subdivide en distritos urbanos y suburbanos.

Respecto a la competencia material tratamos causas penales, civiles y administrativas de primera instancia específicamente establecidas por la ley para nuestra jurisdicción, causas de primera instancia transferidas por los tribunales populares de niveles inferiores para su proceso, causas de apelación y causas de protesta contra los veredictos y fallos de los tribunales populares de niveles inferiores y de los dictados por los tribunales de accidentes marítimos, causas de protesta presentadas por las fiscalías populares de acuerdo con el procedimiento de supervisión sobre el juicio, también nos compete revisar y prestar aprobación con las causas penales de primera instancia que

sentencian penas de muerte dictadas por los tribunales populares sin apelación de los demandados; y poder abrir proceso o devolver los informes recibidos para un nuevo proceso en el caso que no prestemos conformidad, asimismo revisar las causas penales con penas de muerte para una suspensión de dos años de ejecución dictadas por los tribunales populares intermedios, supervisar la labor de juicio de los tribunales populares de niveles inferiores en la zona de su jurisdicción, si descubrimos que de veras hay errores en los veredictos y fallos ya en efecto legal de estos tribunales, tenemos la facultad de abrir proceso u ordenar un nuevo proceso a dichos tribunales.

**Entrevistador:** Nos gustaría conocer su opinión sobre el estado actual de la justicia en el ámbito territorial de su competencia y en general en la Republica Popular de China, como ve el funcionamiento de la justicia?

**Mr. WANG Ping (Tianjin Hexi District Area People´s Court):** El funcionamiento de la Justicia en nuestro municipio respeta estrictamente la ley fundamental de la República que es la Constitución y en su funcionamiento práctico, actualmente se está planteando una reforma en la justicia que versa sobre asuntos como la evitación de los errores, la instauración del juicio como centro de toda la administración de justicia o la coordinación del actuar de la policía, fiscal y jueces superando los problemas de jerarquía y esa realidad práctica que señala a unos como más poderosos que otros.

**Entrevistador:** Cuales serían a su criterio los grandes desafíos los grandes problemas que atraviesa la justicia en la Republica Popular China en general

**Ms. XU Kexian (Tianjin Binhai New Area People´s Court):** En cuanto a los retos, habría tres a destacar. El primero, la inexistencia de un equilibrio en la administración de justicia a escala de todo el país. La justicia no se aplica de forma uniforme en China y varía de unas zonas a otras. Segundo, importa consolidar los derechos de los justiciables y de sus abogados,

brindando mayores posibilidades para garantizar resoluciones justas, ya que el sistema judicial chino se rige por el principio de doble instancia, es decir, la segunda instancia es la última instancia. Claramente, este sistema no ofrece las mismas garantías para los justiciables que en los países que adoptan un sistema de triple instancia, más común en los países occidentales. No hay, por tanto, tantas vías de recurso. Pese a ello, se contempla un mecanismo excepcional que permite reexaminar un asunto, incluso si existe ya una sentencia definitiva. El argumento recurrente son los errores. Cualquier presidente de un tribunal puede acogerse a esta posibilidad si así lo considera. Ello incide en la relativización de la fuerza de la cosa juzgada.

Y el tercer reto es la simplificación de juicios ante el Tribunal Supremo, a fin de agilizar los procesos.

**Entrevistador:** Por último, queremos saber si tienen alguna opinión o conocimiento acerca de la Justicia en la Provincia de Buenos Aires y si nos pudieran decir el motivo o alcance de la visita a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

**Ms. ZHANG Liling:** No tenemos un conocimiento acabado de la estructura y el funcionamiento de la justicia Argentina, pero si un conocimiento general, por esa razón queremos aprovechar la visita para poder ilustrarnos, intercambiar experiencias y reflexionar acerca de las materias tratadas por los Tribunales de ambos países, con miras a la futura cooperación conjunta.

Luego el entrevistador se despidió de la comitiva, haciendo entrega de un ejemplar de Derechos en Acción.



Escriben en este número:

**BALBÍN, Adolfo Nicolás**  
**BALDI, Eduardo**  
**CATANI, Enrique**  
**CLÉRICO, Laura**  
**DEANTONI MOSCA, Erika Carolina**  
**DÍAZ, Juan Francisco**  
**FERRAJOLI, Luigi**  
**FERRERIA DA ROCHA, Silvio Luis**  
**GALARZA, Ethel**  
**GALVÁN, Ezequiel Rodrigo**  
**GRES C., Pablo**  
**GUERRERO IRAOLA, Jerónimo**  
**GUERRERO, Maite**  
**GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel**  
**HEIM, Daniela**  
**MACKANIC GALUK, Sebastián**  
**MEDICI, Alejandro**  
**MIRANDA, Karen Ailén**  
**MORENO, Guillermo Raúl**  
**OLLMAN, Bertell**  
**PALLARES DI NUNZIO, Ramiro**  
**PICCONE, María Verónica**  
**PUENTE, Mariano**  
**RAIMUNDI, Carlos**  
**SACCON, Estefanía Jacqueline**  
**SEIJAS, Solange C.**  
**STRAPPA, Ariel**  
**VALIM, Rafael**  
**VERNETTI, Luciano**  
**VÉRTIZ MEDINA, James**  
**VILLEGRAS, María Cecilia Rita**  
**ZAFFARONI, Eugenio Raúl**



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



[WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA](http://WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA)  
[WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR](http://WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR)