



PRIMAVERA 2019

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN





PRIMAVERA 2019

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



STAFF EDITORIAL

DIRECTOR

Prof. Pablo Octavio Cabral • UNLP

EDITOR GENERAL

Prof. Guillermo Raúl Moreno • UNLP

EDITORES ASOCIADOS

Prof. José Ignacio López • UNLP

Prof. María del Carmen Alemán • UNLP

Prof. Rosario Echevesti • UNLP

Prof. Fernando Maitini • UNLP

RESPONSABLES DE SECCIONES PERMANENTES

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

CORRECTOR GENERAL

Abog. José Maitini • UNLP

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Lic. Javier F. Luna • Estudio melHibe

DIRECCIÓN DE ARTE

Prof. Nazarena Mazzarini • UNLP

DIRECCIÓN LITERARIA

Abog. María Cecilia Rita Villegas • UNLP

EQUIPO DE IDIOMAS

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

EQUIPO DE COMUNICACIÓN

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

ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

Abog. Lucio Vallefín

CONSEJO EDITORIAL

Víctor Ernesto Abramovich

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Luis Hipólito Alén

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Elisabet Almeda Samaranch

Universidad de Barcelona - España

Ricardo César Andreu

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Gustavo Arballo

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Grethel Arias Gayoso

Universidad de Oriente - Cuba

Natalia Lorena Barriviera

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Mauro Benente

Universidad Nacional de José C. Paz - Argentina

Homero Bibiloni

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Milay Burgos Matamoros

Universidad Autónoma de México - México

Mario F. Cámpora

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ángel Carballal

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Franco Catalani

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Alfonso Celotto

Università Degli Studi Roma Tre - Italia

Nicolás Cendoya

Universidad de la República - Uruguay

Guillermo Justo Chávez

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Rodrigo Codino

Universidad Nacional de Avellaneda - Argentina

Mario Coriolano

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Solange Delanoy

Universidad Nacional de Rosario - Argentina

Graciela de Ortuzar

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Dino Di Nella

Universidad de Barcelona - España

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Universidad Autónoma de Aguas Calientes - México

Enrique del Percio

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Carlos Echevesti

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Leandro E. Ferreyra

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Lila García

Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina

Juan Martín González Moras

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Pablo Gres

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

Universidad de Chile - Chile

Omar Heffes

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Víctor Eduardo Hortel

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Bautista Justo

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Mariano Lovelli

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carolina Machado Cyrillo Da Silva

Universidad Federal Do Río de Janeiro - Brasil

Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana - Cuba

Ricardo Marcondes Martins
Pontificia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

Juliana Paula Magalhães
Universidad de San Pablo - Brasil

Alejandro Medici
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Enrique Javier Morales
Universidad Nacional de Formosa - Argentina

Juan Orsini
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Marcelo Pepe
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Alicia Pierini
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ana Laura Piñeiro Jardim
Universidad de la República - Uruguay

Julián Portela
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carlos Raimundi
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Miguel Revenga Sánchez
Universidad de Cádiz - España

Gisele Ricobom
Universidad Federal de la Integración Latinoamericana - Brasil

Esteban Rodríguez Alzueta
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

Romina Ronda
Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

Johanna M. Romero
Universidad de Cuenca - Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez
Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México

Marcelo Sain
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

David Sánchez Rubio
Universidad de Sevilla - España

Oscar Sarlo
Universidad de la República - Uruguay

Rodolfo Sosa
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Stinco
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Natasha Suñe
Universidad Central del Ecuador - Ecuador

Antonio Carlos Wolkmer
Universidad Federal de Santa Catarina - Brasil

CONSEJO ACADÉMICO HONORÍFICO

Ramón Torres Molina
Universidad Nacional de La Plata

Raúl Gustavo Ferreyra
Universidad de Buenos Aires

Alicia Ruiz
Universidad de Buenos Aires

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires

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

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

DOLORES MENDIETA

Artista argentina, nacida y formada académicamente en Buenos Aires. Es Licenciada y Profesora en Artes Visuales (Universidad Nacional del Arte). Además es Profesora Nacional de Pintura (Escuela Nacional de Bellas Artes P. Pueyrredón). Realizó seminarios de posgrado de técnicas artísticas en la Escuela Superior De Bellas Artes Ernesto de la Cárcova. Su obra indaga sobre la identidad latinoamericana. El estilo de sus primeras épocas (1998-2005) se caracteriza por un realismo social y un realismo mágico, fuertemente retratístico. Luego, con la serie Cosmogonías y sikuriadas, cambia a una figuración simbólica, de fuerte contenido narrativo, telúrico, mítico, musical e imaginativo, inspirándose en el diseño cosmogónico amerindio y en el arte popular; logrando un estilo único, de gran colorido y ternura. Hace 12 años vive en San Javier, Córdoba. Su casa-taller en medio del monte y enclavada en la sierra a 1000 m de altura es un atractivo cultural de la región. Allí pinta y vende sus obras, además de ejercer la docencia en Artes.

Web: www.doloresmendieta.com.ar | *FB* /dolores.mendieta

Instagram: @dolores.mendieta.arte

POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

LUCIANO SCATOLINI

Abogado y escribano público. Graduado, docente e investigador de la UNLP, especializado en temas urbanos. Ha publicado libros en esa materia y dos obras de poesías: *En Jaque* (Ed. Cien Volando, 2017) y *Me quedan los días* (EDULP, 2019).

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

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

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

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

ÍNDICE

EDITORIAL	19
ENSAYOS	27
Sobre el derecho constitucional y sus fundamentos (Segunda parte). Rechtsstaat y teoría de la Constitución en el período de entre guerras	29
<i>Miguel Revenga Sánchez</i> <i>(Universidad de Cádiz, España)</i>	
Reflexiones jurídicas a propósito de «Una casa de muñecas»	74
<i>Verónica Gomez Naar (UBA, Argentina)</i>	
El mérito y su impacto dentro del actual sistema de selección de magistrados federales	91
<i>Juan Stinco (UBA, Argentina)</i>	
Clases en primera persona. Narrativas orales y construcción de saberes: una experiencia de innovación educativa en la enseñanza del Derecho Político	112
<i>Mariano Lovelli (UNLP, Argentina)</i> <i>y María Verónica Piccone (UNR, Argentina)</i>	
El derecho de peticionar ante las autoridades y el amparo por mora como respuesta al silencio de la Administración	134
<i>Zarina E. Ross (UBA, Argentina)</i>	
El Derecho Administrativo Global y las fuentes del Derecho Administrativo	154
<i>Benjamín Marcheco Acuña y Raudel Navarro</i> <i>Hernández (Universidad de la Habana, Cuba)</i>	

El art. 73 del Convenio Colectivo de Trabajo de los Docentes Universitarios. La estabilidad como premisa	190
<i>Alejandro Emilio Berardi (UNMdP, Argentina)</i>	
Rituales judiciales: Aproximación a las funciones de los juramentos	202
<i>Jonatan L. Bregantic (UBA, Argentina)</i>	
Las inversiones extranjeras en el Mercosur: ¿Hacia un cambio de paradigma?	249
<i>Luis Fernando Castillo Argañaráz (UBA, Argentina)</i>	
Igualdad, Derecho y Capital: Una lectura crítica	271
<i>Pablo Gres Chávez (Universidad de Chile, Chile)</i>	
COMENTARIO A LEGISLACIÓN	305
El debate sobre la ley 27.275 y la exigencia del acceso a la información en Argentina	307
<i>Elena Espín Di Febo y Javier Torres Molina (UNR, Argentina)</i>	
Desarrollo institucional y evolución legislativa de la seguridad social en Argentina	345
<i>Diego Gabriel Presa (UNLP, Argentina)</i>	
Novedades legislativas	358
<i>Eduardo Baldi (UNLP, Argentina)</i>	
COMENTARIO A JURISPRUDENCIA	367
Sobre el pedido de informe del Relator Especial sobre Independencia de Jueces y Abogados (ONU) al Estado Argentino	369
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni (UBA, Argentina)</i>	

La responsabilidad del Estado Juez por prisión preventiva errónea: un caso real de aplicación de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos.	395
<i>Erika Silvina Bauger (UNLP, Argentina)</i>	
La reparación de las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional	423
<i>Ezequiel Rodrigo Galván (UNLP, Argentina)</i>	
Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Tribunales inferiores	451
<i>Fernando Amosa (UCALP, Argentina), Juan Francisco Díaz y James Vértiz Medina (UNLP, Argentina)</i>	
TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO	485
El derecho penal como herramienta de castigo contra las mujeres que se apartan de su rol: ¿Buenas o malas madres?	487
<i>Verónica S. Trillo y John Carlin Sánchez (UBA, Argentina)</i>	
El Estado frente al derecho de acceso a una vivienda digna	500
<i>Paula Beatriz Kohan (UBA, Argentina)</i>	

INVESTIGACIONES 509

Análisis de los Decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires durante el año 2018 511

Esteban Taglianetti, Mariano Raffo, Daniela Ibarra, Erika Deantoni Mosca, Facundo Aravena, María Victoria Simioni, Guillermina Fernández, Fernando Novelli, Jacqueline Grace (UNLP, Argentina) y Daniel Herrera (UCALP, Argentina)

Programa de investigación-acción: Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Autonomía de la Defensa; representación del interés público ante conflictos de intereses y defensa de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Fuero Contencioso Administrativo provincial 635

Guillermo Raúl Moreno, Pablo Octavio Cabral, Alejandro Medici y Matías Sucunza (UNLP, Argentina)

DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA 697

Palabras en conmemoración a los 70 años de la gratuidad de la Universidad Pública en la Argentina . 699

Axel Kicillof (UBA, Argentina)

**SECCIÓN ESPECIAL:
PLURALISMO JURÍDICO, PUEBLOS Y ESTADOS** . . 709

Presentación de la nueva Sección especial 711

Dino Di Nella, Fernando Maitini (UNLP, Argentina), Patricia Giordana (UNR, Argentina), Clara Camps Calvet, Pablo Casals (Universidad de Barcelona, España) y Victoria Ibáñez (UNQ, Argentina)

ENTREVISTAS	729
Entrevista a Nicolás Kreplak	731

EDITORIAL



Dossier irrefutable

Se ha quebrado la argamasa
es inevitable la sentencia.

Llegan tarde
al cuartel,
a salvar la rosa
del jardín petrificada.

Dicen los ancestros
que en el reino
han muerto
todos.

No la historia
y sus designios.

Autor: Luciano Scatolini

Arte de la portada: Dolores Mendieta

Obra: Warmi (acrílico sobre lienzo; 90x90cm; 2016)

Editorial

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e328>

Presentamos la edición primavera de 2019, dándole la bienvenida a nuestras lectoras y lectores al decimo tercer número de ReDeA, con las renovadas ganas de compartir con ustedes algunos sucesos jurídicos 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.

Entre las múltiples situaciones críticas que atravesaron fugazmente a la región en tiempos recientes, la de Bolivia resulta una de las que más preocupación nos genera, tanto por la vulneración a la Democracia y los Derechos Humanos que origina como por la dolorosa reminiscencia a las etapas más oscuras de nuestra historia Latinoamericana.

Sin duda resultaría extremadamente desatinado desconocer los conflictos y atropellos institucionales que atravesaron a los últimos años de Gobierno de Evo Morales, Presidente saliente del Estado Plurinacional de Bolivia, en lo referente a su posibilidad de reelección. Habiendo atravesado dos fallos del Tribunal Supremo Electoral con argumentaciones e interpretaciones constitucionales cuestionables y un Referéndum con resultados que, aunque muy acotados, fueron negativos frente a su cuarta postulación, puede entenderse algún tipo de descontento de ciertos sectores populares que solían apoyar a Morales (caso de la Federación Sindical de Trabajadores Mineros de Bolivia –FSTMB–).

Pero, a pesar de lo dicho, es evidente que la forma en la que fue desplazado del Poder el Presidente Evo Morales –sin poder cumplir la totalidad de su mandato y debiendo acudir al asilo político extranjero tras una oleada masiva de amenazas y

detenciones— configura manifiestamente un Golpe de Estado, lo cual queda a la vista tras las múltiples vulneraciones a la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (CPEB) que viene llevando adelante el Gobierno de la Interventora Jeanine Añez.

En primer lugar, resulta insostenible dentro de un sistema democrático, en una primera instancia, la sugerencia del Ejército Boliviano por la cual propuso la renuncia presidencial como solución a los conflictos internos que atravesaba el país tras los resultados de las elecciones y luego el uso ilegítimo de la fuerza directamente contra los dirigentes del partido MAS y de todo el pueblo en general. Según el artículo 20, inciso b de la Ley N° 1405 (Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas de Bolivia), el Alto Mando Militar está habilitado para “Analizar las situaciones conflictivas internas y externas, para sugerir ante quien corresponda las soluciones apropiadas”, pero dicha potestad bajo ningún concepto podría ejercerse afectando a la vida democrática de un país. Toda discrecionalidad mantiene siempre un núcleo de carácter reglado, cuestión que es manifestación directa del principio de legalidad al que debe atarse toda actuación estatal, por ello, a pesar de que haya varios caminos a elegir para la administración (en este caso la Fuerzas Armadas), siempre debe acotarse dicho margen decisorio conforme al campo permitido por el ordenamiento jurídico vigente. Por lo dicho, la aplicación que se hizo de la norma para este caso vulnera el artículo 245 de la CEPB que prohíbe la Deliberación y la Acción Política en las Fuerzas Armadas y el artículo 410 de la misma, que dispone la primacía de la Constitución.

Por otro lado, el nombramiento de la Interventora Jeanine Añez (por el cual ha pretendido ser reconocida como Presidenta Constitucional de Bolivia) se realizó en incumplimiento de los mecanismos institucionales que se exigen para las asunciones presidenciales, resultando necesario que las Cámaras parlamentarias reciban su juramento (art. 161 CEPB). Para poder deliberar, se requiere la presencia de la mayoría absoluta de sus integrantes (conforme art. 73 del Reglamento Interno de la Cámara de Diputados de Bolivia y 75 del de Senadores),

situación que no se verificó en el caso de la mencionada, por lo cual su asunción resulta improcedente.

Finalmente, y quizás lo más gravoso, son las reiteradas vulneraciones a los Derechos Humanos efectuadas por las Fuerzas de Seguridad desde la provisoria llegada de Añez al poder (las cuales derivaron en por lo menos 715 Heridos y 23 Muertos según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), situación que fue convalidada por el Decreto Supremo N° 4078, el cual exime de Responsabilidad Penal a las Fuerzas Armadas con fundamento en el “actuar en Legítima Defensa o Estado de Necesidad al momento de restablecer el Orden Interno y la Estabilidad Pública”. Lo descripto hace también resurgir un clima que favorece al trato discriminatorio hacia los pueblos originarios (habiendo testimonios en los que militares y opositores políticos a Evo Morales rotulan a quienes protestan como “indios” y en los que se observa la quema de Whiplas, símbolos afines a la plurinacionalidad del Estado Boliviano) vulnerando manifiestamente los artículos 1, 2 y 9 de la CEPB.

Ante lo dicho, consideramos que lo más apropiado desde este Colectivo Editorial es exigir el cese de estas actitudes vulneradoras de los Derechos Humanos, apoyando las iniciativas de investigación que se fomentaron desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Amnistía Internacional y la Comitiva que viajó personalmente desde Argentina, a la vez que bregamos por un efectivo restablecimiento del orden democrático, respetándose las candidaturas de todos los partidos en las elecciones convocadas legislativamente y garantizando la imparcialidad de la nueva conformación del Tribunal Supremo Electoral. A todo ello, para que justicia sea efectiva, deberá sumarse la sanción y castigo de los responsables de las violaciones masivas de los derechos humanos perpetuadas por las fuerzas armadas, así como por las actuales autoridades de facto del Estado de Bolivia.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar que el pasado 27 de octubre se llevaron adelante con total normalidad las elecciones generales en nuestro país. A partir de los resultados

de las mismas, se producirá un cambio de signo político tanto en las autoridades nacionales como en las de la Provincia de Buenos Aires. En dichas elecciones se produjo un amplio triunfo de la fórmula presidencial del “Frente de Todos” (Alberto Fernández-Cristina Fernández) que se impuso sobre el oficialista frente “Juntos por el Cambio” (Mauricio Macri-Miguel Ángel Pichetto). En la provincia de Buenos Aires el panorama fue electo Gobernador el candidato del “Frente de Todos”, Axel Kicillof, acompañado por Verónica Magario como vice Gobernadora, quedando en segundo lugar la candidata –y Gobernadora saliente- María Eugenia Vidal. Celebramos tal evento democrático, la periodicidad de los cargos electivos y el recambio de responsabilidades institucionales supone una república en funcionamiento y vital. Desde esta publicación auguramos el mayor de los éxitos a quienes tendrán la difícil tarea de poner al Estado nuevamente de pie.

También queremos destacar que el pasado 22 de noviembre se cumplieron 70 años de la firma y promulgación del Decreto 29337 que instauró la gratuidad de la enseñanza universitaria en nuestro país. El mismo lleva la firma de Juan Domingo Perón, y en sus considerandos establece que “... atendiendo al espíritu y a la letra de la nueva Constitución es función social del Estado amparar la enseñanza universitaria a fin de que los jóvenes capaces y meritorios encaucen sus actividades siguiendo los impulsos de sus naturales aptitudes, en su propio beneficio y en el de la Nación misma”. Se estaba dando un paso histórico, esta decisión vino a completar los postulados de la reforma universitaria de 1918. Aquel movimiento estudiantil de principios del siglo XX luchó por una universidad mas democrática, menos elitista, cogobernada y con autonomía. Pero a decir verdad, le faltaba una condición de suma importancia para que sea inclusiva: la gratuidad.

La decisión política de suprimir el arancelamiento de las Universidades en 1949, permitió con el paso de los años que millones de argentinos, pertenecientes a la clase obrera (hijos de familias de trabajadores) pudieran acceder a la educación

superior y a la formación profesional universitaria. La transformación y el ascenso social fue realmente significativo a partir de la instauración de la gratuidad universitaria.

Hoy, al cumplirse setenta años de aquella decisión, queremos rescatarla y colocarla en el sitio histórico que merece. Pensemos que, no obstante los gobiernos autoritarios y las dictaduras que asolaron a nuestra República en estos setenta años, nadie pudo revertirla ni dejarla sin efecto por ser patrimonio de todo el pueblo argentino.

Con relación a nuestra publicación, queremos comunicar que estamos modificando la estructura de nuestras secciones a fin de incorporar una mayor cantidad de artículos con revisión por pares (científicos) y limitando aquellas secciones que no reúnen tales requisitos. Destacamos en especial la propuesta una sección especial sobre Pluralismo Jurídico, Pueblos y Estados, para la Revista Derechos en Acción (ReDeA), presentada por el Profesor Dino Di Nella y su equipo de trabajo, a instancias del Programa Memorias, Pueblos y Estados, dependiente de la Secretaría de Relaciones Institucionales y radicado en el Centro de Investigación en derecho Crítico, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad nacional de La Plata, que empezó a gestarse en el año 2018, con la colaboración de diversos miembros del CIDerCrit, y el patrocinio y apoyo del Colectivo de Acción Jurídica, Social y Cultural Copolis-Adalquí (Sede Atlántica de la Universidad Nacional de Río Negro/Fundación Adalquí), el Col•lectiu de Solidaritat amb els Països Catalans, y el Grupo Interuniversitario Copolis. Bienestar, Comunidad y Control Social (Universidad de Barcelona). La misma cuenta con referato externo doble ciego, y su publicación será en el próximo número 15 de nuestra revista.

También nos es muy grato anunciar a los lectores y autores de ReDeA que seguimos ampliando nuestro equipo de trabajo, dándoles la bienvenida a Carolina Cabado, Juan Cruz Galeano, Abril Di Fonzo y Bernardo Vázquez. También incorporamos al Consejo Editor a los siguientes profesores y académicos; Pablo Gres (Universidad de Chile), Mauro Benente, Universidad

Nacional de José C. Paz, Argentina; Miguel Revenga Sánchez (Universidad de Cádiz, España), Gisele Ricobom, Universidad Federal de la Integración Latinoamericana (Brasil); Grethel Arias Gayoso (Universidad de Oriente, Cuba); Alfonso Celotto (Università Degli Studi Roma Tre, Italia) y Ana Laura Piñeiro Jardim (Universidad de la República, Uruguay).

Despedimos a nuestros lectores hasta el próximo número de ReDeA, esperando que nos sigan acompañando en este proyecto editorial de difusión del conocimiento jurídico situado.

STAFF EDITORIAL

ENSAYOS



Un instante sin Dios

Declarado cesante,
fulminaste
ese día
y todos los días
ausentes
de dioses
y amor
fulgurante.

Es que se han
ido
sin explicarte,
dejando
un vacío
un dolor
constante.

No preguntes
ni ruegues,
hay cosas
que pasan

en solo
un instante.

Autor: Luciano Scatolini

Arte de la portada: Dolores Mendieta

Obra: *Munay* (acrílico sobre lienzo; 100x100cm; 2016)

Sobre el derecho constitucional y su fundamentos (segunda parte). *Rechtsstaat* y teoría de la Constitución en el período de entreguerras¹

On the constitutional law and its foundations (part two). Rechtsstaat and theory of the Constitution in the interwar period

Sobre o direito constitucional e seus fundamentos (parte dois). Rechtsstaat e teoria da Constituição no período entre guerras

Sur le droit constitutionnel et ses fondements (partie 2). Autorité de la loi et théorie de la Constitution dans l'Entre-deux-guerres

论宪法及其基础(2). 宪法与宪政的历史基础

Miguel Revenga Sánchez² | Universidad de Cádiz, España

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 29-73

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e329>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7807-6684>

Recibido: 01/07/2019

Aprobado: 01/08/2019

Resumen: En un trabajo sobre los fundamentos del derecho constitucional, rescatando las bases históricas de la constitución y el constitucionalismo el autor plantea que en la enseñanza y estudio de la materia el constitucionalista debe esforzarse por atraer la atención del alumno acerca los siguientes extremos; a)Cuál es el significado de la

¹ El presente trabajo es el segundo de una serie de tres que aparecen publicados con carácter sucesivo en los siguientes números 12, el actual y el 14, respectivamente, de REDEA.

² Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Cádiz.
E-mail: miguel.revenga@uca.es

Constitución como norma política en la que se encuentra el agregado de ideas y concepciones que permite fundamentar un orden de convivencia democrática. b) Qué es lo que diferencia, formal y materialmente, a la Constitución del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico y, last but not least, y c) Cuáles son las técnicas mediante las cuales se persigue el influjo que la Constitución debería ejercer sobre el ordenamiento jurídico en su dinámica de funcionamiento efectivo.

Palabras clave: Constitución. Derecho Constitucional. Enseñanza.

Abstract: In a work about the foundations of constitutional law, rescuing the historical basis of the constitution and constitutionalism, the author states that in the teaching and study of the subject, the Constitutionalist must make an effort to attract the attention of the student on following: a) What is the meaning of the Constitution as a political norm in which the aggregate of ideas and conceptions of an order of democratic coexistence are present. b) What differentiates, formally and materially, the Constitution from the rest of the norms that integrate the legal system and, last but not least, c) What are the techniques by which the influence that the Constitution should exert is pursued on the legal system, in its dynamics of effective functioning.

Keywords: Constitution. Constitutional right. Teaching.

Resumo: Em um trabalho sobre os fundamentos do direito constitucional, resgatando as bases históricas da constituição e o constitucionalismo, o autor afirma que no ensino e estudo da matéria, o constitucionalista deve se esforçar para atrair a atenção do aluno sobre os seguintes extremos: a) Qual é o significado da Constituição como norma política na que está o agregado de ideias e concepções que permitem basear uma ordem de convivência democrática. b) O que diferencia, formal e materialmente, a Constituição do resto das normas que integram o sistema legal e, last but not least, c) Quais são as técnicas pelas quais o influxo que a Constituição deve exercer sobre o sistema legal em sua dinâmica de funcionamento efetivo é perseguido?

Palavras-chave: Constituição Direito constitucional. Ensino.

Résumé: Dans cet article sur les fondements du droit constitutionnel, qui sauvegarde les bases historiques de la constitution et du constitutionnalisme, l'auteur considère que, dans l'enseignement et l'étude de

cette matière, le constitutionnaliste doit s'efforcer d'attirer l'attention de l'élève sur les différents points suivants; a) que signifie la Constitution en tant que norme politique regroupant un ensemble d'idées et de conceptions qui permettent de fonder un ordre de coexistence démocratique? b) qu'est-ce qui différencie, formellement et concrètement, la Constitution du reste des normes qui intègrent le système juridique et, last but not least, c) Quelles sont les techniques à travers lesquelles se poursuit l'influence que la Constitution devrait exercer sur le système juridique dans sa dynamique de fonctionnement effective.

Mot-clés: Constitution Droit constitutionnel. Enseignement.

摘要:在一部关于宪法基础的工作中,拯救宪法和宪政的历史基础,作者指出,在该学科的教学和研究中,宪政主义者必须努力吸引学生关注以下极端; a)宪法作为一种政治规范的含义是什么,其中是允许建立民主共存秩序的思想和概念的总和。 b)“宪法”与其他整合法律体系的规范,最后但并非最不重要的,以及c)“宪法”应施加的影响的技术有何区别,正式和实质上有何区别关于法律制度的有效运作动态。

关键字: 关键字: 政治宪法, 宪法, 教学

I. Estado de Derecho, declive de la Constitución y Teoría del Estado

Pocos autores de libros jurídicos pueden presumir de haber iniciado sus libros con una frase que se haya convertido en célebre. Uno de ellos es, sin duda, Elías Díaz, cuyo *Estado de Derecho y Sociedad democrática* arranca con la famosa sentencia apodíctica “no todo Estado es Estado de Derecho”.

Las primeras palabras del segundo párrafo del libro no son menos significativas:

“Cabe adoptar como punto de partida la siguiente tesis: el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, o mejor el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley; el Estado de Derecho consiste así fundamentalmente

en el ‘imperio de la ley’: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la ‘voluntad general’³.

Al cabo de treinta años largos, lo que sorprendería a cualquier lector no avisado de las circunstancias políticas bajo las cuales se redactó el libro, es la falta de cualquier referencia a la Constitución, así como el arcaísmo de la equiparación del Derecho y de la ley a la ‘voluntad general’. Bastaría con sustituir “Derecho” por “Constitución”, y “voluntad general” por “voluntad soberana del pueblo”, para que las cosas sonaran mucho más actuales.

En el eficaz alegato de Elías Díaz, éste contrapone el Estado de Derecho al Estado totalitario (Capítulo II: “Fascismo y Estado totalitario”), y los tipos de Estado “social de Derecho” y “democrático de Derecho” aparecen como formas superadoras del primero (Capítulos III y IV, respectivamente; este último con su enfático arranque “El análisis y comprensión de las insuficiencias y contradicciones del sistema económico y del sistema ideológico derivado del neocapitalismo marca, puede decirse, el sentido de la superación del Estado social de Derecho : el paso al socialismo será así paralelamente el paso al Estado democrático de Derecho”, (*Estado de Derecho y Sociedad democrática*, p. 89).

El apéndice bibliográfico del libro, dividido en dos Apartados, el primero propiamente de “bibliografía sobre el Estado de Derecho”, y el segundo, dividido por voces, bajo la rúbrica “otras referencias bibliográficas”, es muy ilustrativo para comprobar la escasa atención que las literaturas académicas germana, italiana y francesa (y por supuesto también la española) prestaban por entonces al valor de la Constitución como norma sustentadora de la democracia.

En el índice por voces no aparece el vocablo, y en el propiamente bibliográfico, con 127 entradas, las referencias se limitan (salvo error u omisión por mi parte) a un trabajo de Maurus,

³ Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, Edicusa, 1966, p. 7. Y de imprescindible lectura complementaria resultan también los trabajos del propio Elías Díaz, agrupados en el libro *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003.

de 1898, titulado - ironías de la historia - *Der Moderne Verfassungsstaat als Rechtsstaat*, a un par de estudios sobre la (a la sazón emergente) justicia constitucional (el de Leibholz, de 1954, *Verfassungsgerichtsbarkeit in demokratischen Rechtsstaat*, y el de Lucas Verdú, de 1957, “Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes”), así como a un trabajo de Raúl Morodo, de 1962, que lleva por título “Constitución, legalidad, legitimidad”⁴.

Si algún interés tiene curiosear sobre tales minucias, no es para evocar un pasado en el que se hacía imprescindible explicar lo evidente, sino para confortarse con la constatación del impacto que en la cultura jurídica, y no sólo en la española, ha producido la vigencia de una Constitución genuinamente normativa. Una Constitución que, precisamente por serlo, resulta la única capaz de proclamar, permitiendo que se asienten, los valores propios de una sociedad democrática.

La expresión “Estado de Derecho” se nos aparece como algo imprecisa y, según algunos, hasta tautológica. En uno de sus últimos trabajos, Adolf Merkl denunciaba la ambigüedad de la fórmula, poniendo de relieve que la expresión podía significar cosas opuestas: a) un Estado que ejerce su poder por medio del Derecho, o bien, b) un Estado que no sólo domina mediante el Derecho, sino que también está dominado por el Derecho⁵.

Cosas tan opuestas que no hay, que yo sepa, monografía o estudio sobre el particular que no necesite realizar un esfuerzo

⁴ En las memorias de Raúl Morodo, *Atando Cabos*, Madrid, Taurus, 2001, pp. 99 y ss., éste evoca el clima intelectual - el del Seminario de Derecho Político de Salamanca - en el que se gestarán, bajo el influjo de Tierno Galván y Lucas Verdú (cuyo *Estado liberal de derecho y Estado social de Derecho* había aparecido en 1955) el trabajo mencionado en el texto, y el del propio Elías Díaz. Véase también el Escrito de Elías Díaz, “De un tiempo, de un país. Notas para una autobiografía intelectual”, publicado originariamente en 1986, y ahora incluido en el libro citado en la nota anterior.

⁵ “Idee und Gestalt des Rechtsstates”, en *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Viena, Deuticke, 1971, p. 126, citado en Massimo La Torre, “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16 (1993), pp. 67 y ss.

encaminado a esclarecer a qué nos referimos cuando hablamos de Estado de Derecho⁶.

En la formulación constitucional, y en el debate teórico, la “selva” del Estado de Derecho sólo se hace transitable gracias a la concatenación de adjetivos cualificadores: “republicano, democrático y social” en la Constitución alemana, “social y democrático” en la española.

Sobre los alumnos de nuestras Facultades de Derecho recae un aluvión de conceptos, que los docentes utilizamos a menudo de manera intercambiable y escasamente meditada. Si llegamos a alcanzar algún éxito, y siempre y cuando el arsenal conceptual de las distintas áreas de conocimiento no venga a enturbiar las cosas, cabe esperar que, al cabo de algunos meses, desemboquemos en ciertas “convenciones comunicativas” que sirvan para entendernos.

Podremos así dar por sentado que, cuando adjetivamos al Estado de Derecho como *liberal*, poniendo todo el énfasis del mundo en el adjetivo, estamos pensando en una forma de Estado que es constitucional, pero no democrático. Pasamos por alto que, obrando así, presentamos liberalismo y democracia en relación conflictiva, lo que en el (más bien improbable) supuesto de que el alumno siga de cerca el debate público, puede ser origen de no pocas confusiones. Si hablamos de Estado *social* (o de Estado *del bienestar*), locución esta última idónea también para suscitar nuevas perplejidades, estaremos de acuerdo en que nos referimos a una forma de Estado que sucede históricamente al Estado liberal. Que, a renglón seguido, seamos propensos a embarcaros en consideraciones sobre la crisis del Estado social, sin aclarar si ello supone el tránsito hacia formas nuevas, o bien la resurrección, cuando menos parcial, de formas periclitadas, es algo que, en este momento, podemos pasar por alto.

⁶ De referencia inexcusable es ahora el volumen coordinado por Pietro Costa y Danilo Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán, Feltrinelli, 2002, con más de 25 trabajos de diferentes teóricos del Derecho, historiadores y constitucionalistas de distintos ámbitos culturales. Incluye un equilibrado “Saggio bibliografico” a cargo de Francesco Vertova.

Tenemos, por tanto, un calificativo central, “de Derecho”, y cuatro adjetivos, constitucional, democrático, liberal y social, que son repertorio suficiente para dar cuenta de una evolución. En ella lo constitucional permanece (aunque su importancia varía de un momento a otro), y lo demás va gravitando en torno a lo central hasta alcanzar una convergencia, en la que lo constitucional se convierte, por sus implicaciones, en el elemento hegemónico.

El resultado deseable sería, en suma, el asentamiento de una “convención comunicativa”, en la que bastaría, para explicarlo todo, con invertir el título del libro de Maurus al que antes nos hemos referido: el moderno Estado *de Derecho* como Estado *Constitucional* (y, por ende, social y democrático).

La explicación de las razones por las que la fórmula “Estado de Derecho” pudo hacer fortuna, arrinconando el componente constitucional, hasta desembocar en el dilema, planteado en 1929 por Herman Heller, “Estado de Derecho o Dictadura” se corresponden exactamente con las apuntadas para referirnos a la incierta suerte del constitucionalismo europeo durante el siglo XIX⁷. En primer lugar está la congénita polisemia de la idea, una “discutibilidad esencial” a la que no se sustrae el Estado de Derecho, como concepto político que es al fin y al cabo⁸.

En un Estudio que cabe, en tal sentido, tildar de “reconstruccionista”, Bartolomé Clavero constata que los conceptos de “autogobierno”, “Estado de Derecho” y “regla de derecho” (*Selfgovernment, Rechtsstaat y Rechtssatz*) “son también inventos más que descubrimientos, artefactos culturales más performativos y

⁷ Herman Heller, “Estado de Derecho o Dictadura”, en *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, pp.283 y ss. El trabajo de Heller arranca, por cierto, con una llamada de atención sobre el éxito de la fórmula: “Hasta el desenlace de la Guerra Mundial el Estado de Derecho pertenecía en Europa al acervo común de ideas. Como reivindicación no era discutido ni aun allí donde, ya en un todo ya parcialmente, no se le había reconocido o llevado a la práctica”.

⁸ Cfr., en general, Felix Oppenheim, *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, Madrid, Tecnos, 1987, Cpt. IX, bajo el epígrafe “Defensa del reconstruccionismo”.

generadores, que intelectivos y analíticos”⁹. El trabajo toma como punto de arranque las palabras con las que Tomás y Valiente iniciara, en septiembre de 1995, una conferencia sobre “Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales”:

“No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante”.

El lugar y la fecha en los que la locución “Estado de derecho” entra en escena son conocidos: el trabajo de Robert von Mohl, aparecido en Tubinga, en 1832, con el título *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*¹⁰. El pensamiento de Mohl puede sintetizarse en la visión de un ordenamiento de la vida del pueblo en la que cada ciudadano sea sostenido y ayudado en el ejercicio de su libertad. Como dicha libertad representa el más alto principio que el Estado debe respetar, éste no puede tener más que una función ‘negativa’.

El contexto de la aparición en escena de la locución también es muy preciso: las (llamadas) Monarquías limitadas de los Estados germánicos, con vigencia de Principio Monárquico. Unos Estados donde subsisten extensas zonas de inmunidad en la actuación del Rey y su ejecutivo, precisamente, frente al Derecho¹¹.

Así mismo está bien identificado el fundamento filosófico. Se trata del pensamiento de Kant, resumido en la famosa afirmación “cualquier acto es conforme al derecho cuando, por medio

⁹ Bartolomé Clavero, “Imperio de la ley y *rule of law*: tópica y léxico constitucionales”, en *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 181 y ss.

¹⁰ Cfr. Vincenzo Zangara, “Lo Stato di Diritto in evoluzione”, *Diritto e Società*, 2 [1983], pp.193 y ss. También Danilo Zolo, “Teoria e Critica dello Stato di diritto”, en el volumen colectivo citado más arriba.

¹¹ El contexto político aparece magistralmente resumido en el trabajo de Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del Derecho Público (I)*, Madrid, Marcial Pons, 2002, con Epígrafe específico dedicado a Von Mohl (“Donde se persigue al incansable trabajador Robert Von Mohl y se analiza su obra ambiciosa”).

del mismo, o según su máxima, la libertad de arbitrio de cada cual puede coexistir con la libertad de los otros, según una ley universal”. El concepto *kantiano* de libertad como capacidad para decidirse a querer por uno mismo, y la distinción entre la esfera de la moralidad y la de la legalidad, serán determinantes para la configuración del Estado como una organización puramente jurídica, sin otra misión que la de posibilitar una convivencia ordenada entre los individuos.

Se ha podido así decir que “toda la ciencia del Derecho Público alemán tiene, en este aspecto, su origen en Kant, que ha enseñado a considerar como función esencial del Estado la regulación y la sanción del derecho, y como límite de la acción estatal esta misma regulación y esta misma sanción”¹².

La codificación vendrá a ser el expediente técnico por virtud del cual se intenta salvaguardar la libertad civil del individuo contra las injerencias del poder político. El Código desplaza a la Constitución, empobrece el contenido de ésta y le asesta un golpe crucial a su originaria razón de ser. Y ello pese a la común matriz de ambos fenómenos, constitucionalizador y codificador, expresión ambos de un racionalismo jurídico que dará pronto sus frutos con la tecnificación de la ciencia jurídica, y la consiguiente “neutralización” política de sus cultivadores¹³.

Frente a la mutabilidad e incertidumbre de la Constitución, se trataba de resaltar la estabilidad y la certeza del Código, tal y como dijera Zeiller, el impulsor y *factótum* del *Allgemeines Buergerliches Gesetzbuch* austriaco de 1808: “es necesario separar la materia del Derecho Civil de la del Derecho Político, porque aquél representa el orden natural frente a un orden artificial y estatuido”¹⁴.

¹² Guido de Ruggiero, *Historia del Liberalismo europeo*, Madrid, Pegaso, 1944, p. 172.

¹³ Remito, de nuevo, a Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I Assolutismo e codificazione del diritto*, cit., “Introduzione”, *passim*.

¹⁴ Cit. en Enrique Gómez Arboleya, “El racionalismo jurídico y los Códigos europeos”, en la recopilación de trabajos de dicho autor, *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, cit., p. 542.

Paradigma de una sin par operación reductora del Derecho a la legislación, la codificación “absolutiza” el fenómeno jurídico y se lo entrega al Estado en régimen de monopolio, y a la luz de un empeño que nada tiene de constitucional. La “carga invisible” de la operación (en los términos de Tomás y Valiente), todavía pesa. Así lo denunciaba no hace mucho, en ocasión solemne, un jurista de tan profunda sensibilidad histórica como Paolo Grossi:

“Sea ya por la lucidez del proyecto jurídico burgués, ya por su carga de despotismo, ya por la pereza proverbial del cuerpo de los juristas, sea por lo uno o por lo otro, *estatalidad* (sic) del derecho, monopolio de la ley, función pasiva de la *iurisprudentia* son factores que se han mantenido prácticamente intactos, al menos para la convicción difusa de la mayoría silenciosa de los juristas”¹⁵.

Toda una tradición, de larga impronta, que depositaba en los jueces una función de contrapeso del poder quedó cancelada con la construcción del Estado de Derecho y su traducción teórico-positivista en el terreno de la ciencia jurídica. Desde las célebres palabras de Robespierre, condenatorias de la jurisprudencia, pero donde todavía cabe la Constitución (*Ce mot de jurisprudence des tribunaux doit être effacé de notre langue. Dans un état qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi*), se desemboca, en línea directa, en el juez como mera *vox legis* o “autómata de la subsunción” (*subsumziionsautomat*), lo que vino a dar un tardío, pero completo triunfo, a las ideas de Montesquieu¹⁶.

En este particular extremo, no hay diferencias significativas entre las distintas corrientes interpretativas que dominan la

¹⁵ “El punto y la línea. Historia del Derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo”, Lección magistral en el acto solemne de investidura como doctor *honoris causa* del profesor Paolo Grossi, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1998, p. 21.

¹⁶ Al respecto puede verse el trabajo de Massimo La Torre “Il potere ambiguo. La figura del giudice tra la democrazia francese e il Rechtsstaat tedesco”, *Sociología del Derecho*, 2, 1999, pp. 37 y ss.

escena jurídica, en Francia y en Alemania, durante la primera mitad del siglo XIX, la de la exégesis y las dogmática e histórica¹⁷.

Precisamente al Ihering de la segunda etapa, el de la jurisprudencia “de intereses”, defendida en una obra de 1877, *Der Zweck im Recht* (el Fin en el Derecho), se debe la siguiente reflexión, diametralmente antitética con respecto a lo que había sido el ideal del constitucionalismo:

“Es un error creer que el interés o la seguridad de los derechos y de la libertad política requieren el máximo posible de limitaciones de la autoridad del Estado por medio del Derecho. Ello es consecuencia de la extraña convicción de que la fuerza es un mal que hay que contener al máximo. La fuerza es, en realidad, un bien; aunque, al igual que todos los bienes, sólo puede ser utilizada de manera saludable, y teniendo en cuenta la posibilidad de abusos”. Y concluye así: “El único medio de prevenir los abusos no consiste en encadenar la fuerza; hay otro mucho más eficaz, reside en la responsabilidad personal”¹⁸.

Desde la perspectiva positivista, parece evidente que la Constitución es Derecho del poder, no de la libertad. La construcción dogmática del Derecho Público nace con esa impronta genética y, a partir de la misma, construye un sólido arsenal conceptual que trasluce cierta mística estatista de sesgo autoritario. Las palabras utilizadas por Anschütz, “Aquí desaparece el derecho público”, para referirse al modo (extrajurídico) en que se resolvió el conflicto constitucional prusiano de 1862-66, son lo suficientemente expresivas al respecto¹⁹.

¹⁷ Cfr. Franz Neumann, *The rule of Law. Political theory and the Legal system in modern society*, Heilderberg, Berg Publishers, 1986, pp. 226 y ss. El “diálogo” entre Savigny, representante por excelencia de la llamada escuela histórica, y su discípulo Ihering, defensor inicial de una construcción “dogmática” o de conceptos, en evolución posterior hacia una llamada “de intereses”, puede verse en P. Casanovas y J. Moreso, eds., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 22 y ss.

¹⁸ Rudolf Ihering, *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, pp. 203-204, bajo el epígrafe “Límites de la sumisión del poder público a la ley”.

¹⁹ Cit. por Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 17.

La teoría del Estado-persona fue formulada en Alemania por Gerber, en 1865, con el fin de combatir la concepción patrimonial del poder, que hace del Estado un patrimonio del Príncipe, y de la facultad de mandar un derecho subjetivo del rey (“La tierra y la gente - escribe Gerber en sus *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* - han salido de la esfera patrimonial del Príncipe, los súbditos se han constituido como pueblo unido con conciencia nacional, y de esta concepción ha surgido en las nuevas leyes constitucionales *el Estado como un organismo constitucional autónomo*, y el Príncipe ha cambiado su antigua situación como sujeto jurídico fuera del Estado por su situación como órgano de voluntad supremo²⁰).

El objetivo de Gerber era el de realizar una construcción sistemática del Derecho Político vertebrada jurídicamente y liberada de las adherencias filosóficas e históricas que habían imperado hasta entonces. La doctrina del Estado había de ser puramente jurídica y, para conseguirlo, el Estado tenía que ser tratado como sujeto de derecho, es decir, como persona jurídica. La consideración del Estado como un ente personal aparecía así como la premisa necesaria para toda la construcción jurídica del Derecho Público. “De Gerber - dice Fernando de los Ríos en su prólogo a la traducción, efectuada por él mismo, de la Teoría General del Estado, de Jellinek - arranca el moderno Derecho Político alemán y, aun hasta cierto punto, la concepción general que ha prevalecido durante algún tiempo en la Europa continental en lo que a esta disciplina jurídica respecta”.

La misma pretensión metodológica, depuradora de cualquier elemento ajeno a lo rigurosamente jurídico, se advierte en la obra de Paul Laband, de 1876, *Das Staatsrechts des deutschen Reiches*. Para él, método jurídico significa análisis lógico-formal de las normas de derecho positivo:

²⁰ Cfr. Joaquín Tomás Villarroya, “La dirección dogmática en el Derecho Público”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia jurídica en memoria y homenaje al catedrático D. Luis Legaz y Lacambra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp.731 y ss.

*“le rôle scientifique de la dogmatique - escribe en el prólogo de la segunda edición - dans un droit positif déterminé consiste à analyser les formes juridiques, à ramener les notions particulières à des principes plus généraux et à déduire de ces principes les conséquences qu’ils impliquent (...)”*²¹.

Una geometría jurídica que, como se ha dicho, cerraba cualquier vía de penetración al “espíritu 1789”, formando una realidad autónoma con respecto a otra realidad *más real* (si se nos permite la chanza): un imperio de 25 Estados, bajo la hegemonía de Prusia, con un *Kaiser* a la cabeza, dotado de facultades omnímodas en materia de política exterior y mando del ejército, y comprometido en una política de contención de la clase obrera²².

Con la teoría del órgano, la “mística estatalista” quedará elevada a su máxima expresión, como lo atestigua el lenguaje utilizado por Santi Romano, el más entusiasta cultivador de dicha teoría, sobre la estela de lo ya apuntado por Gierke:

“Impersonalidad del poder público, o mejor, personificación del poder por medio del Estado, concebido él mismo como persona: he ahí el principio fundamental del derecho público moderno, una persona inmaterial, pero real; una entidad no ficticia o imaginaria, pero que, pese a no tener cuerpo, actúa mediante delicados y maravillosos dispositivos jurídicos, con el objetivo de formar, manifestar e imponer su propia voluntad. No sombra o espectro, sino verdadero principio vital que deviene operativo por medio de un organismo, en el genuino y estricto significado de la palabra, con la ayuda de un conjunto de instituciones, dispuestas y coordinadas al servicio de la realización de aquel objetivo”²³.

²¹ Cito por la traducción francesa, Paul Laband, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, Giard e Brière, 1900, pp. 9-10.

²² Cfr. Álvaro Rodríguez Bereijo, “Laband y el Derecho presupuestario del Imperio alemán”, “Estudio preliminar” a Paul Laband, *Derecho Presupuestario*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, *passim*.

²³ Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di Diritto Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1969, p. 8.

La personalidad jurídica del Estado resulta ser una eficaz solución para encubrir con anaqueles de sofisticada doctrina el conflicto político de fondo. La persona estatal tiende a identificarse con el complejo Corona/Ejecutivo, y a arrinconar al Parlamento, al que se considera más bien cosa de la sociedad²⁴.

Jellinek completa la tríada de gigantes del Derecho Público alemán decimonónico. Su sincretismo metodológico, plasmado en la famosa *Zwei-Seiten Theorie* (el Estado como construcción social y como institución jurídica, con las dos doctrinas del Estado consiguientes, la social y la jurídica), le permite aproximarse al fenómeno estatal de manera mucho más acabada de lo que lo habían hecho el organicismo de Gerber y el exaltado positivismo de Laband. Impresiona la erudición que acredita en su *Teoría General del Estado*, con sus lúcidas y penetrantes introducciones históricas a cada una de las instituciones de un Derecho Público, que ya no es puro formalismo *more geometrico*, pero en el que el Estado sigue apareciendo, al igual que en las obras de Gerber y Laband, como un poder supremo dotado de fuerza para imponer sus decisiones:

“La nota esencial de un Estado es la existencia de un poder del mismo. Este poder no puede derivarse de otro ninguno, sino que tiene que proceder de sí mismo y según su propio derecho. El contenido de este poder de dominación es completamente indiferente para su existencia. Allí donde haya una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existe un Estado”²⁵.

El Estado de Derecho se distingue del Estado absoluto, no por su diversa naturaleza, sino únicamente por la contingente decisión de autolimitarse que realiza el primero (*Selbstbindung des Staates*). Decisión, la de autolimitarse, que de más está decir que

²⁴ Cfr. Luis López Guerra, “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, 6 [1980], pp. 17 y ss.

²⁵ Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1978, pp. 367-368.

es revocable *ad libitum* por el Estado mismo. En la llamada línea Gerber-Laband-Jellinek, la juridicidad o el derecho son, como se ha dicho, “atributos accidentales de una esencia del Estado”²⁶.

Desde nuestra perspectiva actual, es en el encuadramiento de los derechos dentro del conjunto del sistema donde una construcción como la realizada por Jellinek manifiesta todas sus carencias. Como es sabido, Jellinek sostuvo una encendida polémica con el francés Boutmy acerca de las influencias que acusaba la Declaración francesa de 1789, colonial-norteamericana, y de carácter religioso, para el primero; de matriz *roussoniana* y carácter político, para el segundo²⁷.

Sintetizando ideas desarrolladas *in extenso* en su *System der subjektiven öffentlichen Rechts* (Sistema de los derechos públicos subjetivos), Jellinek concluye su trabajo sobre la Declaración con un Apartado dedicado a “Los derechos del hombre y la concepción germánica del Derecho”. El espacio de libertad del individuo viene ahí considerado no como un derecho, sino como una situación de hecho:

“Esta libertad no se crea por el Estado, se reconoce por él, y eso limitándose a sí propio y determinando los espacios que deja libres y que necesariamente deben existir, en la trama de las normas que rodean al individuo. El espacio libre así definido, *más que un derecho es una situación de hecho*. El gran error del derecho natural consiste en considerar este estado de hecho de la Libertad como un Derecho, y reconocer en ese Derecho una superioridad que habrá creado el Estado y limitado su poder” (Jellinek, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, p.119).

²⁶ Cfr. Massimo La Torre, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y Derecho en la obra de Herman Heller”, Estudio preliminar a Herman Heller, *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pretextos, 1996.

²⁷ La polémica puede seguirse en la edición preparada por Jesús Amuchástegui, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, con los trabajos centrales de Jellinek y Boutmy, y los colaterales de Doumergue y Adolfo Posada, Madrid, Editora Nacional, 1984.

En la teorización del Estado *liberal* de derecho no es posible fundar los derechos y la libertad sobre el estado de la naturaleza y la derivación contractual. No hay contraposición alguna entre unos derechos naturales de los individuos (escritos así, con minúscula, como seguimos haciendo por inercia que probablemente es más que gramatical) y un Derecho positivo del Estado (naturalmente con mayúscula). Sólo en el seno del derecho positivo puede hallarse el fundamento de unos derechos que no son expresión de valores precedentes, sino resultado y efecto de las normas mediante las cuales el Estado accede a autolimitarse.

Los derechos de libertad, al igual que los derechos subjetivos *in genere*, tienen así algo de contradictorio: se fundan (paradójicamente) en un estado de ausencia completa de derechos, y en condiciones de absoluta subordinación al poder estatal (el *status subjectionis* de la teoría de los derechos públicos subjetivos, de Jellinek). En su base ya no están aquellos derechos que *se presuponen plenos* hasta que una norma de la autoridad no los limite, sino el Estado, cuya soberanía *se presupone plena* en la medida en que él mismo no la limite con un acto de voluntad constitutivo de los derechos de los individuos²⁸.

Y la posición del juez, en un sistema con principios de carácter tan *estatalista*, no puede dejar de resentirse:

“(...) es difícil que el juez - no importa si ordinario o administrativo - sea completamente libre para tutelar los derechos individuales en el momento en que éstos chocan con las razones de la autoridad. En efecto, el juez de que se trata no es depositario de un ideal de garantía autónomamente fundado en la Constitución - como en el caso estadounidense -, sino que es expresión de la soberanía del Estado, de tal manera que, en plenitud, no puede aparecer como un tercero neutral entre las razones individuales de los particulares y las razones de la autoridad pública y de la burocracia del Estado”²⁹.

²⁸ Cfr. Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, cit., Cpt. 3, “El lugar de las libertades en las doctrinas de la época liberal”.

²⁹ Fioravanti, *Los derechos...*, p. 120.

En el punto central del sistema, esto es, en la reformulación del poder soberano, como soberanía del Estado, hay una coincidencia entre la “línea Gerber-Laband-Jellinek”, la “relectura” de la soberanía de la Nación y de la propia Revolución francesa, verificada, con diversas variantes, por los iuspublicistas de la Tercera República, con Carré de Malberg a la cabeza, e incluso la *analytical jurisprudence* de un Jeremy Bentham y un John Austin.

Así, Duguit asimila el Estado a los gobernantes. Hauriou lo define como una institución; Esmein y Carré de Malberg lo presentan, en fin, como la personificación jurídica de la Nación.

El esfuerzo teórico de Carré es especialmente notable en lo que tiene de interpretación global de la convulsa experiencia constitucional francesa en clave de progresiva afirmación de la soberanía del Estado, frente a los elementos disgregadores de carácter individualista (derechos de la Declaración), y también de tipo contractualista (voluntad de los ciudadanos como origen del pacto constituyente)³⁰.

Carré formula en términos muy técnicos las dos ideas típicas del positivismo jurídico: la total identificación del derecho con el derecho del Estado, y el carácter de la Constitución como supremo acto de ejercicio del poder estatal. “Al jurista – escribe Carré - no le compete otra cosa que constatar que el Estado se encuentra formado a partir del momento en que la comunidad nacional, asentada sobre un territorio, posee de hecho órganos en disposición de expresar la voluntad de aquél, y capaces de establecer un orden jurídico, e imponer con carácter supremo su potestad de mando. La cuestión del procedimiento mediante el cual tales órganos se han constituido, no es que no sea el problema capital de la ciencia del Derecho Público, sino que no es, en absoluto, un problema jurídico (...). En el fondo, todas las observaciones hasta aquí realizadas se reducen a esta verdad, aparentemente ingenua, pero bien profunda: el Derecho

³⁰ Cfr. Marie-Joëlle Redor, «L'Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle», *Droits*, 15 [1992], pp. 91 y ss.

Constitucional presupone siempre una constitución en vigor. Y así, por Derecho Constitucional hay que entender no un derecho cuyo objeto sería constituir el Estado, sino un derecho que sólo existe en el seno de un Estado ya constituido, y provisto de órganos en normal funcionamiento”³¹.

Se asiste, en definitiva, a un triunfo a título póstumo de la filosofía *hegeliana*, donde el Estado aparece como encarnación de lo racional, como el mundo hecho espíritu y como libertad en plenitud de realización, según expone Hegel en el bien conocido pasaje de sus *Elementos de filosofía del Derecho*:

“El Estado, en sí y por sí, es la totalidad ética, la realización de la libertad (...). El Estado es el espíritu que está en el mundo, y se realiza en el mismo con conciencia (...). El ingreso de Dios en el mundo es el Estado; su fundamento radica en la potencia de la razón que se realiza como voluntad. En la idea de Estado no deben tenerse presentes situaciones particulares, instituciones concretas; por contra, debe considerarse, por sí misma, la idea de este Dios real. (...). Las determinaciones de la voluntad individual son llevadas, mediante el Estado, hacia una existencia objetiva, y alcanzan sólo a través de él su verdad y realización. El Estado es la única condición para la realización del fin y bienestar particular”³².

Al doblar el siglo, el eco democrático de la Revolución francesa, y el del constitucionalismo, había quedado, en definitiva, sepultado por la ensordecedora presencia de la hiper-formalista doctrina jurídica del Estado. Y la consideración de los derechos tendía a circunscribirse, como apunta Smend, a “un simple y caduco rechazo de las limitaciones históricas - feudales o absolutistas - de la libertad individual”³³.

³¹ *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, París, reimpr. CNRS, 1992, t. II, pp. 492 y 499.

³² *Lineamenti di Filosofia del Diritto*, epígrafes 258 y 261, recogido en John M. Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bolonia, Il Mulino, 1996, p. 384.

³³ Rudolf Smend, “Ciudadano y burgués en el derecho político alemán”, recogido en *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 254.

II. Democratización y fractura teórica

“La ortodoxia de que ha vivido políticamente el siglo XIX - concluía Fernando de los Ríos en su Estudio Preliminar a la obra capital de Jellinek - (...) se ha roto. Sus afirmaciones esenciales de carácter doctrinal, la soberanía como rasgo jurídico característico del Estado, o es desechada (...), o es concebida de muy distinta suerte (...). Los derechos individuales sufren una transformación substancial en su justificación, y el civilismo (sic) de que está invadido el Derecho Político pugna por ser arrojado fuera (...)”.

Y concluye con siete líneas, en las que realiza un encendido canto a la (llamada por él mismo) “la categoría de la libertad”:

“La solución (a la situación de crisis recién descrita) ha de arrancar de la fundamentación de un criterio intervencionista, criterio del que carece la moderna Ciencia política. Este criterio sólo puede suministrarlo un análisis de la idea de libertad, verdadero fundamento, categoría radical de la vida civil, de donde ha de emerger el sistema de condiciones que ha de hacer posible a la voluntad jurídica (...) que cada hombre pueda resolver el problema trascendental de su vida: la vocación”.

El “criterio intervencionista” que Fernando de los Ríos echara en falta a la hora de fundamentar el Derecho Político, todavía había de demorarse unos años. Este sector de la ciencia jurídica sólo se había hecho respetable a costa de expulsar de su seno cualquier vestigio de las originarias señas de identidad del constitucionalismo. Pero la gran quiebra social provocada por la desaparición de los supuestos que estaban en la base del Estado liberal, hará del período que transcurre entre las dos guerras mundiales, y especialmente allí donde la quiebra fue más acusada, el momento del apogeo de un debate que ahora ya no puede eludirse.

Se trata del debate de siempre, el de la naturaleza y los límites del poder político, pero revivificado con el bagaje conceptual procedente de los saberes que el siglo XIX había ido asentando: el jurídico y el sociológico. El resultado es un

replanteamiento polémico y radical de la cuestión del fundamento de la Constitución y de la cualidad de la misma para conformar la vida social.

El “colapso del imperio liberal” (por decirlo según el título de la conocida obra de Goldstene), tanto en la vieja Europa como en los Estados Unidos, hace que resurja, en efecto, algo hacia lo que la ideología dominante durante el siglo XIX había sentido profunda aversión : el problema del poder político, el de su titularidad y el de su reparto³⁴.

La estabilidad del mundo liberal deja así paso a la incertidumbre del mundo posbélico. “La diferencia más importante - escribe Lukács - entre el mundo de anteguerra y el de posguerra es, sin duda alguna, la fuerte conmoción primero, y más tarde la pérdida casi total, del sentimiento de seguridad en cuanto a la existencia social e individual”³⁵.

La “racionalización” del poder es la respuesta mediante la cual el constitucionalismo de la época intentará reconducir el potencial revolucionario, o disolvente, abierto por las nuevas marcas distintivas de aquél: universalización del sufragio, tendencia hacia la proporcionalidad de la fórmula electoral, reconocimiento de instrumentos de participación directa, nuevas responsabilidades del Estado en la dirección de la vida económica, ampliación del listado de derechos, etc. Pero la operación tendrá sus límites, y el marasmo de la política acabará haciendo (provisionalmente) inútil el esfuerzo racionalizador³⁶.

³⁴ Paul Goldstene, *The Collapse of Liberal Empire*, New Haven, Yale University Press, 1977.

³⁵ Georg Lukács *El asalto a la razón*, Barcelona, Grijalbo, 1976, pp. 68-69. Stefan Zweig, en sus memorias *El mundo de ayer*, Barcelona, El Acantilado, 2001, pese a afirmar que “es mucho más fácil reconstruir los hechos de una época que su atmósfera espiritual” (p. 264) (o quizá por eso mismo), describe con eficacia difícil de superar los cambios que se fueron produciendo en la mentalidad social a partir del final de la Gran Guerra.

³⁶ Cfr. Javier Corcuera, “El constitucionalismo de entreguerras: la racionalización del poder y sus límites”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, vol. I, pp. 55 y ss.

Todo ese arsenal de cambios sociales e innovaciones constitucionales necesariamente tenía que producir, como produjo, la ruptura de la ortodoxia positivista. Ésta se reveló incapaz de seguir teniendo éxito en su pretensión de situar el fenómeno jurídico a resguardo de contaminaciones de lo político. El sometimiento del Estado al Derecho dejó de tener la función legitimadora que le había caracterizado hasta entonces, y la propia ciencia de lo jurídico hubo de abandonar la aureola sagrada con la que aspiraba a perpetuarse en los anaqueles. Como ha escrito Estévez Araujo,

“(...) la radical separación del Derecho y la política presupone que los juristas no cuestionan la legitimidad del régimen político. Pero sobre todo, es la coincidencia generalizada de los valores políticos sustentados por los juristas y los contenidos del sistema jurídico, lo que crea la apariencia de que las operaciones de construcción de conceptos son ‘puramente lógicas’. La pretendida ausencia de lagunas en que la dogmática basaba la autonomía del derecho, no es propiedad intrínseca del derecho, sino producto de la actitud ideológica, *de la fetichización del derecho*”³⁷.

El Principio monárquico, el moderantismo doctrinario y la Teoría del Estado habían hecho que el concepto revolucionario de Constitución - el que acostumbramos a llamar aún hoy concepto racional normativo - cayera en el olvido. El derecho se había convertido en un *fetiche*, y el pensamiento jurídico, ya desde el nombre con el que autoproclamaba su carácter, era un modelo de pensamiento *dogmático*.

Todo eso se viene abajo en el período de entreguerras. El pensamiento de carácter jurídico-político se adentra en el campo del saber *investigador*, y arroja sus frutos con la aparición de lo que podemos llamar “fragmentos de teoría constitucional”; más bien diferentes teorías que tratan de aportar las respuestas

³⁷ José A. Estévez Araujo, *Schmitt en Weimar. La crisis del Estado de Derecho liberal*, Barcelona, Ariel, 1989, pp.90-91.

que el constitucionalismo liberal y el positivismo jurídico, con su normologismo vacío, ya no son capaces de dar. Eso ocurre, como es bien sabido, en un ámbito espacial-temporal bien determinado, la Alemania de la Constitución de Weimar, “microcosmos científico-cultural del constitucionalismo continental europeo”, por decirlo con palabras de Lucas Verdú³⁸.

Varias generaciones de tratadistas españoles de Derecho Político, a partir de la Segunda República, deben (o debemos) buena parte de nuestra formación al influjo de unas teorías, que se forjaron en el fragmentado y polarizado clima político de Weimar. Es posible que ello llegara a producir cierto apego obsesivo, hoy del todo injustificable. Pero, sea como fuere, pocas dudas caben de que, si la teoría constitucional ha alcanzado hoy un nivel satisfactorio, es porque ha sido edificada “sobre los lomos de determinados gigantes”.

Pocas cosas podrían explicarse hoy, cuando menos en Europa, sin haber captado (y acaso dejado de lado) la confrontación entre las ideas relativas a la defensa de la Constitución de Kelsen y Schmitt. Y muy pobre concepto de Constitución seríamos capaces de dar si prescindiéramos de las aportaciones en materia de dinámica constitucional de Heller o Smend.

Entre la obra de Hans Kelsen (1881-1973) y la de Carl Schmitt (1888-1985) discurre un sutil hilo que vincula a ambas a partir de la identidad de las cuestiones planteadas por los dos autores.

El positivismo había dado la vuelta a Thomas Paine (“La Constitución de un país no es el acto de un Gobierno, sino del pueblo que constituye su Gobierno”), y había entendido que la Constitución es el producto de la voluntad del Estado. Si la Constitución es acto del Estado, ¿cómo puede, al mismo tiempo, ser el presupuesto de la legitimidad de los actos del Estado? O dicho de otro modo: ¿dónde radica el fundamento de la validez del derecho?

³⁸ Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.

La teoría de Schmitt hace de las limitaciones y de las debilidades de la democracia parlamentaria el *leit motif* que lleva al autor a una condena sin paliativos de la práctica del Estado constitucional. La denuncia de las contradicciones en que éste habría incurrido desembocan en un juicio negativo sobre la legitimidad del sistema, y en la reivindicación de un modelo alternativo, basado en el decisionismo y el caudillaje

Schmitt distingue, como de sobra es conocido cuatro conceptos de Constitución: absoluto, relativo, ideal y positivo³⁹.

El concepto absoluto significa “la Constitución como un todo unitario”, y puede, a su vez, ser entendido de dos formas distintas: como unidad *política* del Estado realmente existente, o como unidad concebida, esto es, *normativa*. En el primer caso, significa “la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado”; en el segundo, la “regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas”. En polémica con las concepciones de Kelsen, Schmitt sitúa esta última acepción en el contexto histórico de la Monarquía francesa de la Restauración, un sistema en el que “los representantes del liberalismo burgués” han calificado a la *Charte* de soberana. Con la diferencia respecto a Kelsen, de que el Derecho natural racional daba allí la apariencia de sistema, orden y unidad que, en la teoría de este último, se desvanece, dejando así a la norma positiva desprovista de cualquier elemento legitimador externo: “(las normas positivas) no valen porque en justicia *deban* valer, sino sólo porque son *positivas*, sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc”.

El concepto relativo de Constitución hace que ésta equivalga a “la ley constitucional en particular”. La Constitución única se disuelve en “una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales”, con lo que el significado de la

³⁹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, Sección Primera (Concepto de Constitución), *passim*.

Constitución experimenta un doble proceso, de *relativización* de sus contenidos, y de *formalización* indiferenciada de su proceso de adopción y reforma.

El concepto ideal es el que se fija en el contenido de la Constitución, aceptando sólo como “verdadera” o “auténtica” aquella que responde a un cierto ideal de Constitución. Se trata, según Schmitt, de un concepto que ha hecho tanta fortuna que “desde el siglo XVIII sólo se han designado como Constituciones aquellas que correspondían a las demandas de libertad burguesa y contenían ciertas garantías de dicha libertad”.

Por fin, la Constitución en sentido positivo surge mediante un *acto del poder constituyente*, y “contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política”. Para llegar ahí, Schmitt denuncia como inadmisibles el empeño de “disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas, y determinar después la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de su reforma”. El concepto de Constitución es únicamente posible a partir de la diferencia ente Constitución y ley constitucional:

“(…) la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica”⁴⁰.

La Constitución es, pues, decisión. “Se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma de del propio Ser”, mientras que la ley constitucional no es sino “la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente”⁴¹.

El decisionismo de Schmitt, y la tesis del poder constituyente puesta en acto por el constitucionalismo de impronta liberal, se asemejan en la separación que las dos realizan entre

⁴⁰ *Teoría de la Constitución*, p. 47

⁴¹ *Teoría de la Constitución*, p. 94.

unidad política soberana y orden jurídico. En los dos casos, dicha unidad política, tildada de soberana, existe (en la Nación, en el Pueblo o en el Estado) como un dato anterior al orden jurídico positivo y con independencia de éste.

La diferencia estriba en el modo, por así decir realista y desmitificador, con el que Schmitt se enfrenta al asunto. El carácter indeciso con que aquel constitucionalismo dicho liberal afronta el problema del poder soberano, atribuyendo el ejercicio de éste a una entequeia, como la Nación, por sí sola o con el Rey, o bien al Estado - como ocurre en el caso de las tesis positivistas - deja paso, en el pensamiento de Schmitt, a la realidad descarnada de la actividad política. Ésta es concebida como una actividad humana cuyo objeto es operar la separación entre el amigo y el enemigo:

“(...) la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la que distingue *amigo y enemigo*. Lo que ésta proporciona no es desde luego una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio”⁴².

Así pues, si la Constitución es la decisión global sobre la especie y la forma de la unidad política, lejos de ser el producto de un pacto conciliatorio, se convierte en la línea de demarcación entre la amistad y la enemistad políticas. Es la decisión de aquella parte de la colectividad que ha conseguido excluir a la otra. La Constitución como decisión proporciona además un criterio de interpretación: ésta debe ser interpretada como si fuera el producto de una voluntad unitaria y coherente. Su funcionalidad última reside precisamente en ser el instrumento mediante el cual se identifica al enemigo y se le excluye de la legalidad. Un criterio interpretativo al servicio de un objetivo bien concreto y determinado: la defensa del traspaso, vía artículo 48 de la Constitución de Weimar, de las potestades

⁴² Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991, p. 56.

parlamentarias hacia el presidente del Reich, legitimado como “señor de la Constitución”⁴³.

A la idea *schmittiana* conforme a la cual la Constitución es una decisión concreta del pueblo, entendido como *unidad política presupuesta*, es decir, del pueblo entendido no como abstracta base social de las instituciones, sino como sujeto político unitario y activo, en cuanto que resultado de la confrontación amigo/enemigo, se opone la concepción *kelseniana* de la Constitución, entendida como *norma fundamental presupuesta*.

Kelsen representa el punto de llegada de la línea emprendida por Gerber, y continuada por Laband y Jellinek, llevando hasta sus últimas consecuencias la consideración del Estado como un orden jurídico. Con él, señala Tomás Villarroya, puede considerarse plenamente culminada la labor depuradora que se había planteado como objetivo la llamada dirección dogmática del Derecho Público⁴⁴. En tanto que autor de la que pasa por ser la más importante teoría jurídica del siglo XX, ninguna polémica de la reflexión jurídica actual resulta comprensible prescindiendo de una doctrina que es casi siempre el punto de partida, cuando no el centro, de tales polémicas⁴⁵. Y si esto es así con respecto a la teoría jurídica, si hablamos de teoría constitucional, o de constitucionalismo a secas, es difícil no elevar a categoría absoluta afirmaciones del estilo de las recién transcritas. La teoría de Kelsen es para la teoría constitucional de nuestros días lo que fue el pensamiento de un Montesquieu, de un Rousseau o de un Sieyés, en el momento de la edificación del Estado Constitucional; un pensamiento pragmático y actuante, que vivificó para siempre el lugar de la Constitución en el sistema jurídico, y aportó al Derecho Constitucional la

⁴³ Cfr. José A. Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho liberal*, cit., Capítulo V (“Schmitt contra Weimar. El segundo modelo: la dictadura plebiscitaria del presidente del Reich”).

⁴⁴ Joaquín Tomás Villarroya, “La dirección dogmática en el Derecho Público”, cit. nota 81, p. 737.

⁴⁵ Cfr. Albert Calsamiglia, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1978, “Introducción”.

dignidad que hasta entonces no había tenido. Hablando en ese sentido, nos atrevemos a disentir de opiniones tan rotundas, y de fuente tan autorizada, como las de Karl Larenz, quien, tras calificar a la teoría pura del derecho como “el más grandioso intento de elevar el saber jurídico a la categoría de ciencia”, establece un paralelismo entre la teoría pura y la llamada jurisprudencia de intereses en los siguientes términos:

“Así como la jurisprudencia de intereses fue defectuosa como teoría, pero de gran utilidad práctica, la teoría pura del derecho es muy seductora como teoría, pero su contribución práctica resulta escasa”⁴⁶.

Muy al contrario, la obra de Kelsen debe ser considerada como la imprescindible bisagra teórica entre los viejos planteamientos y los nuevos. De un lado, como ha escrito gráficamente Francesc de Carreras, “supone la culminación jurídica del formalismo propio del Estado liberal garantista; de otro, introduce los dos elementos que subvertirán el orden antiguo y serán la clave para el nuevo Derecho Constitucional: la Constitución como norma suprema que condiciona la validez de todo el ordenamiento y la garantía jurisdiccional de esta validez en forma de tribunal especializado”⁴⁷.

Pero retomemos el hilo de la exposición y volvamos a los planteamientos de fondo. De entrada, es significativo que, tanto Schmitt como Kelsen, necesiten recurrir a un elemento ficticio para fundamentar su idea de Constitución. Los dos utilizan el verbo *presuponer*, es decir (conforme a la precisa definición del Diccionario de la Real Academia), “dar antecedentemente por sentada, cierta, notoria y constante una cosa para pasar a tratar de otra”. Presuponer una unidad política particular y concreta significa presuponer una guerra civil de la que se ha salido como vencedor. Presuponer una norma fundamental general y

⁴⁶ Karl Larenz, *Storia del metodo nella Scienza giuridica*, Milán, Giuffré, 1966, pp. 95-96.

⁴⁷ Francesc de Carreras, “Prólogo” a M. Barceló, *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Madrid, Cívitas, 1991, p. 26.

abstracta como *fundamento de todo el derecho vinculante para todos*, significa dar por sentado que hay un “deber” de respeto pacífico al derecho, que es asumido por todos como obligatorio.

Kelsen distingue entre Constitución en sentido lógico-jurídico, y Constitución en sentido jurídico-positivo. Y en este último sentido, la Constitución es contemplada desde dos puntos de vista: el de su contenido, y el del fundamento de su validez. Desde el punto de vista del contenido, Kelsen acoge una diferenciación que va a tener gran influjo posterior: la que distingue entre Constitución “en sentido formal”, y Constitución “en sentido material”. Desde el punto de vista del fundamento, la diferencia está entre constituciones que aparecen por vez primera, en términos históricos, y constituciones que derivan su validez de otra anterior.

“Si, por de pronto, - escribe Kelsen - se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución. Por constitución se entiende aquí la constitución en un sentido material, es decir, con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales (...). De la constitución en sentido material, corresponde distinguir la constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado ‘constitución’ que, como constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial (...)”⁴⁸.

La búsqueda del fundamento de la validez de la constitución positiva le lleva a Kelsen a indagar cuál es la “constitución primera en sentido histórico”, es decir, aquella que consiste en

⁴⁸ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1981, pp. 232-233.

un acto de producción jurídica que no es, a su vez, aplicación de norma positiva alguna:

“Si se pregunta ahora por el fundamento de validez de la constitución del Estado, sobre la cual reposa la validez de todas las normas (...), se llegaría quizá a una constitución del Estado más antigua. Esto es, se fundaría la validez de la constitución estatal existente en que se habría originado conforme a las disposiciones de una constitución estatal anterior, por vía de una enmienda constitucional conforme a la constitución (...). Y así se continuaría hasta llegar por fin a una primera constitución histórica del Estado, que no habría surgido por esa vía y cuya validez, en consecuencia, no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica. Es decir, se llegaría a una constitución del Estado implantada revolucionariamente (...)”⁴⁹.

Esta constitución, aprobada por vez primera en términos históricos, representa “la máxima autoridad jurídica”. Pero, para la teoría pura, el problema no acaba ahí. A continuación es preciso responder a la pregunta acerca del fundamento de la validez de dicha máxima autoridad. En otros términos, hay que explicar cómo se pasa del “hecho” de la instauración primera a la “circunstancia generadora de derecho”. La respuesta de Kelsen es del siguiente tenor:

“Si se considera solamente el orden jurídico estatal - y no el derecho internacional - y se pregunta por el fundamento de la validez de una primera constitución histórica estatal, (...) la respuesta sólo puede ser (...) que la validez de esa constitución, el suponer que es una norma obligatoria, tiene que ser *presupuesta*, si es que debe ser posible interpretar los actos realizados de acuerdo con ella como actos de producción o de aplicación de normas jurídicas generales válidas, y los actos realizados en aplicación de esas normas jurídicas generales, como la producción o aplicación de normas individuales válidas. Puesto que el

⁴⁹ *Teoría pura del Derecho*, pp. 207-208.

fundamento de validez de una norma sólo puede ser nuevamente una norma, el presupuesto de esa norma no puede ser una norma impuesta por una autoridad jurídica, sino una norma presupuesta (...). Como se trata de la norma fundante básica de un orden jurídico, (...) el enunciado que describe esa norma, el enunciado básico del orden jurídico estatal en cuestión, reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe)⁵⁰.

Esa norma fundamental es, precisamente, la “constitución en sentido lógico-jurídico”, el punto de partida del procedimiento de producción del derecho positivo, cuya esencia “se refiere inmediatamente a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente (...), y mediatamente al orden coactivo producido conforme a esa constitución, también eficaz en términos generales, en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella”⁵¹.

El núcleo de la concepción kelseniana de Constitución se halla, pues, en el contenido de la norma fundamental, que es “la convicción de que la constitución es una norma vinculante”. A la Constitución con fundamento en una unidad política concreta, resultado de la confrontación amigo/enemigo, Kelsen contrapone la Constitución basada en la difusa convicción de obligatoriedad compartida por toda la comunidad jurídica.

Mientras Schmitt cree que el fundamento de la Constitución está ya asentado en el plano del ser, y en el plano de lo que se desea seguir siendo, Kelsen lo fía todo a aquello que se considera que *debe ser*. Aquél se fija en una identidad victoriosa surgida en el pasado; éste en la asunción colectiva de un deber que se proyecta hacia el futuro. Schmitt insiste en el factor de la

⁵⁰ *Teoría pura del Derecho*, p. 208.

⁵¹ *Teoría pura del Derecho*, p. 209.

legitimidad, en el valor de la decisión, y en el de la orden concreta como instrumento de dominio; Kelsen sobredimensiona la legalidad, los procedimientos y la aceptación de reglas formales como vehículo para la convivencia. De tales contraposiciones nacen, como se ha dicho gráficamente, los espacios de libertad (como libertad igual para todos), implícitos en la teoría *kelseniana*, y los de ausencia de ella, característicos de Schmitt⁵².

En el *haber* de Kelsen hay que apuntar, sin duda, el haber salvado los aspectos formales del Derecho de la caída en el desorden y el caos por el que los contenidos de éste se estaban precipitando. El *debe* es el que tantas veces se ha apuntado: el concebir la ciencia del Derecho como una “geometría de la experiencia jurídica, que queda así reducida a forma huera y carente de entraña”, así como elevar a categoría científica un “*pathos* de ausencia de *pathos*”, que deja a la sociedad expuesta e inerme frente al fenómeno brutal del poder⁵³.

La defensa del *Estado de partidos* y del parlamentarismo, que Kelsen realiza en su obra de 1920, *Esencia y valor de la Democracia*⁵⁴, induce, sin embargo, a tomar con cierta reserva semejante tipo de críticas. Un componente esencial de la democracia es también el respeto a las formas y a los procedimientos, un respeto cuyo significado es profundo. Aceptar la producción regular de normas, con independencia de su contenido (dentro de los límites establecidos en la Constitución), y comprometerse a acatarlas, significa, en efecto, que ya no existen enemigos *a priori*, puesto que también el derecho producido por *los otros*, si lo es en condiciones regulares, se acepta como derecho válido y vinculante.

La aportación de Rudolf Smend (1882-1975) recoloca la teoría constitucional en una corriente antipositivista cuyo influjo

⁵² M. Dogliani, *Introduzione al Diritto Costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994, p. 242.

⁵³ Gerhard Leibholz, “La formazione dei concetti nel Diritto Pubblico”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto* (1931), pp. 269 y ss.

⁵⁴ Kelsen, *Esencia y valor de la Democracia*, Méjico, Editora Nacional, 1980, en especial Cpts. II y III (“El Pueblo” y “El Parlamento”).

persiste hasta nuestros días. Frente a la celeberrima línea Gerber-Laband-Jellinek, con su punto de culminación en Kelsen, Smend puede ser presentado como la estación de partida de una nueva línea que se prolonga, sin solución de continuidad, hasta la influyente doctrina alemana contemporánea, ejemplificada en nombres como, entre otros, los de Hesse, Stern, Müller o Häberle⁵⁵.

En polémica con la afirmación de Jellinek de que las fuerzas políticas reales se mueven según leyes propias que operan independientemente de todas las formas jurídicas⁵⁶, Smend presenta una (llamada) “teoría de la integración”, que intenta demostrar el influjo recíproco entre fuerza real y forma jurídica⁵⁷. Si Kelsen representa la apoteosis del Derecho y del Estado, identificados en la lógica trascendente de los hechos sociales, Smend reconstruye los conceptos de Estado y Constitución, sobre la base de los procesos vitalizadores e integradores que subyacen en ambos. A Kelsen se le escapa la realidad social incrustada en el Derecho, pero Smend descuida la capacidad normativizadora que tiene el Derecho para disciplinar la realidad social⁵⁸.

El antipositivismo de Smend arranca de su propia concepción del Estado. Para él el Estado no es la mera asociación de todos aquellos que jurídicamente pertenecen al mismo, no “un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado”, sino

⁵⁵ Cfr. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar...*, cit. nota 99, pp.141-142.

⁵⁶ Cfr. Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.6: “El legislador se enfrenta con poderes que se cree llamado a dominar pero frecuentemente se alzan, plenamente inadvertidos, contra él atreviéndose incluso a sustituirle. Tales poderes no se arredran de ninguna manera ante las leyes más elevadas y profundas (...)”.

⁵⁷ Ulderico Pomarici, “La teoria dell’integrazione in Rudolf Smend”, *Democrazia e Diritto*, XXII (1982), pp. 119 y ss.; cfr. también el punto de vista (sumamente crítico para con el autor alemán, por las concomitancias de la teoría de la integración con la literatura del fascismo) de Massimo La Torre, en “Patologías del comunitarismo. Rudolf Smend y la teoría de la integración”, Ponencia presentada al Simposio *Literatura y política en la época de Weimar*, organizado por la Universidad de Salamanca y celebrado en dicha ciudad del 9 al 11 de abril de 1997.

⁵⁸ Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo*, cit. nota 99, pp. 175-176.

“una realización cultural que, como tal realidad de la vida del espíritu, es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo”⁵⁹. La integración se presenta así como el proceso fundamental de la dinámica del Estado:

“El objeto de la teoría del Estado y del derecho constitucional es el Estado en cuanto parte de la realidad espiritual. Al ser partes de la realidad, las formas espirituales colectivas no constituyen sustancias estáticas, sino una unidad de sentido de realidad espiritual, esto es, actos espirituales. Lo que les caracteriza es un proceso de actualización funcional, de reproducción; dicho con más precisión, un continuo proceso de laboriosa configuración social (...). Únicamente en y a través de este proceso existen, o mejor, son realizadas nuevamente en cada instante aquellas formas colectivas”⁶⁰.

La Constitución, por su parte, “es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración”⁶¹. Esta integración es tanto de carácter real, como personal y funcional. Smend presenta, pues, a la Constitución no sólo como una norma, sino como realidad, como “realidad integradora” o, lo que es lo mismo, como ética constitucional. La Constitución es disciplina jurídica (del proceso de integración) y, al mismo tiempo, realidad integradora, en la medida en que produce, por sí misma, integración.

“Lo que distingue a esta teoría de la Constitución de las teorías al uso - prosigue Smend, para resaltar la originalidad de su contribución - es que responde a un planteamiento de las ciencias del espíritu. Es lógico, por tanto, que se rechacen todas aquellas teorías que ven en la Constitución un aparato técnico y objetivo que actúa de forma mecánica (...). La teoría tampoco es compatible con una sustantivación de la Constitución que pretenda

⁵⁹ Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, cit. nota 94, p. 61.

⁶⁰ *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 62.

⁶¹ *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 132.

identificar Estado y Derecho, basándose en un prurito realista que, en el mejor de los casos, pertenece a épocas arcaicas”⁶².

Las distancias también aparecen marcadas, y con especial énfasis, con respecto a la teoría de la Constitución como super-norma:

“(…) la naturaleza de la Constitución exige la toma en consideración de un objeto y una función constitucionales específicas (...). E implica, ante todo, el rechazo de la pretensión normológica de articular la Constitución como parte integrante e incluso como requisito imprescindible para la validez de cualquier ordenamiento jurídico. Esta concepción *atacaría directamente el concepto propio de Constitución y, más aún, la dignidad de todo Derecho y de toda idea de Derecho*”⁶³.

Pero lo más interesante, a nuestro juicio, de la aportación de Smend es el haber defendido que la interpretación constitucional exige una técnica peculiar y diferenciada de la utilizada en los restantes sectores del ordenamiento. Las Constituciones, dice Smend, “contienen disposiciones normativas cuya función estriba justamente en contraponer una sólida y firme barrera frente a las fuerzas sociales en perpetua ebullición”. Eso ocurre especialmente con los derechos fundamentales de la persona, con la positivización de normas generales de carácter supra-estatal y con el reconocimiento de los derechos de las minorías frente a la naturaleza unificadora del Estado, si bien -añade sorprendentemente Smend, revelando una concepción que hoy nadie compartiría - “esto no sucede con algunas Constituciones, sobre todo en Estados democratizados”. En todo caso, concluye:

“Por su propia naturaleza la Constitución no tiende, así pues, a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso integrador. *Y es esta misma finalidad la que no sólo permite, sino que incluso exige del intérprete constitucional una interpretación extensiva y*

⁶² *Constitución y Derecho Constitucional*, pp. 141-142.

⁶³ *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 135.

*flexible, que difiere en gran medida de cualquier otra forma de interpretación jurídica*⁶⁴.

Estamos, en suma, ante una teoría cuyo esfuerzo por salvar al Derecho Constitucional, y al derecho *tout court*, de su identificación con el poder, resulta notable. Pero se trata, al mismo tiempo, de una teoría cuyo sociologismo la hace en exceso evanescente y falta de concreción. Su problema es, quizá, el que corresponde al momento en el que fue publicada (1928): la obsesión por poner a resguardo la unidad del Estado en la época inaugural de un pluralismo disolvente y potencialmente destructivo. Desde sus profundas convicciones religiosas, el legado de Smend bien puede concretarse en su insistencia en las peculiaridades del Derecho Constitucional como derecho de la integración; un derecho, según él, más *sugerente* que *coactivo*, ante la ausencia (por entonces) de una instancia heterónoma capaz de suscitar acatamiento⁶⁵.

Herman Heller (1891-1933) culmina la pléyade de autores del período *weimeriano* con una obra que aspira a superar, de una vez por todas, la escisión entre realidad social y orden jurídico, construyendo un concepto de Constitución que sirva como síntesis de ambos. Su contribución ha sido presentada como el mejor producto del pensamiento jurídico-político de la época, así como “la más sólida cimentación del modelo paradigmático de Constitución que se generalizará tras la caída de los fascismos europeos”⁶⁶.

El decisionismo y el normativismo avalorativo, pese a las diferencias que los separan, según hemos apuntado, son teorías que expulsan de su seno cualquier elemento de racionalidad y objetividad referido a los contenidos del propio Derecho, con

⁶⁴ *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 133.

⁶⁵ Cfr. la Introducción de Gustavo Zagrebelsky a la traducción italiana de *Constitución y Derecho Constitucional* (Milán, Giuffré, 1988), así como las citadas obras de Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo...*, especialmente, Cpt. II (“Rudolf Smend y la República de Weimar”) y Massimo La Torre (“Patologías del comunitarismo...”).

⁶⁶ Mario Dogliani, *Introduzione al Diritto Costituzionale*, cit., p. 297.

lo que la función de éste, con respecto a las características de la sociedad en la que actúa, es algo que escapa por completo a las preocupaciones de tales teorías. La teoría de la integración, de Smend, es un primer filón a través del cual la teoría constitucional intenta resucitar el nexo entre sociedad civil y poder político, propio de la gran tradición iusnaturalista que alumbró al Estado constitucional en sus primeros pasos. Pero se trata todavía de un filón angosto, puesto que, una vez descrita la Constitución como disciplina del proceso de la integración, en absoluto se abandona el agnosticismo con respecto a los contenidos, los medios y los objetivos de dicha integración.

Heller abre de lleno la voluntad creadora de Derecho al influjo de principios jurídicos generales de contenido ético, que se erigen en presupuesto de la positividad del Derecho. Como dice Niemeyer, prologuista de la edición española de la obra capital de Heller, la *Teoría del Estado*, publicada con carácter póstumo en 1934, “de la misma manera que el que quiera hacerse entender ha de observar las reglas del lenguaje, quien aspire a mandar con carácter de permanencia, es decir, por las vías del derecho, ha de hacerlo dentro de los contenidos jurídicos conocidos por los destinatarios de la norma, o sea por medio de una decisión sometida a los principios jurídicos válidos en el grupo social”⁶⁷.

Así pues, en Heller encontramos un rechazo frontal de la escisión irreductible entre el *sein* y el *sollen*, característica del pensamiento de Kelsen. El deber ser no es para él una categoría lógica, desconectada de la realidad, y racionalmente inaprensible, sino valor y exigencia ética que acompaña y se dirige a una conducta humana. “El problema del Estado y del Derecho - dirá Heller - es el de la unión de voluntad y norma, del ser con el deber ser”⁶⁸.

⁶⁷ Gerhart Niemeyer, “Prólogo” a Herman Heller, *Teoría del Estado*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 14.

⁶⁸ Herman Séller, *Die Souveränität*, p. 77; cfr. Enrique Gómez Arboleya, “Herman Heller”, en *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, cit., pp.15 y ss.

Heller defiende de manera resuelta la dignidad científica del sincretismo epistemológico: “puesto que el objeto de las ciencias del espíritu es en conjunto algo que viene dado (...), puede ser comprendido sólo gracias a un sincretismo metodológico. El imperialismo de un único método se muestra estéril en todas las ciencias del espíritu”. Y también: “Todo problema jurídico, sin excluir ninguno, radica, por debajo, en la sociología, y en lo alto en la esfera ético-política, y no es únicamente accesible a un análisis causal o a uno normativo, sino que requiere los dos”⁶⁹. Unas observaciones en todo coincidentes a las realizadas por Triepel, en 1926, con ocasión de su célebre discurso de toma de posesión como rector de la Universidad de Berlín:

“El que se pueda estudiar el Derecho público con tal exclusividad metódica -ironiza Triepel refiriéndose expresamente a Gerber, Laband y Kelsen - no ofrece duda. Sin embargo a costa, en último término, de un empobrecimiento de nuestra ciencia, que debe pagar verdaderamente cara la gloria de la pureza metódica. (...) El sincretismo metódico no es ningún crimen de lesa majestad (...). Las reglas del deber ser jurídico son siempre la expresión de valoraciones universales y se refieren según su sentido a objetos que han sido pensados como medio de realización de determinadas finalidades. Por consiguiente, uno no puede llegar de ningún modo a un conocimiento de las normas jurídicas sin formarse una idea de las relaciones finalistas de las que trata lo jurídico, de los intereses cuyo reconocimiento, desaprobación o coordinación constituye la primera tarea o -si se quiere- la condición previa del ordenamiento jurídico”⁷⁰.

El adversario científico de Heller no será, pues, Jellinek, el autor de la gran obra por entonces de referencia, con su tesis “de las dos orillas” para la aproximación al fenómeno estatal, sino el coetáneo del primero, Kelsen, quien había llevado hasta

⁶⁹ H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milán, Giuffrè, 1987, *passim*; cfr. Massimo La Torre, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y Derecho en la obra de Herman Heller”, cit., p.26.

⁷⁰ Heinrich Triepel, *Derecho público y política*, Madrid, Cívitas, 1974, pp.50-53.

las últimas consecuencias la obsesión por la pureza metódica. La crítica fundamental que dirige a éste, y a su *reine Staatslehre*, es la de ser “una teoría del Estado sin Estado”.

Heller conecta el orden social con el Estado, entendido como organización, como forma social, con su doble carácter: histórico (el Estado es vida en decurso y movimiento, “vida en forma y forma que surge de la vida”) y cultural (la teoría del Estado es ciencia de la estructura de una determinada formación, la del Estado occidental de la era moderna). El paso que le interesa es el que lleva desde la “uniformidad del comportamiento social a la unidad de la acción colectiva”, un paso que se lleva a cabo mediante la actuación de los órganos del Estado:

“La tensión entre ser y deber ser no debe resolverse nunca unilateralmente, ni en favor de lo normativo, ni del lado de la realidad social (...). El establecimiento y aseguramiento de las reglas convencionales, v. gr. las normas de la decencia y urbanidad, resultan de la aceptación o reprobación de la opinión pública no organizada. En cambio el ordenamiento jurídico tiene a su disposición una organización especial a cuyos órganos incumbe la tarea específica de garantizar el nacimiento y mantenimiento del derecho”⁷¹.

Lo que Heller se plantea entonces es la cuestión de la finalidad de tal organización especial, dicha Estado, cuyos órganos crean y mantienen el derecho (“La determinación de la función de sentido, inmanente, del Estado es de importancia decisiva para la comprensión del mismo en todos sus detalles. Sin una referencia a la función de sentido del Estado, todos los conceptos de la teoría del Estado y del Derecho Político aparecen vacíos de significado”)⁷².

En polémica con las corrientes irracionalistas a la hora de buscar fundamento al ejercicio del poder político (Sorel, Pareto, Spengler y, en especial, Schmitt), Heller acoge la justificación moral:

⁷¹ Heller, *Teoría del Estado*, p. 203.

⁷² *Teoría del Estado*, p. 221.

“La función de sentido del Estado, como la de todo fenómeno histórico, siempre está, ciertamente, referida a valores. Pero esta relación puede ser positiva o negativa. Cualquier banda de ladrones u organización de asesinos tiene también un sentido comprensible. La cuestión de la consagración o justificación del Estado no puede, pues, resolverse con la simple consideración de su función comprensible”⁷³.

Tal es el punto crucial de la aportación de Heller. El poder del Estado alberga la pretensión de vincular, en tanto que autoridad legítima, las conciencias, también éticamente (“Al demostrar que, históricamente, ha prevalecido siempre el derecho del más fuerte, se cree haber demostrado también que siempre debe ser así (...). Olvídase que sólo existe una historia específica del hombre o de la cultura debido a que el hombre es esencialmente ‘utópico’, es decir, porque es capaz de contraponer al ser un deber ser y valorar el poder actual según una idea del derecho”)⁷⁴. El Estado no vale entonces porque asegure la vigencia de un orden social cualquiera en un territorio, sino por la aspiración a realizar un orden justo. Así como el Estado sólo puede ser comprendido a partir de la realidad social, así también su legitimación únicamente puede provenir de “una realidad aprobada por la conciencia ética”, y sobre la base “de un criterio jurídico situado por encima del Estado y de su derecho positivo”:

“En una Teoría del Estado que tenga carácter de ciencia de la realidad hay que dar por admitido (...) que existen tales principios éticos del derecho que forman la base de justificación del Estado y del derecho positivo”⁷⁵.

Estos principios, prosigue Heller, apoyándose en el artículo 38 de los Estatutos del Tribunal de la Haya con su mención a *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*,

⁷³ *Teoría del Estado*, p. 234.

⁷⁴ *Teoría del Estado*, pp. 238-239.

⁷⁵ *Teoría del Estado*, p. 242.

“constituyen el fundamento normativo no sólo del derecho estatal, sino también del derecho interestatal”, y “proporcionan sólo las directrices generales sobre cuya base debe establecerse el *status* jurídico entre los miembros de la comunidad jurídica”.

El hipotético conflicto entre los preceptos positivos y los deberes impuestos por principios éticos del derecho, le da pie a Heller para embarcarse en interesantes consideraciones sobre la seguridad jurídica, la razón *de Estado* y la razón *de derecho* (“Una bien entendida razón de Estado, no requiere (...), en modo alguno, la capitulación de la conciencia jurídica, y la admisión de un derecho de resistencia de carácter ético no nos lleva tampoco a la anarquía”)⁷⁶.

Como señala Massimo La Torre, se podría decir que el modelo del último Heller recuerda la construcción de Robert Alexy del derecho a dos niveles, un *Regel/Prinzipien Model* que aleja al sistema tanto de cualquier concepción angostamente iuspositivista, como de una de tipo decisionista⁷⁷. Conforme a dicho modelo, el sistema jurídico no consiste sólo en leyes, decretos o mandatos del soberano, sino que está colmado de otros aspectos, de principios, sobre todo. Estos, por su naturaleza, no pueden ser reducidos a elementos de una realidad meramente empírica, fáctica, sino que desempeñan una función de regulación ideal de la conducta, que remite a una actividad de ponderación entre alternativas distintas, realizable mediante el recurso a argumentos de racionalidad práctica.

“Sin esa apelación a los principios jurídicos, - dirá Heller al glosar uno de los conceptos de Constitución por él construido - incluso en los casos en que el legislador no se remite expresamente a ellos, no se pueden comprender ni interpretar ni aplicar la mayoría de los preceptos positivos del derecho Constitucional. Pues nunca está comprendido todo el derecho en la letra de los preceptos jurídicos positivos”⁷⁸.

⁷⁶ *Teoría del Estado*, pp. 244-245.

⁷⁷ Massimo La Torre, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar...”, cit.

⁷⁸ *Teoría del Estado*, p.276.

Ahí radica el verdadero genio de Heller, un iuspublicista precursor en muchos de sus planteamientos - a él se debe la fórmula “Estado social”, hoy indiscutida - y del que Lucas Verdú afirma, con toda razón, que, a diferencia de Schmitt, “si hubiera vivido, hubiera sido un *vencedor convencido*”, así como que “sus posteriores enseñanzas habrían contribuido (...) a iluminar la marcha y futuro del *ius publicum europeum*”⁷⁹.

De menor interés nos parece, en cambio, la contribución de Heller relativa al concepto o, por mejor decir, a los conceptos, de Constitución. Como es sabido, Heller proporciona hasta cinco conceptos de Constitución: dos sociológicos, dos jurídico-materiales, y uno jurídico-formal⁸⁰.

Los conceptos sociológicos se refieren a la Constitución como realidad social no regulada por normas (sociológico en sentido amplio), y a la Constitución como realidad social regida por normas extrajurídicas y jurídicas (sociológico en sentido estricto). A estos conceptos sociológicos se agregan, en perfecta simetría, otros tantos conceptos jurídico-materiales, que vienen a dar cuenta de la *autonomía* cobrada por las constituciones en el proceso de la experiencia histórica. El primero de ellos hace de la Constitución algo más o menos equivalente al concepto de ordenamiento jurídico (el conjunto de las normas del Estado); el segundo, más reducido, se refiere sólo a aquella parte del ordenamiento considerada como esencial, por ejemplo, la que asegura ciertos derechos individuales y la división de los poderes del Estado. Junto a estos dos conceptos jurídico-*materiales*, el elenco termina con un concepto jurídico-*formal* (la Constitución registrada en un documento escrito, en la que se incluye aquella parte del ordenamiento considerada como esencial). Heller reitera aquí las referencias a Lassalle (“en último extremo siempre se mantiene la verdad de la proposición de que la constitución efectiva reside en las relaciones objetivas de poder”), si bien constata “la tendencia a armonizar,

⁷⁹ Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1976, vol. I, p. 92.

⁸⁰ Herman Heller, *Teoría del Estado*, Cpt. III. 5 (“La Constitución del Estado”, *passim*)

hasta donde sea posible, el texto constitucional escrito con la Constitución material en sentido estricto”, una tendencia que hace científicamente necesario el concepto de Constitución formal, “porque nunca puede darse una correspondencia perfecta entre la Constitución material y la formal”.

Detengámonos en esta última contraposición, con la que Heller culmina su empeño de esclarecimiento conceptual.

La expresión Constitución *material* es, como se ha dicho, una “fórmula multiuso para expresar la idea de *super-constitución*”⁸¹. Asentada sobre la constatación, bastante obvia, de que una Constitución no resulta comprensible si se la deslinda del específico contexto socio-temporal en el que aspira a regir, ha dado lugar a un sinfín de formulaciones cuyo denominador común es el intento de socavar los ideales del constitucionalismo, plasmados en el concepto liberal/revolucionario de Constitución. Con variantes muy distintas (el historicismo reaccionario, el sociologismo de impronta socialdemócrata, el decisionismo *schmittiano*, las tesis de un Smend o un Heller, recién recogidas, y el ordinamentalismo de Santi Romano), la idea es llevada a su más acabada expresión por un autor italiano, cuyo influjo, en el país transalpino, y entre nosotros, nunca ha dejado de sorprenderme.

Me refiero, claro está, a Costantino Mortati, y a su obra *La Costituzione in senso materiale*, publicada en 1940 (el “año XVIII del fascismo”, según consta en la primera edición). La Constitución material aparece allí definida como la “fuerza resultante de la organización de un grupo social que se singulariza de los demás y que logra, triunfando sobre grupos antagónicos y portadores de intereses diversos, hacer valer efectivamente la forma particular de orden por él afirmado”⁸². En la edición

⁸¹ Antonino Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milán, Giuffrè, 1994, p. 23.

⁸² Cfr. Javier Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1987, vol. I, pp. 42 y ss.

posterior, aparecida ya en vigor la nueva Constitución republicana, la definición se matiza y se transforma en “organización de las fuerzas sociales establemente ordenadas en torno a un sistema de intereses y fines determinados”. Algo, como se ve, que difícilmente podría ser menos preciso en sus postulados, pero cuya potencialidad disolvente de la normatividad constitucional tampoco es desdeñable. Abandonada la constitución formal a su suerte *sociológica*, despojada de su pretensión reguladora, y degradada en rango frente a la constitución *efectiva*, que se hace equvaler, en nombre del realismo político, a las orientaciones (*indirizzi*) triunfantes, aquélla queda deslegitimada e inerme, si llega el caso de su quiebra.

Estamos ante una construcción que desatiende lo que la Constitución tiene de documento prospectivo, de proyecto conformador de una realidad política, una construcción que despoja a la Constitución de las notas, consustanciales a toda orden jurídica, de objetividad, normatividad y certeza. La Constitución *en sentido material* viene a culminar lo que había sido una constante del pensamiento jurídico desde que éste recibió el impacto de los saberes sociológicos, en una operación de búsqueda de los fundamentos *reales* del derecho, que el iusnaturalismo racionalista o el romanticismo de la Escuela histórica ya no proporcionaban.

La denuncia de los factores *ideales* inscritos en la ciencia del derecho trajo consigo una glorificación de lo subjetivo, con afirmaciones del tipo “la positividad del derecho descansa siempre, en último extremo, en el convencimiento de su validez existente en la mayoría del pueblo”. Tal es lo que Max Weber llamaría el fundamento de la validez *empírica* o *sociológica* del derecho (“la probabilidad por término medio de que los afectados por la disposición impuesta la consideren de hecho como válida para su comportamiento”), en contraste con la validez *ideal*, la del deber ser de la orden jurídica⁸³.

⁸³ Max Weber, *Economía y Sociedad*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 253.

Indicar, como hizo Heller, que “la cúspide de la organización significa siempre el límite del aseguramiento coactivo organizado por el derecho”⁸⁴, supone reproducir la aporía de los límites del poder supremo, pero se trata de algo que en absoluto afecta exclusivamente a la Constitución en tanto que cúspide. Cualquier norma, sea del rango que sea, es tributaria de la voluntad social de mantenerla viva.

Una constatación tan simple como la recién expuesta es el punto de partida de las teorías del reconocimiento, en sus diversas formulaciones; así, la preconizada por Adolf Merkel, quien habla de la “alianza de las prescripciones jurídicas con las fuerzas morales vivas de un pueblo”, para circunscribir el reconocimiento a los principios jurídicos fundamentales y no a todas y cada una de las reglas del sistema (teoría del reconocimiento general). El propio Merkel se refiere a las “estaciones de conexión”, imprescindibles para pasar desde la validez sociológica a la jurídica. Esas “estaciones de conexión” son los tribunales, “instrumentos de la vigencia del espíritu de la época”⁸⁵.

La teoría del reconocimiento recibirá sucesivas formulaciones de la mano de la filosofía analítica de Hart, o a partir de planteamientos más actuales, como el de la “moral institucional”, a los que más abajo nos referiremos. En todo caso, desde el grado de desarrollo alcanzado por el Derecho Constitucional hasta nuestros días, baste por ahora con señalar la inconsistencia de las tesis de la Constitución material. Como dice Jiménez Campo, “no Constitución formal frente a Constitución material, sino escuetamente Constitución, que es configuración de la realidad”. Y concluye:

“Constitución con ambición de realizarse, porque en ella está - o debería estar - la autoconciencia histórica de un pueblo

⁸⁴ *Teoría del Estado*, p. 288.

⁸⁵ Cfr. Hans Welzel, “El problema de la validez del Derecho (una cuestión límite del Derecho)”, en *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1961, pp. 72 y ss.

y, por lo mismo, la expresión sintética de esa filosofía práctica que fue siempre, ya en sus orígenes, el constitucionalismo, la filosofía que quiso dar forma al deseo y a la voluntad de guiar racionalmente la propia historia”⁸⁶.

⁸⁶ Javier Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”, cit., p. 54.

Reflexiones jurídicas a propósito de “Una casa de muñecas”¹

Legal reflections on “A dollhouse”

Reflexões legais sobre “Uma casa de bonecas”

“Une maison de poupée”: réflexions d’un point de vue juridique

关于“玩具屋”的法律思考

Verónica Gómez Naar² | Universidad de Buenos Aires,
Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 74-90
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e330>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9168-2497>
Recibido: 07/08/2019
Aprobado: 23/09/2019

Resumen: Con el presente trabajo, me propongo analizar el Derecho desde una perspectiva diferente, a partir de los conflictos humanos que plantea una obra literaria. No se trata de acudir al texto de las normas para, desde allí, elaborar razonamientos, interpretaciones y clasificaciones jurídicas; tampoco de analizarlo a partir de la jurisprudencia sentada

¹ Henrik Ibsen, “Una casa de Muñecas”, traducción al español de Clelia Chamatrópulos, Colihue, Buenos Aires, 2010. Escritor y dramaturgo noruego, nacido el 20 de marzo de 1828, Henrik Ibsen es considerado antecedente del teatro simbólico y creador del drama moderno ya que sus obras expresan un notable realismo social abordando al mismo tiempo las problemáticas más diversas de orden psicológico y social. Entre sus obras más representadas y que le reportarían fama mundial se destacan: Una casa de Muñecas (1879), Los espectros (1881), Peer Gynt (1867), Hedda Gabler (1890), Un enemigo del pueblo (1882). El presente trabajo fue realizado en el marco de los Cursos Intensivos para el Doctorado en Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires, y recibió la calificación de sobresaliente

² Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires. Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta. Email: gomeznaar@gmail.com

en cada materia o instituto; sino que lo novedoso radica en entender las normas jurídicas de un modo más integral, conectado con la sensibilidad y lo emocional del ser humano, desde la empatía que se genera con los personajes y las situaciones de injusticia que nos interpelan y nos conmueven. Es, quizás, anticipar a la razón práctica la percepción sensorial y pasional. Creo que la obra de Ibsen proporciona una rica plataforma para lanzarse a esa aventura.

Palabras claves: Matrimonio – subordinación de la mujer - Ley injusta – Derecho y moral - abuso del derecho – buena fe - obligaciones

Abstract: With the following work, my purpose is to analyze the law from a different perspective, starting from the human conflicts that a literary work presents. This is not about going to the legal norms to elaborate reasoning, interpretations and legal classifications; neither to analyze it following each subject jurisprudence; but the difference of this new method lies on understanding the legal norms in a more integral way, connected to the most sensitive and emotional side of the human being, from the empathy that each character generate on us and those unfair situations that move us. It might be, anticipating the practical reason with sensitive and passionate perception. I believe that this work by Ibsen provides a vast platform to launch into that adventure.

Keywords: Marriage - subordination of women - unfair law - law and morality - abuse of law - good faith - obligations

Resumo: Com o presente trabalho, pretendo analisar o Direito desde uma perspectiva diferente, a partir dos conflitos humanos que uma obra literária apresenta. Não se trata de ir ao texto das regras para, desde ali, elaborar raciocínios, interpretações e classificações legais; nem de analisá-lo a partir da jurisprudência assentada em cada disciplina ou instituto; senão que a novidade encontra-se em entender as normas legais de uma maneira mais integral, conectada com a sensibilidade e o emocional do ser humano, desde a empatia gerada com os personagens e as situações de injustiça que nos desafiam e nos movem. É, talvez, antecipar a razão prática a percepção sensorial e passional. Creo que o trabalho de Ibsen fornece uma plataforma rica para iniciar essa aventura.

Palavras-chave: Casamento - subordinação de mulheres - Direito injusto - Direito e moral - abuso de direito - boa fé - obrigações

Résumé: Avec ce travail, je propose une analyse du droit d'une perspective différente, à partir des conflits humains exposés dans une œuvre littéraire. Il ne s'agit pas de faire appel aux textes de la norme pour, à partir de ceux-ci, élaborer des raisonnements, des interprétations et des classifications juridiques; ni de l'analyser à partir de la jurisprudence dans chaque matière, discipline ou institut. La nouveauté réside dans la compréhension de la norme juridique de manière plus globale, connectée à la sensibilité et à l'émotivité de l'être humain, à partir de l'empathie qui est générée avec les personnages et les situations d'injustice qui nous interpellent et nous émeuvent. C'est, peut-être, commencer par la perception sensorielle avant la raison pratique. Le travail d'Ibsen fournit une pierre de touche pour se lancer dans cette aventure.

Mot-clés: Mariage - subordination de la femme - Droit injuste - Droit et morale - abus de droit - bonne foi - obligations

摘要: 对于当前的工作,我打算根据文学作品所构成的人类冲突,从不同的角度分析法律。它不是要去到规则的文本,从那里开始详尽的推理,解释和法律分类;既不从每个学科或研究所的法理学角度对其进行分析;但是新颖之处在于,通过对人类挑战和感动的不公正特征和处境所产生的同理心,可以更全面地理解法律规范,并与人类的敏感性和情感联系起来。也许是期望对实际理性的感官和热情感知。我相信易卜生的工作为展开这场冒险提供了一个丰富的平台。

关键字: 婚姻-妇女从属-不公正的法律-法律和道德-滥用法律-诚信-义务

I. Vinculación entre “Una Casa de Muñecas” y el derecho de las obligaciones

Drama que plantea el problema de la ley injusta, en un contexto social de subordinación de la mujer y de extrema vulneración de su dignidad y derechos fundamentales. En lo más concreto, cuestiona el alcance y validez de la obligación jurídica escindida del sentido de justicia y de los fines que el ordenamiento tuvo en miras para regularla.

II. Citas textuales

“Nora: Papá estaba en cama grave. Para pedirle la firma, hubiera tenido que decirle para qué iba a emplear el dinero, Pero no podía decirle, con lo enfermo que estaba, que la vida de mi marido corría peligro. Era imposible.”

“Krogstad: Las leyes no preguntan por los motivos.”

“Nora: No lo creo. ¿Es que una hija no tiene derecho a evitarle angustias a su padre anciano, enfermo de muerte? ¿Le está vedado a una esposa el derecho de salvar la vida de su marido? No conozco las leyes en detalle; pero estoy segura de que en alguna parte de ellas se permiten esas cosas.”

“Nora: ¿No le he pagado puntualmente? Krogstad: Más o menos, sí pero...”

“Krogstad: Aún por todo el dinero del mundo no le devolvería a usted el documento.”

“Nora: También he descubierto que las leyes son distintas de lo que yo pensaba, pero no puedo concebir que sean leyes justas”.

III. Interrogantes jurídicos

1) ¿Puede pedirse la resolución del contrato por falsedad de la firma del fiador sin que exista incumplimiento del deudor principal en el pago de las obligaciones pactadas? ¿Hay abuso de derecho en tal supuesto?

2) ¿Hay buena fe en el proceder de Krogstad, cuando Nora paga mensualmente la deuda y, asimismo, el patrimonio de ésta no sufriría menoscabo a causa de la invalidez de la fianza pues es sucesora universal del garante?

3) En la comprensión del ciudadano común, ¿puede existir una ley injusta o, por el contrario, la ley es sinónimo de justicia?

IV. Comentario

El personaje central de la obra es Nora, quien ocultándose tras la apariencia de una mujer frívola y gastadora, realiza toda clase de trabajos y simula gastos personales para poder recaudar los fondos que necesita para pagar las cuotas del abultado préstamo obtenido de un prestamista, Krogstad, con el cual solventó los gastos de la enfermedad de su marido, Torwald, quien cree que el dinero fue proporcionado por el padre de Nora. Pero los hechos se complican cuando Krogstad comienza a extorsionar a Nora con el propósito de conseguir un ascenso en el banco que dirige Torwald, valiéndose de una grave irregularidad cometida por Nora en la constitución de la garantía del documento, pues en aras de no llevar preocupación a su padre moribundo, había falsificado la firma de éste, sin vislumbrar la gravedad del hecho. En su visión, el amor y sacrificio que guiaron su acto constituían motivos válidos que legitimaban el hecho, y una ley que lo prohibiera no podría ser justa. Revelado el secreto, la reacción de Torwald fue egoísta y humillante para Nora, quien entonces se da cuenta de que a lo largo de los ocho años de matrimonio ha sido una fútil muñeca sin autonomía para su marido, su juguete, su alondra ... Ella esperaba que reaccione defendiendo su amor hacia ella a cualquier costo, esperaba el milagro de que sacrifique su honor por ella; pero lo que prima en él es su posición social y económica por sobre cualquier otra circunstancia. Nora decide dejar a su marido para encontrar su propia verdad.

La maravillosa obra dramática de Ibsen provocó escándalo en la sociedad de su época, con su osada descripción de una mujer que deja su aparentemente idílico matrimonio a causa de su disconformidad con el rol subordinado que le toca desempeñar en él; y pese al efecto anquilosante de las convenciones sociales, logra rebelarse contra éstas a fin de alcanzar la realización personal. Desde el punto de vista que aquí interesa, podría decirse que la fuerte heroína del drama, cual Antígona moderna, postula la existencia de un derecho natural, no escrito,

que prevalece por encima de las leyes positivas escindidas del valor justicia.

El texto lleva así a replantear el incesante dilema del concepto mismo de Derecho, de la ley injusta, de la relación entre Derecho y moral o Derecho y justicia; incluso, de la tarea del juez entendida como aplicación mecánica de la ley positiva o, en palabras de Dworkin³, con consideración a criterios morales como condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas.

Ello se conecta con los principios generales del derecho a los cuales acuden destacados iusfilósofos que descartan la asimilación entre ley y derecho,⁴ como salvaguarda contra la soberanía indiscutible e incontestable del legislador, particularmente luego de la experiencia de Nuremberg⁵; lo que, en mi entender, guarda estrecha vinculación con Una casa de Muñecas, cuya trama nos hace reflexionar sobre los principios de buena fe y de abuso del derecho, particularmente aplicables al ámbito de las obligaciones.

Es preciso destacar, al respecto, que los principios del derecho han sido llevados al *status* de legislación positiva en el nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigor el 1° de agosto de 2015, lo que se enmarca dentro del propósito de “positivización de los principios del derecho”, pero no implica desconocer el valor de éstos en cuanto normas de integración y de control axiológico aún sin concreción de una expresa

³ Dworkin, Ronald, “La justicia con toga”, Marcial Pons, Bs. As., 2007, p. 12, ISBN:978-84-9768-489-7.

⁴ Ch. Perelman, “Logique juridique – Nouvelle rhétorique”, 2ème. Édition, Dalloz, France, 1990. Para Perelman es más bien una vuelta a Aristóteles quien, junto a las leyes especiales, escritas, afirma la existencia de un derecho general “todos esos principios no escritos que presumen ser reconocidos por todos (Retórica, 1368)”.

⁵ La importancia creciente acordada a los principios generales del Derecho, en el derecho continental de posguerra, se manifiesta no solamente por el número creciente de publicaciones consagradas a esa materia sino también por un cambio de actitud de los tribunales de casación, aun los más conservadores, y los más respetuosos de la voluntad general. (Ch. Perelman, op.cit.). Y en nuestro país, se manifiesta con el lugar preeminente acordado por el nuevo ordenamiento privado.

proposición normativa, “no siendo posible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica identificar derecho y ley”⁶. En este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha ocupado en destacar que por encima de lo que las leyes parecen expresar literalmente, se debe indagar lo que ellas dicen jurídicamente, dar preeminencia a su espíritu, a sus fines y en especial al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía con que éstos son valorados por el todo normativo⁷. En cuanto mandatos de optimización, los principios exigen una realización lo más amplia posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.⁸

Si bien algunos importantes principios del Derecho privado habían sido recogidos por la reforma al Código Civil de Vélez del año 1968, en lo que se denominó el proceso de humanización o socialización mediante la incorporación de los institutos de la lesión, imprevisión, abuso de derecho, equidad y buena fe, lo cierto es que el nuevo Código Civil y Comercial no solamente les atribuye el carácter de ser criterio directo, y no subsidiario y residual, de interpretación de las normas legales en el artículo 2º, sino que consagra parte de ellos en un lugar central y significativo como es su título preliminar, reconociéndoles un alcance general e informativo de todo el ordenamiento jurídico.

Dentro de estos principios, reviste particular relieve la buena fe, que ilumina la interpretación de la conducta humana en todos los ámbitos del derecho. La jurisprudencia anticipó ya la generalidad de este principio - carácter que se manifiesta hoy a través de su regulación en el artículo 9º del CCCN - cuando, al

⁶ Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, III,2.

⁷ CSJN, 23/10/2001, Fallos 324:3602; 312:111

⁸ Alexy, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, p. 171, traducción de Jorge M. Seña, gedisa, 2ª ed., Barcelona, 2004, ISBN: 84-9784-028-3.

⁹ Alterini, Jorge Horacio, “Código Civil y Comercial Comentado”, La Ley, Buenos Aires, 2015, tº I, p. 22, ISBN: 978-987-03-2919-0.

interpretar el artículo 1198 del reemplazado Código, subrayaba: “Este principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura”¹⁰. Su trascendencia es tal que algún autor ha llegado a entender que si el derecho tuviera que resumirse en una sola norma, tal precepto debería imponer a las personas comportarse de buena fe¹¹.

En el artículo 729, vuelve el legislador a este principio con referencia al ámbito de las obligaciones, prescribiendo que deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe. Así, en el campo de los negocios, el ordenamiento impone a los contratantes el deber de comportarse con una especial diligencia lo que significa que están obligados a ser honrados, precisos, a expresar clara y exactamente su voluntad pues la voluntad psíquica no manifestada no puede ser tenida en cuenta por el derecho. Constituye un acierto que se aluda en la norma simplemente a la buena fe sin alusión a la “lealtad” que realizaba el anterior artículo 1198, en orden a evitar que pueda dar lugar a una interpretación restrictiva cuando la regla debe comprender tanto la exigencia de un comportamiento leal (buena fe objetiva) cuanto la denominada buena fe-creencia (subjetiva).

Esta doble faceta que se reconoce a la buena fe se pone en evidencia en la obra de Ibsen, pues así como parece honrado y recto el proceder de Nora quien cumple con fidelidad los compromisos de pago contraídos (faceta objetiva), Krogstad no actúa en correspondencia con la convicción o confianza de ostentar un derecho legítimo (faceta subjetiva) pues de otro modo no habría mostrado vergüenza y arrepentimiento al confesar a Cristina lo que había hecho “en contra de los Helmer”¹².

¹⁰ CSJN, 17/04/2007, Fallos 330:1649.

¹¹ Alterini, *op. cit.*, tº I, p. 60.

¹² P. 95.

Junto a la buena fe, y reglado inmediatamente a continuación en el artículo 10, el Código incorpora el principio que prohíbe el abuso del derecho, al que conceptualiza como aquel ejercicio que contraría los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Existe abuso del derecho cuando se ejerce de modo anti-funcional un determinado derecho propio, que contraría lo razonable y lo justo, vale decir, un derecho ejercido de un modo injusto, inequitativo o irrazonable con afectación de los derechos de otros. Ello responde al principio constitucional según el cual los derechos, por ser relativos y no absolutos, se han de ejercer de conformidad con la función social que tienen¹³.

Aquí también el cambio metodológico que significó consagrar este principio en el título preliminar destinado a regir no solamente todos las instituciones del derecho civil y comercial sino otras áreas en las que aquél actúa como tronco común, significa reconocer al abuso de derecho el carácter de un principio general de todo el ordenamiento y, por consiguiente, más extenso y amplio que el atribuido por la reforma de la ley 17.711 que lo ubicó en el título dedicado a los actos ilícitos, limitado al ámbito de la responsabilidad civil. La Comisión redactora, en los fundamentos del Proyecto, explica que “se lo incluye como un principio general del ejercicio de los derechos en el título preliminar, esta metodología cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular”.

En cuanto al origen de la teoría, ésta necesitó de un contexto específico para su surgimiento, esto es, el paradigma dogmático cientificista que se constituyó en Europa continental a lo largo del siglo XIX, a partir principalmente de Savigny y de la escuela exegética francesa, y ello explica que no haya debido planearse tal teoría en el derecho romano, en donde

¹³ Bidart Campos, Germán J., “La Constitución que dura”, Ediar, Buenos Aires, 2004, ISBN 950-574-167-7, p. 231.

otra conceptualización del derecho permitía evitar un ejercicio abusivo de los derechos subjetivos a través de la propia concepción del derecho fundado sobre los tres principios de Ulpiano (*boneste vivere, alterum non laedere* y *suum cuique tribuere*) que no toleraría que alguien sin beneficio alguno desplegara una conducta que solamente provocara daños a otro; o en el derecho anglosajón que sin necesidad de elaborar un teoría, ponía en práctica el mismo principio por vía de la equidad o del sentido común jurídico.

Es que si en el esquema decimonónico el juez es solamente la boca por donde habla la ley al estilo que nos muestra el magistrado Oliver Wendell Holmes¹⁴, no podría éste verificar las condiciones de verdad de la proposición jurídica que prescribe el derecho subjetivo en cuestión, entonces ocurriría que podría considerarse válido que alguien genere a otro un jurídico injustificado. Es aquí donde reacciona el derecho y se torna necesaria la teoría del abuso del derecho de modo de impedir, mediante un juicio de equidad fruto de la razón práctica, esa conducta abusiva.

Explica Vigo que: “Aun cuando resulte inobjetable que la fórmula ‘abuso del derecho’ es una ‘logomaquia’ (Planiol) o una *contradictio terminis*, y ello no sólo desde los presupuestos de la filosofía jurídica clásica, estimamos que sobre ese déficit terminológico hay una recuperación profunda del Derecho para ponerlo en armonía con su sentido justificador”.¹⁵

Se colige de lo expresado que la inclusión de este principio eminente en el título preliminar del nuevo Código Civil y

¹⁴ Dworkin en la obra citada, p. 11: “Siendo Oliver Wendell Holmes magistrado del Tribunal Supremo, en una ocasión de camino al Tribunal llevó a un joven Learned Hand en su carruaje. Al llegar a su destino, Hand se bajó, saludó en dirección al carruaje que se alejaba y dijo alegremente: ‘¡Haga justicia, magistrado!’ Holmes paró el carruaje, hizo que el conductor girara, se dirigió hacia el asombrado Hand y, sacando la cabeza por la ventana, le dijo: ‘¡Ése no es mi trabajo!’ A continuación el carruaje dio la vuelta y se marchó, llevándose a Holmes a su trabajo, supuestamente consistente en no hacer justicia.”

¹⁵ Vigo, Rodolfo L, “Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho”, art. publ. en Rev.Der.Priv. y Com., Rubinzal –Culzoni, tº 16, p. 312/3; ISBN: 950-727-138-4.

Comercial constituye un acierto puesto que refleja exigencias propias de la legislación en sí, aplicable a los derechos subjetivos de cualquier rama jurídica, incluso constitucional, como principio general formalizador de todo su articulado normativo, en el entendimiento de que el criterio del ejercicio de modo regular actúa como un límite interno, no obstante poder presentar excepciones.

Así, en el escenario del derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana la relatividad de las prerrogativas entra de alguna manera en crisis por tratarse de derechos extrapatrimoniales en los que se jerarquizan valores del más alto rango y de innegable escala superior. Se aduce que son casos de derechos absolutos el de la retractación de la persona que ha dado su consentimiento para donar un órgano (art. 15 de la ley 24.193) como la revocación de las directivas anticipadas (artículos 60,139 del CCC), y los derechos de acceso integral a los procedimientos de reproducción medicamente asistida (ley 26.862).¹⁶ Sin duda, la dificultad surge de la naturaleza misma de los derechos humanos - en sí mismos, y por propia definición: irrestrictos, inalienables, incontestables, sagrados - que no pueden ser alcanzados por el límite interno implicado en esta teoría ni sometido a juzgamiento las justificaciones íntimas de decisiones que hacen a la integridad física, a la dignidad, a la vida y a la misma muerte.

Sucedé quizás, como explica algún autor¹⁷, que la argumentación justificadora de derechos que se presentan como absolutos no puede sino originarse en una proposición o principio práctico - normativo de carácter absoluto, de algún modo trascendente a las personas mismas.

Por otro lado, sabido es que la modificación al artículo 1071 del Código Civil de Vélez Sarsfield introducida por la ley 17.711 permitió la incorporación de la teoría del abuso del derecho

¹⁶ Alterini, *op.cit.*, tomo I, p.66.

¹⁷ Massini Correas, Carlos; "Filosofía del derecho"; Abeledo Perrot; Bs.As., 2001; p. 111; ISBN: 950-20-0769-7.

a nuestra legislación positiva; no obstante, es dable poner de resalto que ya con anterioridad nuestra jurisprudencia había echado mano al abuso del derecho acudiendo al artículo 953 del Código derogado, norma válvula de moralización de todo el ordenamiento. Contribuyó a ello la amplitud de la disposición adoptada por Vélez Sarsfield que, como su correspondiente del Código Alemán, sirvió en su momento para reprimir el abuso de derecho y la lesión. La conformidad al orden público y a las buenas costumbres que dicha norma prescribe representa una exigencia absolutamente general de validez en materia contractual; el mínimo de conformidad social requerido a los contratantes.¹⁸

Con el nuevo Código Civil y Comercial, a diferencia de la regulación contenida en el artículo 1071 del Código Civil derogado (con la modificación citada), al definir el principio en su artículo 10 no se hace referencia a “los fines tenidos en cuenta al reconocerse el derecho” sino a “los fines del ordenamiento”. Esta diferencia en la configuración del instituto es objetada por algún sector de la doctrina en tanto “veda acudir a la voluntad legislativa”¹⁹, en tanto que otros autores la estiman conveniente por favorecer una interpretación evolutiva, no cristalizada, respecto del tiempo de la generación del enunciado normativo, legal o convencional; una mirada que comprende también los fines sociales del ordenamiento y la función ambiental de los derechos subjetivos y que guarda coherencia con los criterios de interpretación establecidos en el artículo 2º del CCCN²⁰. Entiendo que la amplitud actual de la fórmula no impide ponderar los fines que tuvo en miras el legislador al establecer la prerrogativa de que se trate, puesto que para interpretar los fines del ordenamiento jurídico deberá atenderse también al espíritu tanto del resto del ordenamiento cuanto de la misma

¹⁸ Carbonnier, Jean, “Droit Civil -4.Les Obligations”, Presses Universitaires de France, Paris, 1956, p. 147, ISBN: 2-13-043356-1.

¹⁹ Rivera - Medina, *op. cit.*, p. 87.

²⁰ Herrera- Caramelo- Picasso, obra y tomo citado, comentario art. 9º.

disposición - que lo integra- que prescribe el derecho cuyo ejercicio se cuestiona. Si bien es cierto que el nuevo Código hace especial hincapié en la finalidad de la ley (v. art. 2º), la Comisión redactora del Proyecto aclara que la tarea interpretativa *no se limita* a la intención histórica u originalista, sino que *se permite* una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación, entendidas como la *ratio* o espíritu de la norma. Es decir, no se encuentra prohibido valorar la intención del legislador para interpretar la ley, aun cuando el énfasis se encuentra puesto en el recurso a la finalidad objetiva, *ratio* o espíritu de la norma. Los hechos de la actualidad demuestran que para la interpretación del articulado del nuevo CCCN se acude permanentemente a los Fundamentos del Proyecto, lo cual es lógico dado el escasísimo tiempo transcurrido desde su sanción.

Respecto del texto literario que motiva este comentario, es a la luz de tales directivas proporcionadas por el nuevo ordenamiento sustantivo, que debe ponderarse la conducta de las partes vinculadas por el documento que representa la obligación de pagar la suma de dinero recibida en préstamo, y examinar el comportamiento de Krogstad en su reclamo por la irregularidad contenida en el título respecto de la firma del garante, teniendo en cuenta tres cuestiones relevantes:

a) Su deudor principal (Nora) no se encontraba en mora en el cumplimiento de las obligaciones emergentes del documento, en razón de lo cual Krogstad carecería de interés concreto y actual emergente de la firma del garante que advierte falsa, y al respecto el artículo 1574 del CCCN que define la fianza expresamente alude al incumplimiento como condición para la obligación accesoria del fiador, mientras que el artículo 1823 del mismo cuerpo legal prescribe que aunque por cualquier motivo el título valor contenga firmas falsas, son válidas las obligaciones de los demás suscriptores.

b) Al tratarse el garante de padre de Nora, ésta recibe por herencia en su patrimonio los bienes del difunto por lo que no existiría en principio un perjuicio real o menoscabo en el patrimonio

de la deudora – en cuanto constituye la garantía común de sus acreedores – derivado de la falsedad de la firma. En cualquier caso, el acreedor podría ante una eventual inacción de su deudora, promover el juicio sucesorio para concretar la transmisión de bienes y así contar con ellos como garantía de su acreencia, conforme artículos 2280, 2337, 2352 y cctes. del CCCN.

c) En tercer lugar, si bien no surge de la obra la existencia del elemento objetivo del instituto de la lesión – vale decir, una ventaja desproporcionada y sin justificación a favor del acreedor - puede advertirse que ha existido en la etapa de formación del negocio un aprovechamiento por parte de Krogstad de la inexperiencia y estado de necesidad en que se encontraba Nora. Surge claro del marco de las convenciones sociales en las que se desarrolla la obra que la mujer poseía una *capitis diminutio*, tanto en el ámbito jurídico como de los roles sociales y familiares, que le impedía conocer sus derechos y ejercerlos con la debida intencionalidad y eficacia. Es así que de haber acudido a una entidad bancaria para solicitar el empréstito, habría fracasado en sus intentos pues se le habría exigido necesariamente la firma de su esposo, de allí que se vio forzada a acudir a una vía informal, un personaje moralmente bajo e inescrupuloso. Hoy en día, la igualdad entre los sexos es un principio esencial del Derecho (internacional e interno) que ha sido llevada al rango de derecho fundamental.²¹

En relación con la lesión, la noción de sinalagma contractual que tiene sus raíces en Aristóteles y es luego desarrollada como teoría general de la justicia conmutativa por Santo Tomás de Aquino, forma parte de la justicia del contrato y es presumida su existencia pero cuando excepcionalmente uno de los contratantes es víctima de injusticia, el derecho le brinda los

²¹ La jurisprudencia de ambas Cortes Europeas, en relevantes fallos dictados en los años 1978 y 1985, dejó sentada la prohibición tanto de las discriminaciones directas cuanto indirectas entre varones y mujeres, excepto que las diferencias de tratamiento reposen sobre criterios objetivos o persigan intereses legítimos; y ha admitido las medidas de discriminación positiva si éstas no presentan carácter incondicional y absoluto (v. “Les Grands Décisions du Droit des Personnes et de la Famille, LGDJ, Paris, 2012; p. 335; ISBN: 978-2-275-03658-8)

medios para deshacerse del contrato o de obtener condiciones mejores a través de esta figura. Visto desde la perspectiva de los sujetos, el contratante lesionado ha cometido un error en los valores o ha cedido a cierta suerte de violencia que es la necesidad; mientras de parte del beneficiado se presenta una falta, un ilícito (cf. *neminem laedere*) al aprovecharse de la inexperiencia de su cocontratante, explotando su situación. ¿Y no es esto de algún modo un abuso del derecho de contratar, tal como relaciona Demogue?; o es en todo caso una falta a un deber de fraternidad, a la regla moral (Ripert), a la buena fe (Ossipow)²²? He aquí entonces donde el caso literario analizado nos muestra la confluencia de los tres institutos jurídicos analizados.

Subraya Carbonnier, a propósito del instituto de la lesión, que cualquiera sea la fórmula que se emplee, no parece hay en día ser el instrumento más eficaz de la justicia contractual, por ser muy individualista y responder solo a una pequeña parte del problema; proclamando la bondad de medidas que sean aptas para realizar una justicia contractual de masa.²³ En nuestro nuevo sistema normativo, se amplía el espectro de válvulas de escape a los efectos de un contrato injusto, como son las que proceden del derecho del consumidor, del principio de buena fe extendido a todo el ámbito del derecho, del abuso de derecho y de posición dominante, del deber de prevención del daño y de los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva, del ejercicio abusivo que pueda afectar el ambiente y derechos de incidencia colectiva, de la frustración del fin del contrato, entre otras.

IV. Conclusiones

Sin duda el amor está a reinventarse, como ya lo anticipó Rimbaud, y deberá serlo muy lejos de aquella fórmula nefasta de posesión-opresión entre Nora y Helmer, también del frío desdén

²² Autores citados por Carbonnier, *op. cit.*, p. 160.

²³ Carbonnier, *op. cit.* p. 152/160.

que queda una vez conquistada la posición por la mujer²⁴, pero también muy diferente del amor securitizado y confortable que propone la modernidad al “individuo autocentrado y mimado” que es el sujeto contemporáneo según Sloterdijk²⁵; sino como algo esencial y mucho más profundo, que requerirá, siguiendo a Badiou, abrazar el riesgo y la aventura para un encuentro que implique el paso de la pura singularidad del azar a un elemento que tiene valor universal, un amor que solo puede ser producto de un mundo examinado, practicado y vivido a partir de la diferencia y no de la identidad²⁶.

Por otro lado, desde el punto de vista de lo jurídico, resulta interesante observar que los problemas que plantea el Derecho exceden al mero interés del jurista o del eventual justiciable, pues conciernen a todas las personas, calando hasta lo más profundo de sus conciencias y expectativas. El derecho no es “El derecho”, son las exigencias mismas de la justicia y la equidad en el plano de las relaciones humanas. Asimismo, es la narrativa de la obra - su descripción de los personajes, de la acción dramática y su desenlace - la que nutre al análisis jurídico de ingredientes vitales y vigorosos; mientras que la empatía que genera el personaje central puede contribuir, por ejemplo, a que un joven estudiante de abogacía entienda compasivamente los problemas que aquejan a la mujer en una sociedad inequitativa y machista, contribuyendo a la formación ética del futuro juez o abogado, libre de prejuicios y respetuosa de la igualdad y dignidad humana. En efecto, el autor representa a sus personajes cada uno diferente entre sí, dotándolos de atributos físicos y morales que nos permiten distinguirlos y, asimismo, encontrar sus parecidos con la realidad y hasta en ciertos aspectos con nosotros mismos. Son seres que comparten problemas y esperanzas que cada cual enfrenta a su manera en su circunstancia

²⁴ Rimbaud, Arthur. “Una temporada en el infierno”, Agebe, Buenos Aires, 2010.

²⁵ Sloterdijk, Peter, *En el mundo interior del capital*, págs. 254 y ss., Siruela, Madrid, 2010

²⁶ Badiou, Alain con Nicolás Truong, “Elogio del amor”, traducción de Alejandro Arozamena, Café Voltaire, Flammarion.

concreta y con los recursos de su propia historia. Hasta el deletable Krogstad termina abrazando su esperanza de cambio para convertirse en una mejor persona. Torwald muestra todo su egoísmo, perdiendo el amor de la mujer que ama y casi sin darse cuenta de las razones. Inspira en el lector compasión y pasión por la justicia, así como admiración por la decisión de una mujer que al comienzo se mostraba inútil y frívola.

De tal modo, se vuelve realidad el pensamiento de la filósofa norteamericana Martha Nussbaum: “Las estructuras formales implícitas en la experiencia de la lectura literaria nos brindan una guía indispensable para nuevas indagaciones, incluida la indagación crítica de la obra literaria misma. Si no partimos de la ‘fantasía’ para interesarnos en esas figuras humanas, sintiendo compasión por sus sufrimientos y alegría ante su bienestar; si no valoramos la importancia de encarar a cada persona como un individuo con una vida singular, nuestra crítica de las emociones perniciosas carecería de fundamento.”²⁷. “Es la emoción del espectador juicioso, la emoción que las obras literarias forjan en sus lectores, que enseña lo que es sentir emoción no por una masa anónima e indiferenciada sino por el ser humano individual y singular”²⁸.

En palabras del poeta Whitman, es ver la *eternidad* en hombres y mujeres²⁹.

²⁷ Nussbaum, Martha, “Justicia poética”, ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997, pág. 112, ISBN: 84-89691-09-6.

²⁸ Nussbaum, *op. cit.*, p. 114

²⁹ “A orillas del azul Ontario”.

El mérito y su impacto dentro del actual sistema de selección de magistrados federales

The merit and its impact on the current system of selection of federal judges

O mérito e seu impacto no atual sistema de seleção de magistrados federais

Le mérite et son impact dans le système actuel de sélection des magistrats fédéraux

在现行联邦地方法官选举制度中的优点及其影响

Juan R. Stinco¹ | Universidad de Buenos Aires, Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 91-111

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e331>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0018-8897>

Recibido: 07/06/2019

Aprobado: 25/09/2019

Resumen: El presente trabajo pretende relevar la relevancia del desempeño de los postulantes para los cargos de magistrados federales en las designaciones. A tales efectos se procede a definir el “mérito” en función de los resultados obtenidos en las pruebas de oposición y la calificación de los antecedentes.

Esta indagación se relaciona con un trabajo precedente (“Las reformas del sistema de administración de justicia y los procesos de selección de magistrados”, Revista Derechos en Acción, Año 4, Nº 12, Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 609-707, ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686) constituyendo una profundización de la investigación.

¹ Abogado (UBA), Doctor en Derecho (UBA), Magister en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Ambiental, Jefe de Trabajos Prácticos en la materia elementos de derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Prosecretario Letrado de la Procuración General de la Nación. juanstinco@gmail.com

Palabras claves: Proceso de Selección de Magistrados – Consejo de la Magistratura de la Nación – Concursos.

Abstract: This paper try to explain the importance of the evaluations that are taken to the applicants for the positions of federal magistrates. For this purpose, the “merit” is defined according to the results obtained in the opposition tests and the qualification of the background.

This inquiry is related to a previous (“Las reformas del sistema de administración de justicia y los procesos de selección de magistrados”, Revista Derechos en Acción, Año 4, N° 12, Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 609-707, ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686) that constitutes a deepening of the investigation.

Keywords: selection of federal judges.

Resumo: O presente trabalho pretende inquirir a relevância do desempenho dos candidatos para os cargos de magistrados federais nas designações. Para esse fim o “mérito” é definido de acordo com os resultados obtidos nos testes de oposição e a qualificação dos antecedentes. Esta investigação está relacionada a um trabalho anterior (“As reformas do sistema de administração de justiça e os processos de seleção dos magistrados”, Revista Derechos em Acción, Ano 4, N° 12, Inverno de 2019 (21 de junho a 20 de setembro), 609- 707, ISSN 2525-1678 / e-ISSN 2525-1686), constituindo um aprofundamento da investigação.

Palavras-chave: Processo de Seleção de Magistrados - Conselho da Magistratura Nacional - Concursos

Résumé: Ce travail tente d’expliquer l’importance des évaluations des candidats dans l’attribution les postes de magistrats fédéraux. À cette fin, le «mérite» est défini en fonction des résultats obtenus dans les tests d’opposition et de la qualification des antécédents .

Ce travail de recherche est lié à un travail précédent (“Las reformas del sistema de administración de justicia y los procesos de selección de magistrados”, Revista Derechos en Acción, Año 4, N° 12, Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 609-707, ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686) constituant un approfondissement de celui-ci.

Mot-clés: Procédure de sélection des magistrats, Conseil de la magistrature nationale, Concours

摘要: 本文旨在强调申请人表现与指定中联邦地方法官职位的相关性。为此, 根据对立测试获得的结果和背景鉴定来定义“优点”。(“Las reformas del sistema de administración de justicia y los procesos de selección de magistrados”, Revista Derechos en Acción, Año 4, N° 12, Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 609-707, ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686)构成调查的深化

关键字: 国际行政法, 全球行政法, 全球行政, 全球行政空间, 行政法渊源。

I. Introducción

Resulta pacífica la idea vinculada con que se desean a los mejores candidatos para la cobertura de los cargos y funciones públicas de relevancia. En consecuencia, tal premisa se aplica en la selección de los postulantes para los cargos de magistrados federales.

Ahora bien, resulta de particular interés trazar la correlación entre el “mérito” y la efectiva designación de un postulante para el cargo de magistrado federal.

De este modo, entendiendo al mérito como la ponderación del resultado en el examen de oposición y la valoración de los antecedentes profesionales según el reglamento del Consejo de la Magistratura vigente, indagaremos sobre cómo impactan estas variables en la efectiva selección de un postulante.

Bajo tal perspectiva, en concreto, analizaremos el impacto o relevancia efectiva de la calificación recibida en el examen de oposición y la valoración de los antecedentes profesionales que realizara el Consejo de la Magistratura -en el concurso respectivo- en la elección que el Ejecutivo realiza.

Asimismo cabe especificar las limitaciones metodológicas. En primer lugar, el “mérito” en los términos que lo hemos definido aquí, no resulta una medida de la “idoneidad” de los candidatos, aspecto que excede el marco de investigación definido más arriba. Por otro lado, la información cuantitativa que se

presenta a continuación es de elaboración propia sobre la base de la recopilación y sistematización de información pública que puede encontrarse en la web del Poder Judicial de la Nación, sección Consejo de la Magistratura (www.pjn.gov.ar).

II. Especificación del universo analizado

Para desarrollar el objeto de la indagación que nos propusimos, se procedió a definir el universo a relevar. Así se constataron diversos concursos para cubrir cargos de magistrados federales que se desarrollaron bajo el régimen de selección de magistrados federales ante el Consejo de la Magistratura de la Nación actualmente vigente y que tuvieron la designación de al menos 1 magistrado entre el 1° diciembre de 2015 y el 1° de octubre de 2019.

De este modo, la muestra se compone de los Concursos N° 303, 304, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 316, 318, 321, 322, 324, 325, 326, 327, 328, 335, 337, 344, 346, 375, 380 y 385, muestra que compone más del 85% del universo total.

Tal universo de 29 concursos involucra un total de 2047 postulantes inscriptos, de los cuales 532 candidatos se presentaron efectivamente a rendir el examen de oposición, y 148 de ellos compusieron las ternas, sobre las cuales se designaran 44 magistrados federales.

III. Breve repaso por el procedimiento de selección vigente

No es la intención profundizar en detalle el régimen de selección de magistrados federales, sino simplemente recordar sus principales instancias a efectos de comprender la información cuantitativa que en los acápite siguientes se presentará.

Así, debe comenzar indicándose que el inciso 4° del artículo 99 establece que el Poder Ejecutivo “*Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores*

en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.”.

La designación de los ministros de la Corte es una atribución que le corresponde al Presidente de la Nación con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto. Esta facultad se reglamentó mediante el Decreto N° 222/03, que establece ciertos criterios para la selección del candidato propuesto como así también un procedimiento específico.

El trámite de designación de jueces federales de primera instancia y alzadas es muy distinto. Interviene el Consejo de la Magistratura, en un procedimiento que se encuentra reglado por medio de la Resolución N° 7/2014 del propio Consejo de fecha 13 de marzo de 2014.

De este modo, el nombramiento de los demás jueces de los tribunales federales inferiores que hace el Poder Ejecutivo sobre la base de una propuesta (terna) vinculante del Consejo de la Magistratura, implica que éste último órgano colegiado elabore las ternas en función a dicho procedimiento.

Como consecuencia de dicho procedimiento por cada vacante el Consejo de la Magistratura eleva una terna que contiene 3 candidatos y, eventualmente, una lista complementaria de candidatos para completar dicha terna ante el eventual caso que uno de dichos candidatos sea designado en otra vacante.

El Poder Ejecutivo selecciona uno de los candidatos que componen la terna y eleva su pliego al Senado, para obtener el acuerdo. Dentro de esta etapa, el pliego se recibe en la Comisión Permanente Unicameral de Acuerdos, que cuenta con 17 miembros y debe dictaminar sobre los acuerdos pedidos por el Poder Ejecutivo. Para ello se entrevista al candidato ternado en una audiencia pública, y una vez que cuenta con dictamen favorable, el Senado vota su acuerdo. Con el acuerdo del Senado otorgado, posteriormente se le toma juramento ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El procedimiento mediante el cual se integran las ternas, es seguido dentro del Consejo de la Magistratura de la Nación.

Producida la vacante, este órgano constitucional debe instar el proceso, designar jurados titulares y suplentes y realizar la convocatoria para sustanciar el concurso. Dentro del mismo, existen en la actualidad tres hitos: a) el examen escrito; b) la evaluación de los antecedentes y c) la entrevista de los postulantes que se encuentren entre los primeros puestos del orden de mérito que se confecciona con la sumatoria de los puntajes obtenidos en el examen y en la valoración de los antecedentes.

Sucintamente cabe referir que el examen escrito secreto se trata de la redacción de una sentencia, con el estilo propio del fuero e instancia que se concursa, el caso a resolver debe relacionarse con los temas y competencia del cargo concursado y cada uno de estos extremos es calificado por un jurado compuesto por docentes magistrados, docentes de facultades de derecho y docentes competencia general.

A los efectos de resguardar el anonimato se emplea un sistema de cifrado alfanumérico. La calificación puede ser de 0 a 100, y se aprueba con un mínimo de 50 puntos.

Paralelamente una subcomisión del Consejo de la Magistratura califica los antecedentes acreditados por los postulantes. Los rubros que se computan son trayectoria, especialidad, docencia, publicaciones y postgrados, cuyos puntajes máximos son 30, 40 y 10 para cada uno de los restantes rubros, respectivamente, otorgándose como máximo 100 puntos.

Cuando el jurado del examen escrito presenta las correcciones mediante un informe donde fundamenta el puntaje otorgado en cada caso. Acto seguido se realiza una audiencia dentro del Consejo de la Magistratura donde se develan las claves y mediante la fusión del informe de la calificación de los antecedentes más el puntaje obtenido en el examen de oposición se confecciona el orden de mérito provisorio, respecto del cual los concursantes pueden realizar impugnaciones, las cuales son resueltas por otra subcomisión designada especialmente a tales efectos.

Con tales resultados, se confecciona el orden de mérito definitivo el que surge de la suma aritmética de los resultados. Luego se realiza el tercero de los hitos mencionados, que básicamente consiste en una audiencia pública ante una subcomisión del Consejo de la Magistratura donde son convocados en general hasta 6 candidatos por cada vacante. Esta instancia no tiene reglamentariamente la finalidad de acreditar conocimiento científico, sino más bien las restantes habilidades y cualidades de los candidatos en función del cargo. Con el resultado de esta instancia se confecciona el orden de mérito definitivo del cual surge la terna de tres candidatos por vacante concursada que se eleva al Poder Ejecutivo.

IV. La composición del “mérito” dentro del proceso de selección

Conforme se indicó en el acápite anterior, el mérito de un postulante dentro del concurso respectivo aparece definido por la calificación que obtuvo en el examen de oposición al que se le agrega la puntuación de sus antecedentes profesionales. Por ello corresponde hacer una mención independiente sobre cómo operan.

a. El examen de oposición

Según prescribe la reglamentación ya citada, la prueba de oposición escrita consiste en el planteo a cada concursante de uno o más casos, reales o imaginarios, para que cada uno de ellos proyecte una resolución o sentencia, como debería hacerlo estando en ejercicio del cargo para el que se postula. Dicho examen se celebra simultáneamente y su duración no excede de 8 horas.

Asimismo debe resaltarse que los casos que se planteen deben tener una relación con los temas más representativos de la competencia del tribunal cuya vacante se concursará, y con ellos se evalúa la formación teórica como práctica de cada postulante.

También se establece que la extensión total de los casos no deberá superar las 10 págs. y deberá preverse que pueda ser resuelto razonablemente por los postulantes en el término concedido.

Para una mejor celebración de la instancia, se prevé que el jurado designado presente un temario que indicará un conjunto de institutos procesales y de fondo sobre los que versarán los casos. Este temario es puesto en conocimiento de los candidatos.

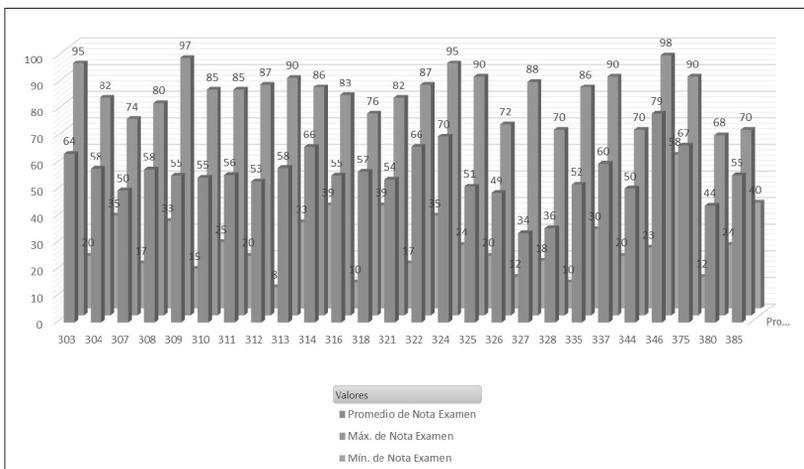
Sobre la base de tales temarios los jurados presentan 4 casos diferentes, en sobres cerrados, de similares características, no identificables y sellados de tal modo que se garantice su inviolabilidad. Antes del comienzo del examen, se sortea cuál de dichos casos será en definitiva el que los postulantes deben resolver para la realización de la instancia de oposición.

Para ello, los concursantes utilizan la computadora y el procesador de texto provistos por el Consejo de la Magistratura, donde se prevén las especificaciones y demás procedimientos para el cumplimiento del recaudo de anonimato. Asimismo se establece que podrán utilizar únicamente los textos legales y la bibliografía y jurisprudencia mínima de consulta, que lleven consigo, siempre que se trate de una cantidad razonable.

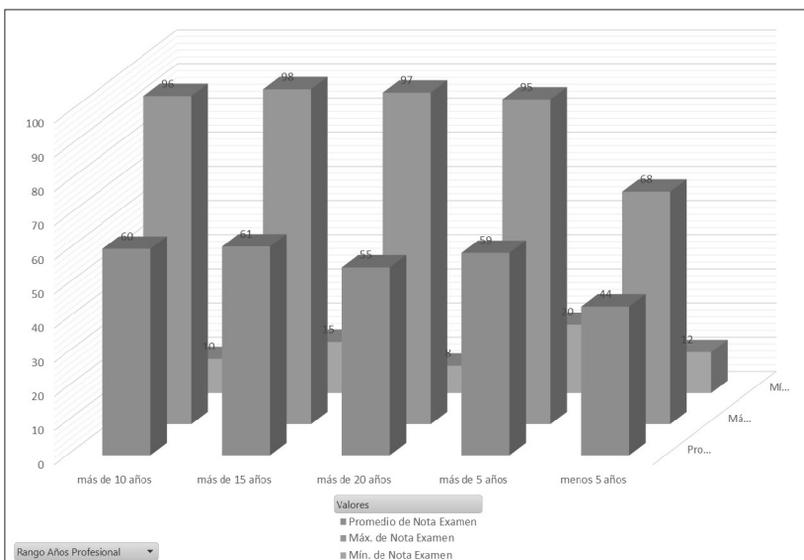
Como anteriormente se indicara, el jurado califica las pruebas de cada concursante con hasta 100 puntos, y para ello debe considerar la consistencia jurídica de la solución propuesta dentro del marco de lo razonable, la pertinencia y el rigor de los fundamentos, y la corrección del lenguaje utilizado. En caso de no haber criterio mayoritario respecto del puntaje que merecieran todos los aspirantes o alguno de ellos, la calificación resultará del promedio de los puntajes propuestos por cada jurado.

Ahora bien, analicemos la información de la muestra relevada. Conforme indicamos, la muestra que compone nuestro universo de trabajo es de 29 concursos que involucran un total de 2047 postulantes inscriptos. De ellos sólo 532 candidatos se presentaron efectivamente a rendir el examen de oposición, por lo que este será el subconjunto sobre el cuál extraeremos información.

En el gráfico que sigue a continuación, se muestran las calificaciones máximas y mínimas, junto con el promedio general para cada uno de los concursos relevados, siendo estos datos para el total general de 58 puntos de promedio, con una calificación máxima de 98 y una mínima de 8 puntos.

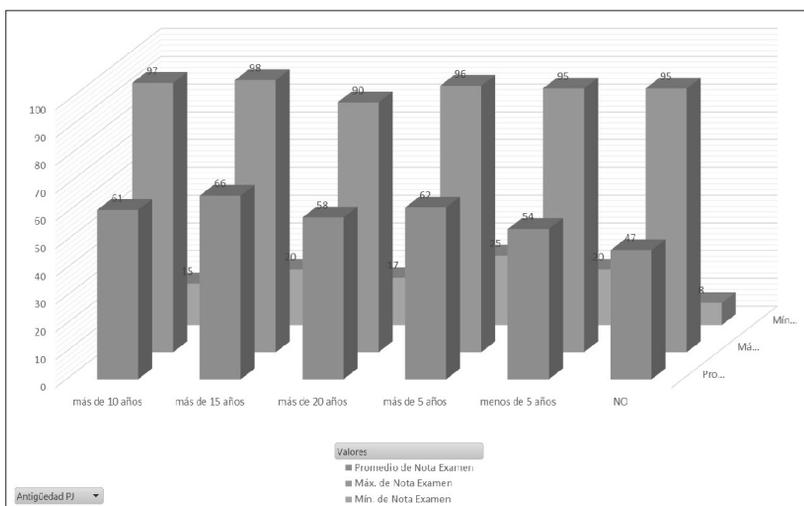


Un interrogante válido para empezar a analizar el desempeño de esta variable podría estar vinculado con la experiencia de los postulantes, considerada en función de sus años como profesional, entendidos como la cantidad de años desde la obtención de su título de abogado hasta la fecha de clausura del período de inscripción en cada concurso en cuestión. Así se obtiene el siguiente cuadro.



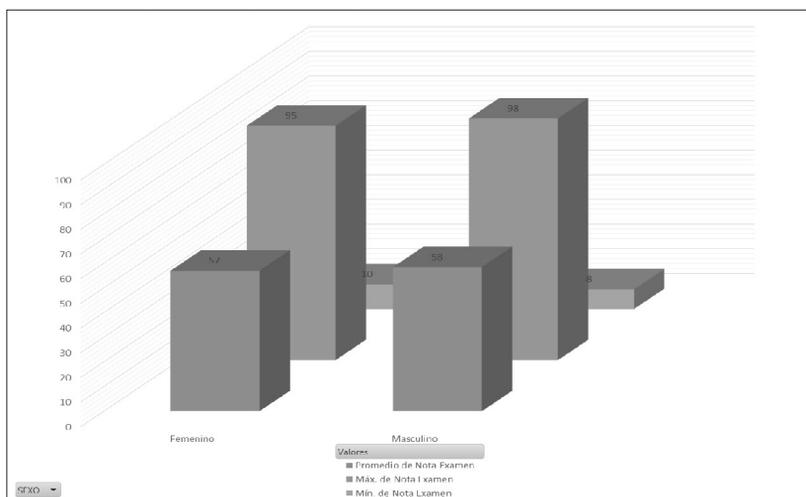
Como puede observarse, resulta un aspecto a considerar la inscripción de postulantes con menos de 5 años de haber recibido su título de grado, y en los promedios se muestra un sensible decrecimiento en las calificaciones de los postulantes con más de 20 años de experiencia profesional.

Otro aspecto que podría causar curiosidad en cómo han sido las calificaciones de los postulantes en relación con su antigüedad laboral dentro del sistema de administración de justicia, entendido en sentido amplio –comprensivo de ministerio públicos y sin importar la jurisdicción- sin clasificarlo por el cargo efectivamente desempeñado, donde el valor “NO” indica que a la fecha de la inscripción no posee antigüedad laboral alguna dentro del poder judicial.



Del gráfico en cuestión claramente se observa un desempeño general promedio inferior para aquellos postulantes que no cumplieron funciones dentro del sistema de administración de justicia.

Finalmente, quizás puedan encontrarse inquietudes sobre esta variable respecto de una perspectiva de género, aspecto que puede encontrarse en el siguiente gráfico.



De este modo presentamos el desempeño de los 532 candidatos en el examen de oposición dentro de los procesos que componen la muestra relevada.

En el acápite siguiente realizaremos lo propio pero con respecto a la valoración de sus antecedentes profesionales.

b. La calificación de los antecedentes

En la reunión de la Comisión de Selección de Magistrados inmediatamente posterior a la realización de la prueba de oposición se sortea al consejero responsable de la evaluación de antecedentes de los inscriptos que se presentaron al examen de oposición correspondiente.

Los antecedentes de los aspirantes son calificados con un máximo de 100 puntos, considerando los antecedentes profesionales y los académicos. Los antecedentes profesionales se componen con el rubro “Trayectoria”, cuyo puntaje máximo asciende a 30 y con el rubro “Especialidad”, por el cual se reconocen hasta 40 puntos como máximo.

Sintéticamente señalamos que para la ponderación del rubro “Trayectoria” existe una profunda reglamentación, la que

establece pautas discriminadas para considerar de modo diferenciado a los profesionales que se desempeñan dentro del sistema de administración de justicia, como profesionales liberales o en el mundo académico. Asimismo se establece una “Pauta Correctiva” para evitar que se pierdan puntos por parte de los postulantes que linealmente considerada su trayectoria sobrepasen el límite máximo de puntaje que pueda corresponderles. Asimismo, existe una graduación diferenciada de los valores a reconocer en función de que se trate de un concurso para cargos de primera instancia o de alzadas.

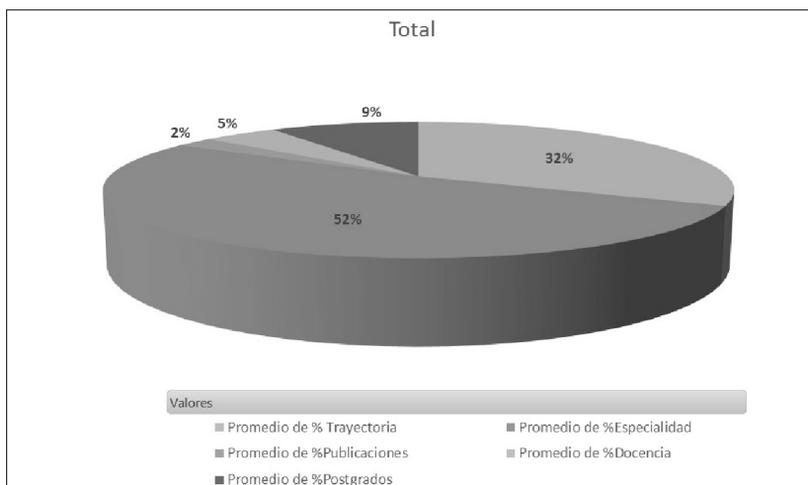
Por su parte, respecto del rubro “Especialidad”, se otorgan hasta 40 puntos a los postulantes que acrediten su desempeño en funciones judiciales o labores profesionales vinculadas con la especialidad de la vacante a cubrir.

Según se indica en la reglamentación, la calificación del rubro en cuestión se ha diseñado teniendo en cuenta dos elementos: por un lado el tiempo de desempeño en cargos en el ámbito del Poder Judicial o Ministerio Público y/o en el ejercicio privado de la profesión, y/o en funciones públicas –en otros organismos, y/o la actividad académica y/o la actividad científica; y por otro, la vinculación de la especialidad de ese desempeño con la especialidad del cargo en concurso, también ponderándose si el cargo a cubrir es de primera instancia de alzada. A tales efectos, se valora el desempeño profesional en forma global a fin de determinar de modo fehaciente cuál es la especialidad que ostentan, pudiendo aplicarse un porcentual de descuento a los postulantes que acrediten una relación de modo parcial con la especialidad concursada.

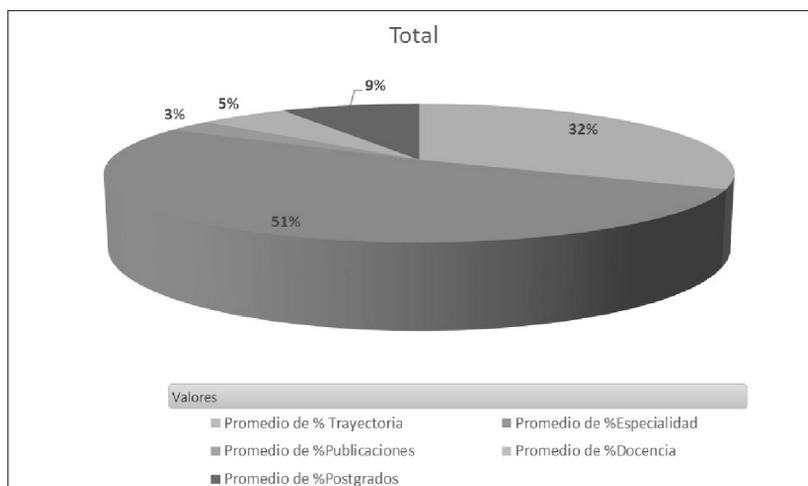
De modo independiente se prevé la ponderación de los antecedentes académicos, categoría que se subdivide en “Publicaciones”, “Docencia” y finalmente “Postgrados”, pudiendo obtenerse por cada uno de estos rubros como máximo 10 puntos.

Para cada uno de ellos se establece una valuación detallada sobre cómo corresponde asignarse una calificación, donde cobra particular relevancia la realización de cursos ofrecidos por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura.

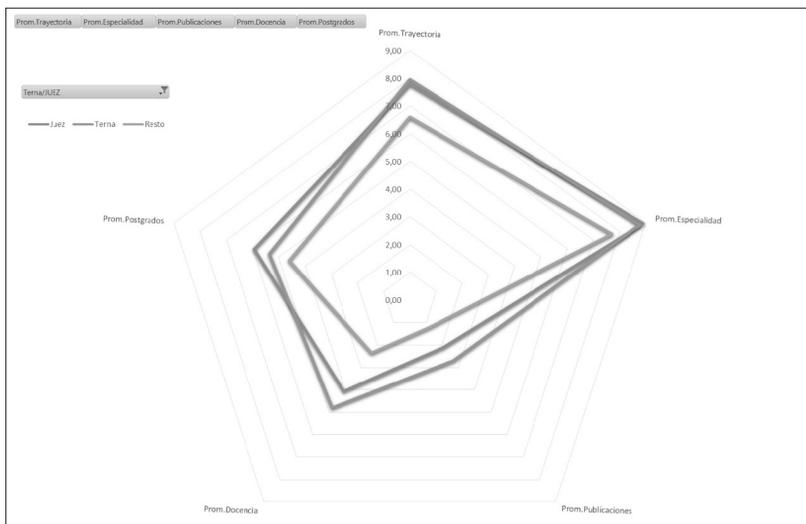
Analicemos cuantitativamente los puntajes asignados a los participantes que componen la muestra bajo análisis. Para comenzar podemos mostrar cómo se reparten efectivamente los puntajes totales para la muestra, a efectos de comprender cuanto termina representando en términos porcentuales cada uno de los rubros.



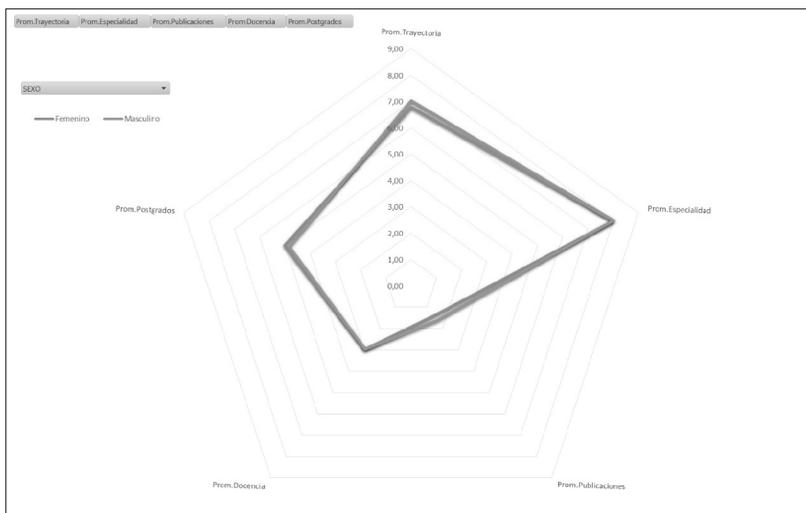
Para el caso de los magistrados designados, dichos porcentajes se reparten del siguiente modo.



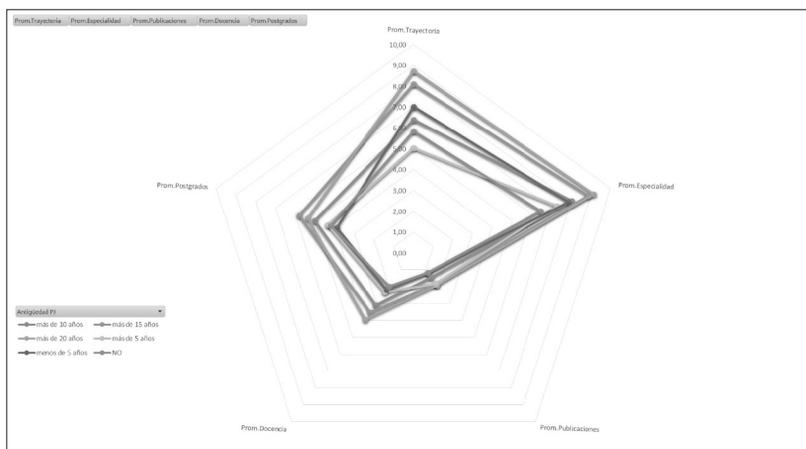
En el siguiente gráfico podemos observar la valoración de los antecedentes clasificados por Jueces designados, candidatos ternados y resto de candidatos.



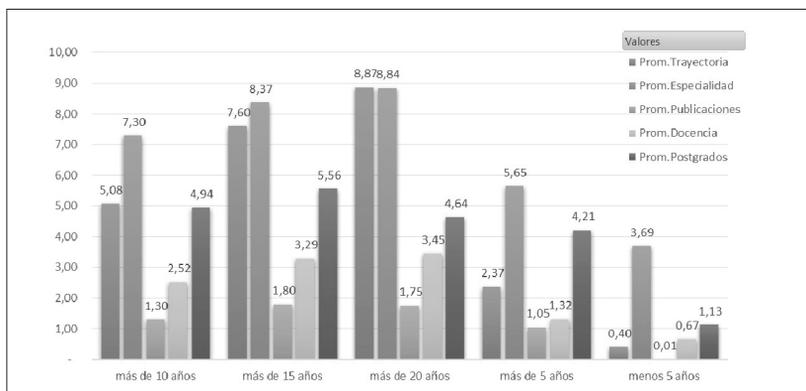
Analizando la muestra desde una perspectiva de género nos encontramos con una paridad en las calificaciones promedios, como puede observarse en el gráfico que sigue.



Ahora bien, si analizamos las calificaciones promedio agrupándolas en función de su desempeño dentro del sistema de administración de justicia encontramos ciertas diferencias.

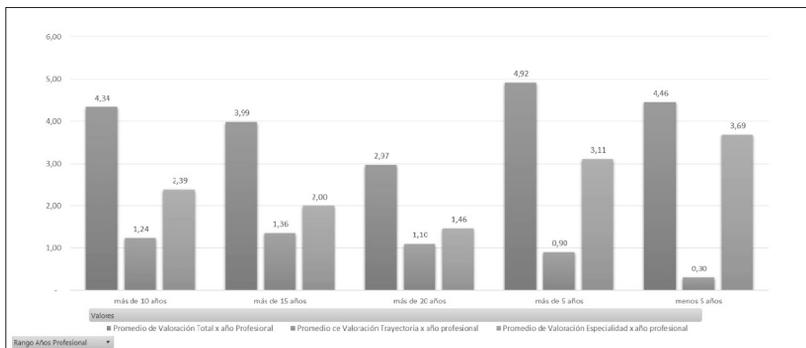


Otra forma de analizar los datos expuestos, se vincula con el cálculo de los promedios obtenidos según los rangos de años desde que los candidatos obtuvieron su título de grado.

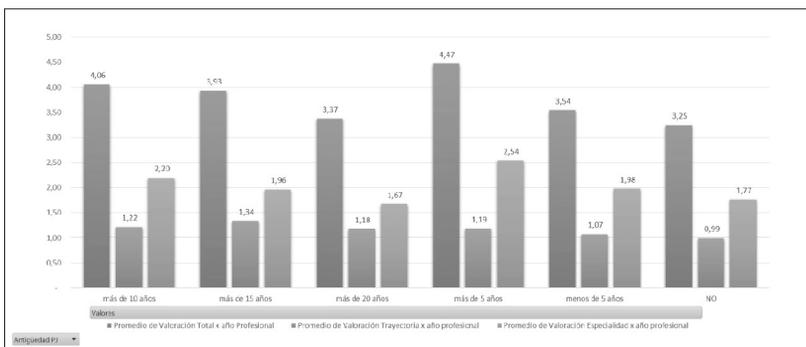


Esta disparidad justifica el análisis de una variable correctora como es la valuación de los rubros en función de rangos de años como profesionales. En el gráfico que se encuentra a continuación se realiza tal operación, pero focalizándonos en la

variable globalmente considerada y en los rubros más representativos (Trayectoria-Especialidad).



Este mismo dimensionamiento se puede realizar en función del desempeño dentro del sistema de administración de justicia, recordando que el valor “NO” es para aquellos concursantes que nunca se desempeñaron dentro del mismo.



Analizado el comportamiento en los distintos rubros que se califican corresponde indagar sobre el impacto concreto en los magistrados finalmente designados.

V. La efectiva relevancia del “mérito” en las designaciones efectuadas

Conforme expresamos en las primeras líneas del presente trabajo, era nuestro objetivo trazar la relevancia del “mérito” al momento de las designaciones.

A tales efectos entendimos como “mérito” el desempeño de los candidatos dentro de cada concurso en el examen de oposición y las calificaciones obtenidas en sus antecedentes.

Como primera aproximación, podemos analizar lo acontecido en la confección de las ternas, esto es los 148 postulantes que compusieron las respectivas ternas enviadas por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo. En efecto a continuación podremos observar la representación porcentual de los candidatos ternados en función del puntaje obtenido en la calificación de sus antecedentes.



Esta misma estratificación se realiza sobre los candidatos que en definitiva fueron designados.



Este mismo ejercicio puede ser realizado con respecto al puesto que cada postulante ternado y efectivamente designado ocupó en la calificación asignada en el examen de oposición.



A continuación lo propio respecto de los candidatos que finalmente fueron designados.



Ahora bien, siendo estos aspectos los centrales en el objeto de la presente indagación, procedimos a trazar la intersección entre el máximo rendimiento en el examen de oposición y la más alta calificación de los antecedentes, siempre de modo intrínseco en cada proceso concursal.



De este modo, bajo la muestra analizada, resulta que existe una baja relación del “mérito” del candidato dentro del concurso y su efectiva selección y designación, ya que tan sólo fue seleccionado un 4% de los concursantes que se destacaron con la máxima calificación en el concurso en cuestión tanto en los rubros antecedentes como en la corrección del examen de oposición.

VI. Breves corolarios preliminares

En la intención de comenzar a comprender cómo es cuantitativamente el proceso de selección de magistrados, en otro trabajo se comenzó por relevar lo acontecido en el derecho comparado².

Al respecto, y según analizamos en aquella oportunidad, las reformas a los sistemas de administración de justicia implementadas en Latinoamérica, han despertado el interés de investigadores, centrando sus estudios en el impacto de dichas reformas en la “independencia” misma del sistema, enfocándose en el análisis del contenido cualitativo formal, o bien en los “productos” o los resultados de su implementación.

Uno de los principales desafíos se refiere a la evaluación del impacto de la reforma en los sistemas jurídicos y judiciales; un reto que es particularmente difícil. El “producto” de un sistema legal no es fácil de cuantificar, y es igualmente difícil equilibrar la “eficiencia” contra objetivos cualitativos como “la justicia”.

En la especie nos encontramos con problema estructural que afecta la casi totalidad de judicaturas de nuestra región, que consiste en la ausencia de información de lo que pasa al interior de los sistemas de administración de justicia, tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

² Esto fue realizado en el primero de los trabajos de investigación publicados: “Las reformas del sistema de administración de justicia y los procesos de selección de magistrados”, Revista Derechos en Acción, Año 4, N° 12, Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 609-707, ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686. Puede accederse vía web en la siguiente dirección <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/8757/7593>

Así la ausencia de información empírica imposibilita cualquier esfuerzo de planificación estratégica y convierte la reforma de la justicia en un catálogo de buenos propósitos sin respaldo analítico de alguna naturaleza lo que a la postre impide la comunicación con los funcionarios de otros poderes especialistas en el tema.

En esta oportunidad, se procedió a ampliar y actualizar la muestra y profundizar en la línea de indagación vinculada con el “mérito” y su ponderación en la designación efectiva.

Los resultados muestran una baja correlación entre el desempeño de los candidatos y su designación efectiva, aspecto que conforme se aclaró, no se relaciona con la acreditación de una adecuada idoneidad, sino con la relevancia de las máximas calificaciones y la elección que se realiza en la instancia de control político.

En la inteligencia de cuantificar el comportamiento de las instituciones, resultará de interés seguir la evolución de estos aspectos para contar con información certera de cara a la adecuada toma de decisiones y eventuales propuestas de correcciones.

Clases en primera persona. Narrativas orales y construcción de saberes: una experiencia de innovación educativa en la enseñanza del Derecho Político

First-person classes. Oral narratives and construction of knowledge: an experience of educational innovation in the teaching of Political Law

Aulas em primeira pessoa. Narrativas orais e construção de conhecimento: uma experiência de inovação educacional no ensino do Direito Político

Cours à la Première personne. Récits oraux et construction des savoirs: une expérience d'innovation pédagogique dans l'enseignement du droit politique

第一人称课程。口述叙事和知识积累：政治法教学中教育创新的经验。

*María Verónica Piccone*¹ | Universidad Nacional
de Río Negro, Argentina

*Mariano Lovelli*² | Universidad Nacional de La Plata,
Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 112-133

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e332>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6068-4534>

<https://orcid.org/0000-0003-4871-0565>

Recibido: 25/10/2019

Aprobado: 25/11/2019

¹ UNRN, Centro Interdisciplinario de Estudios Sobre Derechos Inclusión y Sociedad, Río Negro, Argentina. Prof. adjunta Reglas de Derechos Humanos y Derecho Constitucional, Directora de la Carrera de Abogacía, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. adjunta ordinaria de Derecho Político, Cátedra III. Correo electrónico mvpiccone@gmail.com.

² Prof. Adjunto Interino y Jefe de Trabajos Prácticos Ordinario, Derecho Político, Cátedra III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Correo electrónico: mloveli@gmail.com.

Resumen: El trabajo es el resultado de algunas inquietudes surgidas en el marco de la labor docente que desarrollamos en la Cátedra III de materia Derecho Político de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Desde su creación, nuestra cátedra ha considerado que la enseñanza del Derecho Político no debe centrarse en la dinámica del poder, sino tener puesta la mirada en los derechos de los habitantes, concebidos como derechos humanos. En este marco construimos *Clases en Primera Persona* como una práctica de enseñanza que rescata además el valor del testimonio vivencial, vuelve fiable desde la narración de lo vivido lo que desde los libros puede ser percibido como mero discurso. Pero lejos de ser inmovible, en el aula puede ser puesto en tensión, porque la clase abre el diálogo, invita a recorrer no sólo hechos y conceptualizaciones, sino también sentimientos y frustraciones de quienes estuvieron allí.

Palabras claves: Educación- Derechos Humanos- Derecho Político- Experiencias

Abstract: The work is the result of concerns arising in the framework of the teaching work that we developed in the III Chair of Political Law at the Faculty of Legal and Social Sciences of the National University of La Plata. Since its creation, our Chair has considered that the teaching of Political Law should not focus on the dynamics of power, but rather have an eye on the rights of inhabitants conceived as human rights. In this framework we build First Person Classes as a teaching practice that also rescues the value of experiential testimony, makes reliable from the narration of what has been lived what from books can be perceived as mere discourse. But far from being unmovable, in the classroom it can be put in tension, because the class opens the dialogue, it invites to go through not only facts and conceptualizations, but also feelings and frustrations of those who were there.

Keywords: Education- Human Rights- Political Law- Experiences

Resumo: O trabalho é o resultado de algumas preocupações que surgiram no âmbito do trabalho docente que desenvolvemos na Cadeira III de Direito Político da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata. Desde sua criação, nossa cadeira considerou que o ensino do Direito Político não deveria focar na dinâmica do poder, senão ter colocado o foco nos direitos dos habitantes, concebidos como

direitos humanos. Nesse contexto construímos aulas em primeira pessoa como uma prática de ensino que também resgata o valor do testemunho experiencial; torna-se confiável a partir da narração do que foi vivido, o que desde os livros pode ser percebido como mero discurso. Mas longe de ser imóvel, na sala de aula pode ser colocado em tensão, porque a aula abre o diálogo, nos convida a explorar não apenas fatos e conceituações, senão também sentimentos e frustrações de quem estava lá.

Palavras-chave: Educação - Direitos Humanos - Direito Político - Experiências

Résumé: Ce travail est le résultat de certaines préoccupations surgies dans le cadre du travail d'enseignement que nous développons dans la chaire III de droit politique du département des sciences juridiques et sociales de l'Université Nationale de La Plata. Depuis sa création, notre chaire a considéré que l'enseignement du droit politique ne devait pas être centré sur la dynamique du pouvoir, mais sur les droits des habitants, conçus comme les droits de l'homme. Dans ce cadre, nous construisons des classes à la «Première Personne» en tant que pratique pédagogique qui réhabilite la valeur du témoignage à partir du vécu, qui redevient fiable à partir de la narration de ce qui a été vécu et de ce qui à travers les livres peut être perçu comme un simple discours. Mais loin d'être immuable, il peut être mis en tension durant la classe, car la classe permet le dialogue, nous invite à explorer non seulement les faits et les conceptualisations, mais aussi les sentiments et les frustrations de ceux qui étaient présents.

Mot-clés: Education - Droits de l'homme - Droit politique - Expériences

摘要: 这项工作是在我们在拉普拉塔国立大学法律与社会科学学院政治法系主席三所开展的教学工作框架内提出的一些关注的结果。自成立以来,我们的主席认为,政治法的教学不应侧重于权力的动态,而应侧重于被视为人权的居民的权利。在此框架中,我们将“第一人课程”构建为一种教学实践,这也可以挽救经验性证词的价值,从对生活的叙述中可以发现,书中的内容可以视为纯粹的言语,因此变得可靠。但是,在课堂上,紧张感远非一成不变,因为班级开启了对话,邀请我们不仅探索事实和概念化,而且探索在场的人们的情感和挫败感。

关键字: 教育, 人权, 政治法, 经验

I. Presentación

El trabajo muestra el resultado de algunas inquietudes surgidas en el marco de la labor docente que desarrollamos en la Cátedra III de materia Derecho Político de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Nos moviliza la búsqueda de propuestas que entusiasmen a los y las estudiantes con contenidos de la disciplina y a la vez refuercen el compromiso de la universidad con la vigencia de los derechos humanos en una dimensión amplia. ¿Es posible fomentar un ámbito dialógico sobre el pasado reciente sólo con la mediación de lo/as docentes y la articulación con lecturas teóricas y trabajos prácticos? ¿Tenemos a disposición interlocutores con la capacidad de transmitir saberes desde su experiencia vital, salvando las fronteras impuestas por las narrativas escritas? ¿Podemos generar espacios en que lo/as protagonistas, a través de la transmisión de sus vivencias en el aula, construyan saberes colectivos desde un lugar ajeno a la academia? ¿Debemos hacerlo?

Estas son algunas de las inquietudes que rondaban a los y las integrantes de la cátedra y la respuesta a todas ellas fue positiva. Desde su creación, nuestra cátedra ha considerado que la enseñanza del Derecho Político no debe centrarse en la dinámica del poder, sino tener puesta la mirada en los derechos de los habitantes, concebidos como derechos humanos.

Esta postura, no sólo parte de que nuestra Facultad ha optado por designar a la asignatura como Derecho Político y no como Teoría del Estado, denominación más habitual en las facultades de derecho y de impronta cratoscéntrica, sino que se vincula fuertemente con la historia de nuestra Universidad, nuestra Facultad y nuestra Cátedra.

La Universidad Nacional de La Plata tiene una amplia trayectoria de lucha por los derechos de los/as menos favorecidos y también, ha sido una de las más castigadas por las distintas formas que asume el estado policial. Los y las integrantes de nuestra comunidad universitaria, no sólo fueron

detenido-desaparecidos/as, secuestrados/as, torturados/as, violadas/as durante la dictadura cívico-militar 1976-1983 –la Universidad tiene más de 750 víctimas, contando asesinados y detenidos-desaparecidos– sino también reprimidos por fuerzas parapoliciales antes del 24 de marzo de 1976.

Una de las muchas víctimas del accionar de la Triple A de nuestra Facultad fue el integrante de esta cátedra, Silvio Frondizi. Intelectual brillante, autor de libros que hoy continúan vigentes en el programa de la materia, abogado de presos políticos, fue asesinado por más de 50 balazos el 27 de septiembre de 1974.

Para nosotros/as, la consideración académica de los derechos humanos como “significante central en la modernidad” se conjuga entonces con una pertenencia institucional que se replica con humildad, en trayectorias y recorridos en diversos espacios vinculados a la promoción y defensa de los derechos humanos.

Desde ese lugar, nos preguntamos si además de abordar los contenidos epistemológicos que describen y problematizan distintas dinámicas asociadas a la democracia, el estado constitucional y social de derecho y la vigencia de los derechos humanos en un sentido amplio, no era posible encontrar interacciones fuera de los libros de textos y la mediación de lo/as docentes.

II. Inquietudes docentes e innovación educativa

Establecer los elementos que conforman el régimen democrático y su contraste con otros regímenes políticos y, fomentar el desarrollo de un compromiso con el estado de derecho constitucional, democrático y social son algunos de los objetivos de nuestro Programa de estudios

Pero la pregunta a la que debe responder todo programa es también ¿De qué manera podemos contribuir a la realización de esos objetivos?, ¿Cuáles son las propuestas metodológicas coherentes con los mismos? En la cátedra III de Derecho Político procuramos desarrollar un conjunto de técnicas que faciliten e incentiven la participación del estudiantado, en un contexto de construcción colectiva de conocimientos, dialógica y de doble

sentido, intentando que los roles de educador/a - educando/a no se fosilicen, priorizando una retroalimentación constante

“*Clases en Primera Persona*” es un proyecto de innovación docente que va en línea con ese sentido, surgido de la iniciativa del Prof. Mariano Lovelli y hecho propio por el conjunto de los y las docentes de la cátedra.

El objetivo fue llegar al estudiantado de nuestra cátedra, de la Facultad y la Universidad a través de la voz de los protagonistas de diferentes sucesos histórico-políticos. Las *Clases*, que comenzaron dictándose en las aulas de la facultad, ha crecido y han encontrado nuevos espacios de reunión, para potenciar la participación no sólo de los y las estudiantes regulares, sino también de aquellos/as que se sientan interesados: son abiertas y de acceso libre, como deben ser todas las de una universidad pública.

En nuestras tareas docentes, no pocas veces notamos cierta dificultad por parte del estudiantado para comprender en sus múltiples y complejas dimensiones algunos acontecimientos de nuestra historia reciente, tanto argentina como nuestroamericana. Si bien el abordaje a través del marco teórico podía considerarse aceptable en función de las respuestas ante los requerimientos docentes –sea a través de trabajos prácticos o en evaluaciones– sentíamos que debía fomentarse una percepción más real y concreta con los hechos. Encontrábamos cierta disociación y falta de comprensión entre lo puesto a disposición en la bibliografía y, la percepción recogida en las clases.

Debe considerarse que de acuerdo al plan de estudios de la carrera de abogacía la materia se encuentra en el primer año y, aunque en la práctica los y las estudiantes acceden en su segundo año de Facultad, el promedio de edad no suele superar los 20 años. Y ello supone una lejanía con los sucesos históricos que dificultan la internalización buscada y deseada por las y los profesores.

Los distintos enfoques utilizados para poder abordar la temática no lograban internalizar en el estudiantado las consecuencias reales, concretas y cotidianas que ha generado el terrorismo de estado. Sobre todo, nos quedaba la sensación de

que se lo consideraba un hecho histórico, del pasado, tal vez tan lejano como la Revolución de Mayo. A partir de allí, pensamos que debíamos revisar nuestras propias metodologías y nos propusimos convocar a personas protagonistas de los hechos, alejadas de las construcciones analíticas pero cercanas a la toma de decisiones: sujetos políticos reales y concretos.

Buscamos de esta manera que el estudiantado se involucre desde otro lugar con los distintos temas que componen la materia, a través del mensaje, la experiencia y la enseñanza que diversos sujetos sociales y políticos invitados a las clases, que ayuden en el proceso de aprehensión cognitiva, sobre un pilar fundamental que claramente excede a la educación formal.

Además, aunque objetamos todo tipo de educación “bancaria”, en el sentido de la crítica realizada por Paulo Freire, somos conscientes de que debemos mirarnos a nosotros/as mismos/as para no replicar en ocasiones ciertas prácticas asociadas a la enseñanza dogmática jurídica. A la vez, también sabemos que en ocasiones, los y las estudiantes se comportan como “alumnos”³ en el sentido de esperar que los contenidos de la asignatura sean “traducidos”, “sintetizados”, por el o la profesor/a de la materia: demandan una conclusión que resuelva cuestiones como la llamada “teoría de los dos demonios” o la forma apropiada de usar la palabra “genocidio” .

Como docentes, nos demandamos entonces encontrar alternativas que procuren salir de esa dinámica y la invitación a personas que, en términos generales, no son “académicas” o que, si lo son, no son convocadas por ese motivo. Es decir, fue una forma de problematizar los temas y dar cuenta de que hay otros saberes, que surgen de experiencias más o menos ajenas a las aulas. Son saberes que se construyen a partir de la participación en las marchas por la “Aparición con Vida” en plena dictadura cívico-militar; las que se aprehenden exigiendo –y logrando- incorporar el derecho a la identidad en la

³ Si seguimos a aquellos que entienden que significa “carente de luz”, por tanto “iluminado” en el proceso de enseñanza.

negociación de la Convención sobre los Derechos del Niño/a o, consiguiendo que se cree dentro de la estructura estatal un “Banco de Nacional de Datos Genéticos” o, las que se desarrollan desempeñándose como embajador de un país atravesado por un proceso empoderamiento de su plurales naciones originarias, para sintetizar sólo algunos ejemplos.

Así, a la par del marco puesto a disposición en el programa y en la bibliografía, el estudiantado puede escuchar una palabra diversa a partir del acercamiento a otra subjetividad, a otro saber situado y preguntar y cuestionar a diversos/as actores directamente.

Cabe destacar al respecto que dado el carácter cuatrimestral de la materia, la realización de “clases” se lleva a cabo dos veces por año, a razón de una por curso; asimismo, la elección de las fechas para su realización no es azarosa: se busca llevarlas a cabo en el curso correspondiente al primer cuatrimestre durante la semana de la memoria en el mes de marzo y en el curso correspondiente al segundo cuatrimestre, durante la semana del estudiante en septiembre. La elección de las fechas tiene que ver con el contexto general que se vive en dichas semanas, lo cual influye para que las actividades generen una atención extra.

Si bien, como se indicó más arriba, la experiencia comenzó a partir de la iniciativa del Prof. Lovelli en el marco de su comisión, luego fue tomada institucionalmente por la cátedra, utilizando el espacio del Profesor Titular –el Dr. Alejandro Médici– para que la misma tuviera alcance a todo el estudiantado de la misma.

Ante la rápida y notable aceptación por parte del estudiantado a la propuesta pedagógica, desde la cátedra continuamos en la búsqueda de hacer aún más efectiva y certera la experiencia y de allí fue que además de la importancia de ‘la primera persona’, también se consideró conveniente y oportuno revisar la locación de la propia exposición.

A partir de un análisis de la situación y pensando en dichos objetivos, fue que se pensó en la posibilidad de utilizar un espacio para la memoria; vale decir *sacar el aula de la Facultad*.

En paralelo a la evaluación de tal posibilidad, a partir del mes de marzo de 2018 comenzó a funcionar en el Ex Comisaría Quinta, ubicada en Diagonal 74 entre 23 y 24 de La Plata, un Espacio para la Memoria, administrado conjuntamente por la Provincia de Buenos Aires y la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo. Cabe reseñar que en instalaciones de la dependencia policial funcionó un Centro Clandestino de Detención (CCD) y una maternidad clandestina durante la última dictadura cívico militar y su desafectación fue solicitada por dicha asociación en los alegatos del proceso penal denominado “Circuito Camps”⁴. Los jueces, a fines del año 2012 al dictar sentencia, exhortaron a la Provincia de Buenos Aires a preservar el sitio y desde entonces se inició un proceso de desafectación y traspaso del mismo, que finalizó unos cinco años después.

Ante tal posibilidad, fue que se pensó en desarrollar las “clases en primera persona” en dicho lugar, otrora sitio del terror, hoy centro de la memoria. Ya no sólo las “clases” serían protagonizadas por la o el invitado, sino por la locación misma, cobrando de esta forma vida propia. Hablarían las y los protagonistas junto al propio sitio a la vez.

Es por eso que creemos que esta experiencia educativa también ayuda a mostrar las diferentes dimensiones, no siempre puestas en escena, de los y las docentes de la cátedra. El respeto por el proceso de enseñanza aprendizaje, entendemos, conlleva cierto recorte de la expresión del/a educador/a de acuerdo a su función, que de alguna manera eclipsa otras facetas. Esas otras caras forman parte a veces de lo que se dice “fuera” de la clase, de lo que circula. *Clases en Primera Persona*, sin ponerlo como

⁴ Se juzgaron crímenes cometidos en los Centros Clandestinos de Detención Brigada de Investigaciones de La Plata, Arana y Comisaría Quinta. El Tribunal Oral Federal N° 1 de La Plata, con fecha 25 de marzo de 2013, resolvió exhortar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, a fin que se desafecten las dependencias policiales que funcionaron como Centros Clandestinos de Detención durante la última dictadura cívico-militar, especialmente la Comisaría Quinta de La Plata (apartado sexto, considerando 12), e instar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que dicha Comisaría sea destinada a Sitio de Memoria (apartado sexto, considerando 13).

modelo, lo muestra. Porque en definitiva somos personas, sobre todo quienes hemos estudiado abogacía, con un conjunto de múltiples ámbitos de desempeño laboral: sólo en los últimos años ha habido entre los integrantes de la cátedra diputado/as nacionales; una defensora de pueblo de la ciudad; consejero/as directivos de la Universidad; candidatos a cargos municipales; gestores de diversas áreas de la universidad, incluyendo espacios vinculados a la promoción y la protección de los derechos humanos; abogado/as de litigios estratégicos de interés público, integrantes de ONG's; etc. Son cuestiones ajenas al *currículum* expreso, y que, a nuestra consideración, no deben formar parte de las clases – rechazamos con fervor la práctica de ir a las clases a “contar anécdotas” de lo realizado en tal o cual función, las aulas universitarias no deben ser espacio para alimentar vanidades– pero que nos constituyen, y en ocasiones deben ser visibles porque esa pluralidad seguramente se replicará, por ciertas condiciones de nuestra profesión, en el estudiantado.

El estudiantado, también como dice Freire, tiene múltiples saberes y variadas facetas que se pueden soltar y percibir en esta experiencia, porque la narración recupera experiencias vitales y provoca una reflexión sobre el propio recorrido.

III. Algunas clases en primera persona

La primera de esas clases en primera persona la brindó en la primavera del año 2013 Ernesto Alonso, ex presidente del CECIM y por entonces Presidente de la Comisión Nacional de ex combatientes de Malvinas. Fue una experiencia enriquecedora donde expuso las vivencias del conflicto de Malvinas en clave de derechos humanos –dados los delitos de lesa humanidad cometidos por la jerarquía militar contra los soldados conscriptos– como así también la importancia geopolítica del atlántico sur en el concierto internacional.

Sin embargo, la segunda de las clases fue sin duda el quiebre, el momento crítico incluso para nosotros/as, con la visita de Adelina Dematti de Alaye. Aunque en nuestro medio Adelina

no requería presentación, para aquellos que no habían tenido el gusto de conocerla diremos que Adelina, nacida en Chivilcoy, hecho que siempre la enorgulleció, fue maestra y se convirtió en Madre de Plaza de Mayo a partir de secuestro y desaparición de su hijo Carlos, estudiante de la Universidad. A partir de allí, su compromiso con los derechos humanos definió su vida y la unió a la Universidad que en 2009 la declaró Doctora Honoris Causa. Diversos caminos recorridos por los y las integrantes de la Cátedra nos habían otorgado el honor de conocerla y trabajar, incansables horas para seguir su ímpetu, con ella⁵.

Su intervención con el estudiantado se dio en marzo de 2014 en el marco del Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia y produjo un cimbronazo en el auditorio entero. Las devoluciones orales de las y los estudiantes nos convencieron de que debíamos profundizar la experiencia. Ello nos llevó además a decidir solicitar a los y las participantes una reflexión escrita sobre lo escuchado en relación con el marco teórico y la bibliografía del programa.

Cuando en la primavera de 2015 llevamos a cabo la clase con Estela de Carlotto, presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo, debimos utilizar un espacio aún más grande que el aula de la clase del prof. Titular, ya que participaron muchísimos estudiantes que no pertenecían a nuestros cursos. Fue evidente que hacía mucha falta su visita: las preguntas no se detenían –desde cuestiones estrictamente personales, como situaciones de la vida cotidiana de su hija Laura, hasta el procedimiento científico del Banco Nacional de Datos Genéticos– y también, como dice el canto popular “Madres de la Plaza el pueblo las abraza”, los brazos que querían saludar a Estela.

Si los hechos pasados han de ser interpretados, relacionados, analizados; merituadas sus causas y efectos para descubrir su sentido (Todorov, 2002:48), nosotros/as, para tratar de

⁵ El afecto y el compromiso de Adelina Dematti de Alaye con la universidad fue tal que cuando murió, fue velada por su expreso pedido en la Sala del Consejo Superior de la Universidad Nacional de La Plata.

acercarnos a ese sentido, no sólo invitamos a madres y abuelas, sino también a nietos y sobrevivientes.

Luego, nos acompañó en dos oportunidades Pablo Díaz, uno de los jóvenes secuestrados en esa tremenda sucesión de días de septiembre de 1976 que se conoció con el nombre de *Noche de los Lápices* y sobrevivió a la dictadura. Lo invitamos porque un suceso tan violento, trágico y trascendental para la educación, no puede ser recuperado en forma sesgada, a partir únicamente de un film guionado, sobre todo cuando además pasó en La Plata. Los “chicos” y las “chicas” detenidos-desaparecidos en esos días, eran mucho más que unos “perejiles” en busca de un boleto estudiantil. Por eso también invitamos en 2019 a Emilce Moler, otra sobreviviente que fue secuestrada cuando estudiaba en el Bachillerato de Bellas Artes perteneciente a la Universidad Nacional de La Plata. Emilce representa también a una juventud comprometida que sufrió en el cuerpo las huellas de ese compromiso pero que a la vez encontró caminos para aportar desde lo académico a la construcción de la justicia.

Nos acompañó además Leonardo Fossati, un nieto recuperado. Contó cómo se enteró de que había nacido en la Comisaría Quinta de La Plata, a escasos 3 kilómetros de esta Facultad donde ahora se desarrollan las clases; narró lo paradójico que le resultaba saber que su padre siempre va a ser en su memoria alguien más joven que el mismo, y un montón de otras cosas más que sólo pueden vivenciarse a través de la palabra de los/as protagonistas.

También estuvo Matías Moreno, integrante de HIJOS, hijo de Carlos Alberto Moreno, un abogado recibido en nuestra Facultad, que se dedicó a defender obreros mineros en Olavarría, a raíz de lo cual fue secuestrado en abril de 1977. Pero a Matías, como a otro/as le tocó también otra lucha, otros juicios, los de *lesa humanidad* y nada menos que vinculados al poder económico de una empresa poderosa como Loma Negra S.A.

Igualmente fue muy significativa la visita de Liborio Flores Enríquez, cuando se desempeñaba como Embajador del Estado

Plurinacional de Bolivia ante la República Argentina, quien reflexionó acerca las dignas luchas nuestroamericanas y el proceso de transformación vivido en la hermana república a partir del año 2006, con la llegada al poder de Evo Morales, víctima del reciente golpe de estado que enluta a la región y vuelve a traernos lo peor de las experiencias dictatoriales del pasado.

Como antes se expresó, ante el éxito de la experiencia se pensó en profundizarla, utilizando además un espacio que hable por sí mismo. Y ante la desafectación y entrega para su administración como espacio para la memoria de la Comisaría Quinta, se propuso a Abuelas de Plaza de Mayo utilizar el sitio para llevar a cabo las clases. Así el estudiantado luego de escuchar e interactuar con el o la invitada, puede recorrer y conocer la historia del ex centro clandestino de detención y sus instalaciones. ¿Cuánto más sentido le encontrarán los y las estudiantes a *Poder y Desaparición, Los campos de concentración en Argentina, un libro cardinal de Pilar Calveiro, luego de ver un Centro Clandestino de Detención personalmente?*

La aceptación de quienes administran el lugar hizo que la experiencia educativa se potenciara. Ya no sólo hablaba el protagonista, sino que lo hacía situadamente. La clase que inauguró esta nueva etapa fue la que tuvo nuevamente como protagonista a Leonardo Fossati. Leonardo contó su historia a otro/as estudiantes, pero ahora en el lugar que sucedieron los hechos que son a la vez historia social y su propia historia, porque Leo nació en cautiverio en la Ex Comisaría 5ta..

Demás está decir el impacto de quienes participan de estas actividades de escuchar al protagonista y luego recorrer las instalaciones, recibiendo además la información necesaria para tener una certeza de lo allí sucedido, hizo que los objetivos planteados por el cuerpo docente de la cátedra fueran ampliamente satisfechos y superados.

Como dijimos, lo más relevante es que *Clases en Primera Persona* ayuda a pensarse y a pensarnos en el lugar del otro y de la otra, a ponerse la camiseta, pero no desde la lógica del

relato aséptico y objetivo, sino desde el lugar más complejo de las vivencias plagadas de incertidumbres, contradicciones, inquietudes, búsquedas, encuentros y desencuentros.

Clases en Primera Persona nos ha dado vuelta a nosotros/as como docentes también, incluso cuando ante alguna ausencia, se ha pasado un documental en línea con Clases, como es “Botín de Guerra”⁶: la presencia en tiempo real, o en la pantalla, tuvo siempre el mismo efecto sobre los y las estudiantes porque también nos mueve de otra manera a nosotros/as.

El documental basado en la historia de la asociación Abuelas de Plaza de Mayo no sólo fue reproducido a modo de “Clase” en el aula, sino también en el propio sitio de la memoria que, como ya se mencionó, también funcionó como una maternidad clandestina. De allí que también en este caso se potenció la experiencia ya que luego de su reproducción, las y los estudiantes podían observar *in situ* el lugar donde las detenidas desaparecidas parieron a sus hijas e hijos.

IV. Las reacciones de estudiantes. Sus propias experiencias de aprendizaje

Las devoluciones escritas de las personas que participaron de esta experiencia de innovación educativa no hacen otra cosa que animarnos a continuar con la misma y de buscar formas y modos no alternativos de aprehensión de conocimientos.

A modo de síntesis, compartimos unas pocas reflexiones hechas por distintos estudiantes que condensan todas las sensaciones, conceptos, saberes y emociones de aquellas y aquellos que hemos participado de esta experiencia que, a medir por sus resultados, es el momento más gratificante de cada cuatrimestre.

Respetando las identidades de quienes escribieron las líneas que siguen, compartimos dos devoluciones acompañadas de algunos comentarios que nos hacen pensar en una indagación

⁶ Documental dirigido por David Blaustein (2000).

preliminar, que denotan procesos de apropiación de saberes y dan cuenta de tensiones desatadas a partir de la clase. Los dos comentarios están transcritos integralmente, pero intercalamos nuestras reflexiones a modo de glosa en la letra regular, para que quienes quieran leerlos completos puedan hacerlo con facilidad. En el primer caso se trata de una estudiante que curso en el segundo cuatrimestre de 2017:

“Aunque siento que me estoy arriesgando a dar tan abiertas declaraciones, no puedo pensar en mentir para quedar bien.

Sobre la reflexión del documental⁷, creo que es necesario primero aclarar que yo crecí en una como así se les dice “bien”, fui a colegio privado y católico, religión que todavía practico, voy a misa cada domingo, me moví siempre en un mismo ambiente, mi familia piensa como yo, mis amigos piensan como yo, mi novio piensa como yo, por lo que nunca me sentí culpable de pensar de determinada manera, no era la única. Dentro de esta línea de pensamiento con la cual yo me críe, está el “algo habrán hecho”, no en el sentido de que merecían lo que les paso, sino en el de que ellos mismos se lo buscaron. No voy a negar que una parte de mi todavía tiene interiorizada esa idea, pero realmente el video sirvió para dejarme pensando un rato.

En mi casa, más bien mi ambiente, montoneros, peronismo, populismo y hasta rebelión es mala palabra, por lo tanto, nunca me detuve a hacer un análisis muy profundo sobre lo que realmente fue el 24 de marzo del 76, o quizás sí, pero siempre lo veo de la misma manera, no le doy tanta vuelta al asunto, y listo. Para mí siempre fue una lucha de “malos contra malos”, obviamente que siempre me pareció atroz el tema de la tortura, el secuestro, la desaparición, pero lo considere producto de esa guerra que atravesaba el país en ese momento. Pero nunca me puse del otro lado de la vereda, ni quise ponerme en el lugar de aquellos “subversivos”.

⁷ Esta persona se refiere al documental “Botín de Guerra”.

Como podemos leer la clase puso en tensión diferentes memorias: una memoria social vinculada a la experiencia individual y familiar que rechaza y demoniza al activismo de distintas organizaciones políticas de los años setenta y actuales, a la vez que las responsabiliza de los hechos sucedidos a partir del 24 de marzo de 1976⁸. Otra memoria colectiva que siembra la duda es el relato desde la humanidad de las madres y abuelas que narran su lucha, como puede verse en el párrafo que sigue:

Después de haber visto el video, me quede reflexionando sobre esas madres y abuelas, que tengo tan demonizadas en mi mente, dándome cuenta que sabía poco y nada realmente sobre ellas, que tenía un concepto algo erróneo sobre su lucha, a la que consideraba meramente política y afiliada a un partido. Nunca en mi vida escuche a alguien relativo mío decir algo bueno sobre las Abuelas o Madres, simplemente comentábamos horrorizados lo que había dicho la Sra. Hebe en tal o cual discurso. Luego del documental creo que llegue a darme cuenta que estábamos viendo otra imagen, que no estábamos prestando atención a lo que realmente tiene importancia y es el motor de la organización, que es que son simplemente madres y abuelas a las que se les fueron arrebatados sus hijos, y hasta sus nietos de un día para el otro, y que se juntaron, se ayudaron, se organizaron, todo por recuperar algo que no tendrían que haber perdido. Madres y abuelas que las escuchas contar la historia con la voz que se les quiebra, y lágrimas en los ojos, y te das cuenta que eso no se lo deseas a nadie, ni a la madre o abuela de tu peor enemigo, que a lo largo de los años la política fue desvirtuando su lucha, y nos quedamos solo con frases y comentarios criticándolas en los noticieros de la noche.

⁸ Es la teoría de los dos demonios, instalada en el marco de la doctrina de la Seguridad Nacional de los Estados Unidos, y replicada por los militares locales y también por gobiernos democráticos. Le prólogo del Nunca Más atribuido a Ernesto Sábato es un ejemplo de ella "Durante la década del 70 la Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto de la extrema derecha como de la extrema izquierda, fenómeno que ha ocurrido en muchos otros países..."

Lo que más me toco es ver como jugaban con sus esperanzas, como podían seguir con esa farsa de “los argentinos somos derechos y humanos”, como podían pasar por la Plaza de Mayo sin que se les mueva un pelo cuando había cientos de mujeres reclamando por noticias de sus hijos a los que no veían hace quizás años, como no tuvieron la decencia de mínimamente darles la noticia que sus hijos no iban a volver, como además de quitarles a sus hijos, les quitan también sus nietos, privando no solo a su abuela de estar con lo único que le queda de su hijo, sino que también privando al niño de una infancia con su familia.

Una de las frases que más me hizo ruido fue cuando una de las Madres “montonera o no, ella es mi hija”, y es verdad, quizás al concentrarnos en estar juzgando, y buscando a ver qué fue lo que hizo cada uno, les quitamos esa condición de persona y los encasillamos en una palabra que justificaría aquellos actos, cuando realmente era una persona, que haya hecho lo que haya hecho, no se merece ser separada de su familia, ser torturada, mantenida en cautiverio, que le roben sus hijos, y finalmente ser asesinada, porque es algo que no se merece nadie en la condición de humano, si cometió actos ilícitos, debería ser juzgada y condenada por la justicia, no a mano propia de un gobierno dictatorial.

También es notable como la estudiante se identifica de alguna manera con los jóvenes de los años setenta, se piensa a sí misma como posible parte de ese pasado recuperado y problematiza su presente desde esa lectura. Jelin dice que la memoria se compone de rutinas, de repeticiones de conductas aprendidas y que la ruptura de esas rutinas construye otras memorias: “Los quiebres en esas rutinas esperadas involucran al sujeto de manera diferente. Se juegan allí afectos y sentimientos, que empujan a la reflexión y a la búsqueda de sentido”. Creemos que aquí la estudiante siente un lazo de empatía o afecto que transforma o pone en crisis su memoria. “La memoria es entonces otra, se transforma. El acontecimiento o el momento cobran una vigencia asociada a emociones y afectos.

El acontecimiento rememorado o “memorable” será entonces expresado en forma narrativa, convirtiéndose en la *manera en que el sujeto construye un sentido del pasado*, una memoria que se expresa en un relato comunicable, con un mínimo de coherencia”⁹. 556-557

También se me vino a la cabeza esta situación de cuando empecé con la cursada de Derecho Político y les comente a mis padres sobre las charlas que íbamos teniendo en el aula y las opiniones de mis compañeros, y recuerdo que les dije que todos pensaban igual, es decir, que nadie parecía pensar como yo, pero que me había gustado que tanto el profesor como su ayudante, remarcaron en todo momento que el aula estaba para el debate, que se aceptan ideas distintas, y que nadie iba a ser desaprobado o ser tildado de determinada forma por su manera de pensar, que en realidad está bueno que haya ideas disparas; a lo que ellos respondieron “olvidate, llegas a decir algo y desaprobás”, yo me reí, asegurándoles que no iba a ser así, pero repitieron “Ay por favor, espera a decir algo, vas a ver cómo te bochan, mejor decí a todo que sí”. Se me vino esto a la cabeza porque me imagine un poco en el lugar de esas personas, que en su momento desaparecieron por seguir su ideal -dejando de lado si era bueno o malo-, y fueron castigadas por decir lo que pensaban. Y quizás se sentían como yo ahora, creyendo que me estoy arriesgando demasiado, que no debería hacerlo porque hay mucho en juego, pero que hay algo que te dice que no te permitas pasar la oportunidad de decir con honestidad y respeto lo que pensás. Solo que yo como mucho desapruedo una materia, a ellos les costó la vida. Repito, más allá de lo que yo pueda pensar de su lucha, hay cosas que son básicas, indiscutibles e injustificables, como por ejemplo el derecho a la vida.

Como conclusión llegué a que yo, con mi forma de pensar y demás, si hubiera corrido con la misma suerte que aquellas abuelas o madres en aquel momento, no habría

⁹ El subrayado es del original.

hecho nada distinto de lo que ellas hicieron, sería una abuela o madre de plaza de mayo.

Realmente me sorprendió todo lo que pudo hacerme pensar un video de dos horas, hice hincapié varias veces en lo que se refiere a “mi ambiente”, porque de verdad creo que es de gran influencia en lo que es mi manera de ser y de pensar, no porque alguien me imponga como pensar, yo pienso tal manera porque lo creo así, sino porque quizás solo vi una parte de lo que es en realidad, por eso está bueno poder ver en algún momento la otra película”.

La segunda devolución que compartimos fue formulada durante el primer cuatrimestre de 2019.

“Dado que el profesor no especificó formato de entrega y expresamente nos pidió nuestro sentir. Voy a optar por dejar las formalidades de lado y escribir con la transparencia que puedo transmitir.

La historia de Leonardo Fossati ortega me tocó una fibra profunda, cambió mi perspectiva de algo que percibía de forma abstracta y me hizo valorar cosas que, quizás por costumbres, me resultaron insignificantes.

Tengo 20 años, soy chubutense, se quiénes son mis padres y hasta no hace tanto pase por la etapa resiliente de la adolescencia. A los 12 años comencé a sentir curiosidad por mis parientes y como toda niña curiosa y descarada comencé a preguntar. Sin saberlo, aprendí y formé mi identidad. Mi mama es descendiente de pueblos originarios (mapuche y tehuelche), mi papá tiene descendencia de correntino, paraguay y lituano. A los 12 años aprendí el nombre de un país que nunca había oído jamás hasta entonces. Como toda etapa de cambio físico y hormonal, tuve que lidiar con experiencias y sentires que nunca había sentido, formando mi carácter.

Como dice Jelin “La memoria es selectiva, y la memoria total es imposible. A menudo, pasados que parecían olvidados “definitivamente” reaparecen y cobran nueva vigencia a partir de cambios en los marcos culturales y sociales que impulsan a revisar y dar nuevo sentido a huellas y restos, a los que no se

había prestado atención durante décadas o aun siglos. Pensemos por ejemplo en la incorporación de un encuadre interpretativo de los pueblos originarios de América para releer la historia de cinco siglos —historias y memorias que presuntamente habían sido “olvidadas” durante tanto tiempo—. ¿No es acaso un poco de eso lo que le sucede a nuestra estudiante y a su familia a partir de algo que surge del relato de la relación personal de Leonardo Fosatti con la narración de su propio pasado? Creemos que esta narración de carne y hueso, provocó un cimbronazo en la memoria, revisó ese olvido deliberado o no de las raíces y las hizo presentes. El relato continúa,

Ahora, a qué quiero llegar? Yo construí mi historia y me resultó fuerte pensar que toda mi vida, mi historia no era mía, no era la verdad. Más fuerte me resultó el pensar la etapa de deconstrucción y reconstrucción. El de aceptar y comprender el cambio de paradigma.

Otra cosa que me chocó fue el relato sobre la abuela de Leonardo que, como toda madre preocupada, denunció la desaparición de su hija embarazada en la misma comisaría donde la tenían secuestrada. No pude evitar pensar en mi madre y en cómo estaría destrozada y desesperada si yo no apareciera.

Al salir al patio, noté que pegado a la comisaría había casas, casas que podían escuchar las torturas. Pensé en los vecinos. Qué escuchaban? Qué sentían? Qué pensaban? Eran cómplices? Si lo eran, era por convicción o por miedo?

Al entrar a las celdas se me pararon los pelos, me angustié. La precariedad que tenían me angustió al reflexionar. La celda común de los hombres en donde a veces albergaba a 50 hombres me anonadó. Entrábamos en promedio de a 20 y se nos dificultaba el paso. 50 hombres que tenían que convivir, dormir, comer. La sala de maternidad, cuántas embarazadas pasaron por ahí? Cuántas pudieron ver el rostro de sus hijos después de parir? Afuera me surgieron más preguntas: qué sentían todos los presos? En qué pensaban? Qué pensaban los comisarios? Algún momento sentían empatía? Sólo seguían órdenes? De quién?

Volviendo a Leonardo. Siempre fui promotora del autodescubrimiento de la persona, de la reflexión de una misma para una misma. Me impresionó la fortaleza de Leonardo. Nos contó su historia de la manera más natural. Se reivindicó y con ello reconstruyó su propia historia con la verdad, verdad que quiere que sea conocida.

Nos contó que le llevó 2 meses aceptar e incorporar la información y que su miedo más grande era como podía tomarlo su hijo. Imaginé todo el proceso que tuvo que pasar para contarle de la mejor forma la historia de su descendencia mientras seguía recolectando datos de su propia historia. Me pregunté también como se habrá sentido al ver por primera vez las fotos de sus papás. El primer abrazo con su abuela, las primeras charlas con su familia encontrada.

Como conclusión, esta charla me dejó la importancia de la propia identidad, de saber quién soy y de donde provengo y también y no menos importante, me dio una cachetada para entender el porque es importante no volver a esas épocas. Entender que de verdad fue oscura, triste y violenta para toda la sociedad sin excepción. Ojalá nunca más volvamos al miedo”.

Son algunas de las devoluciones con múltiples sentidos sobre las que nos proponemos realizar una breve investigación. Pensamos, como una forma de darle profundidad a nuestras lecturas, formularnos preguntas respecto a si las *Clases* influyen de manera similar o no a estudiantes, varones y mujeres, a los más y menos jóvenes, a quienes trabajan y a quienes no. Son algunas de las cuestiones que creemos que será interesante indagar.

V. Conclusiones

La relación enseñanza aprendizaje tiene idas y vueltas, caminos recorridos y momentos de detenerse. Algunos de nosotros/as sentimos que en las *Clases en Primera Persona*, estamos en una pequeña parada, detenidos, en ese minúsculo momento del presente, “...en esa brecha del tiempo situada entre el pasado y el

futuro” (Arendt, 1996: 19) en el que nos miramos a nosotros/a mismos/as, entre el pasado y el futuro, y nos vemos reflejados en lo que fue y en lo que es posible que sea.

Clases en Primera Persona rescata además el valor del testimonio vivencial, vuelve fiable desde la narración de lo vivido lo que desde los libros puede ser percibido como mero discurso. Pero lejos de ser incommovible, en el aula puede ser puesto en tensión, porque la clase abre el dialogo, invita a recorrer no sólo hechos y conceptualizaciones, sino también sentimientos y frustraciones de quienes estuvieron allí.

Quienes somos decentes sabemos que las clases son irrepetibles y pocas veces sabemos si alguna resulta trascendente, pero en *Clases en Primera Persona* creemos que gestamos con otros y otras nuevas posibilidades, como dice Jelin que “...la experiencia y las memorias individuales no existen en sí, sino que se manifiestan y se tornan colectivas en el acto de compartir” (2000:8).

VI. Bibliografía

- Arendt, H. (1996). Entre el pasado y el futuro: Ocho ejercicios de reflexión política. Barcelona: Península.
- Crenzel, Emilio (2007) “Dos prólogos para un mismo informe. El Nunca Más y la memoria de las desapariciones” en: *Prohistoria*, año XI, número 11, Rosario, Argentina, primavera.
- Freire, Pablo (2015). Pedagogía del oprimido. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Jelin, Elizabeth (2000). “Memorias en Conflicto” en: Revista Puentes, año 1, N°. 1, agosto de 2000.
- Jelin, Elizabeth (2011) “Subjetividad y esfera pública: el género y los sentidos de familia en las memorias de la represión” en: *Política y Sociedad*, 2011, Vol. 48 Núm. 3: 555-569.
- Todorov, Tzvetan (2002). *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*. Barcelona: Península.

El derecho de peticionar ante las autoridades y el amparo por mora como respuesta al silencio de la Administración

The right of petition to authorities and the amparo for mora as a response to the silence of the Administration

O direito de peticionar perante as autoridades e a proteção de amparo para mora em resposta ao silêncio da Administração

Le droit de pétition des autorités et la protection du retard de paiement en réponse au silence de l'administration

响应政府的沉默, 向当局提出请愿的权利和对逾期付款的保护。

Zarina E. Ross¹ | Universidad de Buenos Aires, Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 134-153

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e333>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5313-1651>

Recibido: 07/06/2019

Aprobado: 25/09/2019

Resumen: En el presente trabajo se analiza el instituto del amparo por mora como herramienta con la que cuenta el ciudadano frente al silencio de la Administración Pública cuando éste ha ejercido su derecho de peticionar ante las autoridades consagrado constitucional y convencionalmente. Así, concretamente se intenta trazar la evolución jurisprudencial en la Provincia de Tierra del Fuego con relación al instituto, haciendo

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Magister en Derecho Administrativo por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, diploma de honor por promedio distinguido. Email: zarinaross@hotmail.com

especial referencia quién debe soportar las costas en dicho proceso judicial.

Palabras claves: Derecho de peticionar. Silencio de la Administración Pública. Amparo por mora. Costas en el proceso.

Abstract: This paper analyzes the institute of amparo for mora as a tool available to citizens in the face of the silence of the Public Administration when they have exercised their right to petition the constitutionally and conventionally enshrined authorities. Thus, it is specifically attempted to trace the jurisprudential evolution in the Province of Tierra del Fuego in relation to the institute, making special reference to who should bear the costs in this judicial process.

Keywords: Right to petition. Silence of the Public Administration. Amparo for arrears. Costs in the process.

Resumo: No presente trabalho é analisado o instituto de amparo para mora como ferramenta que o cidadão tem quando ele enfrenta o silêncio da Administração Pública quando exercitou seu direito de petição perante as autoridades reconhecido constitucionalmente e convencionalmente. Assim, tentando especificamente rastrear a evolução jurisprudencial na Província de Tierra del Fuego em relação ao instituto, fazendo referência especial a quem deve suportar os custos do referido processo judicial.

Palavras-chave: Direito de petição. Silêncio da Administração Pública. Amparo para amora. Custos no processo

Résumé: Dans cet article, la procédure d'amparo pour retard est analysé comme un outil dont dispose le citoyen face au silence de l'administration publique lorsqu'il a exercé son droit de pétition -constitutionnellement et conventionnellement établi- face aux autorités. Ainsi, en essayant spécifiquement de retracer l'évolution jurisprudentielle dans la province de Tierra del Fuego par rapport à l'institut, en faisant une référence spéciale à qui doit supporter les frais de ladite procédure judiciaire.

Mot-clés: Droit de pétition. Silence de l'administration publique. Amparo pour mûre. Coûts dans le processus.

摘要: 在当前的工作中, 分析了宪法权利保护延期研究所, 作为公民在政府按照宪法和常规建立的行使其请愿权时行使沉默权的一种

工具。因此，特别是试图追溯蒂埃拉·德·韦戈省与该研究所有关的法学演变，特别提及谁必须承担司法程序中的费用。

关键字: 请愿权。公共行政部门的沉默。黑莓Amparo。过程中的成本。

I. Introducción

Sabido es que la Administración Pública está compelida a dar respuesta a las peticiones que los habitantes realicen ante ella, y el motivo de aquello se encuentra en la consagración que la Constitución Nacional hace del derecho de peticionar ante las autoridades su el artículo 14, que también tiene respaldo convencional en tanto el artículo 24 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho a obtener una decisión fundada que considere los argumentos esgrimidos por parte del ciudadano.

A nivel local, en Tierra del Fuego, la Constitución también reconoce dicho derecho en el artículo 14 inciso 9, en tanto establece que las personas gozan del derecho *“A peticionar ante las autoridades y obtener respuesta fehaciente, y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos.”*

Tampoco se puede dejar de vincular a dicho derecho con la buena administración, entendida ésta en su triple dimensión, en primer lugar, como principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo; en segundo lugar, como una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social; y por último desde la perspectiva de la persona, pues se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a

una buena Administración Pública, del que se derivan, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana².

No se puede dejar de destacar que la satisfacción de este derecho, por lo general, trae como consecuencia la satisfacción de otro, por ejemplo el caso de un ciudadano que requiere a la Administración el otorgamiento de una pensión por discapacidad, si bien con el requerimiento realizado, éste hace ejercicio de su derecho de peticionar ante las autoridades, detrás de subyace la satisfacción de otro, por ello en el marco del Estado Constitucional y Social de Derecho este derecho adquiere especial relevancia. Recordemos que la finalidad está puesta en el pleno desarrollo de los ciudadanos. El Dr. Rodríguez Arana Muñoz es muy preciso al señalar que el tránsito del Estado liberal de derecho al Estado social trajo consigo una nueva dimensión del papel y de la funcionalidad de los derechos fundamentales, los que se configuran como un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes políticos, y la Administración Pública del Estado social debe orientarse hacia su realización efectiva, pues el Derecho Público y la propia Administración en su conjunto, encuentran su razón de ser constitucional en la promoción de los derechos fundamentales. De esa forma, el Estado Constitucional y Social debe fomentar el pleno desarrollo de los ciudadanos. El interés general es entendido como concepto inmediatamente relacionado con la realización de los derechos fundamentales, y con estos de la dignidad humana³.

No obstante, en muchas ocasiones, la respuesta de la Administración es tardía y en más de una oportunidad es el propio

² “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública” Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013.

³ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ, Jaime, *Principios de Ética Pública ¿Corrupción o Servicio?*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, 47-62.

ciudadano quien debe arbitrar los medios que tiene a su alcance para obtener de aquella una respuesta, aun cuando se sabe que uno de los principios que rigen en el procedimiento administrativo es el de la impulsión de oficio de las actuaciones. Ello se convierte claramente en una vulneración de los derechos de los ciudadanos.

Frente al silencio, entre las herramientas con las que cuentan las personas para instar a la Administración a brindar una respuesta, se encuentra el instituto del amparo por mora, y siendo que aquel es un requerimiento que se realiza ante el juez, se ha generado una problemática respecto a la imposición de las costas cuando la Administración da su respuesta ante el juez al momento de contestar el informe circunstanciado, acompañando en esa instancia el acto administrativo que debió haber emitido previamente, generando con ello que la cuestión planteada ante la autoridad judicial devenga abstracta.

En el presente trabajo, se intentará trazar la evolución jurisprudencial local con relación a quién debe soportar las costas en el amparo por mora.

II. El amparo por mora. Concepto y finalidad

Se dijo entonces que el amparo por mora, considerado como una acción, es una herramienta con la que cuentan los ciudadanos a fin de compeler a la Administración a dar una respuesta ante un pedido previo realizado ante ésta.

Los Dres. Comadira y Escola nos enseñan que el amparo por mora es un procedimiento judicial de amparo, establecido a favor del administrado, ante el retardo de un funcionario u órgano administrativo, para dictaminar o resolver, aun en asuntos de mero trámite, cuando ha transcurrido un plazo fijado para expedir el dictamen o dictar la resolución o proveído que corresponda, o bien cuando, de no existir plazo, transcurra el tiempo que exceda de lo razonable sin que esos actos se emitan⁴.

⁴ Cfr. COMARIDA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, "Curso de Derecho Administrativo" T. II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 1436.

Explicado así, mediante el requerimiento realizado ante la autoridad judicial, la Administración debe brindar su respuesta, independientemente de cuál sea ésta, es decir si es a favor o en contra del pedido realizado por el ciudadano, pues la Administración sólo debe expedirse frente a su morosidad, y sólo cuando ésta emita el acto administrativo, el ciudadano podrá instar el procedimiento de impugnación correspondiente en caso de considerarlo necesario.

Entonces, para que pueda proceder el amparo por mora deber existir previamente un pedido realizado por el ciudadano ante la Administración, y el plazo para dar respuesta debe encontrarse vencido, pues si no se encuentra vencido, la acción no prosperará⁵.

Sobre el instituto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado: *“El amparo por mora de la administración constituye una especial acción de amparo, cuyos presupuestos de fondo se encuentran contenidos en el art. 28 de la ley 19.549 y al que, por principio y como tal, corresponde conferírsele un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones de índole judicial”*⁶.

Por su parte, el Superior Tribunal local ha reiterado que *“La acción judicial sub-examine se encuentra expresamente receptada en el art. 48 de la Constitución de la Provincia y ha sido reglada por los arts. 161 y 162 de la ley de procedimiento administrativo N° 141. “El amparo por mora de la Administración consiste en un pedido de pronto despacho de las actuaciones administrativas efectuado ante un juez” (ver Hutchinson, Tomás “Procedimiento Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, Emprendimientos Fueguinos, Río Grande, 1997, pág. 363), y requiere, para su procedencia, la existencia de un trámite administrativo y mora por parte de la administración en darle respuesta.*

⁵ STJ TDF, “Albarracin, Dalma Alicia c/ IPAUSS s/ Amparo por Mora”, Expte. N° 3110/15, sentencia de fecha 29 de mayo de 2015. STJ TDF, “Araya, Miguel Ángel c/ IPAUSS s/ Amparo por Mora”, Expte. N° 3101/15, sentencia de fecha 29 de mayo de 2015.

⁶ CSJN Fallos: 323:2602.

Por su particular configuración “La pretensión de amparo por mora es instrumental. Su objeto es que el tribunal imparta una orden judicial de pronto despacho a la Administración con el propósito de que ésta dé trámite a una etapa procedimental demorada o directamente se expida. La autoridad requerida cumple con el mandato judicial cuando, en relación con la petición administrativa del actor, se expide. Se desnaturalizaría la finalidad del amparo por mora si el juez, en ese marco procesal, dispusiera (sic) específica y concretamente el sentido en que la Administración debe proveer o decidir la cuestión en análisis. Sobre este punto se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia” (Patricio Marcelo E. Sammartino, “Amparo y Administración”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo I, pag. 697)⁷.

III. Recepción normativa en el ámbito local

En el ámbito local, el instituto del amparo por mora tiene consagración constitucional en tanto el artículo 48 establece que *“En los casos en que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo, un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, toda persona afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente y peticionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo se hubiera rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumarisima de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, debe librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca.”*

De esa forma, dicho artículo fue reglamentado por los artículos 161 y 162 de la Ley Provincial N° 141, de procedimiento administrativo, estableciendo el primero de ellos lo siguiente: *“El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libere orden de pronto despacho. Dicha*

⁷ STJ, “Rojas, Daniel Antonio c/Caja de Previsión Social de la Pcia. De Tierra del Fuego y otro s/amparo por mora”, Expediente N° 3649/18, sentencia de fecha 11/07/18.

orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubieren transcurrido cuarenta y cinco (45) días sin emitir la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. La petición tramitará conforme a lo normado en el artículo 48 de la Constitución Provincial.”

Del artículo transcrito surge pues, que se trata de una acción en tanto se inicia con una demanda que contiene una pretensión a ser satisfecha por el demandado (en el caso, que la Administración brinde una respuesta), por ello llama la atención que el instituto haya sido incorporado en la Ley de Procedimientos y no en el Código Contencioso Administrativo local (Ley 133), más este criterio en cuanto entender al amparo por mora como una acción no era compartido por el Superior Tribunal de Justicia Provincial, como más adelante se verá (causa “Gangas”).

Por su parte, para que se pueda interponer dicha acción debe haberse instado previamente un procedimiento administrativo (mediante el ejercicio del derecho de peticionar ante las autoridades), por ello la legitimación para pretender la acción, va a estar condicionada a ser parte de ese procedimiento administrativo, y, por otro lado, en aquél se deben haber vencido los plazos para que la Administración se expida, que va a depender de la reglamentación del procedimiento iniciado (en el caso de los recursos y los reclamos el plazo que la ley le otorga a la Administración es de treinta días, pero en caso que la norma no establezca uno específico, el artículo determina como máximo para dar cumplimiento al requerimiento el de cuarenta y cinco días).

En cuanto al trámite que se le debe imprimir al mismo, la constitución hace referencia a que “*El juez, previa comprobación sumarísima de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, (...)*”, es decir que el tipo de proceso a aplicar es el sumarísimo, sin embargo, el Código Contencioso Administrativo Provincial (Ley 133), no contempla dicho proceso, motivo por el cual se debe recurrir al Código Procesal, Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero (Ley 147).

Por otro lado, con relación al tribunal ante el cual corresponda interponer la acción, se deberá estar a la materia en tanto en virtud de aquella la legislación provincial determina diferentes competencias, así por ejemplo en el caso del empleo público, deberá tomar intervención el juzgado laboral de primera instancia.

Con relación a ello, el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, ha expresado: *“La acción la deduce en su calidad de afiliado a la obra social administrada por el IPAUSS, ya que es agente de la municipalidad local, según informó a requerimiento del Cuerpo.*

En virtud de lo expuesto y tal como aconteciera en el precedente citado, la materia en discusión reside en la presunta mora del IPAUSS en dar respuesta al reclamo efectuado por un empleado público en virtud de su relación laboral con el Estado Municipal.

Por ello, resulta de aplicación lo preceptuado por el art. 3° del CCA en cuanto establece que el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo conocerá “en las demandas o reclamaciones de los agentes públicos (...) en todo lo relacionado con el contrato de empleo o función públicos” (el subrayado se introduce en este acto).⁸

Por otro lado, en materia de daños y perjuicios, es decir, sobre responsabilidad del Estado, ha entendido: *“En el “sub lite”, la acción persigue que la demandada se pronuncie con relación al reclamo presentado por el actor el 10 de agosto de 2016, solicitando el pago de una suma en concepto de daños y perjuicios “a partir del ilegítimo modo de proceder de personal de la dirección de Tránsito del Municipio local” (ver capítulo II. Hechos, del escrito de fs. 24/26).*

El amparista formaliza un reclamo pecuniario invocando la responsabilidad civil que le cabría a la Municipalidad local, como consecuencia de la actuación de una de sus dependencias.

⁸ STJ TDF, “Mascareña, Pedro c/ I.P.A.U.S.S. s/ Amparo por Mora de la Administración”, Expte. N° 2696/13, sentencia de fecha 23 de octubre de 2013.

La naturaleza de la cuestión planteada, excede -entonces- la propia del derecho administrativo, con independencia de que se encuentre involucrada la Administración; es de carácter netamente pecuniaria y versa sobre la falta de respuesta a la solicitud de pago de la suma de dinero estimada en la presentación glosada a fs. 16/17.”⁹.

Fuera de aquellos casos, cuando la materia es propia del derecho administrativo, la competencia originaria corresponde al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, conforme lo establecen los artículos 157 inc. “4” de la CPTDF, 1, 4, y 5 del CCA¹⁰.

Ahora bien, en la práctica provincial, al momento de “bilateralizar” el proceso, el tribunal libra oficio a la Administración requiriendo las actuaciones administrativas vinculadas a la acción deducida como así también la remisión de un informe circunstanciado de lo actuado.

Así, cuando el tribunal libra el oficio y es recibido por la Administración, ésta puede informar que ya se ha expedido o que los plazos aún no se encuentran vencidos o bien que no lo ha hecho, en el último caso, se hará lugar a la acción de amparo por mora otorgándosele a la Administración un plazo para pronunciarse.

Sin embargo, cuando la Administración se ha expedido dando respuesta al interesado, el tribunal deberá verificar si aquella es de fecha anterior a la interposición de la acción judicial o posterior, pues puede darse el caso que la misma venga dada por el hecho de haber tomado conocimiento la Administración

⁹ STJ TDF, “Torino, Pablo Andrés c/ Municipalidad de la ciudad de Ushuaia s/ Amparo por Mora s/ Cuestión de Competencia”, Expte. N° 3426/16 SD, sentencia de fecha 24 de febrero de 2017.

¹⁰ STJ TDF, “Morales Leiva, Marta Josefa c/ I.P.A.U.S.S. s/ Amparo por Mora s/ Cuestión de Competencia”, Expte. N° 2783/13, sentencia de fecha 11 de julio de 2013. STJ TDF, “Oddo, Roberto Gerardo c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Amparo por Mora s/ Cuestión de Competencia”, Expte. N° 3314/16, sentencia de fecha 27 de abril de 2016. STJ TDF, “Baigorri, José Alberto c/ Caja de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Amparo por Mora s/ Cuestión de Competencia”, Expte. N° 3951/19, sentencia de fecha 12 de julio de 2019.

del inicio de la acción de amparo por mora en tanto haber sido comunicada del oficio.

En el primer caso, es decir en caso que la Administración haya dado respuesta previamente a la notificación de la existencia del amparo por mora, el tribunal, simplemente no hará lugar a la pretensión del accionante; sin embargo, para el caso en que la Administración brinde su respuesta luego de haber sido anoticiada de la existencia del amparo por mora, la cuestión devendrá abstracta, pues así lo ha entendido nuestro Superior Tribunal en reiteradas oportunidades¹¹.

La cuestión así planteada no reviste mayores inconvenientes, más el problema en nuestra provincia vino dado con relación a la imposición de las costas, cuando la cuestión debe declararse abstracta.

IV. Las costas en el proceso de amparo por mora y la problemática referente a su imposición cuando la cuestión se declara abstracta

Las costas son las erogaciones o gastos que las partes deben realizar con motivo de la tramitación del proceso judicial, entre las que se pueden enumerar: la tasa de justicia, los honorarios de peritos y abogados, etc¹².

Por su parte, el STJ en el precedente “Sequeira”¹³ ha definido las costas como *“los gastos que tienen al proceso como causa inmediata y directa de su producción, y deben ser pagados por las partes que intervienen en él.”*

¹¹ STJ TDF, “Bragulat, Marcela c/ IPAUSS s/ Amparo por Mora”, Expte. N° 2690/12, sentencia de fecha 25 de febrero de 2014. STJ TDF, “Erramuspe, Héctor Oscar c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Amparo por Mora”, Expte. N° 2552/11, sentencia de fecha de 11 de abril de 2012.

¹² Cfr. OSADO VIRUEL, Sebastián y SÁNCHEZ CAPARRÓS Mariana, “Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego Ley Provincial N° 133”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. Año XXXV, suplemento 419, pág. 202.

¹³ STJ, “Sequeira, Catalina Graciela c/ I.P.A.U.S.S. s/ Amparo por Mora de la Administración, Expediente N° 1940/07, sentencia de fecha 05/02/2008.

Ahora bien, en cuanto a quién corresponde soportar las costas del proceso, el Código Contencioso provincial¹⁴ recoge el mismo principio que el Código Procesal local, en tanto disponen que las costas deberán imponerse a la parte vencida en el juicio siendo ésta la pauta general, pero estableciéndose ciertas excepciones¹⁵.

Nos enseñan los maestros Fassi y Yáñez, que el fundamento de dicho principio general reside en el hecho objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pueda haber actuado durante la tramitación del proceso, dicho principio constituye la aplicación de una directriz axiológica, de sustancia procesal, en cuya virtud se puede impedir, en cuanto es posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia. Imponer la responsabilidad sobre el perdedor encuentra su justificación en la mera circunstancia de haber gestionado un proceso sin éxito, como asimismo en la correlativa necesidad de resguardar la integridad del derecho que la sentencia reconoce a la parte vencedora, pues los gastos efectuados se producirían en una disminución del derecho judicialmente declarado. Éstas no constituyen una sanción para el derrotado, sino un resarcimiento al ganador de los desembolsos

¹⁴ Ley 133, artículo 58: "La sentencia impondrá a la parte vencida en el juicio el deber de pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando éste no lo hubiese solicitado". Ley 147, artículo 78.- Principio general. 78.1 La parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado.

¹⁵ Ley 133, artículo 59.- Además de los supuestos establecidos en el artículo 68, el Tribunal podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad. En materia previsional y de empleo público, cuando la parte vencida fuere el administrado, el Tribunal le impondrá las costas sólo cuando hubiese sostenido su acción con temeridad, o hubiere incurrido en pluspetición inexcusable, en relación a la parte excedida. Ley 147, artículo 78. 78.2 Sin embargo, el Juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad.

efectuados para obtener el reconocimiento de su derecho en juicio¹⁶. Dicha finalidad es necesario no perder de vista.

Por otro lado, la doctrina también se ha pronunciado expresando que la imposición de costas en el amparo por mora dependerá en función de considerar aplicables las disposiciones de la ley de amparo o en su caso, las del Código Procesal (o en el caso nuestro del Código Contencioso). Así, si bien la ley de amparo comienza estableciendo que las costas se imponen al vencido, también determina que si antes del plazo fijado para responder el informe del artículo 8° la Administración cesa el acto u omisión que fundó el amparo, no habrá imposición de costas (art. 14)¹⁷.

En el segundo caso, es decir, si se considera aplicable el Código Procesal, se sostuvo entonces que aun cuando se dé el caso en que la Administración se expide durante el transcurso del plazo para responder el informe, de igual forma le cabría a aquella la imposición de costas, por haber obligado al particular a litigar para obtener ese resultado¹⁸.

Pero como se dijo al inicio del presente trabajo, lo que aquí interesa es verificar cuál es el criterio a nivel local sobre la imposición de costas en el caso que el amparo por mora, sobre todo cuando la cuestión deviene abstracta pues la Administración en el transcurso de la respuesta del informe, se expide con relación al procedimiento administrativo oportunamente iniciado por el ciudadano.

Así, hasta febrero de 2008, el Superior Tribunal Provincial sostenía: “*Comentando el criterio según el cual deben imponerse las costas a la administración en el procedimiento de amparo por mora, nos dice Osvaldo Alfredo Gozáini: ?Sin embargo, este*

¹⁶ Cfr. FASSI, Santiago C. y YÁÑEZ, César D., “Código Procesal Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado” T.I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 411/412.

¹⁷ Cfr. Comarida, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, “*Curso de Derecho Administrativo*” T. II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 1444.

¹⁸ Cfr. Comarida, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, “*Curso de Derecho Administrativo*” T. II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 1445.

pensamiento -que puede sostenerse como mayoritario- tiene fundadas reservas en base a que como resultado de una estricta aplicación del sistema legal, no cabe la imposición de costas por las siguientes razones: 1) no hay partes; 2) como obvia consecuencia, no hay vencidos; 3) la índole de la intervención del juez; 4) el carácter opcional del amparo por mora. Ello determina principalmente que, ante la inexistencia de un verdadero proceso contencioso, no existen ni partes ni vencidos, sino tan sólo informantes.? (Costas Procesales, autor citado, pág.337, Ediar, Buenos Aires, 1990).

“Nuestro sistema constitucional parece seguir la doctrina recién transcrita. Véase que, según la Constitución de la Provincia: El juez, previa comprobación sumarisima de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, debe librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca.? (art. 48, última parte).

“No hay lugar a controversia alguna pues, de la economía del texto bajo análisis, el tribunal sólo examina la satisfacción de los presupuestos contenidos en la norma y, de verificarse aquéllos, dispone la orden de pronto despacho. Es claro que no hace falta la intervención de la administración en carácter de parte, en tanto sólo es necesaria la comprobación de los requisitos exigidos por el constituyente. De manera tal que, a los fines indicados, basta tener a la vista las actuaciones administrativas para emitir el pronunciamiento de que habla el art. 48 de la Constitución.

“Ello sentado juzgamos que, en el caso, deben distribuirse las costas en el orden causado por no haber, stricto sensu, parte vencida.”¹⁹.

Así, a la luz de dicho criterio jurisprudencial, el amparo por mora no era considerado propiamente un proceso, y por lo

¹⁹ STJ TDF, “Gangas, María Nieves c/ I.P.A.U.S.S. s/ Amparo por Mora de la Administración”, expediente N° 1.543/02 de la Secretaría de Demandas Originarias, sentencia del 5 de diciembre de 2002.

tanto no existían vencedores ni vencidos, razón por la cual, las costas se imponían por el orden causado.

Sin embargo, al poco tiempo, más concretamente en septiembre de 2008, el Superior hubo de revisar el criterio sostenido en el precedente “Gangas”, en la causa “Ameri”²⁰, señalándose: *“En cuanto a las costas entiendo necesario una revisión del criterio ya fijado por este Tribunal en el precedente “Gangas, María Nieves c/I.P.A.U.S.S. s/ Amparo por Mora de la Administración”, expediente N° 1.543/02 de la Secretaría de Demandas Originarias, sentencia del 5 de diciembre de 2002, registrada en el T° XLI, F 122/123.”*

De esa forma, en dicho pronunciamiento se sostuvo: *“(…) la Sala I del Contencioso de la Ciudad Autónoma ha explicado que “...el informe que corresponde realizar a la demandada frente al requerimiento judicial efectuado en el amparo por mora constituye un verdadero acto de defensa y, por ello, en él podrá alegar y probar la inexistencia de demora o aportar fundamentos que tiendan a justificarla. Así, la pretendida unilateralidad del proceso no es tal, pues subyace en el amparo por mora un conflicto entre partes adversas que para su solución requiere la intervención de la jurisdicción.*

Ésta dirime la controversia mediante un acto de imperio dictado al cabo de un proceso gobernado por el principio de bilateralidad o contradicción. Y si en virtud del ejercicio del derecho de defensa, la administración demuestra la ausencia de mora, podrá eximirse de costas pues habrá quedado comprobado que no dio causa a la promoción de la acción”.

Tales observaciones resultan aplicables al orden local, pues, al requerirse las actuaciones administrativas el ente demandado por mora tiene la oportunidad procesal de explicar y/o acreditar su ausencia. En consecuencia, las costas habrán de ser

²⁰ STJ TDF, “Ameri, Néstor Jorge y Montes, Domingo c/ I.P.A.U.S.S. s/ Amparo por Mora de la Administración”, Exp. 2101/08, sentencia de fecha 11 de septiembre de 2008, registro TOMO LXIV F° 185.

impuestas a la administración siempre que de las constancias de la causa surja que se encontraba en mora en oportunidad de interponerse la demanda. Ello así, por aplicación del principio objetivo de la derrota en juicio establecido como pauta general por el art. 58 del CCA.

Nótese que en el orden normativo vigente no se compadece la existencia de la garantía prevista en los arts. 48 de la CPTDF y 161 de la LPA, con la carga de afrontar los gastos necesarios para ejercerla cuando ha sido conculcada por la autoridad pública. En tales condiciones, y habiéndose corroborado la mora del IPAUSS, corresponde imponerle el pago de las costas. (...).

Dicha solución es la que mejor se adecua con los principios vigentes en el Estado Constitucional y Social de Derecho, donde, como se dijo previamente, el eje se encuentra en la persona humana, más concretamente en su dignidad y desarrollo y ello así en tanto la mora en que incurre la Administración cuando no da respuesta oportuna a un requerimiento realizado por un ciudadano, esperando a que éste deduzca su amparo por mora para obtener una respuesta de ella, es una omisión arbitraria e ilegal que lesiona el derecho a obtener un pronunciamiento expreso dentro de un plazo razonable, todo ello vinculado además con la garantía constitucional y convencional del debido proceso, en tanto que el derecho a peticionar no se agota en el mero acto de su ejercicio por parte del interesado, sino que exige una respuesta de la administración.

La omisión de la Administración en dar respuesta oportuna al ciudadano, implica también una violación a la tutela administrativa efectiva, receptada por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Losicer”²¹, donde se dijo: *“La irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el artículo 18 de la Constitución Nacional y por el artículo 8 de la Convención Americana*

²¹ CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol.169/05”, 26/06/2012.

sobre Derechos Humanos (“CADH”). Las citadas garantías resultan aplicables al procedimiento administrativo incoado por el Banco Central de la República Argentina (“BCRA”), aun cuando las sanciones aplicadas por el mismo hayan sido calificadas por la jurisprudencia de la CSJN como de carácter disciplinario y no penal (“Fallos”: 275:265; 281:211; entre otros). La garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente la ley la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal. El “plazo razonable” de duración del proceso constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión.”

Luego, concretamente con relación al “plazo razonable”, la Corte Federal hubo de explayarse en la causa “Bonder Aaron”²², donde se dijo: *“El “plazo razonable” de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del art. 8, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana - cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318: 514; 323: 4130, entre otros)- como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que contiene una previsión similar- han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y*

²² CSJN, “Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ B.C.R.A. s/ resol. 178/93”, sentencia 19 de noviembre de 2013.

d) el análisis global del procedimiento (casos “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, fallada el 29 de enero de 1997, párrafo 77 y “López Álvarez v. Honduras”, fallado el 10 de febrero de 2006; “Kbnig”, fallado el 10 de marzo de 1980 y publicado en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1959-1983 en Madrid por las Cortes Generales).”

Siendo así, si recae sobre la Administración la obligación de expedirse frente al ejercicio del derecho de peticionar ante las autoridades que tienen los ciudadanos y considerando que la tutela administrativa efectiva es un derecho que también se reconoce convencionalmente, y aquella implica que la Administración debe expedirse en un “plazo razonable” a fin de no vulnerar garantías constitucionales, luego, si es el propio ciudadano quien debe instar a la autoridad pública para que ésta brinde una respuesta, no resulta coherente que las costas sean impuestas por el orden causado, pues es precisamente la Administración quien no cumple con sus obligaciones cuando no se expide dentro del plazo legal.

El criterio fijado en la causa “Ameri”, fue luego moderado por el propio Superior Tribunal en la causa “Miño”²³, al considerar que cuando la cuestión se declara abstracta por haberse emitido el acto cuya mora se imputaba a la Administración, la distribución de costas por su orden o a cargo de ésta, depende de las circunstancias particulares del proceso, correspondiendo valorar -en cada caso- la diligencia puesta en el obrar del peticionante durante el trámite administrativo, así como las causales de justificación de la tardanza alegadas por la Administración al responder el traslado de la acción, textualmente expresó: *“Quiere decir entonces que cuando se declaró la cuestión abstracta, por haberse dictado el acto cuya mora se imputaba a la administración, las costas fueron distribuidas por su orden cuando el propio peticionante no ha obrado diligentemente en*

²³ STJ TDF, “Miño, Miriam Liliana c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Amparo por Mora s/Recurso de Queja”, Expte N° 1.252/09 STJ SR, sentencia de fecha 15 de abril de 2010, registrada en T XVI– F° 302/309.

el trámite seguido ante la administración, o bien cuando esta última explica adecuadamente su tardanza.”

Es decir, que cuando corresponde declarar abstracto el amparo por mora en virtud de haberse expedido la Administración respecto del procedimiento en el que se encontraba en mora, deberá estarse a la conducta desplegada por el peticionante durante el trámite administrativo, como así también a las causales de justificación de la tardanza alegadas por la Administración al responder el traslado de la acción. De esa forma, el criterio sustentado en “Ameri”, es moderado en tanto se deberá analizar caso por caso, debiéndose atender a las particularidades de cada uno, circunstancia que resulta razonable, pues puede darse el caso que la demora en que incurre la Administración sea a causa del proceder del ciudadano (aunque el caso sea el menos habitual).

La doctrina así expuesta fue la aplicada constantemente tanto por el Superior Tribunal de Justicia como por los tribunales inferiores, más durante el transcurso del 2019, en una causa que devino abstracta, el Superior se ha expresado nuevamente con relación a la imposición de las costas imponiéndolas por el orden causado, por aplicación del art. 59 del Código Contencioso.²⁴

No obstante, ha de considerarse que siendo la doctrina que surge de “Ameri” y “Miño” la que mejor se adecua a los principios vigentes en el Estado Constitucional de Derecho como se indicó previamente, un cambio jurisprudencial debería estar motivado explicando las razones de aquel.

V. Conclusiones

A modo de conclusión se puede decir entonces que el instituto del amparo por mora es considerado en la actualidad

²⁴ STJ TDF- “Avellaneda, Raúl Ramón A. c/ Gobierno de la Pcia. de Tierra del Fuego AelAS (Ministerio de Gobierno y Justicia) s/ Amparo por Mora”, expediente N° 3789/18, sentencia del 20 de agosto de 2019.

como una acción con la que cuentan los ciudadanos cuando la Administración vulnera el derecho de peticionar ante las autoridades en tanto no brinda una respuesta en tiempo oportuno, y supone la existencia de un procedimiento administrativo y el vencimiento de un plazo legal.

Así, y toda vez que recae sobre la Administración la obligación de expedirse, resulta acertado que, si ésta no lo hace en el plazo legalmente establecido, las costas recaigan en aquella, pues es quien ha obligado al ciudadano a instar tal acción, y ello, como se dijo, encuentra su justificación en el hecho de haber gestionado un proceso en el cual finalmente el tribunal ordena que ésta se pronuncie respecto del procedimiento administrativo iniciado por el ciudadano, y lo mismo ocurre en el caso que finalmente la Administración dé su respuesta al momento de contestar el informe circunstanciado, pues en la mayoría de los casos, la respuesta brindada, precisamente tiene su razón de ser en el hecho de haber sido comunicada de la existencia del amparo por mora. Es decir, que, si bien la cuestión devendría abstracta, el ciudadano tuvo que acudir al tribunal para poder satisfacer su requerimiento ante la Administración. La imposición de costas a la Administración, aun cuando la cuestión deviene abstracta resguarda la integridad del derecho de peticionar ante las autoridades, pues los gastos en los que el ciudadano incurrió para obtener dicho pronunciamiento, producirían una disminución de dicho derecho.

El derecho administrativo global y las fuentes del derecho administrativo

Global administrative law and the sources of administrative law

Direito administrativo global e s fontes do Direito administrativo

Le droit administratif global et les sources du droit administratif

全球行政法和行政法渊源

*Benjamín Marcheco Acuña*¹ | Universidad de La Habana,
*Raudel Navarro Hernández*² | Cuba

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 154-189

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e334>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1967-9530>

<https://orcid.org/0000-0001-9107-7887>

Recibido: 07/07/2019

Aprobado: 15/09/2019

Resumen: La regulación administrativa global, más allá de la derivada de los tratados internacionales, constituye hoy sin dudas una manifestación reciente del Derecho Administrativo en la medida en que este, como cualquier otra rama del derecho, se ha visto afectado por el fenómeno de la globalización. De la configuración teórica del Derecho Administrativo Global y en particular sobre sus relaciones con el derecho interno se ha escrito poco en Latinoamérica, pese a su manifestación práctica y común en las regulaciones jurídicas de los

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Profesor de Derecho. Universidad de Guayaquil: benjamacheco@gmail.com

² Master en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de La Habana, Abogado. raudelnhdez1986@gmail.com

diferentes sectores en que se filtra el Derecho Administrativo. Con el presente trabajo se pretenden sistematizar las principales corrientes, concepciones y teorías sobre el desarrollo de las funciones administrativas en el contexto internacional, determinando particularmente las formas y modalidades de la actividad regulatoria global, como un primer acercamiento a esta reciente expresión del Derecho Administrativo.

Palabras claves: Derecho Administrativo Internacional, Derecho Administrativo Global, administración global, espacio administrativo global, fuentes del Derecho Administrativo.

Abstract: The global administrative regulation, beyond that derived from international treaties, is a recent manifestation of Administrative Law insofar as this, like any other branch of law, has been affected by the phenomenon of globalization. About the theoretical configuration of global administrative law and in particular its relations with domestic law has been written very little in Latin America, despite its practical and common in the legal regulations of the different sectors involved administrative law manifestation. With this paper we intend to systematize the mainstream, concepts and theories on the development of administrative functions in the international context, particularly determining the forms and modalities of global regulatory activity, as a first approach to this recent expression of Administrative Law.

Keywords: International administrative law, global administrative law, global administration, global administrative space and sources of administrative law.

Resumo: A regulamentação administrativa global, além da derivada dos tratados internacionais, hoje constitui sem dúvida, uma manifestação recente do Direito Administrativo na medida em que este, como qualquer outro ramo do direito, foi afetado pelo fenômeno da globalização. Da configuração teórica do Direito Administrativo Global e em particular de suas relações com o direito interno, pouco foi escrito na América Latina, apesar de sua manifestação prática e comum nos regulamentos legais dos diferentes setores em que escoa-se o Direito Administrativo. Com este trabalho pretendemos sistematizar as principais tendências, concepções e teorias sobre o desenvolvimento de funções administrativas no contexto internacional, determinando

particularmente as formas e modalidades da atividade reguladora global, como uma primeira abordagem a esta recente expressão do Direito Administrativo.

Palavras-chave: Direito Administrativo Internacional, Direito Administrativo Global, administração global, espaço administrativo global, fontes do Direito Administrativo

Résumé: La régulation administrative globale, au-delà de celle qui vient des traités internationaux, constitue aujourd'hui sans aucun doute une manifestation récente du droit administratif dans la mesure où celui-ci, comme toutes les autres branches du droit, a été affecté par le phénomène de la Globalisation. En ce qui concerne la configuration théorique du droit administratif mondial et en particulier sur ses relations avec le droit interne, peu de choses ont été écrites en Amérique latine, malgré sa manifestation pratique et commune dans les réglementations juridiques des différents secteurs dans lesquels le droit administratif se manifeste. Avec ce travail, nous avons l'intention de systématiser les principales tendances, conceptions et théories sur le développement des fonctions administratives dans le contexte international, en particulier en déterminant les formes et les modalités de l'activité réglementaire mondiale, comme première approche à cette expression récente du droit administratif.

Mot-clés: Droit Administratif International, Droit administratif Global, Administration Globale, espace administratif global, sources du Droit Administratif.

摘要: 毫无疑问,全球行政规章已超越了国际条约,今天无疑构成了行政法的最新体现,其程度与其他法律分支一样都受到了全球化现象的影响。在全球行政法的理论结构中,特别是关于其与国内法的关系,尽管拉丁美洲在行政法被过滤的不同部门的法律法规中具有实践性和共同性表现,但在拉丁美洲几乎没有写成。通过这项工作,我们打算将国际背景下行政职能发展的主要趋势,概念和理论系统化,特别是确定全球监管活动的形式和方式,作为最近表达行政法的第一种方法。

关键字: 国际行政法,全球行政法,全球行政,全球行政空间,行政法渊源。

I. Introducción

Cuando, por lo general, tanto en la enseñanza como en la propia práctica del Derecho se trata el tema de las *fuentes* (formales) *del Derecho Administrativo*, es prácticamente nula la referencia a la regulación administrativa global, a excepción, como hemos dicho, de las derivadas de los tratados internacionales como fuente directa del Derecho Administrativo.

Ello es así, fundamentalmente, porque aún se entiende al Derecho Administrativo desde lo que el profesor Javier BARNÉS denomina “los tres diques que delimitaban sus señas de identidad: como derecho nacional, derecho del poder, y como derecho de vocación ejecutiva”³ y porque el Derecho Administrativo Global, es aún una disciplina en ciernes.

Sin embargo, es evidente que, en los últimos años, el fenómeno de la globalización y sus manifestaciones concretas, como las regulaciones de alcance supranacional, han producido importantes innovaciones estructurales y en las formas de actuación de la Administración *pública; lo que ha abocado al Derecho Administrativo a un replanteamiento de sus principales postulados teóricos.*

En el Derecho Administrativo actual se ha sentido la notable influencia de la regulación administrativa global, producto de un aumento en el alcance y las formas de regulación y administración que se desarrollan *más allá de las fronteras estatales para abordar las consecuencias de la interdependencia generada por el fenómeno de la globalización.*⁴

A través de sus distintas modalidades regulatorias (tanto las clásicas fuentes del Derecho Internacional Público de naturaleza vinculante como las del denominado *soft law* en sus distintas formas que derivan su capacidad regulatoria de su alto

³ BARNÉS, Javier. *Transformaciones (científicas) del Derecho administrativo. Historia y retos del Derecho administrativo contemporáneo*, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 10.

⁴ MARCHECO ACUÑA, Benjamín. “Los desafíos de la ciencia del derecho administrativo ante la globalización”, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 49, 2018, p. 4.

contenido técnico y su fuerza persuasoria) penetran en los sistemas normativos nacionales, ya sea determinando el contenido normativo de las fuentes jurídicas nacionales, ya condicionando la actuación de las autoridades como línea orientadora para la mejor toma de decisiones o como criterio interpretativo del derecho positivo.⁵

Son numerosas las entidades y organismos normativos globales cuyos estándares se incorporan a los ámbitos reguladores nacionales en distintos niveles y respetadas en la práctica pese a no ser formalmente vinculantes precisamente por las presiones del entorno altamente competitivo y por la supervisión constante de su cumplimiento. Por otro lado, los propios actores privados (individuos, grupos, corporaciones, ONGs), destinatarios de esos regímenes regulatorios globales son, de manera creciente, sujetos directos de las acciones ejecutivas o aplicación de medidas con efectos jurídicos directos, sin necesidad, en algunos casos de intervención de autoridades internas, con lo cual se va acortando paulatinamente la distancia que entre unos y otros ha impuesto el Derecho Internacional Público tradicional (p. ej., las decisiones sobre seguridad internacional del Consejo de Seguridad de la ONU, que afectan tanto a países concretos – mediante sanciones-, como sobre las personas -la lista de personas consideradas amenazas a la paz mundial).

El fenómeno descrito afecta indudablemente, a más de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo, sus conceptos y técnicas, a su sistema de fuentes; tanto en los procedimientos de producción, en el contenido normativo como, fundamentalmente, en su interpretación y aplicación.

⁵ En este sentido resulta muy ilustrativa la paradigmática sentencia *Grimaldi*, de 13-12-1989, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien entiende que este tipo de regulaciones, a pesar de carecer de eficacia vinculante, “no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos” y los jueces están obligados a tenerlas en cuenta a la hora de resolver los litigios de que conocen, “sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante”.

Con el presente trabajo se pretenden sistematizar las principales corrientes, concepciones y teorías sobre el desarrollo de las funciones administrativas en el contexto global, determinando particularmente las formas y modalidades de la actividad regulatoria global y su incidencia en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo.

1.1. El Derecho Administrativo Global: denominaciones, sentido y alcance

En el lenguaje jurídico tradicional, el adjetivo “internacional” ha estado siempre asociado a aquéllas ramas del derecho positivo que se refieren a las relaciones entre los Estados como sujetos del Derecho Internacional Público, o entre los particulares como sujetos del Derecho Internacional Privado; si bien cada una de dichas ramas tiene sus propias particularidades, su nota común es que se refieren a la elaboración, interpretación o aplicación de leyes que exceden los límites de un Estado en particular.⁶

Al resto de las ramas del derecho las une, por encima de cualquiera de las diferencias relevantes, su cualidad de estar restringidas, tanto en su origen como en su aplicación, a los límites del Estado nacional cuyas leyes e instituciones son expresión de su soberanía. De ahí que la expresión “Derecho Administrativo Internacional” u otras que aparecen a primera vista como sinónimos, no dejan de despertar el interés para los investigadores acostumbrados a concebir el Derecho Administrativo como un conjunto de normas e instituciones básicamente nacionales.

⁶ Además de esa gran distinción entre dos campos fundamentales del Derecho internacional, el sustantivo suele aplicarse a otras ramas como el Derecho comercial internacional, el Derecho económico internacional y el Derecho penal internacional. Sobre los dos primeros puede verse FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización.” *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, No. 5/2000, pp. 161-230. Sobre el tercero puede verse BASSIOUNI, Cherif. “El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1982, pp. 5- 42, y ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlín. “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales.” UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 133-173.

No obstante, en vista de que la expresión es de uso común ya en ciertos sectores de los estudios jurídicos, conviene precisar cuál es su sentido y alcance, así como las expresiones análogas, los sujetos y el objeto de una posible rama del saber jurídico que aún se considera en construcción o emergente.⁷

Para ello es preciso, en primer lugar, fijar una definición básica del Derecho Administrativo que tome en cuenta sus elementos más importantes, para luego analizar en qué se diferencia éste del denominado Derecho Administrativo Internacional y cuáles son las mutuas influencias que se pueden establecer entre ambos.

En 1950, el jurista cubano Julián MODESTO RUIZ definió el Derecho Administrativo como “el conjunto de principios y reglas que rigen la acción organizada de los funcionarios y empleados públicos encaminada a la realización directa, inmediata, y casi siempre concreta de determinadas conveniencias de interés común.”⁸

Varios años más tarde, Héctor Garcini Guerra concretó su concepción del Derecho Administrativo al definirlo como “aquella rama jurídica que fija los principios y analiza las normas que orientan y regulan las relaciones sociales que se producen en la organización y en la actividad de la Administración del Estado considerada en todas sus esferas, tanto nacional como local.”⁹

En ambas definiciones se aprecia la coincidencia de que el Derecho Administrativo está integrado por normas y principios

⁷ Que es un sector de estudios “en construcción” es con seguridad la única nota común a los estudiosos que se dedican al tema. Cfr. FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo. “Globalización y Derecho público. Introducción al Derecho administrativo internacional.” En CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.) Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Tomo I Derecho Administrativo, México D.F., UNAM, 2005, p. 45: “a fin de introducirnos a su estudio, identificaremos algunos de sus elementos y tópicos básicos, dejando en claro que cualquier conclusión que se exponga al respecto sólo puede tener carácter provisorio, dado que se trata de un tema en constante evolución y aún no consolidado.” pp. 45- 63.

⁸ RUIZ, Julián M. Principios de Derecho Administrativo. Escuela de Ciencias Comerciales, La Habana, Universidad de la Habana, 1950, p. 14.

⁹ GARCINI GUERRA, Héctor. Derecho Administrativo. Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 27.

que regulan la organización y funcionamiento de la Administración pública estatal, tanto a nivel nacional como local en la definición de H. GARCINI. En el caso de los principios, que son resultado de la labor doctrinal antes que, de decisiones legislativas, su alcance puede ir más allá del ámbito nacional, puesto que por su generalidad y abstracción pueden ser aplicados al análisis del Derecho Administrativo en diferentes ordenamientos jurídicos.

Algo muy diferente sucede con las normas jurídicas, que solo son aplicables hasta donde llega la esfera de influencia territorial de la entidad estatal que la emitió, y es aplicable solo dentro de los límites de su competencia. En síntesis, en ninguna de las dos definiciones el Derecho Administrativo tiene un alcance más allá de los límites del Estado.

El análisis anterior se refiere a lo que Catalina ESCUÍN PALOP identifica como el concepto tradicional del Derecho Administrativo, que considera se funda en tres presupuestos básicos: i)- la Administración concebida a partir del principio de la división de poderes, definiéndose el Derecho que regulaba la actividad del Poder Ejecutivo por su carácter residual (ni legislación, ni jurisdicción); ii)- la Administración como una unidad monolítica y autárquica, organizada de acuerdo con un criterio centralista, regida por el principio de jerarquía y; iii)- la actividad administrativa como una actividad formalizada, siempre subsumible en las previsiones de la Ley.¹⁰

Probablemente la mejor expresión para definir una concepción del Derecho Administrativo basada en aquellos presupuestos es la afirmación de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, cuando afirman que “es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público interno por excelencia del Estado.”¹¹

¹⁰ ESCUÍN PALOP, Catalina. Curso de derecho administrativo, parte general. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 19.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R. Curso de Derecho Administrativo I, 15ª ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 49.

Ante esa característica de derecho interno por excelencia, cabe preguntarse qué relaciones se pueden establecer entre el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional; esas relaciones se analizan usualmente en el tema específico de las fuentes del Derecho Administrativo, donde se incluyen los tratados internacionales cuyas formas de recepción en el derecho interno son definidas a nivel constitucional.¹²

Al margen de las formas concretas de recepción de tratados y las diferentes posiciones teóricas respecto a su carácter de fuentes del Derecho Administrativo, en las últimas décadas se ha ido avanzando más allá de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Administrativo, lo que ha tenido como uno de sus resultados más publicitados la constitución de un llamado Derecho Administrativo Internacional¹³ o Derecho Administrativo Global, del que se pueden encontrar indicios en algunos estudios de las primeras décadas del siglo XX, sin que ello diera lugar a la configuración de una nueva rama jurídica como se pretende en los estudios actuales.¹⁴

En términos de principios pareciera que no existe ninguna diferencia sustancial entre las expresiones Derecho Administrativo Internacional y Derecho Administrativo Global; pero una revisión más atenta permite apreciar que ambas expresiones tiene sentidos y alcances distintos: la primera, al menos en los estudios tradicionales del Derecho Administrativo, se refiere a los puntos de convergencia en la aplicación del derecho interno con el derecho internacional en sus aspectos netamente

¹² Un análisis del tema en el Derecho español puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., op. cit. pp. 159 y siguientes.

¹³ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. "La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas." *Revista de Administración Pública* No. 171/2006, Madrid: "por derecho administrativo internacional se entiende el derecho conflictual jurídico-público, esto es, el Derecho nacional de selección de la ley aplicable a supuestos de hecho dotados de conexión con el extranjero." P. 32. págs. 7-34

¹⁴ Un análisis del contexto del surgimiento y desarrollo del Derecho administrativo global puede verse en LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. "Contextualizando el derecho administrativo global." *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 11/2018, pp. 259-305.

administrativos;¹⁵ mientras que el segundo se refiere tanto a las normas como a las instituciones internacionales cuyas disposiciones, aunque no se basen en tratados internacionales, afectan la administración pública interna.¹⁶

Aparte de esa distinción de principios, en los estudios actuales se usan indistintamente ambas denominaciones para hacer referencia a un conjunto de estudios, análisis y teorías que, si bien no forman aún un cuerpo de doctrina homogéneo,¹⁷ tiene como objeto de estudio común las prácticas regulatorias y decisorias de instituciones públicas o privadas de carácter internacional y con orígenes diversos.

Metodológicamente, esos estudios “describen el fenómeno de la desaparición gradual de las tradicionales fronteras entre lo internacional y lo nacional, y entre lo público y lo privado; y, por otro, critican el sistema de fuentes y sujetos que históricamente han regido al derecho internacional, que incluye

¹⁵ En su tiempo, GARCINI GUERRA distinguía entre un “Derecho Internacional Administrativo que regula las relaciones derivadas de la existencia de una Sociedad Internacional y un Derecho Administrativo Internacional que regula la actividad del Estado enderezada a la realización de sus fines más allá de sus fronteras nacionales.” Cfr. op. cit. p. 35.

¹⁶ Un análisis sobre las diferencias específicas entre el Derecho administrativo internacional y el Derecho administrativo global puede verse en BREWER-CARÍAS, Allan R. “El Derecho administrativo global en materia de cooperación policial y el procedimiento administrativo global desarrollado ante *interpol*, como administración global, para la protección de las personas.” Ponencia en el *Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, sobre “Derecho Administrativo Global”* organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, 23-25 abril 2009, p 3 y siguientes. Disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2009/04/1045.-1-990.-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-GLOBAL-EN-MATERIA-DE-POLIC%3%8DA.-Monterrey.doc.pdf>. Consultado el 5 de julio de 2018.

¹⁷ “Los modelos de gobernanza global que han surgido han sido moldeados por un poco evidente pero importante y creciente cuerpo de normas de derecho administrativo global. Este cuerpo de normas no se encuentra hoy en día unificado- de hecho, no es todavía un campo organizado en la academia o en la práctica.” Cfr. KINGSBURY, Benedict, *et al.* “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global,” *Revista de Derecho Público* No. 24/2010, Bogotá, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, p. 23.

principalmente a tratados y costumbres, así como a Estados y organizaciones internacionales.”¹⁸

Siendo así, es posible afirmar que los actuales estudios que se refieren al Derecho Administrativo Internacional, no se circunscriben únicamente a la evolución interna del Derecho Administrativo tradicional, sino que parten de las limitaciones de éste para explicar adecuadamente la ampliación de los sujetos que en calidad de reguladores o decisores internacionales, inciden y hasta modifican el orden jurídico interno, sin estar amparados por las tradicionales fuentes de legitimación como son los tratados internacionales.

Esa ampliación de los sujetos del Derecho Administrativo implica, además la necesidad de delimitar un ente al que se pueda identificar como “Administración global”, el espacio sobre el que ejerce sus funciones, el llamado “espacio administrativo global”; ambas cosas son imprescindibles en la medida en que “la conceptualización del derecho administrativo global presupone la existencia de una administración global o transnacional.”¹⁹

No obstante la superposición de estudios, conceptos y análisis sobre el Derecho Administrativo Global, una primera sistematización apunta a ciertas diferencias que se pueden apreciar entre los estudios realizados en Estados Unidos y los países europeos; esa diferencia consiste en que mientras que en Estados Unidos la escuela del Derecho Administrativo Global es más pragmática, privilegiando los aspectos procesales del Derecho Administrativo Global, en Italia y Francia, así como en España, es más teórica, estudiando preferentemente lo sustantivo de este derecho.²⁰

En cualquier caso, los estudios de Derecho Administrativo Global parten de la constatación empírica de diversos elementos, que pueden resumirse en la internacionalización de la

¹⁸ Cfr. LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “Contextualizando el derecho administrativo...” op. cit. p. 261. Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Vol. 11/2018, pp. 259-305.

¹⁹ KINGSBURY, Benedict. *et al.* “El Surgimiento del Derecho Administrativo...” op. cit. p. 8.

²⁰ Cfr. LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “Contextualizando el derecho administrativo...” op. cit. p. 271.

Administración, definida a grandes rasgos como “todos aquellos fenómenos de carácter administrativo que sobrepasan las fronteras de los espacios administrativos nacionales, tanto si proceden de los mismos como si han sido concebidos desde un primer momento sin consideración de tales fronteras”.²¹

En síntesis, se trata de la existencia de instituciones, regulaciones y procedimientos de carácter internacional o global que influyen en la Administración pública nacional, sin que necesariamente haya un tratado internacional que las legitime y haga vinculantes, creando así un espacio de relaciones internacionales de gran complejidad, en las que intervienen sujetos reguladores tradicionales junto a otros emergentes.

En una visión de conjunto y como conclusión, puede decirse que “el ámbito regulatorio global se sitúa en medio del derecho internacional y el derecho administrativo, superando la dicotomía o dualidad conceptual nacional-internacional o interior-exterior, para constituir así espacios y tipos de interacciones diferentes que necesitan del desarrollo de ciertos conceptos y principios que den forma y legitimidad a esta nueva regulación.”²²

Ese lugar intermedio entre el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional, punto de convergencia donde se ubica el Derecho Administrativo Global, permite fijar sus características principales; se trata de un Derecho Global porque sus normas rigen sin consideración de fronteras; sus efectos rebasan o desbordan los rígidos confines del Estado; porque se ocupa del ejercicio del poder por una serie de organizaciones que no pertenecen a ningún Estado en particular; le reconoce a los particulares la condición de sujetos de derecho en el plano internacional; sus normas limitan o condicionan la actividad

²¹ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “*La ciencia del derecho...*” op. cit. p. 9.

²² Cfr. GAMBARELLA D’ETIGNY, Maité y VON LOEBENSTEIN WEIL, Beatriz. Recensión al libro *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación* de Benedict KINGSBURY y Richard B. STEWART (Global Law Press, Sevilla, 2016). En Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, vol. 84/2016, pp. 179- 183.

de la Administración nacional; porque sus normas, en síntesis, autorizan a los particulares cuyos derechos resultaren afectados por la actuación de la Administración para demandar en ultramar el control jurisdiccional de los actos que les causan gravamen.²³

Finalmente, Allan R. BREWER-CARÍAS expone una definición de Derecho Administrativo que incluye tanto al global como el nacional: “el Derecho Administrativo es el instrumento normativo destinado a garantizar el equilibrio entre los poderes atribuidos a la Administración Global, las atribuciones de las Administraciones nacionales y los derechos de los particulares; en definitiva, garantizar la sujeción del Estado al derecho, al punto de que sin Estado de Derecho (*rule of law*), no habría derecho administrativo;” en ese contexto el Derecho Administrativo Global es “un derecho que regula a Administraciones globales que ya no son parte del Estado o de un Estado nacional.”²⁴

Sin embargo, pese a la creciente utilización del término Derecho Administrativo Global y los esfuerzos por constituirlo en una nueva rama del derecho, una nueva ciencia jurídica o un ordenamiento jurídico singular, María del Pilar CHÁVEZ escribe sobre la “inexistencia del derecho administrativo global” y considera que “la utilización del concepto es errante. En ocasiones se recurre a él para demonizar al derecho administrativo de las organizaciones internacionales, mientras que en otras viene a resumir el derecho aplicado por determinados tribunales arbitrales, quedando por ello su contenido a merced del doctrinario que lo enuncia.”²⁵

²³ Cfr. MUCI BORJAS, J. A. “Control Judicial y Arbitraje Internacional conforme al Derecho Administrativo Global”, Caracas, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2005, p. 11.

²⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R. “*El Derecho administrativo global...*” op. cit. p. 2.

²⁵ CHÁVEZ, María P. “La inexistencia del derecho administrativo global.” Diario Administrativo No. 76 de 4 de agosto de 2015, señala que “la denominación encierra una contradicción en sí misma, toda vez que el derecho administrativo es por definición inherente al Estado moderno y el adjetivo “global” parece ampliar su ámbito de aplicación espacial por fuera de

1.2. Los elementos del Derecho Administrativo Global: sujetos reguladores; sujetos de regulación, estructura y funcionamiento

Al ser el Derecho Administrativo global un tipo de derecho en formación y en constante expansión,²⁶ una de las principales tareas que deben realizar sus estudiosos es la determinación de los elementos principales que lo configuran, aquellos en torno a los cuales giran tanto los sujetos reguladores y objetos de regulación, como las propias normas y procedimientos de acuerdo con los que funcionan.

A. Sujetos reguladores. Para comprender quiénes o cuáles son los sujetos reguladores del Derecho Administrativo Global, conviene sistematizar las principales formas de internacionalización de las relaciones administrativas; de acuerdo con el análisis realizado por SCHMIDT-ASSMANN esas formas pueden ser reducidas a cuatro.

- i) formas de cooperación bilateral;
- ii) formas organizativas regionales;
- iii) formas organizativas de alcance mundial;
- iv) redes informales de autoridades.

Por su parte, KINGSBURY, KRISCH y STEWART distinguen “cinco tipos principales de regulación administrativa globalizada:”²⁷

- i) administración por parte de organizaciones internacionales formales;

las fronteras de aquel hasta los confines de la tierra. En el estado actual del derecho internacional no existe cohesión normativa más allá de las normas denominadas de *iuscogens* y de parte del derecho derivado de las directivas del Consejo de Seguridad tomadas en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En consecuencia, no es posible hablar –en términos sistémicos- de un derecho administrativo que tenga escala global.”

²⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2017, t-I, p. V-14.

²⁷ Cfr. KINGSBURY, B. *et al.* “*El Surgimiento del Derecho Administrativo Global...*” op. cit. p. 9. Según los autores, “en la práctica, muchas de estas capas se superponen o se combinan, pero nosotros proponemos esta selección de tipos ideales para facilitar investigaciones futuras.”

- ii) administración basada en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación entre funcionarios *reguladores* nacionales;
- iii) administración distribuida llevada a cabo por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos;
- iv) administración por acuerdos híbridos intergubernamentales privados;
- v) administración por instituciones privadas con funciones regulatorias.

Si alguna diferencia tiene el Derecho Administrativo Global con respecto a las formas tradicionales en que se han resuelto las convergencias entre el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional, no radica precisamente en la existencia de todas esas formas diversas de administración llamadas global, puesto que entre las que señalan los autores solo las identificadas como redes informales de autoridades, o la administración por instituciones privadas con funciones regulatorias, quedan al margen de los tratados internacionales.

Algo muy distinto sucede cuando, por ejemplo, las instituciones u organizaciones internacionales de carácter político asumen funciones de reguladores internacionales en materia administrativa, o adoptan regulaciones que deben ser aplicadas por parte de los Estados en su derecho interno, o son las propias instituciones internacionales quienes las ejecutan en el territorio de algún Estado.

Dicho de otra manera, la existencia de un Derecho Administrativo Global radica, por un lado, en la ampliación de los sujetos de regulación administrativa internacional y, por otro, en la existencia de sujetos reguladores no derivados necesariamente de los tratados o convenios internacionales y que, sin embargo, disponen de poderes de hecho para conseguir que sus regulaciones sean incorporadas o aplicadas en el Derecho Administrativo interno.

Los dos aspectos que sirven de fundamento al Derecho Administrativo Global deben ser analizados en un contexto particularmente complejo, que se caracteriza según CASSESE por la globalización, la privatización, la participación ciudadana, o las nuevas responsabilidades fiscales a nivel global, el crecimiento de los poderes ultra-nacionales e intra-nacionales, el aumento de la separación funcional, en la que los Gobiernos nacionales actúan tanto con poderes soberanos como con poderes delegados de organismos ultra-nacionales, el aumento de la comunicación entre los ordenamientos jurídicos nacionales, el crecimiento de principios compartidos por varios ordenamientos jurídicos, a nivel mundial, nacional y local, entre otros.²⁸

¿Cuáles son esos sujetos reguladores propios del Derecho Administrativo Global, que funcionan en ese contexto y con base en los presupuestos señalados? Más allá de las referencias a instituciones concretas, a organismos, instituciones públicas o privadas o redes internacionales, los estudios sobre la materia no disponen aún de una descripción analítica que permita incluir o excluir instituciones u organismos, con independencia de los ejemplos concretos.

Según KINGSBURY *et. al.* “los órganos globales administrativos incluyen órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación con un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica.”²⁹

²⁸ A raíz de esos fenómenos han “surgido nuevos conceptos e ideas que han penetrado en la literatura: la Nueva Gestión Pública, la gobernanza, la rendición de cuentas [*accountability*], los organismos expertos, la dirección [*steering*]. Pero, como la continuidad y el cambio van de la mano, es difícil estudiar este mosaico de contradicciones utilizando viejos métodos.” Cfr. CASSESE, Sabino. “*New Paths for Administrative Law...*” op. cit. pp. 3- 4.

²⁹ KINGSBURY, B. *et al.* “*El Surgimiento del Derecho Administrativo Global...*” op. cit. 7.

Se trata, en cualquier caso, de una definición por enumeración que no agota todas las posibilidades (no es exhaustiva), y tampoco permite identificar con certeza si un determinado órgano es o no parte de la Administración global.

Una enumeración similar es la que realiza Pablo FERNÁNDEZ LAMELA cuando se refiere a “las redes transgubernamentales que están jugando un rol cada vez más importante en la regulación internacional...estas redes constituyen alianzas informales entre agencias gubernamentales, organizaciones internacionales, empresas transnacionales y participantes de la sociedad civil, como organizaciones no gubernamentales, corporaciones profesionales o grupos religiosos que se reúnen para analizar o discutir diversos temas de interés común.”³⁰

Todas ellas serían, de conformidad con lo dicho hasta aquí, sujetos reguladores del Derecho Administrativo Global; esas administraciones globales “conforme a los poderes que tienen conferidas en el marco regulatorio de su actividad, que conforma las fuentes del derecho administrativo global, pueden adoptar decisiones que tienen efectos jurídicos directos respecto de los individuos, a veces, sin intervención alguna de las administraciones públicas nacionales e, incluso, en contra de ellas, configurándose aquellos, entonces, como sujetos de la Administración global.”³¹

B. Sujetos de regulación. Una vez identificados los sujetos cuyas regulaciones contribuyen a configurar el Derecho Internacional Administrativo, corresponde identificar su contraparte, es decir, los órganos, instituciones o incluso personas sobre las cuales recae la obligación de cumplir aquellas regulaciones; en

³⁰ Cfr. FERNÁNDEZ LAMELA, P. “Globalización y Derecho público...” op. cit. p. 53.

³¹ El campo de las administraciones globales progresivamente se ha ido desplazando hacia otros campos de actividad más vinculadas con aspectos sustantivos del tradicional derecho administrativo, como la protección ambiental, la seguridad internacional, la energía nuclear, el control de armas químicas, la propiedad intelectual y el régimen de las personas como por ejemplo el tratamiento de los refugiados. Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R. “*El Derecho administrativo global...*” op. cit. pp. 4 y 5.

el entendido de que para que las diferentes formas de administración global sean efectivas y sus regulaciones sean eficaces, requieren en primer término la existencia de unos sujetos que debieran acatarlas.

En las relaciones tradicionales entre el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional esos sujetos están previamente determinados, puesto que al incorporar el contenido normativo del tratado al derecho interno aquél se hace directamente aplicable por las autoridades u órganos estatales correspondientes; de esa manera, no hay una ruptura en el encadenamiento entre las regulaciones administrativas internacionales y las internas.

La pertinencia analítica de los estudios de Derecho Administrativo Global con respecto a los sujetos de regulación radica en que toma como objeto de estudio los casos cada vez más frecuentes, de acatamiento y aplicación de regulaciones administrativas de origen internacional que no derivan necesariamente de las fuentes convencionales como los tratados internacionales.

La distinción sobre la cualidad de los sujetos de regulación se puede establecer mejor por el método de contraste: en las relaciones entre el Derecho Administrativo Internacional y el interno, los entes sometidos a su jurisdicción tienen carácter nacional, y sólo son relevantes al momento de la implementación de las regulaciones administrativas internacionales; por el contrario, en el Derecho Administrativo Global los destinatarios reales de las regulaciones son “cada vez más los mismos que en el derecho doméstico: a saber, los individuos (tanto como agentes morales y como actores económicos y sociales) y las entidades colectivas como las sociedades comerciales y, en algunos casos, las ONGs.”³²

El punto está en que fuera del Derecho Administrativo Global los particulares o los agentes privados solo son relevantes para el Derecho Administrativo interno; mientras que en el Derecho Administrativo Global tanto los Estados como las

³² KINGSBURY, B. *et al.* “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global...” *op. cit.* p. 12.

instituciones públicas o privadas y los ciudadanos se convierten en sujetos de derecho internacional; estos serían “los sujetos pasivos del derecho administrativo global, que en este caso no sólo son los Estados nacionales sino los individuos o ciudadanos de los mismos (administrados).”³³

Ahora bien, ¿Cuáles son, concretamente, esos sujetos de regulación del Derecho Administrativo Global, aquellos que se ven obligados a cumplir las disposiciones de los sujetos reguladores? Como en el caso de los primeros, tampoco los estudios de Derecho Administrativo Global disponen de una respuesta general a esta interrogante, puesto que además de las autoridades de administración formales del Derecho Administrativo interno, los autores sugieren casos de cumplimiento de aquellas regulaciones por parte de empresas privadas y aún de individuos, sin que haya necesariamente una mediación estatal.

Por lo dicho, se puede concluir que en los estudios sobre el Derecho Administrativo Global, se describe la expansión de los sujetos tradicionales del Derecho Administrativo en sus relaciones con el Derecho Internacional, al integrarse como sujetos de tales relaciones, además del Estado y las instituciones públicas de carácter administrativo, entidades privadas e incluso los ciudadanos, tradicionalmente excluidos en los estudios acerca de las relaciones entre Derecho Administrativo interno y el Derecho Internacional.

A falta de una delimitación clara de los sujetos del Derecho Administrativo Global, una manera más adecuada de abordar el tema es analizando los efectos de aquellas regulaciones en el Derecho Administrativo interno, así como la manera en que son incorporadas a las prácticas y procedimientos del Derecho Administrativo nacional; así, la pertinencia práctica del Derecho Administrativo Global depende de que las regulaciones de los entes identificados como parte de la Administración Global sean acatadas y aplicadas por los sujetos a quienes se dirigen, o aún

³³ Cfr. BREWER-CARIAS, A. R. “*El Derecho administrativo global...*” op. cit. p. 5.

por aquellos que sin estar obligados a su cumplimiento, prefieren hacerlo por los beneficios probables de su implementación.

1.3. Formas de la regulación administrativa global

Una vez analizados el sujeto regulador y los sujetos de regulación en el Derecho Administrativo Global, es preciso identificar las diferentes formas en que las regulaciones jurídicas de aquellos entes se manifiestan, lo que permitirá tener criterios mínimos para identificar, ante una norma concreta de Derecho Internacional, si puede ser considerada como perteneciente al Derecho Administrativo Global, o a las formas tradicionales de relación entre el Derecho Internacional y el interno.

En la base de ese análisis se encuentra la distinción que es ya un lugar común, entre *hard law* y *soft law*, expresiones con las que se hace referencia a dos formas distintas de manifestarse el Derecho Internacional; existen varios criterios y puntos de vista para diferenciar uno y otro tipo de derecho,³⁴ aunque el punto de ruptura para la mayoría es su carácter vinculante o no para los sujetos a quienes se dirigen las regulaciones.

Al *hard law* se le define como el derecho con efectos vinculantes u obligatorios, mientras que el *soft law* significa derecho blando o derecho débil, entendido como no vinculante o no obligatorio. En su sentido jurídico, ambos conceptos designan el alcance que tiene el Derecho Internacional al definir y reglamentar las relaciones entre los Estados. El primero se refiere esencialmente a los tratados, convenios o convenciones internacionales que, una vez firmados y ratificados por los Estados siguiendo los procedimientos previstos en el derecho interno, se convierten en ley y, por tanto, adquieren fuerza vinculante.

Por el contrario, el *soft law* se define por exclusión con respecto a las fuentes en que se expresa el *hard law*; es decir,

³⁴ Un análisis sistemático al respecto puede verse en SHAFFER, Gregory C. y POLLACK, Mark A. "Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance." *Minnesota Law Review* Vol 94/2010, pp. 706- 799.

no se expresa a través de tratados, convenios o convenciones firmados o ratificados por el Estado, sino a través de declaraciones, resoluciones, acuerdos o programas de acción, que si bien deben estar en conformidad con el Derecho Internacional, no crean obligaciones legales o vinculantes para el Estado; su contenido es de índole indicativo y persuasivo, pueden tener el carácter de reglas técnicas o de estándares de optimización, cuyo uso o aplicación tiene efectos legales.

No obstante, las distinciones que se puedan realizar, los límites entre uno y otro tipo de derecho se han ido desdibujando con el tiempo, en lo que han influido tanto la ampliación permanente de los sujetos reguladores a nivel global como las formas concretas de instrumentación de las regulaciones internacionales por la administración interna o por la jurisprudencia.

Por otra parte, las potencialidades de la distinción también se utilizan en las relaciones internacionales por los Estados para posicionarse en la comunidad internacional en función de sus intereses, cuando no puede conseguir consenso para regulaciones vinculantes, se apela a las virtudes del *soft law* para llegar a acuerdos no vinculantes *ab initio*, pero que luego al ser aplicados por los demás Estados se convierten paulatinamente en vinculantes.

Luego de las distinciones de rigor, los estudios hacen mayor énfasis en analizar el *soft law* como categoría más problemática puesto que, como se ha dicho, debe ser definido bien por contraposición con el *hard law*, o bien a partir de la instrumentación administrativa o aplicación judicial de regulaciones no derivadas de instrumentos de Derecho Internacional vinculantes para los Estados.

Al margen de los desacuerdos teóricos sobre su definición, existen algunos puntos de convergencia entre diferentes autores, respecto a los criterios que se deben tener en cuenta para identificar si una regulación concreta se corresponde o no con el *soft law*; entre esos criterios se pueden mencionar los siguientes:

- i) que sean formulados en términos no obligatorios de acuerdo con los procesos tradicionales de creación de derechos;
- ii) que contengan términos vagos e imprecisos;
- iii) que procedan de órganos carentes de autoridad para dictar normas internacionales;
- iv) que estén dirigidos a actores no estatales;
- v) que sean ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad;
- vi) que estén basados exclusivamente en la adhesión voluntaria y no existan mecanismos para su exigibilidad.³⁵

La estrategia adoptada por los autores pone de manifiesto las dificultades teóricas de hacer una definición exhaustiva, sistemática y coherente del *soft law*, aunque sí es posible identificar rasgos comunes a las concepciones más elaboradas sobre el tema; algunos de los puntos convergentes en cuanto a sus características son resumidos por Gloria ALARCÓN GARCÍA en su estudio “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes.”³⁶

Según la autora algunos puntos de coincidencia son: que el fenómeno del *soft law* aparece cuando el instrumento de regulación internacional tiene carácter jurídicamente no vinculante y posee cierta relevancia jurídica; se aplica respecto de instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona; y se caracteriza por la no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento (no es sancionable mediante las formas tradicionales, pero existe lo que se viene denominando la *soft* coerción, la cual tiene sus propios canales de sanción).

Además de sus características estructurales, el *soft law* cumple funciones específicas con respecto a su contraparte el *hard*

³⁵ Cfr. CHINKIN, C. “Normative Development in the international legal system.” SHELTON, D. (ed), Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system, New York, Oxford University Press, 2000, pp. 30- 31.

³⁶ ALARCÓN GARCÍA, G. “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en: Tratado sobre la Ley General Tributaria. Libro-Homenaje del profesor Alvaro RODRÍGUEZ BEREJO, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, pp. 271- 299.

law; su uso estratégico en las relaciones internacionales cuando no es posible alcanzar un acuerdo vinculante lo convierte en un paso de avance hacia futuras regulaciones obligatorias entre los Estados; también funciona como una alternativa al *hard law* cuando no es posible conseguir acuerdos obligatorios, con respecto al cual puede funcionar como complemento o, en último lugar, constituir un parámetro interpretativo del *hard law* a los fines de su aplicación en sede administrativa o judicial.³⁷

Por sus características, el *soft law* debe ser estudiado como fuente del Derecho Internacional a partir de su aplicación administrativa o judicial en el ordenamiento jurídico interno, y por ello el principal criterio para determinar su incidencia no es el de su origen, sino el de su vigencia efectiva en diferentes ramas del Derecho. Una de esas ramas en las que tiene influencia significativa el *soft law* es el Derecho Administrativo,³⁸ por cuya influencia se ha ido desarrollando el Derecho Administrativo Global objeto de análisis en esta investigación.

De conformidad con lo explicado hasta aquí, se puede afirmar que las formas concretas de expresión del Derecho Administrativo Global están constituidas principalmente por las regulaciones propias del *soft law*,³⁹ entre las que se encuentran las resoluciones, recomendaciones, declaraciones o textos programáticos de las instituciones y organismos internacionales respecto de las cuales no existe un tratado o convenio vinculante.

En segundo lugar, aparecen las recomendaciones, resoluciones, manuales de buenas prácticas y regulaciones de actores no estatales o público-privados que establecen estándares no

³⁷ Cfr. ALONSO GARCÍA, R. "El *soft law* comunitario." *Revista de Administración Pública*, No. 54/2001, Madrid, pp. 74 y siguientes.

³⁸ Cfr. la obra colectiva *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos de las normas no vinculantes de la administración*. Prólogo de José ESTEVE PARDO. Thomson Civitas, Madrid, 2008.

³⁹ Un estudio sobre las principales formas de expresión del *soft law* puede verse en MAZUELOS BELLIDO, Ángeles. "Soft Law, ¡Mucho ruido y pocas nueces?" *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 8/ 2004, pp.1-40.

obligatorios para la Administración pública interna, los entes privados y en algunos casos para los ciudadanos; en este caso el *soft law* sería “la única alternativa para los actores no estatales, dado que no tienen capacidad para crear normas y obligaciones jurídicas internacionales.”⁴⁰

También son forma de expresión del Derecho Administrativo Global los acuerdos internacionales no normativos y el llamado *soft law* material; esos “acuerdos son *vinculantes*, si bien no *jurídicamente*, dependiendo tal circunstancia de la voluntad de las partes. Como la voluntad de las partes de concluir un acuerdo jurídico o extrajurídico viene sólo excepcionalmente expresada, es necesario deducirla de una serie de índices de evaluación conjunta, entre los cuales podemos mencionar junto con el lenguaje, la denominación del texto, las partes que lo concluyen, la presentación del texto, las formalidades seguidas para su adopción, las cláusulas finales, la previsión o no de mecanismos de arreglo pacífico de controversias o la práctica subsiguiente.”⁴¹

Cualquiera que sea el origen de las regulaciones internacionales propias del *soft law*, o el contenido concreto que regulen, lo importante es que se trata de resoluciones, documentos o guías programáticas cuyo contenido no es de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios, sean los Estados, organizaciones o empresas privadas o los ciudadanos; de ahí que se pueda afirmar que “el foco del derecho administrativo global no es el contenido específico de las reglas sustantivas, sino el funcionamiento de principios existentes o posibles, de reglas procedimentales, de mecanismos de revisión y de otros mecanismos relativos a la transparencia, participación, toma de decisiones razonadas y a garantizar la legalidad en la gobernanza global.”⁴²

⁴⁰ MAZUELOS BELLIDO, Á. “Soft Law...?” op. cit. p. 13.

⁴¹ MAZUELOS BELLIDO, Á. “Soft Law...?” op. cit. p. 16- 17.

⁴² Cfr. KINGSBURY, B. *et al.* op. cit. p. 17.

1.4. Las normas de Derecho Administrativo Global como fuente de derecho interno

La afirmación anterior remite al estudio de las fuentes del Derecho Administrativo interno y, más concretamente, al de las relaciones entre el Derecho Administrativo Global y su recepción por los sujetos públicos y privados, o por los ciudadanos, como fuente para la aplicación o resolución de conflictos administrativos internos.

La relación más evidente que se puede establecer entre el Derecho Internacional y el Derecho Administrativo nacional es que las disposiciones jurídicas de aquél deben ser acatadas por las autoridades nacionales, a través de los mecanismos legalmente existentes para la recepción y aplicación de los tratados internacionales.

Sin embargo, como se ha explicado, el Derecho Administrativo Global va un paso más allá de esas relaciones formales, puesto que, al ampliarse los órganos de regulación a sujetos no legitimados mediante un tratado, tales mecanismos se tornan insuficientes.

Es por ello por lo que, en este punto, una de las cualidades más importantes del Derecho Administrativo Global es la existencia de sujetos regulatorios cuyas disposiciones son acatadas y cumplidas por autoridades nacionales, independientemente de la existencia o no de un tratado vinculante al respecto, y es ahí donde entra el tema de las fuentes del Derecho Administrativo, uno de los tópicos más recurrentes en los textos sobre la materia.

En dichos textos, los análisis relativos a las fuentes del derecho no hacen referencia a lo que hasta aquí se ha identificado como Derecho Administrativo Global, aunque sí a los tratados internacionales en la mayoría de los casos. Así Miguel MARIENHOFF considera que por fuentes del derecho administrativo, deben entenderse los diversos orígenes posibles de las normas y principios que interesan al derecho administrativo, tengan o

no eficacia normativa expresamente establecida (incluye acá la Constitución, leyes dictadas en consecuencia de la Constitución, los tratados con potencias extranjeras y los reglamentos administrativos; también son fuentes la analogía, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina científica).⁴³

Para CASSAGNE, las fuentes del derecho son los medios o formas que dan origen al ordenamiento jurídico, distinguiéndose entre las fuentes en reales (o materiales) y formales: las primeras son aquellos modos (elementos, factores, etc.) que determinan el contenido de las normas jurídicas, con independencia de los órganos con competencia para producir disposiciones jurídicas; mientras que las segundas son aquellas que dan origen al ordenamiento, y que emanan de órganos estatales competentes, en este sentido el concepto fuente se limita a la constitución, la ley y el reglamento.⁴⁴

Fernando GARRIDO FALLA entiende por fuentes del Derecho Administrativo “aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho Administrativo se manifiesta en su vigencia; (fuentes escritas: la Constitución, la ley, los tratados internacionales, los reglamentos estatales, y los reglamentos dictados por otras corporaciones públicas sometida a tutela estatal; fuentes no escritas: la costumbre y los principios generales del derecho; y fuentes indirectas: los tratados internacionales y la jurisprudencia)⁴⁵ y según MARTÍN MATEO, las fuentes “no son otra cosa que el procedimiento de originación de normas jurídico-administrativas clasificándolas en fuentes primarias, las que nos dan un derecho directamente aplicable *per se* (leyes, reglamentos y tratados internacionales); fuentes complementarias, cuya vigencia se deriva de los propios pronunciamientos de las fuentes primarias (costumbre y principios generales del

⁴³ MARIENHOFF, M. S. op. cit. p. 105- 107.

⁴⁴ CASSAGNE, J. C. Derecho Administrativo. Editorial LexisNexis/Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 123- 125.

⁴⁵ GARRIDO FALLA, F. Tratado de Derecho Administrativo Volumen I, parte General. Duodécima edición, Editorial Tecnos, 1994, pp. 171- 174.

derecho) y fuentes aclaratorias, orientan sobre el auténtico sentido y alcance de lo querido por el legislador (jurisprudencia y doctrina científica).⁴⁶

Del recuento anterior, interesa destacar por un lado la variedad de definiciones posibles y, por otro, los dos criterios asumidos por los autores para conceptualizar las fuentes del Derecho Administrativo: el origen de las normas administrativas, al concebir literalmente el término “fuente”, y su vigencia, entendida como manifestación de su aplicación efectiva. El Derecho Administrativo tradicional, circunscrito a la soberanía estatal, es insuficiente para dar cuenta de la influencia que las regulaciones de las autoridades globales, públicas o privadas tienen en la Administración pública interna; esa insuficiencia es notable cuando se identifican las fuentes del Derecho Administrativo, entre las que no aparecen las regulaciones propias del Derecho Administrativo Global.

Como puede apreciarse, se trata de obras publicadas en las últimas décadas, mismas en que se ha ido desarrollando el Derecho Administrativo Global y que, al parecer, no han tenido ninguna influencia en la configuración de las fuentes tradicionales del Derecho Administrativo; lo más parecido a una influencia de ese tipo es la consideración de los tratados internacionales como fuentes, sin embargo deben pasar, para su efectiva vigencia, por el proceso de recepción establecido en el ordenamiento jurídico.

Para acreditar la veracidad de la afirmación anterior deben identificarse, bien sea en general o mediante ejemplos concretos, las que pueden considerarse fuentes del Derecho Administrativo Global, para analizar si pueden ser consideradas o son de hecho fuentes del Derecho Administrativo interno, tomando en cuenta el criterio de vigencia efectiva y no el de su origen o forma de integración al ordenamiento jurídico nacional.

⁴⁶ MARTÍN MATEO, R. Manual de Derecho Administrativo. 22 ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 77- 84.

CASSESE considera que existe un ordenamiento jurídico global basado en la cooperación y que carece de soberanía, pues funciona con base en un tipo de organización diferente al Estado tradicional; en ese contexto hay una comunidad o sociedad internacional en la que están presentes los tres elementos del ordenamiento jurídico: plurisubjetividad (principalmente los Estados), organización (principalmente organizaciones internacionales) y normativa (la mayor parte, convencional o pactada, aunque también reglamentaria). Ese ordenamiento jurídico internacional “no se rige por una autoridad superior, sino que se basa en la cooperación y en la forma de integrarse los sujetos que forman parte de él...”⁴⁷ “a esa característica se añade ahora que su organización no tiene un centro de referencia. Es, sin embargo, una agrupación de organizaciones generales y sectoriales.”⁴⁸

Las fuentes, en sentido formal, que integran ese ordenamiento jurídico global, son “los principios constitucionales o fundamentales, que proceden de las tradiciones nacionales, las costumbres y los tratados, a las que se añaden aquellas denominadas de varias formas, que están producidas por las organizaciones internacionales, dirigidas a los Estados o a comunidades subestatales, las reconocidas globalmente, pero producidas por comunidades sectoriales individuales, como las que conciernen al Derecho comercial y de los contratos, las de protección de los consumidores, seguridad, condiciones de trabajo, responsabilidad, tutela del medio ambiente y las de transparencia y participación.”⁴⁹

Ese sistema de normas presenta- según CASSESE- cuatro características fundamentales: está constituido por un gran número de preceptos indicativos, no imperativos; produce una

⁴⁷ CASSESE, S. “El espacio jurídico global.” *Revista de Administración Pública* No. 157/ 2002 p. 15, pp. 11- 26.

⁴⁸ CASSESE, S. “*El espacio jurídico...*” op. cit. p. 16.

⁴⁹ CASSESE, S. “*El espacio jurídico...*” op. cit. pp. 20- 21.

gran variedad de efectos laterales, porque carece de un límite territorial; se presta, por la ausencia de una división rígida de las tareas, a usos encaminados a alcanzar efectos colaterales; está compuesto por normas de diferente procedencia, supranacional y nacional, por lo que puede decirse que el derecho global no coincide con el Derecho Internacional: este último es sólo una parte del primero; finalmente el ordenamiento jurídico global está dotado de disposiciones e instrumentos para las soluciones de controversia.”⁵⁰

Ante la imposibilidad de una definición de las fuentes del Derecho Administrativo Global por su origen o su forma, el criterio más plausible para considerarla dentro de las fuentes del derecho interno sería el de su vigencia y eficacia en el ordenamiento jurídico nacional. Se trata en todo caso de un criterio empírico que permitiría determinar si una regulación concreta de uno de los sujetos reguladores del Derecho Administrativo Global es acatada y cumplida por las autoridades internas, sobre todo por aquellas con respecto a las cuales la entidad reguladora global no está vinculada a través de un tratado o convenio internacional.

Con ello se reduciría por un lado el carácter principalmente teórico de los estudios actuales sobre el Derecho Administrativo Global, al tiempo que haría posible la verificación de si, más allá de las afirmaciones teóricas sobre su influencia en el derecho interno, en un ordenamiento jurídico determinado las decisiones de los entes reguladores globales son aplicadas por los entes internos, aunque no haya una norma vinculante al respecto.

En este sentido es necesario tomar en consideración, como sostiene DARNACULLETA GARDELLA, que, en un número creciente de sectores, los organismos transnacionales de regulación ejercen el monopolio de la producción de estándares internacionales, en una suerte de delegación de la autoridad regulatoria en el ámbito global, que son aplicados por los Estados con independencia

⁵⁰ CASSESE, S. “*El espacio jurídico...*” op. cit. pp. 21- 22.

de su validez jurídica, o son simplemente incorporados como derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales.⁵¹

Son numerosos los organismos normativos mundiales cuyos estándares penetran directamente en el contexto regulador nacional y son asumidos y aplicados por entidades nacionales, respetadas en la práctica pese a no ser formalmente vinculantes; precisamente por las presiones del entorno altamente competitivo y por la supervisión constante de su cumplimiento.⁵²

La posición más relevante la ocupa la regulación del sector financiero,⁵³ en el que destacan las llamadas agencias de *rating* que, concebidas inicialmente para solventar las dificultades del acceso a la información financiera en el mercado, han alcanzado un enorme poder en el escenario financiero global, al punto de ser capaces de alterar el equilibrio financiero y monetario internacional y condicionar las agendas políticas de los Estados y las organizaciones internacionales, pudiendo incluso provocar consecuencias desastrosas a escala global.⁵⁴

Por otro lado, de manera creciente son los propios actores privados los destinatarios de la acción administrativa de los organismos globales a través de la adopción de medidas o realización de acciones ejecutivas con efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad en algunos casos de intervención de autoridades nacionales, -p. ej., el Consejo de Seguridad de la ONU y sus comités, que adoptan decisiones en materia de seguridad internacional, tanto respecto de países concretos (fundamentalmente sanciones) como sobre las personas (la lista de personas consideradas amenazas a la paz mundial, la determinación de

⁵¹ DARNACULLETA GARDELLA, M. M. "El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo?" *Revista de Administración Pública*, No. 199/2016, p. 24.

⁵² MARCHECO ACUÑA, B. "Los desafíos...", ob. cit., pp. 7-8.

⁵³ Un análisis sobre la regulación global en el sector financiero puede verse en: DARNACULLETA GARDELLA, María M. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, María A. «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de Administración Pública*, No. 183, 2010, pp. 139-177.

⁵⁴ SIRIANNI, G. «Il rating sovrano», *Constitutionalismo.it*, Fascicolo 2, 2012, p.1.

la condición de refugiado, etc.); o las sanciones impuestas a atletas, clubes o federaciones nacionales por organismos deportivos mundiales; el reconocimiento internacional de una marca; etc.-, con lo cual además se va reduciendo progresivamente la distancia que entre aquéllos y éstos había impuesto el Derecho internacional público tradicional.

Entre la actividad normativa o administrativa global y el derecho nacional se producen inevitables tensiones como consecuencia de la disparidad y heterogeneidad de las normas internacionales y los cuestionamientos sobre la legitimidad de origen de muchas de ellas, toda vez que éstas no son producto de un ordenamiento jurídico unitario con una estructura jerárquica de las fuentes que aseguren su unidad y coherencia, ni cuentan muchas de ellas en su producción o aplicación con las garantías (procedimentales, de control o tutela) propias de los ordenamientos nacionales.

Estas tensiones serán más intensas en la medida en que las normas o las acciones administrativas de instancias internacionales afecten directamente la esfera de los derechos, y, aunque difícilmente puedan ser resueltas del todo, si pudieran ser atenuadas a través de los métodos de interpretación del Derecho y la introducción de fórmulas correctivas.

II. Conclusiones

1. El sentido y alcance del Derecho Administrativo Global (identificado también en la doctrina como Derecho Administrativo Internacional), como una reciente proyección del Derecho Administrativo (concebido tradicionalmente como derecho público interno) afectado por el fenómeno de la globalización; abarca las normas y las instituciones internacionales cuyas regulaciones (sean tratados internacionales o no) irradian en la Administración pública interna.

2. En los estudios sobre el Derecho Administrativo Global, se describe la expansión de los sujetos tradicionales del Derecho

Administrativo en sus relaciones con el Derecho Internacional, al integrarse como sujetos de tales relaciones, además del Estado y las instituciones públicas de carácter administrativo, entidades privadas e incluso los ciudadanos, tradicionalmente excluidos en los estudios acerca de las relaciones entre Derecho Administrativo interno y el Derecho Internacional.

3. El Derecho Administrativo Global se manifiesta, básicamente, a través de normas jurídicas de tipo *soft law*, entre las que se encuentran resoluciones, recomendaciones, manuales de buenas prácticas, declaraciones o textos programáticos de las instituciones y organismos internacionales respecto de las cuales no existe un tratado o convenio vinculante.

4. Las normas de Derecho Administrativo Global pueden ser fuente de Derecho Administrativo interno, en la medida en que una regulación concreta de uno de los sujetos reguladores del Derecho Administrativo Global sea acatada y cumplida por las autoridades internas, sobre todo por aquellas con respecto a las cuales la entidad reguladora global no está vinculada a través de un tratado o convenio internacional.

III. Bibliografía

ALONSO GARCÍA, Ricardo. “El *soft law* comunitario.” *Revista de Administración Pública*, No. 54/2001, Madrid, pp. 63-94.

A Dictionary of Law. Oxford University Press, 5ta edición 2003.

AA.VV. El *soft law* administrativo. Un estudio de los efectos de las normas no vinculantes de la administración. Prólogo de José ESTEVE PARDO. Thomson Civitas, Madrid, 2008.

ALARCÓN GARCÍA, Gloria. “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes.” En *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Libro-Homenaje del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo*, Thomson Reuters-Aranzadi 2010, pp. 271- 299.

BARNÉS, Javier. “Transformaciones (científicas) del Derecho administrativo. Historia y retos del Derecho administrativo contemporáneo.” Disponible en <http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/Transformaciones-cient%C3%ADficas->

- del-Derecho-Administrativo.-Historia-y-retos-del-Derecho-Administrativo-contempor%C3%A1neo.pdf. Consultado el 6 de julio de 2018.
- BASSIOUNI, Cherif. “El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido.” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1982, pp. 5- 42.
- BREWER-CARIAS, Allan R. “El Derecho administrativo global en materia de cooperación policial y el procedimiento administrativo global desarrollado ante *interpol*, como administración global, para la protección de las personas.” Ponencia en el *Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, sobre “Derecho Administrativo Global”* organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, 23-25 abril 2009, p 3 y siguientes. Disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2009/04/1045.-1-990.-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-GLOBAL-EN-MATERIA-DE-POLIC%C3%8DA.-Monterrey.doc.pdf>. Consultado el 5 de julio de 2018.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Editorial LexisNexis/ Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998.
- CASSESE, Sabino. “El espacio jurídico global.” *Revista de Administración Pública* No. 157/ 2002, pp. 11- 26.
- CASSESE, SABINO. *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 175.
- CASSESE, Sabino. “New paths for administrative law: A manifesto”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10(3)/2012, p. 605.
- CHÁVEZ, María del Pilar. “La inexistencia del derecho administrativo global.” *Diario Administrativo* No. 76 de 4 de agosto de 2015. Disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/08/Administrativo-Doctrina-2015-08-04.pdf>. Consultado el 6 de julio de 2018.
- CHINKIN, C. “Normative Development in the international legal system.” SHELTON, D. (ed), *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, New York, Oxford University Press, 2000, pp. 30- 31.

- DARNACULETA GARDELLA, María M. “El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo?” *Revista de Administración Pública*, No. 199/2016, p. 24.
- Decreto- Ley No. 317/2013, “De la Prevención y Detección de Operaciones en el Enfrentamiento al Lavado de Activos, al Financiamiento al Terrorismo, a la Proliferación de Armas y al Movimiento de Capitales Ilícitos.” GOC-2018-182-EX25, de 26 de abril de 2018.
- ESCUIN PALOP, Catalina. Curso de derecho administrativo parte general. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ESTEVE PARDO, José. Prólogo a *El soft law administrativo*. Un estudio de los efectos de las normas no vinculantes de la administración. Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin. “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales.” UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 133-173.
- Fernández Lamela, Pablo. “Globalización y Derecho público. Introducción al Derecho administrativo internacional.” En CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.) Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Tomo I Derecho Administrativo, UNAM, 2005, pp. 45- 63.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización.” *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, No. 5/2000, pp. 161-230.
- GAMBARDELLA D’ETIGNY, Maite y VON LOEBENSTEIN WEIL, Beatriz. Recensión al libro *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación* de Benedict KINGSBURY y Richard B. STEWART (Global Law Press, Sevilla, 2016). *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, vol. 84/2016, p. 179. Pp. 1791- 183.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Decimoquinta edición. Editorial Civitas/Thomson Reuters, 2011.
- GARCINI GUERRA, Héctor. Derecho Administrativo. Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo Vol. I, parte General. Duodécima edición, Editorial Tecnos, 1994.

- GORDILLO, Agustín. Los valores en el Derecho administrativo global. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-gordillo-valores.pdf>. Consultado el 6 de junio de 2018.
- KINGSBURY, Benedict, *et al.* “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global.” *Revista de Derecho Público* No. 24/2010, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia, pp. 4- 46.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “Contextualizando el derecho administrativo global.” *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 11/2018, pp. 259-305.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “*Contextualizando el derecho administrativo...*” op. cit. p. 261. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 11/2018, pp. 259-305.
- MARCHECO ACUÑA, Benjamin. “Los desafíos de la ciencia del Derecho administrativo ante la globalización”, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 49, 2018.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Abelardo- Perrot, Buenos Aires, 1983.
- MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. 22’ Edición, Editorial Aranzadi, 2003.
- MATILLA CORREA, Andry. “Las fuentes del Derecho Administrativo (excepto el reglamento)”. *Temas De Derecho Administrativo Cubano*, Editorial Félix Varela, 2004.
- MUCI BORJAS, José Antonio. “Control Judicial y Arbitraje Internacional conforme al Derecho Administrativo Global.” Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2005, p. 11. Disponible en www.muci-abraham.com/.../c4054864837660d0350a7407a-fbbbc141b9832a9.pdf. Consultado el 6 de julio de 2018.
- RICHARDS MARTÍNEZ, Orisel. “Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano.” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Bolivariana de Medellín*, No. 116/2012, pp. 117- 158.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “El Derecho Administrativo Global: un derecho principal.” *Revista Andaluza de Administración Pública* No. 70/2010, pp. 15- 68.
- RUIZ, Julián Modesto. *Principios de Derecho Administrativo*. Escuela de Ciencias Comerciales, Universidad de la Habana, 1950.

- SARMIENTO, Daniel. “La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*.” *Cuadernos de Derecho Público*, No. 22/2006, pp. 220- 266.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas.” *Revista de Administración Pública* No. 171/2006, Madrid, pp. 7-34.
- Sentencia *Grimaldi*, de 13-12-1989, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- SHAFFER, Gregory C. y POLLACK, Mark A. “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance.” *Minnesota Law Review* Vol 94/2010, pp. 706- 799.
- STEWART, Richard. “The global regulatory challenge to U.S. administrative law”. *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37/2005, p. 703.
- THÜRER, D. “Soft Law”, en BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2000.

El art. 73 del Convenio Colectivo de Trabajo de Docentes Universitarios. La estabilidad como premisa

The article 73 of the Collective Bargaining Agreement for University Teachers. Stability as a premise

O artigo 73 do Acordo Coletivo de Trabalho de Professores Universitários. A estabilidade como premissa

L'article 73 de la convention collective du travail des enseignants universitaires

艺术《大学教师集体工作协议》第73条。稳定性为前提

Alejandro Emilio Berardi¹ | Universidad Nacional,
de Mar del Plata, Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 190-201
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e335>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3968-963X>
Recibido: 07/02/2018
Aprobado: 25/09/2019

Resumen: La propuesta de este trabajo consiste en realizar un análisis de la cláusula transitoria agregada como art. 73 en el Convenio Colectivo de Trabajo de los Docentes Universitarios -en adelante CCT-, a partir de la experiencia vivida en la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP), en donde luego de casi dos años de discusión en el marco de la paritaria de nivel particular se suscribió un acuerdo estableciendo diversos mecanismos para el ingreso de los docentes interinos comprendidos en la citada la citada cláusula. En el entendimiento de

¹ Abogado, Asesor Legal de la Agronomía Docente Universitaria Marplatense -ADUM-, Email: berardialejandro@hotmail.com.

que el CCT constituye una formidable oportunidad para avanzar en el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores docentes universitarios, el referido art. 73 puede considerarse un verdadero pilar. En efecto, el primer derecho, básico, elemental, que debemos exigir y proteger, es el derecho a la estabilidad. Esta norma propicia el ingreso a la carrera docente de miles de trabajadores que hoy se desempeñan en forma precaria, con designaciones interinas, que requieren periódicas renovaciones y sujetos en muchos casos a innumerables presiones.

Palabras claves: Convenio Colectivo-Trabajador Docente- Universidad- Estabilidad

Abstract: The proposal of this work consists of carrying out an analysis of the transitory clause added as art. 73 in the Collective Labor Agreement of University Teachers - hereinafter CCT - from the experience lived in the National University of Mar del Plata (UNMdP) where, after almost two years of discussion in the framework of the parity of particular level an agreement was signed establishing diverse mechanisms for the entrance of the interim teachers included in the mentioned clause. In the understanding that the CCT constitutes a formidable opportunity to advance in the recognition of the labour rights of university teaching workers, the aforementioned article 73 can be considered a real pillar. Indeed, the first, basic, elementary right that we must demand and protect is the right to stability. This norm favors the entry into the teaching career of thousands of workers who today work in a precarious manner, with interim appointments that require periodic renewals and subject in many cases to innumerable pressures.

Keywords: Collective Bargaining Agreement- Teacher Worker- University- Stability

Resumo: A proposta deste trabalho consiste em realizar uma análise da cláusula transitória acrescentada como artigo 73 no Acordo Coletivo de Trabalho dos Docentes Universitários, com base na experiência vivida na Universidade Nacional de Mar del Plata (UNMdP), onde após de quase dois anos de discussão no âmbito da negociação de nível individual foi assinado um acordo estabelecendo vários mecanismos para a admissão de professores interinos incluídos na cláusula mencionada. No entendimento de que o Acuerdo Coletivo constitui uma oportunidade formidável para avançar no reconhecimento dos direitos

trabalhistas dos docentes universitários, o artigo 73 pode ser considerado um verdadeiro pilar. Em efeito, o primeiro direito, básico, elemental, que devemos exigir e proteger, é o direito à estabilidade. Essa regra incentiva a entrada na carreira docente de milhares de trabalhadores que hoje trabalham precariamente, com designações interinas, que exigem renovações periódicas e sujeitas em muitos casos a inúmeras pressões.

Palavras-chave: Acordo Coletivo-Trabalhador docente Universidade-Estabilidade

Résumé: Ce travail propose d'effectuer une analyse de la clause transitoire ajoutée comme article 73 de la convention collective des professeurs d'université -ci-après dénommée CCT-. Cela, à partir de l'expérience vécue à l'université nationale de Mar del Plata (UN Mdp) où, après presque deux ans de discussions salariales au niveau individuel, on a signé un accord qui dispose des divers mécanismes d'admission des enseignants par intérim dans la clause susmentionnée. Considérant que le CCT constitue une formidable opportunité de faire progresser la reconnaissance des droits du travail des travailleurs universitaires, l'article 73 peut être considéré comme un véritable pilier. En effet, le premier droit, fondamental, élémentaire, que nous devons exiger et protéger, est le droit à la stabilité. Cette règle favorise l'entrée dans la carrière d'enseignement de milliers de travailleurs qui travaillent aujourd'hui de manière précaire, avec des désignations par intérim, qui ont besoin des renouvellements périodiques et qui, dans de nombreux cas, sont soumis à d'innombrables pressions.

Mot-clés: convention collective, travailleur enseignant, Université, stabilité

I. Introducción

El art. 73 del CCT establece: *Las Instituciones Universitarias Nacionales, a través de la Comisión Negociadora de Nivel Particular, dispondrán los mecanismos para la incorporación a carrera docente de los docentes que revistan como interinos, y que a la firma del presente convenio tengan cinco años o*

más de antigüedad en tal condición, en vacantes definitivas de planta estable”.

La norma merece dos consideraciones iniciales. En primer lugar, impone una obligación taxativa a las Instituciones Universitarias de incorporar a los docentes interinos con más de cinco años de antigüedad, que no es ni más ni menos que poner fin a una manifiesta irregularidad. En efecto, la continuidad en un cargo en forma interina por tanto tiempo excede toda razonabilidad, pero además, constituye una ilegalidad, ya que la mayoría de los estatutos de las diferentes instituciones universitarias, establecen la obligación de llamar a concurso luego de determinado periodo. En el caso de la UNMDP, estatuto fue modificado recientemente, estableciendo la obligación de incluir el llamado a concurso del cargo en la ordenanza de designación de un docente interino en un cargo de creación o que ha quedado vacante. Pero en la redacción anterior, el estatuto establecía que la designación interina se efectuaba hasta tanto se realice el concurso, que debía ser convocado dentro del año.

En segundo lugar, en parte por lo antedicho, la incorporación no puede llevarse a cabo mediante concurso público y abierto de antecedentes y oposición (tal como establece el art. 11 para el acceso a la carrera docente), sino mediante otros mecanismos que serán acordados en cada Universidad mediante discusión paritaria. Justamente por tratarse de situaciones especiales, ameritan soluciones diferentes. Por si quedara alguna duda, el mismo art. 73 establece en su tercer párrafo: *“Para el caso de los docentes que revistan como interinos, y que a la firma del presente convenio tengan entre dos a cinco años de antigüedad en tal condición, en vacantes definitivas de la planta estable, las Instituciones Universitarias Nacionales deberán cumplir con el procedimiento establecido en el art. 11 del presente Convenio”.* Vemos entonces que en este caso sí debe llamarse a concurso público y abierto de antecedentes y oposición, diferenciándose claramente del primer párrafo, que refiere, como se dijo, a otros “mecanismos”.

No debe soslayarse la enorme importancia de estas dos disposiciones que promueven el ingreso a la carrera docente de todos los interinos con más de dos años de antigüedad. Se ratifica que es éste un derecho esencial de todos los trabajadores docentes universitarios. Tanto el derecho a la carrera docente como su corolario, la estabilidad, que debe ser absoluta, con la única excepción de los mecanismos de reválida previstos en el art. 12, que si bien son reglamentados por cada Universidad, deben respetar las claras limitaciones que impone dicho artículo.

El segundo párrafo del art. 73 no es menos importante, establece: *“Hasta tanto se resuelva la situación de los mismos, no se podrá modificar en detrimento del docente, la situación de revista y/o condiciones de trabajo, por acción y omisión ...”*. Constituye una ratificación de que los docentes interinos comprendidos en la primera parte de la norma, han adquirido ya un derecho a cierto grado de estabilidad en su cargo, situación que solo podrá ser modificada una vez que se hayan desarrollado las instancias que se establezcan para la regularización. Pero además, de cierta forma, esta disposición suple la carencia de plazos específicos para el cumplimiento de estas pautas. De manera que los perjuicios que puedan generar las eventuales dilaciones en el cumplimiento por parte de las distintas Universidades de lo allí establecido, se vean morigerados, otorgándole al docente interino, mediante esta garantía, la tranquilidad de que permanecerá en el cargo durante el periodo de discusión en la paritaria para definir los mecanismos de ingreso, pero también durante el desarrollo de los diferentes procesos que se llevarán a cabo.

Idéntica garantía establece el tercer párrafo del art. 73, ya que luego de disponer la obligación de llamado a concurso para docentes interinos con dos años de antigüedad, reitera: *“No se podrá modificar en detrimento del docente, la situación de revista y/o condiciones de trabajo, por acción y omisión hasta la cobertura del cargo por concurso público y abierto de antecedentes y oposición”*.

II. La paritaria de Nivel Particular en la UNMdP

La norma convencional que venimos analizando permitió en la Universidad Nacional de Mar del Plata -UNMdP- el inicio de una etapa de debate que resultó sumamente interesante y que trascendió la discusión puntal de la puesta en vigencia, en forma concreta, del mentado art. 73.

Como ya se dijo, se llevó a cabo un proceso de discusión en el ámbito de la paritaria de nivel particular que llevó casi dos años y que concluyó con un acuerdo que fue suscripto en la sede local del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. El ámbito elegido tuvo un fin más simbólico que jurídico. Se trataba de enmarcar claramente la cuestión, que no quedara ninguna duda de que se estaba suscribiendo un convenio en el que el sector empleador se comprometía a llevar a cabo determinadas acciones que garantizaban determinados derechos de los trabajadores docentes universitarios.

No es un tema menor. Quienes participamos de la actividad sindical en el ámbito universitario, no podemos ignorar una realidad palpable cotidianamente, la enorme reticencia del docente a asumir su condición de trabajador. Los motivos son variados y exceden con creces este trabajo, pero es indudable que debe tenerse en cuenta este hecho. Por ello es tan importante que abandonemos los eufemismos, que muchas veces utilizamos para evitar herir susceptibilidades o pensando que evitamos conflictos. En más de una oportunidad se han suscripto acuerdos paritarios que consistían en compromisos de las partes de presentar determinada propuesta de ordenanza en forma conjunta. De modo tal que la cuestión se zanjaba o el reclamo se satisfacía en la negociación, pero no adquiría valor legal hasta tanto no se dictara la ordenanza. No es sino una manera de quitar valor a la negociación colectiva por parte de las autoridades universitarias, que se reservan así la exclusividad en la “creación del derecho”. Sin embargo es difícil que los trabajadores docentes asuman la importancia de exigir el reconocimiento del acuerdo paritario como norma legal, obligatoria para las

partes y terceros. Que comprendan cabalmente que las condiciones de trabajo deben ser discutidas en el ámbito de la negociación paritaria. Que los derechos reconocidos en un convenio no pueden modificarse sino mediante otro convenio, es decir con la participación de los trabajadores, en tanto que la modificación de una ordenanza, depende exclusivamente de la mayoría circunstancial en el respectivo consejo, sea superior o académico.

Y nos enfrentamos también a otra dificultad. Los docentes que ejercen cargos de gestión y que en consecuencia durante el ejercicio de sus funciones constituyen la “parte empleadora”, no asuman claramente dicho carácter. Los roles muchas veces se confunden y las discusiones se complican más de lo necesario.

Como dijimos los debates fueron muy ricos, ya que no se limitaron a las posturas entre las dos partes que conforman la paritaria, sino también entre los propios trabajadores. De hecho, durante el proceso de discusión paritaria, además de numerosas reuniones en las que participaron los docentes comprendidos en la norma convencional, se llevaron a cabo tres asambleas, en las que se fueron otorgando diferentes mandatos a los representantes paritarios. El acta solamente se firmó una vez que una asamblea de afiliados aprobó, luego de un extenso debate, el pre acuerdo al que se había arribado.

Fue necesario además superar algunos prejuicios. La idea de que el ingreso, aún de docentes que llevaban muchísimos años desempeñándose en determinado cargo, por mecanismos diferentes al concurso abierto de oposición y antecedentes, atentaba contra la “excelencia académica”. Es más, se corría el riesgo de establecer la dicotomía “derechos laborales de los docentes” versus “excelencia académica”. El riesgo era entender la discusión como la búsqueda de consensos para “compatibilizar” estos supuestos antagonismos con el menor daño posible. Colocar a las autoridades de la Universidad como aquellos que debían resguardar “la excelencia académica” frente al avance sindical que pretendía hacer ingresar “por la ventana” a la planta regular

a los docentes interinos. Saldar esta cuestión fue esencial, el debate permitió poner luz sobre el tema y demostrar que no existe tal antagonismo, sino que, por el contrario, el camino del respeto de los derechos laborales de los docentes es la mejor forma de alcanzar mayores niveles de excelencia. Pero además, que no solamente es falsa la dicotomía, sino que nunca puede plantearse, ni siquiera pensarse, que determinados objetivos, sean cuales fueran, pueden alcanzarse violentando derechos y precarizando el trabajo docente.

Ahora bien, puestos a analizar cuáles podían ser los mecanismos más adecuados para que los docentes comprendidos en la norma convencional ingresaran a carrera docente, se partió de un acuerdo básico a partir del cual comenzar a discutir, que incluyó cuatro aspectos considerados como punto de partida.

En primer lugar que era necesario buscar alguna diferenciación en razón de la antigüedad, no parecía adecuado que se tratara de igual manera a todos los interinos. Tengamos en cuenta que en la UNMdP el universo de trabajadores comprendidos es muy variado, desde aquellos que tienen el mínimo exigido de cinco años hasta quienes ya llevan veinte o más años de antigüedad como interinos en su cargo.

En segundo lugar, que esos docentes que tienen muchísimos años de antigüedad en el mismo cargo, designados anualmente, sujetos a distintas formas de evaluación, en fin, que habían acreditado sobradamente su idoneidad debía ingresar sin necesidad de mecanismo evaluativo alguno. La cuestión se limitaba a

Se llegó también a un consenso básico respecto a los restantes docentes, todos deberían pasar por algún mecanismo de evaluación.

Por último, debían atenderse los casos de quienes, además de superar los cinco años de antigüedad, estaban cercanos a cumplir los requisitos necesarios para obtener el beneficio jubilatorio.

En ese entendimiento se acordó un corte relacionado con la antigüedad en el cargo. Se establecieron entonces cuatro

grupos. Un primer grupo integrado por quienes poseían menos de cinco años de antigüedad, comprendidos en el párrafo tercero de la art. 73, sobre cuyos cargos se estableció la obligación de llamados a concurso público y abierto, de oposición y antecedentes. Sin bien el art. 73 del CCT ya establece taxativamente esta obligación, la importancia de incluir a este grupo radique en que, como se explicará más adelante, el acuerdo incluyó diferentes plazos para la puesta en marcha y desarrollo de los distintos procedimientos. Se garantiza entonces que no se dilate el llamado a concurso de todos estos cargos.

Para aquellos cargos que cuentan con designación de interinos con más de cinco años de antigüedad y menos de diez, se llevará a cabo un concurso público de oposición y antecedentes circunscripto al área o, de no existir división por áreas en la unidad académica se circunscribe a los integrantes del departamento. Pero además se limita la inscripción a aquellos docentes que hayan sido designados con anterioridad al 30 de junio de 2010, es decir que también posean una antigüedad mayor a cinco años. Por último se establece que se reconocerá al aspirante que detente el cargo interino objeto del concurso una valoración adicional obligatoria en el puntaje final que consistirá en veinte puntos porcentuales por encima de la valoración básica total. Hay claramente una intención de brindar mayores posibilidades a los interinos que poseen el cargo, de manera de insistir en la idea de que se trata de mecanismos para que el interino pueda acceder a la regularización de su cargo siempre que reúna las condiciones y no una búsqueda del docente “más calificado” como sería un concurso totalmente abierto.

Un tercer grupo es el de aquellos cargos interinos con designaciones anteriores al 30 de junio de 2005, esto es, docentes interinos con una antigüedad mayor a diez años. Aquí el concurso es cerrado al cargo. La intención en este caso es que, aquél docente que ha ejercido el cargo por más de diez años no tenga que someterse a una “competencia”, sino que solamente deba ratificar en un procedimiento concursal que posee la idoneidad suficiente para continuar en el cargo.

En el cuarto grupo se incluye a los interinos con más de quince años de antigüedad en el cargo. En este caso se establece un “concurso cerrado de ratificación de antecedentes” en el que solamente deberán presentar ante una comisión creada ad hoc documentación que acredite el cumplimiento de las condiciones de ingreso establecidas en la ordenanza respectiva y haber obtenido aprobación el Plan de Trabajo docente correspondiente al ciclo lectivo en curso, además de presentar su currículum de carrera docente. Se advierte que se trata de verificar exclusivamente cuestiones formales, de ninguna manera consiste en alguna clase de evaluación ya que, como se dijo anteriormente, se entiende que un trabajador que durante más de quince años ha cumplido tareas docentes en el cargo, habiendo sido designado anualmente, ha demostrado acabadamente su idoneidad. Además de tratarse de una mayúscula irregularidad la omisión en el llamado a concurso durante tanto tiempo con el consiguiente perjuicio al docente al que se le privó de estabilidad y de desarrollar su carrera. Para garantizar que no se desnaturalice el denominado “concurso de ratificación de antecedentes”, se establece que un veedor gremial integrará la comisión ad hoc y participará en la elaboración del dictamen.

Como se dijo anteriormente, se contempló también la situación de aquellos docentes próximos a jubilarse. El acuerdo establece que quienes al momento de la publicación de CCT estaban a cinco años o menos de la edad para acogerse al beneficio jubilatorio pueden mantener su situación de revista en los cargos involucrados. De manera que, salvo que opte por alguno de los mecanismos establecidos, el docente puede continuar hasta al momento de su jubilación, con la garantía de la estabilidad en su cargo, aún interino, sin necesidad de someterse a procedimiento de evaluación alguna.

Solo cabe aclarar que el acuerdo incluye también una serie de disquisiciones respecto a distintas situaciones que pudieran darse en cuanto a formas contar la antigüedad, casos de duplicidad de cargos, en fin, intenta abarcar la mayor cantidad de

casos posibles. Asimismo, que se establecieron plazos para cada etapa de los distintos procedimientos y las posibles acciones a seguirse en caso de incumplimiento.

Debe tenerse en cuenta que cada unidad académica tiene su propia realidad, su lógica de funcionamiento y esto hace más complejo intentar que todo avance al mismo ritmo y que en todos los casos se verifique idéntico cumplimiento. Pero lo fundamental es que el proceso ya se ha iniciado, y significará que más de ochocientos cargos interinos, que constituye alrededor de un 17 % de la totalidad de cargos existentes en la UNMdP, pasarán ser regulares. Y que aproximadamente seiscientos docentes, de aproximada tres mil quinientos, que constituye la planta total de docentes que hoy se desempeñan en la UNMdP ingresarán a la carrera.

III. Consideraciones finales

Luego de un arduo trabajo de muchos años, representantes de casi todas las universidades públicas nacionales y de todos los gremios del sector, suscribieron el primer convenio colectivo de trabajo de los docentes universitarios. Indudablemente un hecho histórico. Pero que haya sido el colectivo de trabajadores docentes universitarios uno de los últimos en tener su convenio colectivo no es una casualidad. Debieron vencerse muchas resistencias y otras aún persisten y dificultan su puesta en marcha, su aplicación concreta.

Todavía algunos ven a la negociación colectiva en general y a este convenio en particular como un avance contra la autonomía universitaria. Hay quienes sostienen que la estabilidad atenta contra la excelencia académica. En algunas Universidades se sostiene aún la periodicidad de los cargos. Es más, en alguna asamblea universitaria se presentaron mociones que apuntaban a desconocer la vigencia del CCT.

Por ello, la puesta en vigencia del convenio es una lucha cotidiana y el acuerdo logrado en la UNMdP, como también

ha ocurrido en otras universidades, para poner en marcha uno de los artículos que más polémicas ha desatado, constituye un hito y el inicio de un largo recorrido que debe continuarse.

La defensa irrestricta del derecho a negociar colectivamente las condiciones de trabajo debe ser una bandera ineludible de todos los trabajadores docentes universitarios.

Rituales judiciales: Aproximación a las funciones de los juramentos

Judicial rituals: Approximation to the functions of oaths

Rituais judiciais: Aproximação das funções dos juramentos

Des rituels judiciaires: Une approche aux fonctions des serments

司法仪式: 宣誓功能的探讨

Jonatan L. Bregantic¹ | Universidad de Buenos Aires,
Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 202-248
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e336>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3743-0306>
Recibido: 07/08/2019
Aprobado: 25/10/2019

Resumen: Etnológicamente, hablamos de paradigmas inquisitivos y acusatorios; siendo los primeros herederos del sistema romano canónico y, los segundos, de las ordalías carolingias. Si bien según el principio de inconmensurabilidad cada paradigma evoluciona en formas disímiles, el juramento ex officio actuó durante algún tiempo de denominador común, aunque, vale aclarar, el juramento ordálico fue patrimonio exclusivo del trial. Hablando sobre su funcionalidad; mientras el juramento ex officio tenía un sentido probatorio [confesión], por eso se relaciona con la tortura e incidía sobre el nemo tenetur, el juramento ordálico actúa como aceptación de la puesta a prueba judicial, tras la declaración performativa

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires), cursando la Especialización en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Es autor de numerosos trabajos de la especialidad.
Email: bregantic_jl@live.com.ar.

traducida en no culpabilidad, en la audiencia de arraigo. Posteriormente, el acusado puede testificar en su propia causa.

Palabras claves: Inquisición; juramento; confesión; tortura; enquê; jury trial.

Abstract: Ethnologically, we speak of inquisitive and accusatory paradigms; being the first heirs of the Roman canonical system and, the second, of the Carolingian ordeals. Although according to the principle of immeasurability each paradigm evolves in dissimilar forms, the ex officio oath acted for some time as a common denominator, although, it is worth clarifying, the ordained oath was the exclusive patrimony of trial. Talking about its functionality; while the ex officio oath had a probative sense [confession], that is why it is related to torture and affected the nemo tenetur, the ordalic oath acts as an acceptance of judicial proof, after the performative declaration translated into not guilty, in the arraigo hearing. Subsequently, the accused may testify in his own case.

Keywords: Inquisition; oath; confession; torture; enquê; jury trial.

Resumo: Etnologicamente, falamos de paradigmas inquisitivos e acusatórios; sendo os primeiros herdeiros do sistema romano canônico e, os segundos, das ordalías carolíngias. Sim bem de acordo com o princípio da incomensurabilidade cada paradigma evolua de maneiras diferentes, o juramento ex officio atuou por algum tempo de denominador comum, embora, valha a pena esclarecer, que o juramento ordálico foi patrimônio exclusivo do trial. Falando sobre sua funcionalidade; enquanto o juramento ex officio tinha um sentido probatório [confissão], é por isso se relaciona com à tortura e afetou sobre o nemo tenetur, o juramento ordálico atua como aceitação da posta à prova judicial, após a declaração performativa traduzida como não culpabilidade, na audiência de enraizamento. Posteriormente, o acusado pode testemunhar em seu próprio caso.

Palavras-chave: Inquisição; juramento; confissão; tortura; enquê; jury trial

Résumé: D'un point de vue ethnologique, on parle de paradigmes inquisiteurs et accusateurs. Les premiers sont héritiers du système canonique romain et les seconds, des ordalies carolingiennes. Bien que, selon le principe d'incommensurabilité, chaque paradigme évolue sous des formes

différentes, le serment *ex officio* a été le dénominateur commun pendant longtemps, bien que -il convient de le préciser-, le serment ordinal était patrimoine exclusif du procès. En ce qui concerne ses fonctionnalités; alors que le serment *ex officio* avait une valeur probante [confession] -voilà pourquoi il est associé à la torture et a une incidence sur le *Nemo Tenetur*-, le serment ordinal sert d'acceptation de de l'épreuve judiciaire, après la déclaration performative traduite en non culpabilité à l'audience d'arraigo. Ultérieurement, l'accusé peut témoigner dans son propre cas.

Mot-clés: inquisition, serment, confession, torture, interrogatoire, jury, process

摘要: 从民族学的角度讲, 我们谈论的是好奇和指责的范式。是规范的罗马体系的第一个继承人, 第二个是加洛林式的苦难。尽管按照不可通约性原则, 每种范式都以不同的方式演变, 依职权宣誓起了一段时间的共同点, 尽管值得澄清的是, 序言宣誓是审判的唯一遗产。谈论其功能; 依职权宣誓具有一定的感性[认罪], 这就是为什么它与酷刑有关, 并影响了 *nemo tenetur*, 但在将有表现力的声明翻译为无罪之后, 按序宣誓即接受了司法测试。根深蒂固的观众。随后, 被告可以在自己的案件中作证。

关键字: 宗教裁判所, 宣誓认罪折磨陪审团审判

I. Introducción

En las siguientes páginas abordaré -o, por lo menos, intentaré aproximarme- una ríspida labor: el estudio de las funciones de los juramentos en las misas judiciales. Lógicamente, la idea suena promisoría, aunque hay que proceder con la mayor cautela. Esta propuesta pretende trascender la clásica disquisición etnológica sobre los juramentos judiciales *-ex officio*, por un lado, ordálico, por otro- para abocarse concretamente, a través de perspectivas multidisciplinarias (v. gr., históricas, epistemológicas, antropológicas, etnológicas y jurídicas), a los funcionamientos litúrgicos.

Así, las interrogantes propuestas se inclinan hacia otros aspectos; ya no he de preguntar, ¿de dónde surgen? ¿Cuáles

son? ¿O qué son? Sino directamente, «¿cómo funcionan?». En este punto, conviene hacerle al lector una advertencia, una propuesta y una promesa. Liminarmente, la advertencia consiste en que resulta imperativo manejar ciertos conocimientos históricos que, a fuerza de pragmatismo, serán refrescados en este trabajo. En este orden de ideas, la propuesta implicará la aplicación de las consideraciones arribadas a procedimientos comparados determinados, v. gr., provincia de Buenos Aires, propio de la *enquête*, e Inglaterra y Estados Unidos, propios del *jury trial*. La promesa, por último, consiste en trazar un puente, siguiendo la línea de mi libro *Iura novit curia, poder y verdad*, entre las disciplinas empleadas para que puedan ser concebidas desde una visión holística.

II. El impacto de las ordalías carolingias

Merece la pena tomarse el tiempo, aunque sea escasamente, para pasar página del impacto de las ordalías carolingias. Seguiré con la línea de análisis propuesta en el Capítulo III de *Iura novit curia, poder y verdad*².

Iniciaré con una pregunta disparadora, ¿qué son las ordalías? Los profesores Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán³, en su increíble trabajo titulado *Derecho y Verdad II. Genealogía(s)* consideran que las ordalías son -en presente, porque todavía existen, v. gr., en tribus africanas- una modalidad de resolución de litigios consistente en una puesta a prueba, en general de tipo física, de una o de las dos partes en conflicto (unilateralidad o bilateralidad; v. gr., del agua o hierro candente, de la primera, y el duelo judicial, de la segunda) precedida por un juramento o declaración solemne de ambas, énfasis en este punto, cuyo éxito o fracaso determinará apelando a lo sobrenatural, su inocencia

² Bregantic, Jonatan L., *Iura novit curia, poder y verdad*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 117 y ss.

³ Sucar, Germán y Cerdio Herrán, Jorge A. (eds.), *Introducción en Derecho y Verdad II. Genealogía(s)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 50.

o culpabilidad, o en forma más general, a quien le asiste el derecho. Así, las ordalías pueden diferenciarse del juramento decisorio, la adivinación y la tortura. De la primera, *grosso modo* porque el juramento no exigía una puesta a prueba. De la segunda, porque la interpretación de un signo no está formalmente ligada a la palabra judicial, no pudiendo ser condenado o exonerado nadie. Por último, porque el sufrimiento no es inherente de los juicios de Dios, puesto que los hay indoloros. En cambio, la tortura no está destinada a confundirse con la decisión y apunta únicamente a obtener la confesión que justifica una decisión judicial⁴.

Ahora bien, ¿*ordalía* es sinónimo de *juicios de Dios*? En las liturgias antiguas los hombres empeñaban la solemnidad de la palabra ante las fuerzas divinas. Así, en Grecia se juraba “por Zeus, Apolo y la Tierra” mientras que en Escandinavia “por Freya, Njördr y el todo poderoso Odín”. El excelso libro del catedrático medievalista de las Universidades de Liège y de Saint Louis de Bruselas, Robert Jacob⁵, titulado *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*, nos señala que antes del siglo VIII no existía la construcción cultural de la ordalía como «juicio de Dios», *iudicium Dei*. Así, el ritual ordalico era desempeñado bajo creencias esencialmente politeístas hasta que las divinidades paganas fueron reemplazadas por el Dios único, provocándose la reconfiguración del ritual orientado al monoteísmo; el Dios verdadero adopta todas las características que carecían sus antecesores y que hacen de éste un

⁴ El genio francés de Michel Foucault en su trabajo *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*, aclara que la confesión (forma de decir veraz) y la verdad se vinculaban pues, al confesar, manifestar la verdad, el mal era arrancado del cuerpo y del alma del confesante. Un alma se volvía más blanca si confesaba que era negra. Igualmente, los inquisidores sabían que para que las confesiones arrancadas bajo la tortura fueran confesiones, era necesario que se repitieran tras el suplicio (Foucault, Michel, *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014, pp. 23-25).

⁵ Jacob, Robert, *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 141.

juez perfecto: es omnisciente, omnipotente y puede discriminar perfectamente el bien del mal⁶, características que luego pasarán al *jury trial*. La evolución de las ordalías se intensifica en el período carolingio así el capitulario de Carlomagno emitido en Aquisgrán en el 809 resulta contundente: «Que todos crean en el juicio de Dios, sin ponerlo en duda» (*Ut omnes judicium Dei credant, absque dubitatione*)⁷.

Una disputa crucial sobre las ordalías europeas, zanjada correctamente por el jurista Robert Jacob y aclarada por Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán⁸ es la problemática antropológica de la naturaleza de los juicios de Dios. El prestigioso profesor de Historia del Derecho en la Universidad de *St. Andrews*, John Hudson⁹, al igual que muchísimos otros teóricos del Derecho, proclaman que por mucho tiempo coexistieron diversas formas de prueba, algunas basadas en el conocimiento humano, más terrenales, otras como los juicios de Dios se referían a lo sobrenatural; surgiendo de esta forma, la distinción entre las denominadas «pruebas racionales» y las «pruebas irracionales».

En cambio, Robert Jacob¹⁰ explica que, concibiendo las ordalías como pruebas, se pretende proyectar sobre los procesos arcaicos las lógicas de los procesos modernos. Ellas presuponen que quienes practicaban los juicios de Dios o el juramento tienen la misma intención que los magistrados modernos de buscar la verdad, entendiendo epistemológicamente esta última como correspondencia, correspondencia entre la representación de los hechos aceptada por el juez y los que se produjeron (aquello que denominaré: *alétheia* clásica). La prueba, continúa

⁶ Ibídem..., p. 112.

⁷ Ibídem..., p. 170.

⁸ Sucar, Germán y Cerdio Herrán, Jorge, *Introducción*, en *Derecho y Verdad II. Genealogías*, ob. cit., pp. 53-56.

⁹ Hudson, John, *Prueba y verdad en el temprano derecho inglés medieval*, en *Derecho y Verdad II. Genealogía(s)...*, ob. cit., p. 500.

¹⁰ Jacob, Robert, *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*, ob. cit., p. 53.

el autor, es la técnica que permite alcanzar la adecuación de correspondencia precedente. Es una etapa preparatoria y distinta de la sentencia. Ahora bien, las ordalías no se inscriben en esta lógica; ellas no preparan sentencias, sino que constituyen una sentencia en sí misma. No pretenden descubrir la materialidad de hechos pasados y, si establecen una verdad, se trata de una verdad entendida en términos irreductibles de la verdad fáctica (que llamaré: *alétheia* arcaica).

Según, Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán las ordalías actualizan la sanción sobrenatural del juramento decisorio sometiendo al justiciable a una *puesta a prueba* [épreuve] que manifiesta, en el momento mismo en que se efectúa, la aprobación o la desaprobación de su tesis. Constituyen una sentencia *per se*. Por lo tanto, se trata de una *puesta a prueba* [épreuve] y no de una *prueba* [preuve]¹¹.

En 1215, habiéndose ya estipulado la Magna Carta inglesa, ocurre la supresión de las ordalías unilaterales a instancias del IV Concilio de Letrán¹², convocado por el papa Inocencio III, prohibiendo la participación sacerdotal, cercenándose así su credibilidad e hiriéndolas de muerte. Robert Jacob¹³, ilustra que las ordalías carolingias no funcionaban sino gracias a la participación activa de los sacerdotes quienes oficiaban la misa del juicio (*missa iudicci*)¹⁴, distribuían la comunión a los sometidos

¹¹ Sucar, Germán y Cerdio Herrán, Jorge, *Introducción*, en Derecho y Verdad II. Genealogías..., ob. cit., p. 56.

¹² La prohibición canónica de las ordalías fue ocurriendo en forma paulatina. Así, el papa Nicolás I dispuso en una epístola que estos rituales eran contrarios a la ley divina por resultar contrarios al versículo «No tentarás al Señor tu Dios» (Nuevo Testamento, Mateo 4:7, Lucas 4:12).

¹³ Jacob, Robert, *Los modos rituales de resolución de los conflictos y la construcción de la verdad judicial (Antropología y Alto Medioevo occidental)*, en Derecho y Verdad II. Genealogía(s), ob. cit., p. 553.

¹⁴ Así, pueden clasificarse cuatro oraciones: bendiciones, abjuraciones, conjuraciones y súplicas. Se bendicen los elementos. Se les adjura para que manifiesten la voluntad de Dios, pero también se adjura al justiciable para que se abstenga de pasar la puesta a prueba y se declare culpable si lo es. Se conjura al diablo y, por último, se suplica a Dios que

a prueba [épreuve], impartía bendiciones, adjudicaciones e invocaciones de rigor sobre el agua, el hierro o los alimentos por medio de los cuales debía manifestar la verdad de la palabra del ejecutante. El juicio de Dios, puntualiza, de la puesta a prueba [épreuve] judicial participaba de la misma esencia del juicio al alma o el juicio final.

Los efectos de la prohibición de los juicios de Dios fueron brutales. En realidad, el impacto en la conformación de los paradigmas procesales hegemónicos no lo generaron las ordalías en sí mismas, sino su ausencia. Mientras que en Inglaterra el vacío dejado fue ocupado por el *jury trial*, que conserva importantes y destacados rasgos ordálicos¹⁵, en el continente es reemplazada por la *enquête* romano canónica. Esta transformación da lugar al surgimiento de los dos paradigmas procesales hegemónicos: el *trial* y la *enquête*. Paradigmas que tienen diferentes formas de investigar y comprobar la verdad de los hechos objeto de los procesos; dos imágenes distintas del ideal de justicia divina.

III. El paradigma del *procès*: historia, procedimientos y juramentos

La prohibición de los juicios de Dios por el IV Concilio Lateranense (1215-1216) provoca una definitiva ruptura cuyos vestigios perduran hasta nuestros días. Según Robert Jacob¹⁶, maestro e inspiración en la materia, al haberse abandonado las ordalías carolingias -esencialmente monoteístas- los eclesiásticos

juzgue (Jacob, Robert, *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*, ob. cit., p. 177).

¹⁵ No se entablará una disputa sobre la obscura genealogía del juicio por jurados, sino más bien, sobre su funcionamiento como sustituto de los juicios de Dios. Cabe aclararse que los jurados pueden hallarse en la República Romana antigua (v. Harfuch, Andrés, *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 138) y también en la Carta de las Libertades del año 1100, cuyo texto es tomado por la Magna Carta inglesa de 1215.

¹⁶ Jacob, Robert, *Los modos rituales de resolución de los conflictos y la construcción de la verdad judicial (Antropología y Alto Medioevo occidental)*, en *Derecho y Verdad II. Genealogía(s)*, ob. cit., pp. 557-558.

debieron experimentar nuevas técnicas de resolución de litigios no pudiendo, sin contradecirse, seguir instrumentalizando la omnisciencia divina. Omnisciencia suprema que continuaría manifestándose en el incipiente paradigma del *trial*. Así nace el Dios *enquêteur*, o Dios investigador. Para los canonistas el Dios de verdad, entronizado como su Dios de referencia, fue aquél que castigó a las ciudades de Sodoma y Gomorra; cuando una queja se alzó contra las metrópolis, dice el Génesis, Dios no se limitó a responder: «*Yo sé*», afirmación más que lógica puesto que al ser omnisciente no podría ignorar lo que sucedía. Respondió: «*Quiero descendere y ver si han hecho o no lo que indica el clamor que, contra ellos, ha venido hasta mí; lo sabré*» (Génesis 18:21). La parábola bíblica, que enseña la primera *enquête*, importa una narrativización como estrategia de legitimación ideológica propuesta por los juristas de la Iglesia. Los canonistas eligieron un Dios que había repudiado excepcionalmente su omnisciencia. Un Dios que debía ser tomado de ejemplo por el Papa que, como juez humano, era el magistrado supremo de la Iglesia tras las reformas gregorianas.

El enaltecimiento del Dios investigador por el derecho romano canónico, propició la aparición de la *enquête* y, en materia penal, el procedimiento inquisitivo; este procedimiento, tenía por finalidad [verificar] establecer los hechos objeto del proceso, por medio de magistrados que instruían investigaciones de oficio, escritas y secretas, empleando la tortura para arrancar la confesión. En otras palabras, la creación de una verdad judicial.

En este punto, me apartaré de las consideraciones realizadas en el tercer capítulo de *Iura novit curia, poder y verdad* (§3.1). Creo que resulta más propicio e interesante para este trabajo abocarme a los componentes litúrgicos.

Liminarmente, merece la pena refrescar la memoria con la inestimable colaboración del investigador español José Ignacio de la Torre¹⁷. En 1184, en el Concilio de Verona, bajo el papado

¹⁷ Ver De la Torre, José Ignacio, *Breve historia de la Inquisición*, Ed. Nowtilus, Madrid, 2014.

de Lucio III, se crea la denominada “Inquisición episcopal”, base fundacional de la que luego sería el Santo Oficio, por la decretal *Ad Abolendam*, o Magna Carta inquisitorial. La Inquisición episcopal tenía por finalidad perseguir sectas heréticas, entre las que podían destacarse por aquella época, los cátaros, patarinos, humuliati, pobres de Lyon y josefinos. Los inquisidores, que usualmente iniciaban las persecuciones de oficio, sólo rendían cuentas del desarrollo de sus actividades al papado y en general estaban exentos del control de los obispos¹⁸.

El papa Inocencio III, en 1199, dicta la conocida bula *Vergentis in senium*, pensada originariamente sólo para la ciudad italiana de Viterbo, donde equipara la herejía al crimen de lesa majestad (*laessae majestatis divinae*)¹⁹, sosteniendo que quien atenta contra Dios también lo hace contra la máxima expresión de poder, la Iglesia. Durante su papado, Inocencio III, también convoca al IV Concilio de Letrán que, en 1216, con un texto similar al de la bula *Ad Abolendam*, proscribire los juicios de Dios. Cabe aclarar que fue también este Pontífice el que anula la Magna Carta inglesa de 1215, alegándose el vicio de violencia.

Transcurrido el tiempo, existía cierta desconfianza por el accionar de los inquisidores, no sólo porque respondían únicamente ante el papado, sino por la ausencia de un procedimiento determinado y por los excesos cometidos como es el caso del cátaro converso llamado Roberto El Búlgaro (Robert Le Bougre), un dominico cuya brutalidad en la persecución de los herejes le vale el sobrenombre de “Martillo de los Herejes”, o *Malleus Haereticorum*²⁰. Por esta razón, en 1229, en el Concilio de Tolosa se redactan cuarenta y cinco cánones que establecerían el procedimiento de investigación, enjuiciamiento y castigo de los casos sospechosos de herejía. Luego, en 1231, el papa Gregorio

¹⁸ Ibídem. . . , pp. 53-54. Ver también, nota al pie §96 de *Iura novit curia, poder y verdad*, p. 96.

¹⁹ Ceballos Gómez, Diana Luz, *Política, heterodoxia e Inquisición*, visible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/hisysoc/article/view/32322/32341>

²⁰ De la Torre, José Ignacio, *Breve historia de la Inquisición*, ob. cit., p. 56.

IX dicta la bula *Excommunicamus* donde se procede a la excomulgación de diversos grupos heréticos. El procedimiento establecido por el Concilio de Tolosa de 1229 sería complementado en 1252 por la bula *Ad Extirpanda* del papa Inocencio IV, quien instaura con el canon veinticinco una nueva y horrenda era: el tiempo de la tortura como método para arrancar la confesión del acusado.

Formalizado -y legitimado en consecuencia- el procedimiento, los inquisidores continuaron su incesante labor persecutoria de la herejía, el sortilegio, la adivinación y la brujería. Caracterizaciones que en nuestros días recordarían los más vetustos tiempos del positivismo lombrosiano. La Iglesia se enorgullecía de la labor de sus inquisidores, al punto que varios lograron ser nombrados pontífices como el caso del inquisidor francés Jacques Fournier quien sería proclamado papa a fines de 1334, bajo el nombre de Benedicto XII.

Ahora bien, el denominado derecho común inquisitorial no sólo estaba compuesto por los cánones del Concilio de Tolosa y del derecho canónico²¹, sino también de manuales o instrucciones que lo interpretaban además de funcionar como guías prácticas basadas en la experiencia de sus autores. Así, pueden destacarse las Actas del Concilio Tarraconense de 1242, el *Processus Inquisitionis* (1244) de Bernardo de Caux y Juan de Saint Pierre, la *Practica Inquisitionis Heretice Pravitati* (1321), de Bernardo Gui, el *Directorium Inquisitorum* (1376) de Nicolás Aymerich reeditado en 1578, a pedido de la Santa Sede, con anotaciones del jurista español Francisco Peña y, por último, las Instrucciones (1484) de Tomás de Torquemada en la Inquisición española²². Sin tener en cuenta la obra de Torquemada,

²¹ Cabe mencionar que Bonifacio VIII dispone la prohibición de la derogación de normas que luchen contra la herejía. En idéntico sentido, el papa Clemente V, durante el Concilio de Viena, declara la imposibilidad de supresión de las leyes pontificias y conciliares contra los herejes, idea que también continuó Inocencio IV.

²² *Ibidem...*, p. 71. En 1478, el papa Sixto IV, a través de la bula *Exigit sinceræ devotionis*, permite a los reyes españoles, Isabel y Fernando, nombrar inquisidores propios. Así, Tomás

el texto más elocuente y jurídicamente relevante en su sentido procedimental era el propuesto por Nicolás Aymerich, texto que desarrollaré brevemente.

Evitándose poner el carro delante de los caballos es imperioso, antes de atreverse a pensar el juramento *ex officio*, o la solemnidad del secuestro de la palabra, conocer la ingeniería litúrgica. Por esta razón, explicaré, siguiendo la línea propuesta por Aymerich – Peña, sucintamente el procedimiento inquisitivo.

Según palabras de Aymerich – Peña²³, el comienzo del proceso se daba por tres actos diferentes: la acusación, la denuncia o la encuesta. En el primer caso, el acusador (un tercero cualquiera, no el inquisidor, que considera que podía probar la herejía), valga la redundancia, podía actuar de tal, aunque quedando sometido a la ley del talión. En este sentido, el inicio por acusación podría resultar similar al actuar de las vindictas privadas actuales²⁴. En el segundo caso, un delator denunciaba a alguien por herejía o protección de la misma. Era el procedimiento habitual. En el tercer caso, no había confesión, acusación ni delación, sino rumor. El inquisidor, en consecuencia, actuaba de oficio, pudiéndose distinguir la encuesta general (*inquisitio generalis*) de la encuesta especial (*inquisitio specialis*).

Amén de ello, y en forma contemporánea, el proceso iniciaba con un sermón público realizado en lenguaje vulgar donde se apelaba a la conciencia -con una clara presión psicológica- de los habitantes de la zona afectada por herejía. Este sermón les concedía unos días de reflexión mientras se instalaba el tribunal inquisitorial. Era habitual que durante esos días de “reflexión” las personas se acercaran al tribunal a delatarse y pedir perdón -el tribunal sólo podía otorgar la absolución canónica, pero la

de Torquemada actuaba como el Inquisidor General de Castilla y era quien, en ese momento, resolvía las apelaciones de los condenados.

²³ Aymerich, Nicolás; y, Peña, Francisco, *El manual de los inquisidores*, Ed. Muchnik editores, España, 1983, p. 135.

²⁴ Según Francisco Peña, el papel de acusador era llevado por un «Fiscal», figura que llevaba adelante la acusación (ibídem..., p. 137).

sacramental dependía del párroco-, o a denunciar a otros. Los sospechosos eran citados en la sede del tribunal donde, énfasis en este punto, se les tomaba juramento a los miembros del tribunal y al acusado. Así, el juramento del acusado, introducido por el papa Inocencio III, tomado ante los Santos Evangelios se denomina: *jusjurandum de veritate dicenda* o también llamado juramento *ex officio*²⁵. Claramente, como desarrollaré, la solemnidad de la palabra invocada dista mucho del juramento ordálico.

El juramento *ex officio* era imprescindible en el ritual inquisitivo puesto que, no sólo se vinculaba a las pruebas argüidas en contra del acusado²⁶, sino que también se vincularía con la mecánica del ejercicio de la violencia física, psicológica y simbólica: la tortura²⁷.

Posteriormente, José Ignacio de la Torre²⁸ nos indica que se iniciaban una serie de audiencias siendo, por lo general, tres. En la primera, consistía en un activo interrogatorio del inquisidor que permitía expresarse al imputado. En la segunda, donde el acusado podía solicitar la asistencia de un defensor. Esta audiencia se condensaba en dos preguntas básicas: ¿se quiere defender de las acusaciones? ¿Tiene enemigos? Huelga aclarar que el defensor buscaba la confesión voluntaria y el arrepentimiento de la persona, pero de ninguna forma podía defenderla pues, sino también estaría defendiendo la herejía. Por otro lado, los testigos siempre eran secretos. En la tercera,

²⁵ Según Aymerich, decía así: «*Fulano de tal, con domicilio en..., habiendo sido denunciado y habiendo prestado juramento sobre el libro de los cuatro Evangelios, que tocaba con la mano derecha, de decir toda la verdad sobre sí mismo y sobre los demás, ha sido interrogado como sigue*» (Ibidem..., p. 142).

²⁶ Transformándose en sospechoso vehemente de herejía (Ibidem..., p. 108). Vale recordar que existían tres tipos de sospecha: leve, fuerte o vehemente y violenta.

²⁷ Los rituales judiciales se apuntalan a través de los componentes simbólicos. Según Aymerich, cuando se desarrollaba la primera audiencia -que ahora podría denominarse una indagatoria- la silla del acusado debía ser más baja y sencilla que el sitio del inquisidor (Ibidem..., p. 144).

²⁸ De la Torre, José Ignacio, *Breve historia de la Inquisición*, ob. cit., pp. 67-69.

el tribunal comprobaba las manifestaciones del acusado y escuchaba los testigos de la acusación, quienes darían su visión.

Toda persona condenada debía sufrir el escarnio de los autos de fe, pero previamente debía abjurar por sus errores. Los autos de fe eran ceremonias públicas donde se manifestaba la adhesión a los postulados canónicos al tiempo que se condenaba la herejía, pudiéndose clasificar en generales, especiales, singulares y autillos. La ejecución de las condenas siempre quedaba en manos seculares, haya derramamiento de sangre o no. Así, vale aclarar que el proceso era concebido, viéndolo desde una visión moderna, para el utilitarismo, pues se procuraba el «bien público», mientras que las condenas a muerte tenían visos de prevención general negativa, aunque, para resguardar la fidelidad del análisis, conviene citar a Francisco Peña: “...*hay que recordar que la finalidad primera del proceso y de la condena a muerte no es salvar el alma del acusado, sino procurar el bien público y aterrorizar al pueblo (ut alii terreantur).*”²⁹. El ritual implicaba una ceremonia de glorificación del poder público que tiende a la recomposición del orden del mundo y la reconstrucción de la soberanía política.

Ulteriormente, los papas León X y Adriano VI dictan las bulas *Alias felices* y *Exponi nobis super fecisi tuam*, respectivamente, donde se establece la Inquisición monástica en las tierras hispanoamericanas. Inquisición que luego sería reemplazada por el Santo Oficio, cuyos tribunales primeramente estuvieron emplazados en la Nueva España y el Perú, para agregarse finalmente el de Cartagena de Indias. La amplitud del territorio sometido a la jurisdicción inquisitorial hizo mella, hasta cierto punto, en su objetivo de conservar el *statu quo*.

En España, tras la caída de los reyes Carlos IV y Fernando VII, Napoleón a través de un decreto dispuso que su hermano José Bonaparte se transformara en el nuevo emperador ibérico,

²⁹ Aymerich, Nicolás; y, Peña, Francisco, *El manual de los inquisidores*, ob. cit., p. 151. Cabe agregar que, el mismo Manual afirma que las cárceles debían ser terribles, ya que estaban concebidas más para el suplicio de los condenados que para su detención (Ibidem..., p. 237).

cargo al que juraría en julio de 1808 bajo el nombre de José I de España. Al juramento del nuevo monarca le precedió la aprobación de una nueva Constitución conocida como el Estatuto de Bayona, el cual en su artículo 98 suprime los tribunales con “*atribuciones especiales, y todas las justicias de abadengo*”. Finalmente, Napoleón decreta la abolición de la Inquisición el 4 de diciembre de 1808.

Igualmente, la Inquisición romana -creada en 1542 por el papa Pablo III mediante la bula *Licet ad initio*- aún existe bajo el nombre de la Congregación de la Doctrina de la Fe, la cual ahora tiene nuevas competencias; vale aclarar que fue fusionada con la Congregación del Índice, institución también creada por la mentada bula de Pablo III y que era la encargada de realizar los listados de libros prohibidos. La inquisición española, siendo la más significativa, tuvo un presagioso -y sinuoso- final. Así, ante la reposición de Fernando VII al trono español, supuso el regreso de la institución inquisitorial a mediados de 1814 para luego volver a ser suprimida durante la época del Trienio Liberal (1820-1823), donde ocurre su desaparición formal en 1821 a través de la aprobación de las Cortes Generales del Reino. Posteriormente, durante la denominada Década Ominosa del gobierno de Fernando VII vuelve a ser instaurada con sus atribuciones abiertamente menguadas. En 1834, durante la regencia de María Cristina de Borbón, viuda del monarca, y por decreto real la Inquisición española fue abolida definitivamente.

Habiéndose formalizado la supresión de la jurisdicción inquisitorial no importa necesariamente que la fuerza de su influencia no haya sido perenne. Según Gustavo Garibaldi³⁰, el derecho romano canónico penetra en las tierras teutonas al punto de reemplazar las concepciones acusatorias preexistentes. En este sentido, el primer código penal alemán imperial fue la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 que, a su vez, contenía reglas procedimentales; bajo una apariencia respetuosa del

³⁰ Garibaldi, Gustavo E. L., *Sistemas de juzgamiento de delitos en la Argentina*, Ed. Ad Hoc, 2015, p. 15.

acusatoria, la ideología inquisitiva era evidente. Así, por ejemplo, surgió la intervención del juez técnico junto a escabinos.

Las tierras galas también merecen su mención. Francia adopta el sistema inquisitivo mediante la ordenanza del rey Luis IX en 1254, la legislación posterior continúa esa senda en 1498 y 1539, en los reinados de Luis XII y Francisco I, respectivamente. En 1670, la ordenanza conocida como *Code Luis* (Luis XIV) significa, entre otras, la persecución penal ejercida por funcionarios del reino, distinguiéndose la *question préparatoire* de la *question préalable*, cuestiones ambas que fueron suprimidas en 1780 y 1789, respectivamente³¹. En 1789, el Iluminismo, enamorado de los procesos acusatorios, inspira una nueva mixtura -inquisitivo reformado o anatema, según sea la visión considerada-: el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, año en que en España se jura el Estatuto de Bayona. Igualmente, recién en 1959 se prevé expresamente el principio de oportunidad en el proceso penal francés³². A partir de este código la indagatoria comienza a pensarse no sólo como un acto instructorio del proceso, sino como el ejercicio de un derecho. Una verdadera *contradictio in terminis*. Amén de ello, la supresión del juramento no significa la dispensa de ser sometido al interrogatorio por el magistrado; en otras palabras: al imputado no se le requiere que diga la verdad, pero sí que sea indagado. La obligación recae en asistir a la convocatoria, aunque guarde silencio o mienta; curiosa forma de pensar la indagatoria como un derecho.

Ahora, la atención debe mirar hacia el juramento *ex officio*; juramento que lamentablemente regresa con el proyecto de “Ley de la Mentira”, presentado a inicios del mes de octubre por el presidente Ing. Mauricio Macri. Seguramente, la problemática del juramento inquisitivo sea más sencilla de explicar en la *enquête* que en su proyección sobre el *trial*.

³¹ Hendler, Edmundo; y Tedesco, Ignacio, *La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada: la Justicia Criminal en Francia e Inglaterra en Sistemas procesales penales comparados*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 395.

³² Garibaldi, Gustavo E. L., *Sistemas de juzgamiento de delitos en la Argentina*, ob. cit., p. 18.

Según el maestro Ignacio Tedesco³³, resulta innegable la influencia ejercida por los *Bill of Rights* en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Francesa en 1789. Sin embargo, aclara, en su artículo noveno sólo se menciona: “*todo hombre se presume inocente hasta que ha sido declarado culpable, y si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley*”. Sí bien la cláusula no enuncia la garantía de prohibición de autoincriminación, según interpretación, ésta es una consecuencia. Por su parte, el Iluminismo no centró su interés en el juramento *ex officio*, sino en las torturas que le vinculaban. Así, en 1786, en Toscana, se dicta la prohibición del tormento como herramienta para arrancar la confesión y el juramento inquisitorial. En 1788, en los Estados Generales se resuelve la abolición definitiva del juramento y la tortura. Binomio que siempre encuentra una íntima relación. El profesor Tedesco³⁴ explica que la Asamblea Constituyente de la nueva Francia modifica provisoriamente el *Code Luis* de 1670. Este proceso de reformas concluye con la sanción de la Constitución de 1791, que deroga finalmente la ordenanza de Luis XIV.

Igualmente, no todo fue color de rosas. La abolición del juramento *ex officio* no significa el abandono del interrogatorio judicial ni siquiera en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808. Incluso, la restricción de contar con un letrado defensor -uno que realmente efectuara actos de defensa y no que buscara la confesión voluntaria como aquel propuesto por Aymerich- venía ínsito en la legislación del *ancien régime*. Recién en 1897, con la sanción de la Ley Constance, se consagra el derecho a contar con un abogado defensor desde el interrogatorio inicial³⁵. Huelga decir que, antes de la reforma

³³ Tedesco, Ignacio, *El privilegio contra la autoincriminación. Un estudio comparativo*, en Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal N° 6, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 277-278.

³⁴ Tedesco, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2014, p. 301.

³⁵ *Ibidem...*, p. 310.

legislativa, los acusados debían declarar por su propia boca y sin consejo de persona alguna.

Una aclaración deviene necesaria: como se verá más adelante al contrastar los paradigmas, considero enfáticamente que no puede hablarse de adversarialidad si no existe igualdad real -no formal- entre los oponentes; Tedesco³⁶ le da contenido a esta aseveración al considerar que la convocatoria a indagatoria importa una primera violencia ejercida, una violencia consistente en obligar al acusado a sentarse en el banquillo de los acusados. Violencia que, por un lado, atenta contra la presunción de inocencia, y por el otro, proscribire la posibilidad de hablar de la igualdad de posiciones propia del contradictorio -es mejor ni mencionar la existencia de sendos acusadores particulares- donde uno ya no puede ocupar uno de los vértices de todo conflicto, sino el centro de la escena.

En este punto, el plano latinoamericano se yergue. El Santo Oficio en tierras americanas tenía tres tribunales funcionando: Nueva España, Perú y Cartagena de Indias. Por otro lado, el derecho colonial estaba compuesto por las Siete Partidas, influenciadas por la Inquisición, completadas en 1265 durante el reinado de Alfonso I, siendo la Partida III la encargada de tratar las cuestiones procedimentales y la Partida VII, título treinta, el de los tormentos. El profesor Tedesco³⁷ recuerda que fue la Asamblea del año XIII la que primero, el 24 de marzo, suprime la jurisdicción de la Inquisición limeña en el territorio argentino. Luego, el 21 de mayo, decreta la prohibición de los tormentos en conjunto a la inutilización de los instrumentos destinados a tales actos. Finalmente, el 9 de agosto, resuelve la supresión del juramento *ex officio*; el ciudadano Valle, al sustentar la propuesta, explica que: “*exigir (del reo -el agregado es propio-) la verdad bajo juramento, es ponerlo en la dura alternativa de invocar el Santo Nombre de Dios para autorizar*

³⁶ Tedesco, Ignacio, *El privilegio contra la autoincriminación. Un estudio comparativo*, en Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal N° 6, ob. cit., p. 281.

³⁷ *Ibidem...*, pp. 271-272.

la mentira, o de poner él mismo en mano del verdugo la duración de su existencia, violentando aquel axioma del derecho natural que dice nemo tenetur se ipsum prodere. Lo primero es un crimen de lesa divinidad; lo segundo es una infracción a los deberes que importa el amor a nosotros mismos; y ambos extremos obligan al hombre a ser impío, o cruel, o bárbaro o sacrílego, profanador del Eterno, o asesino de sí mismo. Ello es que si la filosofía de nuestro siglo ha desterrado felizmente el execrable uso de los tormentos... también debe prohibir el juramento..."³⁸. Estas concepciones fueron acompañadas por las legislaciones venideras.

Ahora bien, la interpretación jurisprudencial de la insipiente Corte Suprema argentina va continuar por esta línea, apartándose definitivamente de la lectura propuesta por su par norteamericana respecto del texto de la V Enmienda de la Constitución estadounidense que expresamente dice: "*No person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*". Haciendo un breve repaso, en 1864, nuestro Máximo Tribunal sentencia tímidamente la primera causa bajo estos lineamientos *in re* "*Mendoza*"³⁹. Casi un siglo después, en 1953, llegaría el caso "*Oscar Rodríguez Pamias*"⁴⁰ donde se reafirmaría la doctrina previamente sentada en "*Mendoza*". Finalmente, estando Alejandro Lanusse ocupando *de facto* el sillón de Rivadavia, la Corte Suprema, inflando pecho, se pronuncia orgullosamente *in re* "*Diario El Atlántico*"⁴¹. Este último precedente, citando las disposiciones de la Asamblea del año XIII y doctrina constitucional, terminan por inclinar la balanza sobre la proscripción del juramento *ex officio* en los procesos penales argentinos.

³⁸ Ravnigani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, T. I, p. 64. Puede verse en: <http://ravniganidigital.com.ar/asambleas/asa1/asa1110064.jpg>

³⁹ CSJN, "*Criminal, contra Eduardo Mendoza, por falsificación de un manifiesto de Aduana*" (Fallo, 1:350), 28/10/1864.

⁴⁰ CSJN, "*Oscar Rodríguez Pamia y Otro*" (Fallo, 227:63), 19/10/1953.

⁴¹ CSJN, "*El Atlántico*" (Fallo, 281:177), 22/11/1971.

Tal como puede advertirse, en el paradigma de la *enquête* el juramento y la tortura conformaban un binomio cuya funcionalidad litúrgica era arrancar las palabras del acusado; el ritual canónico pretendía la búsqueda de la confesión -la veridicción del imputado- para luego abjurarlo y concluir la ceremonia con el desarrollo del auto de fe en manos seculares. Así, el juramento inquisitivo sólo ocurre durante la misa judicial y no como requisito para acceder a ésta como sí sucede en el *trial*, donde el juramento aparece desdoblado: el juramento ordálico [*I plead not guilty*], por un lado, da paso a la puesta a prueba [*jury trial*], por el otro, y luego, en esta instancia, encuentra su manifestación concordante en el mutismo o la voz del acusado.

IV. El paradigma del *trial*: historia, procedimientos y juramentos

Una vez más seguiré la senda oportunamente trazada en el Capítulo III de *Iura novit curia, poder y verdad* (§3.2) para luego, distanciarme con particularidades propias de la presente investigación.

Los juicios de Dios, como ordalía carolingia, importaban auténticas puestas a prueba [épreuve] y no pruebas [*preuve*]⁴² como algunos círculos académicos aún consideran. Según el profesor Robert Jacob⁴³, las ordalías monoteístas proscriptas por el IV Concilio de Letrán fueron reemplazadas por el *jury trial*, cuyo veredicto de sus miembros significa la «palabra de verdad», el *vere dictum*, que continúa siendo la verdad bajada

⁴² El profesor Robert Jacob señala que son notables las distinciones idiomáticas del francés [épreuve y *preuve*] y del alemán [*Beweis* y *Probe*], en contraste con el italiano y el español cuyos términos *proba* y *prueba* conservan la ambigüedad propia del latín *probatio*. El profesor de la *Université de Liège* aclara que la terminología inglesa, influenciada por el *law French* y las estructuras originales del *Common Law*, acompañan la distinción lingüística con *proof*, *trial* y *evidence* (Jacob, Robert, *Los modos rituales de resolución de los conflictos y la construcción de la verdad judicial (Antropología y Alto Medioevo occidental)*, en *Derecho y Verdad II. Genealogía(s)*, ob. cit., p. 529).

⁴³ *Ibidem...*, ob. cit., p. 556.

del cielo. Seguramente uno de los escollos principales de la literatura jurídica pasa por pensar al jurado desde visiones meramente genealógicas, sin reparar en perspectivas antropológicas; equiparar el jurado romano al inglés resulta cuanto menos una ingenuidad. El *jury trial* guarda entonces importantes características ordálicas que lo estructuran como una puesta a prueba al punto, señala Jacob, que el sentido original de la palabra «*trial*» del verbo francés «*trier*», es ensayar o poner a prueba, conservado por el inglés *to try*.

Una vez más Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán⁴⁴ proponen una minuciosa investigación que vale la pena profundizar. Los editores, consideran que el mundo anglófono hasta 1166 (año en que el rey Enrique II, padre de los también reyes Ricardo “Corazón de León” y Juan “Sin Tierra”, instituye la *Assize of Clarendon* y los fundamentos del *trial of indictment*) el procedimiento penal disponía de dos instituciones implacables, conocidas también en las tierras galas, que consistían, la primera, en la ejecución sumaria de los malhechores capturados en flagrante delito, o en vías de escape; la segunda, denominada *appeal of felony*, donde el sospechoso era denunciado a las autoridades por la víctima y luego la determinación de culpabilidad era decidida a través de la ordalía de duelo.

Posteriormente, con el surgimiento de la *Assize of Clarendon*, resaltan los autores, se origina el *trial of indictment del jury*, aunque no era propiamente lo que se considera como jurado moderno. En efecto, en este contexto surge el sistema donde cada localidad obligaba a constituir un jurado que debía comparecer ante los jueces reales, quienes realizaban regulares visitas de vigilancia en los condados del reino, para informarles bajo juramento sobre la comisión de determinadas infracciones. En esta etapa, la *Assize of Clarendon* convivía con las ordalías que solían decidir normalmente el resultado de los

⁴⁴ Sucar, Germán y Cerdio Herrán, Jorge, *Introducción*, en Derecho y Verdad II. Genealogía(s), ob. cit., pp. 116-119.

juicios. La acusación propiciada por el jurado se denominaba *indicment*. En otras palabras, el jurado instituido, denominado *Grand Jury*, por la *Assize of Clarendon* no juzgaba, simplemente acusaba, el resultado de los pleitos se resolvía a través de los juicios de Dios. No resulta extraño que en estos días el *Grand Jury* norteamericano sea cuestionado por tener visos inquisitivos.

Para los editores, el surgimiento del jurado juzgador, también nombrado como el *Petty Jury*, ocurre después que el IV Concilio de Letrán, que inició en 1215 y terminó en 1216, condena y prohíbe los juicios de Dios. A partir de ahora, la liturgia procesal inglesa carecía de un medio que pusiera fin al pleito. Los magistrados, que coquetearon tan peligrosa como constantemente con el paradigma inquisitivo, propusieron interrogar a los jurados para obtener las informaciones necesarias para decidir la cuestión por ellos mismos. Finalmente, decidieron hacer intervenir un segundo jurado que determinaría la culpabilidad del acusado. Los albores del *jury* moderno, traen aparejados el reemplazo mecánico de la *vox Dei* de las ordalías carolingias, desde donde éste hereda su omnisciencia y la cohesión entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, por la *vox populi* de los miembros del jurado. Así, el *trial* como paradigma contemplará exitosamente las tres reglas aristotélicas para el teatro: el tiempo, el lugar y la acción; el ideal de la justicia espectáculo donde el motor son las partes y la verdad se genera en el estrépito del momento a través de la confrontación de dos puntos de vista sobre la realidad.

Recién en los siglos XVII y XVIII, el jurado moderno ganaría su conocida reputación de defensor incansable de las garantías y libertades públicas en razón de absolver, o atenuar las duras penas, a personas que el rey había perseguido por motivos políticos. A mediados del siglo XVIII el rol del magistrado del *trial* también se transforma; desde una actitud activa, donde era práctica común que los jueces manifestaran su opinión al jurado acerca de a quién debía favorecerse con la decisión,

hasta un rol pasivo que se inicia con el desarrollo del *adversary trial*. Los magistrados, relegan su iniciativa sustituyéndola con la conducción del juicio, beneficiando la equidad entre los contrincantes⁴⁵.

Finalmente, merece la pena detenerse en la aparición de la figura del acusador público. Según Sucar y Herrán⁴⁶ durante el transcurso de la primera mitad del siglo XIX el Parlamento inglés legisla la creación de una policía profesional cuya característica era su descentralización del gobierno central, con excepción de la *Metropolitan Police* de Londres. En ese contexto, no existía la figura del fiscal como actualmente se lo conoce. Por esta razón, la policía profesional, que había sido creada recientemente, asumía la responsabilidad de la persecución. En consecuencia, una vez más el paradigma del *trial* se acerca a la estructura del *procès* al fundirse las funciones investigativas y persecutorias en cabeza de un agente impensado: la policía; curiosamente, nuestros agentes fiscales comulgan entre sus atribuciones las funciones investigativas y acusatorias, que, en definitiva, los convierten más en los fiscales inquisitoriales pensados por Aymerich - Peña, que los propios del *Commonwealth*. La problemática más evidente era provocada por la descentralización. Así, intentando coordinar las políticas de las fuerzas policiales en materias persecutorias, en 1879, se crea la oficina del *Director of Public Persecution* que tenía por finalidad ayudar y aconsejar a las fuerzas policiales en materia de persecución criminal. Casi a finales del siglo XX, en 1985, el Parlamento dicta la *Prosecution of Offenses Act* que crea definitivamente la figura del *Crown Prosecution Service*, o Fiscalía General del Estado⁴⁷.

⁴⁵ *Ibidem*..., p. 128.

⁴⁶ *Ibidem*..., pp. 129-130.

⁴⁷ La cabeza de la Fiscalía General del Estado se encuentra a cargo del Director; funcionario público que es nombrado por el Parlamento a propuesta del fiscal general (*attorney general*) y responde a éste y a otros miembros del Ejecutivo, como el *Government's Chief Law Officer* y el *Minister for the Service*. Ahora, su misión principal es revisar, y en su caso, continuar todas las causas iniciadas por la policía (con excepción de ofensas menores, como faltas

Ahora, deviene acuciante hacer algunas precisiones. Digamos que pensar que Inglaterra -y también Dinamarca- no fraternizó con el Santo Oficio es una verdad dicha a medias, como suele decirse; en realidad, sí bien la jurisdicción inquisitorial no estuvo presente formalmente, sí lo estuvieron algunas de sus prácticas. En otras palabras, la fuerza de la influencia inquisitiva se proyecta sobre la cosmovisión de la Inglaterra medieval, por ejemplo, en la implementación del juramento *ex officio* del acusado y, en menor medida, en infligir tormentos. Una vez más, el binomio. Cabe adelantar que finalmente la mixtura generada en el *trial* con el juramento inquisitivo es corregida a través de normas que formalizan prácticas acordes a la puesta a prueba judicial.

Previo a ingresar al estudio de los juramentos conviene identificarlos. Según Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán⁴⁸, citando al profesor Robert Jacob, tras la prohibición de las ordalías carolingias en el mundo anglófono surge el *jury trial*, que, como puesta a prueba, continúa la modalidad de la intervención divina en la liturgia procesal, reconfigurándose simplemente. Así, el acto de juzgar en el *trial* conserva virtudes de verdad propias de los juicios de Dios, por esta razón, el carácter performativo de la fórmula: «*I plead guilty*», declaración del acusado, sin consistir en una explicación sobre el hecho atribuido, que crea por sí mismo el estado de culpabilidad obturando el ingreso a la puesta a prueba. Dicho de otra forma, en el marco de la audiencia de arraigo -momento en que inicia formalmente la persecución penal- el reconocimiento de culpabilidad genera tal estado y con ello se prescinde del desarrollo del juicio. En caso contrario, se conduce el proceso (*lawsuit*) hasta la etapa final (*trial*), donde el veredicto del jurado tiene para el juez idénticas consecuencias.

de tránsito), pero también, la misión de conducir los casos más importantes y complejos (Anitua, Gabriel Ignacio; Cappuccio, Emilio A.; y Zentner, Cynthia en *El sistema procesal penal de Inglaterra y Gales* en *Sistemas Procesales Penales Comparados*, ob. cit., p. 280).

⁴⁸ Sucar, Germán y Cerdio Herrán, Jorge, *Introducción*, en *Derecho y Verdad II. Genealogía(s)*, ob. cit., p. 138.

Corresponde efectuar una advertencia: considerar que el *jury trial* es heredero de las ordalías carolingias no implica *per se* que sea una de estas en sentido estricto, sino más bien que antropológicamente posee características comunes, usos y prácticas embebidos dentro de una lógica -ideológicamente condicionada- interna. Ahora, ¿cuáles son las declaraciones? La primera, es aquella que brinda el acusado en la audiencia de arraigo, aunque sólo puede constituir el juramento ordálico -expresión formulada para diferenciarlo del decisorio y del *ex officio*- cuando manifiesta: «*I plead not guilty*», pues la solemnidad de la palabra enunciada por el acusado abre la puerta a la puesta a prueba [*jury trial*], lugar donde será sometida a decisión la tesis vociferada. La segunda, es la clásica declaración efectuada voluntariamente, previo consejo de su letrado de confianza, en la instancia del juicio y, donde a su vez, queda sometido al juramento de decir verdad. El juego entre las declaraciones y los juramentos resuelve satisfactoriamente la problemática suscitada otrora, donde el acusado enunciaba el juramento ordálico que daba lugar a la épreuve, pero mientras se desarrollaba la misma su declaración era sopesada como deficitaria. En otras palabras, los juicios de Dios -en general, eran unilaterales, salvo los combates que eran bilaterales- requieren no sólo igualdad entre los oponentes, sino también que la palabra traída por el acusado en la puesta a prueba sea pondera idénticamente como las contrarias, puesto que, en caso opuesto, existiría una discordancia entre la fuerza de tesis enunciada en la declaración performativa [declaración de inocencia] y aquella brindada entrado el ritual [que reafirma y sustenta la anterior]. Así, en este sentido, vale la pena repasar el camino seguido hasta la conformación de esta solución.

La Inglaterra medieval no demora demasiado en adoptar para sus prácticas judiciales el juramento *ex officio* establecido por el papa Inocencio III. Cabe decir que, para ese entonces, Inglaterra aún era profundamente católica hasta la Revolución

Anglicana llevada adelante por el rey Enrique VIII⁴⁹, en el siglo XVI. Curiosamente, los protestantes (calvinistas y luteranos) serían considerados herejes por Francisco Peña. Así, este juramento era implementado por dos cortes británicas: la *Star Chamber* (siglo XV) y la *Courts of High Commission* (siglo XVI). Estos tribunales exigían a las personas el juramento inquisitivo aun cuando no existían cargos contra éstas, instrumentalizando el juramento para iniciar el proceso.

Recuerda el profesor Tedesco⁵⁰ que, en los juicios criminales existía la expectativa que el acusado tomara un rol activo, aun en su propio perjuicio. Incluso, era bastante habitual la dispensa del juramento, no por razones empáticas, sino más bien para evitar que el acusado lo utilice como medio de prueba de descargo. El juramento inquisitivo encuentra significativas afrentas en el *Common Law*. Así, según el profesor de la Universidad de Buenos Aires, en 1568 el juez Dylor, presidente de la *Court of Common Pleas*, concede un habeas corpus en un caso donde una persona había sido forzada a declarar bajo juramento; su fundamento central: el *nemo tenetur seipsum prodere*⁵¹. Aunque, continúa el autor, fue el caso del editor John Lilburne el que obtuvo la repercusión necesaria. Lilburne fue arrestado e interrogado en la *Star Chamber* en 1637-1638 por

⁴⁹ El hecho que el rey Enrique VIII haya roto relaciones con el Vaticano no significa que no compartiera ciertas prácticas. Así, en 1542 aprueba la ley de brujería, donde castigaba con la muerte la invocación de cualquier espíritu maligno. En 1597, Jacobo I, bajo influencia de las prácticas danesas, escribe el tratado de Demonología. Por último, en el siglo XVIII, es interesante destacar que el marqués Charles Cornwallis era profeso practicante de las torturas.

⁵⁰ Tedesco, Ignacio, *El privilegio contra la autoincriminación. Un estudio comparativo*, en Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal N° 6, ob. cit., pp. 267-269.

⁵¹ Sí bien no trataré la genealogía de la prohibición de autoincriminación, merece aclararse que Ignacio Tedesco agrega que circa 400 era hallada en la afirmación de San Crisóstomo en su comentario de la Epístola de San Pablo a los Hebreros cuando dijo: “*No te digo que descubras eso -tu pecado- ante el público como una condecoración, ni que te acuses delante de otros*” (*Non tibi dico ut ea tamquam pompam in publicum proferas, neque ut apud alios te accuses*) (Ibidem..., ob. cit., p. 260.). Asimismo, también está presente en el Talmud y en las enseñanzas de Rava.

imprimir libros sediciosos en Holanda e importarlos a Inglaterra. Al ser interrogado bajo juramento, se rehúsa, razón por la cual fue multado y torturado. Ante esta situación, en 1640, en la primera reunión, el Parlamento presenta una petición para que fuera puesto en libertad, lo que consecuentemente ocurre. La Cámara de los Comunes resuelve en 1641 que la sentencia contra John Lilburne era ilegal, contraria a la libertad de la persona, sangrienta, malvada, bárbara y tiránica. Mientras que, cuando años después, la Cámara de los Lores establece que la sentencia debía ser anulada.

Igualmente, en 1641, el Parlamento inglés decide abolir tanto la *Star Chamber* como la *Courts of High Commission*, prohibiendo la administración del juramento inquisitivo ante la investigación de causas penales, aunque la reforma sólo era aplicable a los tribunales de la Corona, continuando la práctica de la interrogación previa al juicio hasta 1848. Tedesco concluye que, este hecho no significa que a partir del siglo XVIII la extracción involuntaria de respuestas fuese correcto. Igualmente, señala⁵² que una de las excepciones históricas al *ius commune*, que contemplaba el *nemo tenetur*, eran los casos de herejía, donde la gravedad de la falta se consideraba justificación suficiente para requerirle a cualquier persona que respondiera.

La prohibición de testificar por parte del imputado estaba basada en que en definitiva el acusado es parte interesada (¿acaso en nuestras latitudes, la supuesta víctima constituida como parte en el proceso no es interesada también?), aunque esta perspectiva cambia su rumbo cuando el Parlamento inglés en 1898 dicta la *Criminal Evidence Act*, norma que le reconoce al acusado la calidad de testigo, debiendo en consecuencia prestar el correspondiente juramento al declarar. Legislación que mal que pese, no fue vanguardista. Amén de ello, las palabras del acusado seguían generando problemas que, siguiendo a Ignacio Tedesco⁵³, comenzaron a encauzarse recién con el

⁵² Tedesco, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial*, ob. cit., pp. 297-298.

⁵³ *Ibidem*..., pp. 307-308.

reconocimiento del abogado defensor, liminarmente en 1696 con la sanción de la *Treason Act* para aquellos casos de traición, para luego ampliarse a las cortes criminales ordinarias hacia 1730; corrección que no provenía desde la normación, sino desde la práctica discrecional judicial. La aparición del abogado defensor cierra el círculo, el acusado puede por ello hablar sin ser compelido o, incluso, guardar silencio siendo defendido por su letrado.

Tal como aclaré, la *Criminal Evidence Act* de 1898 no fue vanguardista. En Estados Unidos no sólo no existía el juramento *ex officio*, sino que el derecho del acusado de declarar en calidad de testigo surge dos décadas antes, en 1878, mediante la *Act of March 16*⁵⁴. Esta norma no sólo faculta al imputado a declarar en calidad de testigo en su propio juicio, sino que impide que la omisión de hacerlo genere algún tipo de presunción en contra.

Según Tedesco⁵⁵, quien una vez más ilustra el camino, las prácticas norteamericanas implican una protesta contra los métodos inquisitoriales consistentes en interrogar a los acusados de forma manifiestamente injusta. Merece la pena recordar que, en el caso norteamericano, la prohibición de la autoincriminación primero estuvo presente en las constituciones estatales para luego pasar a la Constitución federal en la V Enmienda;

⁵⁴ En el diario de sesiones del Congreso norteamericano puede leerse: “*CHAP. 37.- An Act to make persons charged with crimes and offences competent witnesses in the United States and Territorial Courts.*”

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That in the trial of all indictments, informations, complaints, and other proceedings against persons charged with the commission of crimes, offences, and misdemeanors, in the United States courts, Territorial courts, and courts-martial, and courts of inquiry, in any State or Territory, including the District of FORTY-FIFTH CONGRESS. SESSI. II. 37, 38, 42, 43. 1878.

Columbia, the person so charged shall, at his own request but not otherwise, be a competent witness. And his failure to make such request shall not create any presumption against him. Approved, March 16, 1878.”. Visible en el siguiente link: <https://www.loc.gov/law/help/statutes-at-large/45th-congress/session-2/c45s2ch37.pdf>

⁵⁵ Tedesco, Ignacio, *El privilegio contra la autoincriminación. Un estudio comparativo*, en Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal N° 6, ob. cit., p 260. El autor sigue la línea propuesta por el magistrado Brown *in re* “*Brown v. Walker*” (161 US., 591, 1896).

así, puede hallárselo antes de 1650 en las colonias de Nueva Inglaterra y Virginia⁵⁶.

En el mundo anglófono la prohibición de compeler al acusado a ser testigo contra sí mismo tiene una dimensión más extensa que el simple *nemo tenetur*. A diferencia de la *enquête* donde el imputado debe necesariamente sentarse en el banquillo de los acusados a dar explicaciones, pero puede negarse a declarar y/o está dispensado del juramento *ex officio*, en el *trial* el acusado no puede ser convocado a declarar, sus manifestaciones, que quedan sometidas al juramento de decir verdad por su calidad de testigo, son voluntarias y mayormente consensuadas con su letrado defensor. En otras palabras, no sólo el acusado puede negarse a brindar respuestas incriminatorias, sino que, también es libre de cualquier requerimiento⁵⁷. El *trial* reconociendo la soberanía del ejercicio de la palabra en cabeza del acusado y eximiéndolo de requerimientos busca proscribir una verdadera problemática: *the process is the punishment*.

Este es el panorama sobre la declaración del acusado en la puesta a prueba [*jury trial*]. Así, como adelanté, el desarrollo de esta declaración resulta coherente con el sentido de la declaración performativa realizada por el acusado en la audiencia de arraigo; declaración que sometida al juramento ordálico habilita el juicio. Esta primera declaración, que la *enquête* carece, no suele ser observada con demasiada atención por nuestra literatura jurídica. Ahora, no puede soslayarse que, así como el juramento *ex officio* se vinculaba a la tortura, la declaración performativa tenía también un suplicio específico: la *peine forte et dure*⁵⁸. La pena fuerte y dura, traducción del *French Law*, implicaba que sí una persona se obstinaba en no responder a la pregunta sobre su culpabilidad o inocencia en la audiencia de arraigo, con las características ordálicas que

⁵⁶ *Ibidem*..., p. 269.

⁵⁷ *Ibidem*..., p. 274.

⁵⁸ Tedesco, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial*, ob. cit., pp. 297-298.

este momento procesal tiene, se la sometía a tormentos que no estaban destinados a arrancarle la confesión, sino otro tipo de declaración. Igualmente, infligir dolor sea por un motivo u otro -es decir, una disquisición cualitativa-, sigue siendo, en definitiva, el ejercicio del suplicio del hombre por el hombre. Así, la *peine forte et dure* tenía lugar una vez que había acusación formal ante el tribunal de enjuiciamiento y tenía por finalidad arrancar la palabra del acusado consistente en: «*I plead guilty / I plead not guilty*».

Según el historiador británico John Jenkins⁵⁹, en Inglaterra el *Statute of Westminster* de 1275 determinaba que el castigo era consistente en el encarcelamiento e inanición hasta la sumisión del acusado, pero legislación de 1406 agregaba que sea aplastado por grandes pesos hasta la muerte. Una condena era equivalente a la pérdida de bienes, así que muchas personas decidían someterse a la *peinte forte et dure* para que sus familiares puedan heredarlos. Mientras que, en Estados Unidos, uno de los casos más resonantes ocurre tras su implementación durante los juicios de brujería de Salem de 1692. Casos así sirvieron de fundamento para la posterior prohibición constitucional de castigos crueles e inusuales.

V. La fuerza de la palabra: los juramentos

Aunque sea sintético, hay que reparar en este punto. Así, cabe interrogarse, ¿qué son los juramentos? Según Tedesco⁶⁰, citando a Alain Testart, el juramento es un acto de la palabra, a la par que también un acto de sacrificio eficaz. El juramento está íntimamente vinculado con la idea de sanción, ya sea de carácter sobrenatural, social o meramente jurídica, etc., suscitado en forma inmediata o diferida⁶¹.

⁵⁹ <https://www.britannica.com/topic/peine-forte-et-dure>

⁶⁰ Tedesco, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial*, ob. cit., p. 283.

⁶¹ Según Robert Jacob, la *puesta a prueba* es típicamente aquella que se puede analizar indistintamente como juramento u ordalía. Siendo juramento, ocurre cuando la sanción

Entonces, ¿cuáles son sus funciones? El acento, lo relevante, está puesto entre la solemnidad que instituye las palabras enunciadas -más que en su contenido en sí- y las fuerzas emplazadas. En otras palabras, la función mira la relación existente entre quien invoca el juramento y la sacralidad invocada. Así, pueden advertirse dos partes del juramento: la primera, la divinidad convocada como garantía y la imprecación, el sometimiento del jurador a la sanción, v. gr., la cólera divina, sí miente o falta a su promesa⁶². Por esta razón, tanto tribus africanas como en la antigüedad existían ciertas suspicacias ante las fuerzas llamadas a decidir. Jacob correctamente explica que una fuerza demasiado familiar, excesivamente cercana y protectora del que jura resulta sospechosa para el adversario y no constituiría un garante eficaz; razón por la cual los juramentos promisorios y judiciales se diferencian⁶³.

Asimismo, el profesor de la Universidad de Liège⁶⁴ aclara que, en realidad, no existen los ritos decisorios mudos, sean juramentos u ordalías. Ambos implican procesos de confrontación de dos pretensiones antagónicas y, en tanto constituyen una forma de resolución de conflictos, reposan sobre el principio que una tesis debe ser validada sobre otra. Ordalías y juramentos, enfáticamente, son test que vuelven decisivas la palabra solemne.

Los juramentos no sólo integran los rituales, sean judiciales o religiosos, sino también que legitiman estructuras. Así, la *enquête* funcionaba con dos juramentos diferentes que tenían un denominador común: la invocación del Dios verdadero

divina es diferida, v. gr., la evolución posterior de la salud o la fecundidad de la mujer verificará la sinceridad de las palabras. En cambio, la sanción de las ordalías ocurre en forma inmediata pues, las son sentencias en *per se*. En consecuencia, la *épreuve* puede endentarse en ambos sentidos (Jacob, Robert, *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*, ob. cit., p. 120).

⁶² Tedesco, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial*, ob. cit., p. 284.

⁶³ Jacob, Robert, *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*, ob. cit., pp. 100-101.

⁶⁴ *Ibidem...*, p. 34.

como garante. El primer juramento, quizás más opacado, era prestado por los integrantes del tribunal inquisitorial, quienes, ante la fuerza llamada, Dios en este caso, juraban combatir la herejía. El segundo, el más conocido: el juramento *ex officio* del acusado que no sólo contenía una coerción física y psicológica, sino también moral. Las sociedades europeas medievales eran profundamente religiosas y temerosas a la ira divina tanto o más que a los tormentos terrenos. Callar o negar las herejías, o el conocimiento de éstas, traía aparejado no sólo sanciones jurídicas -penas de prisión o muerte, siempre ejecutado a través de autos de fe por manos seculares-, sino también religiosas: la interdicción o la excomunión. La interdicción prohíbe la celebración de misas y la administración de sacramentos, sólo permitiéndose los bautismos y extremaunciones, mientras que la excomunión cortaba el lazo divino entre Dios y la persona excomulgada; por ejemplo, cuando el papa Inocencio III decide en 1209 excomulgar al rey Juan I de Inglaterra, conocido como “Sin Tierra” tras haber perdido el Ducado de Normandía, genera que los juramentos de vasallaje pierdan todo valor y su autoridad se desvanezca.

Acaece una problemática epistemológica impensada cuando se establece la prohibición del juramento inquisitorial, pues, esta dispensa no logra deslegitimar la ingeniería procesal, sino que reconfigurada ésta se asienta en la reafirmación de la asimetría de las partes. En otras palabras, el vacío dejado tras el retroceso del juramento (solemnidad-sanción) acentúa la proyección de la sospecha (leve, vehemente o violenta), que precedía a la declaración juramentada, pero esta vez sobre el contenido de la palabra enunciada. La proscripción del juramento *ex officio* no hiere de muerte al proceso inquisitivo puesto que, esta solemnidad no era condición para el desarrollo litúrgico, como si ocurre en el *trial* con el juramento ordálico, máxime, tampoco tenía en miras el equilibrio de los oponentes, pues siempre actuaba en sentido conminatorio.

Distinto ocurre con el *jury trial*. Actualmente puede señalarse la intervención de por lo menos cuatro juramentos distintos.

El primero, corresponde al del magistrado. El segundo, el asumido por el jurado; aquí existen dos momentos diferentes: según Harfuch⁶⁵, en la audiencia *voir dire* (sea, “decir verdad” o “ver qué dicen”) los jurados están obligados a decir la verdad de todo aquello que le interroguen, jurando inicialmente como cualquier testigo; posteriormente, una vez conformado el panel definitivo de jurados, tanto titulares como suplentes, asumen nuevo juramento sobre sus funciones (conforme el artículo 342 *bis* del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires). Digamos entonces que estos dos primeros actúan como juramentos de legitimidad de las personas intervinientes.

El tercero, el juramento ordálico encarnado en la declaración performativa: «*I plead not guilty*». Ahora bien, el acusado que se declara culpable en la audiencia de arraigo crea *ipso iure* el estado de culpabilidad, razón por la cual se prescinde del desarrollo del juicio. Sólo puede hablarse del juramento ordálico cuando existe una acusación formal contra el acusado y éste, en el marco de la audiencia de arraigo, manifiesta su inocencia. Esta declaración performativa constituye por esencia el juramento ordálico que da lugar a la puesta a prueba judicial [*jury trial*] y que, también traza el rumbo de la estrategia defensiva.

Vale aclarar que las normas procesales no establecen ni exigen que la declaración performativa sea juramentada, sino que el juramento [que habilita el ritual] está ínsito en la palabra del acusado en virtud de la herencia ordálica que empapa al juicio por jurados propio del mundo anglófono.

El último, los juramentos asumidos tanto por los testigos como por el acusado. Esto encuentra su lógica en que *trial* no conoce otras pruebas que no sean las testificales. Dicho de otra forma, la prueba producida durante el ritual debe ser verbalizada.

⁶⁵ Harfuch, Andrés, *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, ob. cit., p. 167.

VI. Sistemas procesales comparados: el *jury trial* y la *question*

En esta instancia, desde una visión etnológica, conviene plasmar en regímenes procedimentales concretos los conceptos hasta ahora desarrollados. La idea es otorgar mayor visibilidad al contraste procesal. Veamos.

a. El plano anglófono

Iniciaré con el proceso penal *made in England*. El derecho inglés carece de un código procesal como acostumbra el derecho continental, siendo la dispersión normativa una característica distintiva de este proceso penal. Así, merece destacarse: la *Police and Criminal Evidence Act (Codes of Practices)* [1984]; la *Prosecution of Offences Act* [1985]; *The Code for Crown Prosecutors (The Code)* [1986]; la *Human Rights Act* [1998]; la *Criminal Justice Act* [2003]; y el *Criminal Procedure Rules* [2010], por nombrar algunos. Describiré las principales características de las normas mencionadas.

La *Police and Criminal Evidence Act* de 1984. Según el profesor Juan Damián Moreno⁶⁶, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, esta norma está inspirada en el informe realizado por la Comisión Phillips en 1981. Existía un reproche generalizado en la acumulación de funciones investigativas y acusatorias encabezadas en la figura de la policía, creada durante la primera mitad del siglo XIX. Esta circunstancia dio lugar muchas veces a que, en el empeño por lograr una condena del sospechoso, no se guardara la neutralidad e imparcialidad necesaria, llevándose procesos vindicativos e incluso ocultándose aspectos beneficiosos para la defensa. Por lo tanto, se concluye que la acumulación de funciones, investigativas y acusatorias, desequilibra la posición existente entre la acusación y la defensa que constituye el eje fundamental del sistema

⁶⁶ Moreno, Juan Damián, *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 33-34.

acusatorio. En consecuencia, la *Police and Criminal Evidence*, o el *Codes of Practices*, pretende limitar estos excesos policiales al imponer protocolos de actuación al investigar los delitos.

La *Prosecution of Offences Act* de 1985. Merece la pena recordar que la policía contaba desde 1879 con la oficina del *Director Of Public Persecution* que tenía por finalidad ayudar y aconsejar a las fuerzas en materia de persecución criminal. En Inglaterra, si bien existía el cargo de *Attorney General* (Procurador General), no existían los fiscales propiamente dichos. Entonces, ante este escenario efervescente, el Parlamento inglés crea en 1985 la figura del *Crown Prosecution Service* a instancias de la *Prosecution of Offences Act* que entra en vigencia en 1986⁶⁷. El acusador público inglés tiene una función netamente procesal y no investigativa, comunión que aún ocurre en Argentina, por ejemplo. Así, la figura encargada de investigar continúa siendo la policía, que no recibe instrucciones de nadie con independencia de las autorizaciones necesarias que deba solicitar en el transcurso de las investigaciones⁶⁸. Por esta razón, consideran que el sistema procesal inglés resulta plenamente contradictorio y tiene naturaleza adversarial.

The Code for Crown Prosecutors (The Code) de 1986. Es un protocolo actualizado asiduamente que dicta el *Director Of Public Persecution*, en función del artículo 10 de la *Prosecution of Offences Act* de 1985, para decidir el mérito de acusar en cada caso en particular según evaluaciones probatorias y de perspectivas reales de condena.

La *Human Rights Act* de 1998. Impone la obligación tanto a los jueces como al resto de los poderes públicos de adaptar sus decisiones a los principios aplicados de la Convención Europea de Derechos Humanos por el Tribunal de Estrasburgo.

⁶⁷ Hendler, Edmundo, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 160.

⁶⁸ Moreno, Juan Damián, *La decisión de acusar...*, ob. cit., pp. 64-65. Incluso, el autor entiende que la acusación pública no implica el ejercicio de autoridad, remarcándose la incompatibilidad entre la función de castigar y la de acusar (ibídem..., pp. 68-69).

La *Criminal Justice Act* de 2003. Diversas problemáticas hicieron que una vez más la cultura judicial anglosajona se vea seducida por los jueces de instrucción propios del sistema inquisitivo⁶⁹. Así, tras la publicación del Libro Blanco en 2002, nacido a propuesta de la Comisión Auld, se dicta la *Criminal Justice Act* bajo el eslogan “*Justice for all*”. Esta norma ofrece un nuevo marco legal para víctimas y testigos y, a su vez, aumenta el protagonismo de las *Magistrates’ Courts* en desmedro de los jurados⁷⁰.

El *Criminal Procedure Rules*⁷¹ de 2010. Tiene una estructura similar a un código procesal penal. El artículo 1.1 establece como objetivo fundamental el garantizar a las partes un juicio justo. Ahora bien, lo auténticamente relevante para este trabajo está legislado en esta norma: la declaración performativa. Particularmente, se encuentra en el juego armónico de los artículos 9.8 a 9.10.

En Inglaterra la declaración performativa se realiza ante las *Magistrates’ Courts*. Así, el artículo 9.8 establece los estándares para realizar la declaración: edad, competencia y presunción. El primero, debe tratarse de una persona mayor de 18 años la que efectúe la *request for plea*. El segundo, la competencia queda sometida a condición de la declaración de culpabilidad o inocencia y al delito atribuido. Por último, sí el sospechoso se negare a contestar, en vez de aplicar el castigo denominado *peine forte et dure*, como oportunamente mencioné, se presume la negativa enviando el caso a juicio⁷².

Según Moreno⁷³, la declaración de culpabilidad no excluye la pena, sí el juicio. Ahora bien, el acusado puede tener la expectativa

⁶⁹ Según Moreno, la influencia del tacherismo y del blairismo, al igual que el informe Leigh y Zedner (1992), inclinaron la balanza hacia la incorporación del *juge d’instruction*, aunque posteriormente la idea fracasa (Moreno, Juan Damián, *La decisión de acusar...*, ob. cit., p. 31).

⁷⁰ *Ibidem...*, p. 54.

⁷¹ Disponible la última versión -abril de 2019- en: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/docs/2015/criminal-procedure-rules-practice-directions-april-2019.pdf>

⁷² Ver Santa Pinter, José Julio, *Sistema del Derecho Anglosajón*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 93.

⁷³ Moreno, Juan Damián, *La decisión de acusar...*, ob. cit. p. 106.

razonable que le reduzcan la pena en función de los criterios de imposición (*sentencing guidelines*). La declaración de culpabilidad está prevista en el artículo 9.9, mientras que la de inocencia en el siguiente, el artículo 9.10. Este artículo, en general, contiene reglas sobre la determinación de competencias, ya sea la de las *Magistrates' Courts* o de las *Crown Court*, introduciéndose como elemento objetivo para su ponderación el monto de £5,000.

En Estados Unidos, la audiencia de arraigo -o *arraignment*- es la oportunidad procesal para que el acusado se entere formalmente de los cargos y se declare culpable o inocente. El profesor Hendler⁷⁴ advierte que en la Inglaterra medieval esta audiencia se desarrollaba en cuatro pasos: 1.- Se le llamaba al prisionero para que levantara su mano a forma de identificación; 2.- Se le leía la acusación en inglés traducida del latín; 3.- Se le requería al acusado que se declarara culpable o inocente, bajo sanción de *peine forte et dure* en caso de silencio; y, 4.- Se le preguntaba la forma en la que quería ser juzgado encontrándose diversas posibilidades de los juicios de Dios. Actualmente, señala el profesor, estos pasos fueron superados, incluso se adopta idénticamente la presunción del silencio que surge del *Criminal Procedure Rules*, aunque algo es claro, la audiencia debe desarrollarse de cualquier manera.

Las declaraciones vigentes habilitadas son: culpable, no culpable o inocente, no culpable por insania y *nolo contendere* o *non vult contendere* o *non vult*. Así, cabe reconocer que sólo las dos primeras son comunes a todas las jurisdicciones.

En estos tiempos la mayoría de los casos terminan en declaraciones de culpabilidad, el *jury trial* está en franca retirada poniendo en jaque la herencia ordálica introducida en el paradigma acusatorio, aunque la participación popular, por lo menos, queda garantizada con las integraciones populares que suelen darse en las *Magistrates' Courts*⁷⁵.

⁷⁴ Hendler, Edmundo, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, ob. cit., pp. 195-196.

⁷⁵ En Estados Unidos, los juicios por jurados vienen en franca retirada gracias a las declaraciones de culpabilidad (acuerdos con las Fiscalías), aunque en 2018 se registró un alza del

b. El plano continental: el caso argentino. El funcionamiento anómalo de nuestro jurado. El proyecto de “Ley de la Mentira”

Merece formularse una advertencia previa. En este acápite trataré con procesos penales argentinos en forma indistinta, aunque me inclinaré especialmente por aquellos donde esté prevista la intervención de los jurados, y me permitiré obviar los preámbulos e ir directo al punto. Amén de ello, no resulta ocioso remarcar que el paradigma imperante en la República Argentina es la *enquête*, en virtud de los motivos históricas y antropológicos oportunamente esgrimidos. Ahora, dentro de esta cultura judicial corresponde precisar que en mayor o menor medida los procedimientos son mixtos o inquisitivos reformados, pero nunca acusatorios⁷⁶.

Nuestros procesos mixto-reformados herederos del paradigma romano canónico carecen del sentido lúdico -o de justicia espectáculo- propio de las puestas a prueba del mundo anglófono. Así, el imputado suele tener la oportunidad de declarar varias veces, pensando esta declaración como el ejercicio

4% en relación a los últimos años (<https://www.uscourts.gov/statistics-reports/us-district-courts-judicial-business-2018>). Las declaraciones de culpabilidad, que crecieron un 6% en relación a 2017, son elegidas por los acusados pues, les permiten negociar una condena con Fiscalía siendo mucho menos gravosa que la dictada en el *jury trial*. En Inglaterra, la “conviction rate” o tasa de condena contempla el factor discriminación racial (ver Thomas, Cheryl, *Exposing the myths of jury service* en *Criminal Law Review*, Vol.: 415, Issue: 6, Sweet & Maxwell, Editor Ian Dennis, Inglaterra, 2008).

⁷⁶ Someramente, puede decirse, sin caer en desatino, que mientras exista la etapa instructoria en sí; la actuación de jueces de instrucción y los fiscales investigadores-acusadores; la audiencia indagatoria (subrepticio enamoramiento por la confesión); la disociación entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*; el *nemo tenetur* pensado desde las visiones inquisitivas; los acusadores particulares; el culto propio al papel y los sellos (preservación temporal); la congruencia facto jurídica; ciertas valoraciones probatorias inclinadas hacia la prueba tasada; el instituto de la nulidad (¡no confundir con la regla de exclusión!); la aplicación del brocardo *iura novit curia* en la etapa de juicio; el recurso acusador ante absoluciones; la oralidad actuada; la búsqueda de la [mal] denominada verdad real [*alétheia* clásica, correspondencial]; el proceso discontinuado en acción, tiempo y lugar; la concepción de recomposición del orden mundial y la soberanía vulnerada; el principio de legalidad penal; entre otro centenar de reglas que hacen a la liturgia, mal puede pensarse estar en otra vereda. Corresponde hablar de *mixturas* que tampoco son paradigmas en el sentido kuhniano.

de un derecho desde la sanción, en 1808, del famoso *Code d'instruction criminelle*. El acusado declara en indagatoria, con independencia del nombre que pueda tener este acto procesal en una u otra jurisdicción. A diferencia del *trial*, no existe la posibilidad que, ante una declaración voluntaria inculpatoria, se prescindiera del juicio. Lógicamente, la excepción está constituida por los clásicos medios alternativos, la suspensión del proceso a prueba y el juicio abreviado. En líneas generales, la regla es el desarrollo del juicio. Traduciéndolo: nuestros procesos no están estructurados como puestas a prueba, ergo carecen de la declaración performativa. Técnicamente hablando, no podría accederse al *jury trial* sin el juramento ordálico que justamente se da ante la declaración performativa negativa. Ahí ya existe una irregularidad suficiente que no sólo afecta la legitimidad del ritual, sino que también su funcionamiento. El proceso trata de ser reconfigurado de uno [*enquête*] en otro [*trial*] sin la llave que permite ese cambio.

El problema surge cuando se pretende equiparar inconmensurables, siguiendo la línea propuesta por el filósofo norteamericano Thomas Kuhn en su increíble libro *Las revoluciones científicas*. Ni los procesos son sólo códigos procedimentales, ni una indagatoria del *procès* resulta idéntica a la declaración testifical del acusado en el *Common Law*. Así, el simple requerimiento para sentarse en el banquillo de los acusados hiere de muerte cualquier expectativa de igualdad real, amén que es cierto que los códigos intentan eliminar el imperativo y convertirlo marcadamente en el ejercicio de un derecho, v. gr., artículos 258, C.P.P. de Buenos Aires; 198 del C.P.P. de Río Negro; 203 del C.P.P. de Neuquén; 321 del C.P.P. de Chubut, con excepción del artículo 385 del C.P.P. cordobés que aún conserva el sentido obligatorio de la declaración indagatoria en etapa de debate. Igualmente, la existencia propia de jurados escabinados deviene *per se* conflictiva desde su implementación en la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532. Según Moreno⁷⁷,

⁷⁷ Moreno, Juan Damián, *La decisión de acusar...*, ob. cit. p. 81.

debido al efecto negativo que ocasiona en la fama o reputación de una persona el hecho de ser citado ante un tribunal para responder una imputación, se considera que *the process is the punishment*; por esta razón, los fiscales sólo están autorizados a acusar cuando hayan superado un riguroso control de calidad que trate de evitar acusaciones arbitrarias, infundadas o injustificadas: el «*Full Code Test*» bajo los parámetros establecidos en *The Code*.

Entonces, cabe resaltar la inequivalencia manifiesta entre la declaración indagatoria propia de nuestro sistema, donde el acusado queda dispensado del juramento *ex officio*, respecto de las declaraciones performativa y testifical brindadas en el *trial*. Mientras que las declaraciones del mundo anglófono guardan su coherencia litúrgica, la declaración desarrollada en nuestras latitudes sigue mirando la búsqueda de la confesión como legitimadora del proceso. En definitiva, son dos visiones disímiles de la construcción de la verdad judicial.

Estas singularidades descriptas conllevan a que el jurado argentino funcione anómalamente. Pero, ¿qué sería la anomalía? El concepto no corresponde a la idea kuhneana de anomalía paradigmática. Sino, una noción epistemológica por ahora vaga y nebulosa: la ausencia de expectativas que el ritual funcione conforme fue estructurado. La existencia de veredictos de culpabilidad o inocencia no significa mecánicamente el correcto funcionamiento litúrgico, sino que tras el cumplimiento de una serie de pasos se logra un resultado “x”. La clave está en el análisis de ese resultado. Los veredictos, ¿son correctos? Las incongruencias epistémicas, ¿influyen en la resolución de los casos? Los trabajos de campo son fundamentales para brindar luz al misterio.

Recientemente, por el INECIP⁷⁸ (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales) fueron informados

⁷⁸ Porterie, Sidonie y Romano, Aldana, *El poder del jurado: Descubriendo el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Ediciones del INECIP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 33 y ss.

datos oficiales pertenecientes a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. La línea temporal relevada fue de 2015 al 2017. Las cifras arrojaron el aumento de los juicios por jurados de 38 a 77, donde la tasa de condena fue del 64%, excluyéndose los “veredictos mixtos”. En todos los años la tasa de condena fue superior a los veredictos de no culpabilidad del jurado. Desgraciadamente, este estudio no contempla los factores de discriminación como sí lo hacen en Inglaterra. Cabe llamar a la reflexión, pero a su vez cuestionarse, si los resultados de las cifras relevadas responden a la anomalía aludida previamente.

Una aclaración que iba ser una ingenuidad se transforma en pesadilla. Partir de falsas premisas puede llevar a cometer errores conceptuales evidentes; considerar en estas tierras estar en presencia del paradigma acusatorio en vez del inquisitivo reformado es el perfecto ejemplo. Peca de incauta la persona que piensa que reinstaurar el juramento *ex officio* puede corregir los déficits epistémicos actuales de nuestro *jury trial* criollo, pero como el padre de Hamlet que regresa de la tumba, el juramento inquisitivo ahora desempolva los hábitos.

La primera semana de octubre el representante del Poder Ejecutivo, Presidente Ing. Mauricio Macri, presentó ante la Cámara de Diputados el proyecto de ley denominado “Ley de la Mentira”⁷⁹ (Expediente Diputados N° 0006-PE-20), junto con las firmas del Jefe de Gabinete, Marcos Peña, y los ministros, Germán Garavano del Ministerio de Justicia y Derechos Humano, y Patricia Bullrich, titular de la cartera de Seguridad.

El proyecto en cuestión actúa sobre dos frentes: el sustantivo y el adjetivo, desdoblándose en este último caso. Concretamente, se pretende la modificación del Código Penal argentino (Ley 11.179), del Código Procesal Penal de la Nación (a continuación: “Código Levene”, según Ley 23.984) y del Código

⁷⁹ Proyecto disponible en: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/086/593/000086593.pdf?fbclid=IwAR1vrMTYxA-8vxxJOvrm5zlxc1zm-V7eX-Sc8Q9-DRfiK5ALful-o55fzczl>

Procesal Penal Federal (a continuación: “Nuevo C.P.P.F.”, según Ley 27.063 con más Decreto 118/2019).

Respecto del Código Penal argentino, el proyecto de ley, en su artículo 1°, establece la modificación del artículo 275° (Capítulo XII, del Título XI: Delitos contra la administración pública) que pena el falso testimonio. Sí bien se mantiene la escala penal, se agrega a su vez la pena de multa la cual es determinada entre: \$96.000 a \$300.000. El tipo penal, a su vez, exige ser parte de un proceso judicial o administrativo, reemplazándose así la denominada “autoridad competente”.

En el siguiente párrafo, califica nuevos sujetos pasibles de cometerlo: abogados, testigos, peritos e intérpretes respecto de las deposiciones, testimonios, traducciones o informes. Por último, se dispone el agravante respecto del primer y segundo párrafo si fuera cometido en causa penal en perjuicio del acusado.

El cuarto párrafo resulta más confuso que relevante, dispone: *“La misma pena del párrafo primero se impondrá al imputado que, habiendo sido convocado legalmente a prestar declaración, en su deposición a sabiendas afirmare una falsedad o negare la verdad que conoce, en todo o en parte. Para ello, previamente debe haber sido impuesto de las garantías constitucionales que le asisten y haber manifestado de forma expresa su voluntad de declarar.*

En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo de la condena”.

Básicamente, el proyecto pretende la reinstauración del juramento *ex officio* esta vez condicionada a la manifestación positiva de declarar con las suspicacias que ello implica. Tal como se vio, no existe equiparación interpretativa posible entre la extensión otorgada al *nemo tenetur* en el *trial* con la contenida en este proyecto. Cabe aclarar, una vez más, que el mundo anglófono le permite al acusado ser testigo en su propia causa penal [producción de prueba], pero esta declaración sometida a juramento debe ser voluntaria, previa recomendación de su abogado. En otras palabras, el acusado no sólo no está obligado

a autoincriminarse -incluso, el silencio tampoco puede ser valorado en su contra, aunque luego haga uso de la palabra-, sino que ni siquiera puede ser obligado a sentarse en el banquillo de los acusados. Es decir, comprende también los requerimientos.

Los visos inquisitivos pueden vislumbrarse incluso en la formulación similar con el Manual de Aymerich y Peña, donde los abogados defensores buscaban la confesión voluntaria y el arrepentimiento del sospechado de herejía, pero de ninguna forma podían defenderla, pues, sino también estarían defendiendo la herejía. Por último, se mantiene la inhabilitación absoluta dispuesta al final del artículo -con una deficiente técnica legislativa- que deja serias dudas: ¿sobre qué recaería la inhabilitación? ¿Sobre la palabra del imputado? ¿Es una pena accesoria del delito atribuido? ¿Y sí ese también posee inhabilitación? Entre otras. Vale destacar que la calidad de testigo es inherente a la persona y no una actividad reglada.

Respecto del Nuevo C.P.P.F., el proyecto de ley trata el asunto entre los artículos 3° y 6°. Así, el texto proyectado en el artículo 3° sustituye el texto del artículo 4° de la norma ritual agregando el juramento *ex officio* cuando el imputado “decida declarar”.

Por otra parte, el artículo 4° modifica el texto previsto en el artículo 70°: “Libertad para declarar”. El primer párrafo expresa: “*Las citaciones al imputado no tendrán por finalidad obtener una declaración sobre el hecho que se le imputa, pero éste tendrá la libertad de declarar cuantas veces quiera.*” (énfasis agregado). Posteriormente, se reitera el juramento *ex officio* y, por si existían dudas de la inspiración inquisitiva, se establece el labrado de un acta casi siguiendo al pie de la letra a Aymerich y Peña. Los requerimientos importan cierta coerción psicológica y moral -así lo pensaban los inquisidores, v. gr., la silla que debía ocupar el indagado era más rústica que la del inquisidor- como juego de las relaciones de poder. Por esta razón, en el *Common Law* el acusado no está obligado siquiera a sentarse a declarar, problemática advertida por el profesor Tedesco, quien

sostiene que esta violencia ejercida atenta contra la presunción de inocencia a su vez que proscribe la posibilidad de hablar de la igualdad de posiciones propia del contradictorio, donde uno ya no puede ocupar uno de los vértices de todo conflicto, sino el centro de la escena.

El artículo 5°, reemplaza al 71°, reiterando la obligatoriedad del juramento *ex officio* cuando el acusado opte por tomar la palabra. El artículo 6°, modifica el 72°, donde se establece que el acusado no puede ser sometido por ninguna fuerza o coacción para declarar.

Respecto del Código Levene, el proyecto de ley trata el tema entre los artículos 7° y 9°. El artículo 7°, modifica el 73°, estableciéndose la obligatoriedad del juramento condicionada al uso de la palabra. El artículo 8° sustituye el conocido 296° limitándose a agregar la instauración del juramento *ex officio*. Idénticamente, el artículo 9°, modifica el artículo 298°.

Claramente, el proyecto de “Ley de la Mentira” se distancia del ideario concebido en el *Commonwealth*, pero tampoco constituye a secas el juramento *ex officio*, pues, la ausencia de un elemento del binomio [juramento-tortura] es cuanto menos sugestiva. Amén de ello, merece la pena recordar que en nuestros antecedentes patrios la Asamblea del año XIII, primero proscribe la jurisdicción de la Inquisición limeña, luego los tormentos (y la destrucción de los elementos desatinados a ello) hasta que finalmente, hace lo propio con el juramento. En otras palabras, la privación del elemento tortura no le quita el carácter inquisitivo, máxime cuando en el texto de Aymereich – Peña puede advertirse sin hesitación que el acusado siempre prestaba juramento, aunque la tortura -como método para arrancar la confesión- quedaba relegada para determinados casos y circunstancias. En definitiva, el juramento continúa siendo el *jusjurandum de veritate dicenda*, aunque contiene matices distintivos.

Ante un escenario de por sí complejo, donde las mixturas están reñidas a muerte entre sí, el presente juramento sólo

puede distorsionar más el sistema. Resulta difícil intentar seguir la senda del *jury trial* sin siquiera concebir la declaración performativa -con el consecuente juramento ordálico- como para a su vez sumarle el juramento *ex officio*. Parece inevitable pensar que mientras se añoran las costumbres inglesas se continúa sentado en la silla de Torquemada.

VII. Conclusiones

En las páginas precedentes intenté hacer una aproximación sobre las funciones de los juramentos en las liturgias procesales. Una tarea ardua, pero satisfactoria. Así, siendo sintético me quedaré con las siguientes ideas: el juramento *ex officio* durante algún tiempo fue una característica común entre los paradigmas del *procès* y del *trial*. Cada paradigma evoluciona en formas disímiles, de esta inconmensurabilidad surgen las respuestas diversas que se dieron sobre asuntos idénticos.

Mientras que el *trial*, que conserva importantes características de las ordalías carolingias, brinda mayor proyección a la garantía de *nemo tenetur* -y siendo una solución conteste con el juramento ordálico-, la *enquête* se limita a la proscripción del juramento, pero brindando menor intensidad en la fuerza normativa tuitiva. En definitiva, son problemas de estructuras ideológicamente condicionadas que, en nuestro caso, impiden hablar de adversarialidad cuando no existe igualdad real -no formal- entre los oponentes, por más beneficiosa que sea la oralidad -cuando no es actuada- no logra sitiar los vestigios inquisitivos imperantes.

El acento de este trabajo está puesto en la funcionalidad de los juramentos *ex officio* y el ordálico. Creo que el contraste entre ambos resulta más interesante. Así, mientras que el primero, tiene un sentido probatorio [confesión] y por eso se relaciona con la tortura [binomio: juramento-tortura], el segundo actúa como aceptación de la puesta a prueba judicial tras la declaración performativa traducida en no culpabilidad. Posteriormente, el acusado puede testificar en su propia causa. Entre ambas

declaraciones existe una lógica que es, en definitiva, acceder al juicio y probar la tesis inicial propuesta.

VIII. Bibliografía

a. Libros

- AYMERICH, Nicolás; y, PEÑA, Francisco, *El manual de los inquisidores*, Ed. Muchnik editores, España, 1983.
- BREGANTIC, Jonatan L., *Iura novit curia, poder y verdad*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2019.
- DE LA TORRE, José I., *Breve historia de la Inquisición*, Ed. Nowtilus, Madrid, 2014.
- FOUCAULT, Michel, *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014.
- GARIBALDI, Gustavo E. L., *Sistemas de juzgamiento de delitos en la Argentina*, Ed. Ad Hoc, 2015.
- HARFUCH, Andrés, *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013.
- HENDLER, Edmundo -Director-, *Sistemas procesales comparados*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2015.
- HENDLER, Edmundo, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.
- JACOB, Robert, *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MORENO, Juan Damián, *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014.
- PORTERIE, Sidonie y ROMANO, Aldana, *El poder del jurado: Descubriendo el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Ediciones del INECIP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- RIGHI, Esteban -Director-, *Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal N° 6*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.
- SANTA PINTER, José Julio, *Sistema del Derecho Anglosajón*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956.
- SUCAR, Germán y CERDIO HERRÁN, Jorge A. (eds.), *Derecho y Verdad II. Genealogía(s)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

TEDESCO, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2014.

THOMAS, Cheryl, *Exposing the myths of jury service* en *Criminal Law Review*, Vol.: 415, Issue: 6, Sweet & Maxwell, Editor Ian Dennis, Inglaterra, 2008.

b. Páginas web

<http://ravnidigital.com.ar/asambleas/asa1/asa1110064.jpg>

<https://revistas.unal.edu.co/index.php/hisysoc/article/view/32322/32341>

<https://www.britannica.com/topic/peine-forte-et-dure>

<https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/086/593/000086593.pdf?fbclid=IwAR1vrMTYxA-8vxJOvrm5zIxc1zm-V7eX-Sc8Q9-DRfiK5ALfuI-o55fzczI>

<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/docs/2015/criminal-procedure-rules-practice-directions-april-2019.pdf>

<https://www.loc.gov/law/help/statutes-at-large/45th-congress/session-2/c45s2ch37.pdf>

<https://www.uscourts.gov/statistics-reports/us-district-courts-judicial-business-2018>

c. Jurisprudencia

CSJN, “*Criminal, contra Eduardo Mendoza, por falsificación de un manifiesto de Aduana*” (Fallo, 1:350), 28/10/1864.

CSJN, “*Oscar Rodríguez Pamia y Otro*” (Fallo, 227:63), 19/10/1953.

CSJN, “*El Atlántico*” (Fallo, 281:177), 22/11/1971.

SCJ EEUU, “*Brown v. Walker*” (161 US., 591, 1896).

Las inversiones extranjeras en el Mercosur: ¿Hacia un cambio de paradigma?

Foreign investments in Mercosur: Towards a change of paradigm?

Investimentos estrangeiros no mercosul: Rumo a uma mudança no paradigma?

Investissements étrangers dans le Mercosur: Vers un changement de paradigme?

南方共同市场的外国投资:向范式转变?

Luis Fernando Castillo | Universidad de Buenos Aires,
Argañaráz¹ | Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 249-270

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e337>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5566-462X>

Recibido: 07/06/2019

Aprobado: 25/09/2019

Resumen: La recepción de inversión extranjera directa es un punto importante en la agenda de los Estados de la Región. A iniciativa de Brasil se adoptó el Protocolo de Cooperación y Facilitación de inversiones Intra – MERCOSUR apartándose en su esquema de los tradicionales Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. El objetivo de este artículo es analizar brevemente el nuevo Protocolo y el camino que culminó con su firma.

Palabras claves: MERCOSUR – Inversiones extranjeras- Inversiones Intra – MERCOSUR- Acuerdos de facilitación de inversiones

¹ Investigador del CONICET/UADE. Doctor en Derecho (UBA), Doctor en Ciencia Política (UB). Profesor titular de Derecho Internacional Público (UADE). Email: lcastillo@uade.edu.ar.

Abstract: The reception of foreign direct investment is an important point on the agenda of the States of the Region. At the initiative of Brazil, the Protocol of Cooperation and Facilitation of Investments Intra - MERCOSUR was adopted, moving away from the traditional Bilateral Treaties of Investment Protection. The objective of this article is to briefly analyze the new Protocol and the path that culminated with its signing.

Key Words: MERCOSUR – Foreign Investments - Investments Intra – MERCOSUR- Investments Facilitation Agreements

Resumo: A recepção do investimento estrangeiro direto é um ponto importante na agenda dos Estados da Região. Por iniciativa do Brasil, foi adotado o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-MERCOSUL, afastando-se dos tradicionais Tratados Bilaterais de Proteção ao Investimento. O objetivo deste artigo é analisar brevemente o novo Protocolo e o caminho que culminou com sua assinatura.

Palavras chave: MERCOSUL - Investimentos Estrangeiros - Investimentos Intra - MERCOSUL - Acordos de Facilitação de Investimentos

Résumé: Recevoir des investissements étrangers directs est un point important à l'ordre du jour des États de la Région. À l'initiative du Brésil, le Protocole de coopération et de facilitation pour l'investissement intra-MERCOSUR a été adopté, s'éloignant ainsi des traités traditionnels de protection des investissements bilatéraux. L'objectif de cet article est d'analyser brièvement le nouveau protocole et la voie qui a abouti à sa signature.

Mots clés: MERCOSUR - Investissements étrangers - Investissements Intra - MERCOSUR - Accords de Facilitation des Investissements

摘要: 接受外国直接投资是该地区各国议程上的重要内容。在巴西的倡议下,通过了《南共市内部投资合作与便利化议定书》,其计划与传统的双边投资保护条约背道而驰。本文的目的是简要分析新协议及其签署的最终路径。

关键字: 南方共同市场-外国投资-内部投资-南方共同市场-投资便利化协议。

I. Introducción

Las inversiones extranjeras es un punto que ha conquistado un lugar en la agenda de América Latina, y particularmente MERCOSUR, en los últimos años. Así, se ha señalado que “el análisis de las políticas, normas y el tratamiento de las inversiones extranjeras ha sido el tema recurrente de debate para los países latinoamericanos a lo largo de su historia” (Marchini, Morales y Roffinelli 2018: 15).

Se ha considerado en relación a los tratados bilaterales de protección de inversiones (TBI) que su objetivo es “incrementar la prosperidad a través de la inversión” (Vandeveldt 1988: 621). No obstante, se puede señalar que “actualmente presenciamos un debate político y académico sobre uno de los pilares ideológicos de los años noventa, que aseguraba la existencia de una relación causal entre la firma de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y el aumento en los flujos de Inversión Extranjera Directa (IED)” (Arroyo Picard y Ghiotto, 2017: 39).

En el marco del MERCOSUR, durante la década de 1990, por Decisión del Consejo Mercado Común N° 11/93 se aprobó el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR,² y por Decisión del Consejo Mercado Común N° 11/94 se adoptó el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR.³ Al respecto se ha señalado que “estas Decisiones reflejaban un esquema clásico en materia de inversiones extranjeras, a tono con los postulados económicos liberales que imperaban en esos años, marcados por la finalización de la Guerra Fría” (Laborías 2018:133). Estos instrumentos jurídicos nunca entraron en vigor.

² Firmado el 17 enero 1994. No vigente. El texto puede consultarse en http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcolonia_s.asp (última consulta 20 de julio de 2019)

³ Firmado el 5 de Mayo de 1994. No vigente. El texto puede consultarse en <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/Decisions/dec1194s.asp> (última consulta el 20 de julio de 2019)

El 16 de Diciembre de 2010 mediante la Decisión del Consejo Mercado Común N° 30/10 se aprobaron las “Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR”⁴ que en su punto 10 establece “Derogar las Decisiones CMC N° 11/93 y N° 11/94 y sus respectivos Acuerdos” y se instruye al Subgrupo de Trabajo N° 12 “Inversiones” para que eleve al Grupo del Mercado Común una propuesta de acuerdo. Este Subgrupo “había sido creado en el año 2000 y entre sus funciones se incluyó la de analizar las dificultades que habían encontrado los Estados Partes para aprobar e implementar los textos de 1993 y 1994” (Laborías 2018:133). Finalmente, luego de arduas negociaciones, el 7 de abril de 2017 en el marco del Foro Económico Mundial que se celebró en Buenos Aires, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países que integran el MERCOSUR adoptaron el Protocolo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones Intra- MERCOSUR (PCFI) mediante Decisión 3/2017 del Consejo Mercado Común.⁵

De acuerdo a lo planteado previamente, surgen los siguientes interrogantes: 1) ¿Cómo y porqué surgieron los acuerdos sobre cooperación y facilitación de las inversiones extranjeras?, 2) ¿Cuáles son las principales disposiciones del Protocolo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones Intra- MERCOSUR?, 3) El PCFI, ¿Implica un cambio de paradigma con respecto a los

⁴ MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 30/10 “Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR”. El texto puede consultarse en http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/DEC3010_s.pdf (última consulta el 20 de julio de 2019)

⁵ Fue firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Venezuela está suspendido desde diciembre de 2016. Uruguay depositó el instrumento de ratificación el día 29/09/2018 y Brasil aprobó por Decreto Legislativo N° 181 del 20/12/2018 y depositó el instrumento de ratificación el 31/05/2019. Entró en vigor para estos dos países el 30/07/2019. En el Art. 26 se establece que “Entrará en vigor en 60 días después de la fecha del depósito del segundo instrumento de ratificación por parte de los estados partes del MERCOSUR, para los demás Estados Partes que lo ratifiquen con posterioridad, entrará en vigor 60 días después del depósito de cada instrumento de ratificación”. Ver: http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=+uUEOsWR9wE3v91PDIXvnQ==&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsMz96BovjLlz0mcrZruYPcn8= (última consulta 20 de Julio de 2019)

tradicionales TBIs? En ese sentido, el objetivo de este artículo es analizar brevemente el Protocolo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones Intra- MERCOSUR y el camino que culminó con su firma. Las respuestas a estos interrogantes planteados y el cumplimiento de los objetivos establecidos permitirán arribar a conclusiones.

II. La ruta hacia el protocolo de 2017 y el protagonismo de Brasil

En la actualidad, Argentina tiene vigentes 49 TBIs⁶, Uruguay llega al número de 30 tratados en vigor⁷, Paraguay 21 tratados bilaterales en vigencia⁸, la República Bolivariana de Venezuela (suspendido en el MERCOSUR) con 25 vigentes⁹, y Brasil tiene

⁶ Argentina tiene vigente 49 TBIs con los siguientes Estados: Argelia, Armenia, Australia, Austria, Unión Económica Belga – Luxemburguesa, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Costa Rica, Croacia, Cuba, República Checa, Dinamarca, Egipto, El Salvador, Finlandia, Francia, Alemania, Guatemala, Hungría, Israel, Italia, Jamaica, República de Corea, Lituania, Malasia, México, Marruecos, Países Bajos, Nicaragua, Panamá, Perú, Filipinas, Polonia, Portugal, Rumanía, Federación Rusa, Senegal, España, Suiza, Suecia, Estados Unidos de América, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Reino Unido, República Bolivariana de Venezuela, Vietnam. Información obtenida de la página web de UNCTAD ver: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (última consulta 20 de julio de 2019)

⁷ Uruguay tiene vigente 30 TBIs con los siguientes Estados: Armenia, Australia, Unión Económica Belga – Luxemburguesa, Canadá, Chile, China, República Checa, El Salvador, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Israel, Italia, Japón, República de Corea, Malasia, México, Países Bajos, Panamá, Polonia, Portugal, Rumanía, España, Suiza, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos de América, República Bolivariana de Venezuela, Vietnam. Información obtenida de la página web de UNCTAD ver: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (última consulta 20 de julio de 2019.)

⁸ Paraguay tiene en vigor 22TBIs con los siguientes Estados: Austria, Unión Económica Belga – Luxemburguesa, Estado Plurinacional de Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Checa, El Salvador, Italia, Francia, Alemania, Hungría, República de Corea, Países Bajos, Perú, Portugal, Rumanía, España, Suiza, Taiwán, Reino Unido, República Bolivariana de Venezuela. Información obtenida de la página web de UNCTAD ver: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (última consulta 20 de julio de 2019).

⁹ La República Bolivariana de Venezuela tiene 25TBIs en vigor con los siguientes Estados: Argentina, Barbados, Bielorrusia, Unión Económica Belga – Luxemburguesa, Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Indonesia, República

firmados 14, de los cuales ninguno está en vigencia¹⁰; además firmó 8 acuerdos de cooperación y facilitación de las inversiones (solo está en vigencia el firmado con Angola)¹¹.

De acuerdo a lo referido en la Introducción del presente artículo, existe un debate sobre la relación causal que vincula a la firma de los TBIs con el aumento de los flujos de IED (Arroyo Picard y Ghiotto, 2017: 39). En ese sentido, se puede señalar que:

En América Latina, Brasil ha sido prueba notoria de que dicha relación causal es al menos cuestionable. Efectivamente, este país es el principal receptor y emisor de IED en América Latina y no tiene ningún TBI en vigencia. Sin embargo, esta realidad ha cambiado, ya que Brasil negoció recientemente cinco tratados de inversión: Mozambique, Angola, México, Chile y Colombia, todos en el año 2015 (Arroyo Picard y Ghiotto 2017: 40).

Magdalena Bas Vilizzio relata que “cuando seis de los catorce TBI celebrados por Brasil llegaron al Congreso, el presidente Cardozo decidió formar un Grupo de Trabajo Interministerial para su análisis en profundidad” (2018: 49).

En 2002 el Grupo de Trabajo recomienda que los TBI no fueran aprobados por generar un potencial conflicto con la Constitución en materia de libre transferencia de capitales al exterior y solución de controversias con

Islámica de Irán, Lituania, Paraguay, Perú, Paraguay, Federación Rusa, España, Suiza, Suecia, Reino Unido, Uruguay, Vietnam. Información obtenida de la página web de UNCTAD ver: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (última consulta 20 de julio de 2019)

¹⁰ Brasil tiene firmados 14(no en vigor) TBIs con los siguientes Estados: Unión Económica Belga – Luxemburguesa, Chile, Cuba, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, República de Corea, Países Bajos, Suiza, Reino Unido, República Bolivariana de Venezuela. Información obtenida de la página web de UNCTAD ver: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (última consulta 20 de julio de 2019)

¹¹ Brasil tiene firmados 8 Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones con los siguientes Estados: Angola, Chile, Colombia, Etiopía, Malawi, México, Mozambique, Suriname. Solo el Acuerdo con Angola está vigente (entró en vigor el 28/07/2017). Información obtenida de la página web de UNCTAD ver: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (última consulta 20 de julio de 2019)

inversores extranjeros. En consecuencia, el Poder Ejecutivo retiró los tratados del Congreso y Brasil se convirtió en el único Estado del MERCOSUR y de América latina en no haber tenido nunca un TBI en vigor (Bas Vilizzio 2018: 49).

La importancia de este cambio, de los TBI al nuevo modelo, puede observarse en que “desde que Brasil firmó el Primer Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI) en marzo de 2015, se han publicado varias traducciones del documento al inglés y diferentes análisis sobre sus aspectos más innovadores” (Morosini y Rattón Sánchez Badin 2015: 3). Así, Brasil, “es uno de los mayores receptores mundiales de IED, principalmente debido al gran tamaño de su mercado interno. Sin embargo, la necesidad de proteger sus crecientes inversiones en el exterior, lo llevó a reevaluar su política” (Herreros, 2018: 1).

No fue hasta el 2012, que la Cámara Brasileña de Comercio Exterior (CAMEX) emitió el mandato al Grupo Técnico de Estudios Estratégicos sobre Comercio Exterior (GTEX) para que trabajara – entre otros temas – en la redacción de un nuevo acuerdo de inversión que fuera sensible a las necesidades y preocupaciones brasileñas en el escenario económico internacional. En el contexto de las relaciones entre Brasil y África, el GTEX recomendó la creación de una nueva clase de acuerdo de inversión, bajo la dirección de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio (MDIC). Esto dio un nuevo impulso al continuo pero lento proceso que comenzó con la negociación de los TBIs durante la década de 1990 (Morosini y Rattón Sánchez Badin, 2015: 3).

Así, el modelo del nuevo acuerdo, “estuvo listo a partir de 2013, cuando fue aprobada por CAMEX y luego propuesta a los Estados donde las empresas brasileñas estaban invirtiendo más habitualmente. Mozambique, Angola, México y Malawi fueron los primeros países en responder al ímpetu negociador de Brasil” (Morosini y Rattón Sánchez Badin, 2015: 4).

De esta manera los ACFI irrumpen en el escenario internacional captando la atención de la comunidad internacional como algo novedoso en su conjunto debido a la conjunción de dos aspectos:

Por una parte representan un giro importante en la política de una de las principales economías en desarrollo del mundo, integrante del G20 y del Grupo de los BRICS. Por otra parte, constituyen un marco regulatorio novedoso que se distingue de los Tratados Bilaterales de Inversión tradicionalmente negociados por los países desarrollados y que han sido la base de la gobernanza de la IED hasta ahora (Herreros y García Millán 2017: 28).

A continuación se analizará el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR que siguió en gran medida el modelo ACFI de Brasil.

III. El protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-Mercosur

El 7 de abril de 2017 en el marco del Foro Económico Mundial que se celebró en Buenos Aires, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países que integran el MERCOSUR adoptaron el Protocolo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones Intra- MERCOSUR (Decisión 3/2017 del Consejo Mercado Común).¹²

Durante la XCIX Reunión Ordinaria del Grupo Mercado Común (22 y 23 de septiembre de 2015), Brasil presentó una propuesta para negociar un Protocolo sobre Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra – MERCOSUR.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, esta iniciativa de Brasil fue tratada en el Subgrupo de Trabajo N° 12 Sobre Inversiones del MERCOSUR y culminó con la adopción del Protocolo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones Intra- MERCOSUR

¹² Fue firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Venezuela está suspendido desde diciembre de 2016.

(Decisión 3/2017 del Consejo Mercado Común) del 7 de Abril de 2017. El Protocolo Intra – MERCOSUR “sigue muy cercanamente la estructura y el contenido de los ACFI, con mínimas diferencias”(Herreros y García Millán, 2017:30). En ese orden de ideas, el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra – MERCOSUR “es una prueba del liderazgo regional de Brasil en esta temática” (Bas Vilizzio 2018, 57).

A continuación realizaremos una aproximación a sus principales disposiciones.

a. Facilitación de las Inversiones

Desde el punto de vista semántico, la facilitación de inversiones, conforme señala Singh, citado por Ghiotto “aparece como un término laxo e impreciso. Engloba acciones regulatorias, roles institucionales y procedimientos administrativos con el fin de facilitar la entrada, operación y salida de los inversores” (2017: 2). Luciana Ghiotto considera que “encontramos un nuevo modo de ‘cooperación regulatoria’ entre los aparatos regulatorios de los Estados” (2017:2). En ese sentido, Facilitación es un concepto que:

no incluye cláusulas de protección de las inversiones ni mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS por su sigla en inglés). Incorpora en cambio términos como “transparencia”, “previsibilidad” y “compromiso con las partes interesadas” para establecer un nuevo conjunto de reglas para la inversión extranjera a nivel multilateral (Ghiotto, 2017: 2).

Por este motivo se entiende que “las disposiciones sobre facilitación de las inversiones se avocan principalmente al acceso al mercado y predominan en la estructura de los ACFI” (Morosini y Ratton Sanchez Badin 2015: 3)

b. Desarrollo Sustentable

El nuevo Protocolo del MERCOSUR tiene como objetivo “...Promover la cooperación entre los Estados Partes con el fin

de facilitar la inversión directa que viabilice el desarrollo sustentable de los Estados Partes” (Art. 1). De esta manera se consagra el desarrollo sustentable en correlato con su Preámbulo que establece “reconociendo el papel fundamental de la inversión en la promoción del desarrollo sustentable, en el crecimiento económico, en la reducción de la pobreza, en la creación de empleo, en la expansión de la capacidad productiva y en el desarrollo humano”.

Esta consagración del desarrollo sustentable como objetivo en el Art. 1 y en el Preámbulo es importante. Al respecto Laborías señala “si bien cualquier preámbulo de un acuerdo internacional contiene necesariamente fórmulas amplias, que reflejan los grandes ejes de concordancia entre los negociadores, su lectura y análisis es de gran relevancia para precisar los objetivos fijados, a partir de los cuales se puede interpretar el instrumento en su totalidad” (2018:136). Laborías continúa citando a Newcombe y Paradell que “son auspiciosas las menciones al desarrollo sostenible dado que, en caso de controversia entre un inversor y el Estado anfitrión, permitirán enfocar la solución en dicho sentido” (2018: 137). En ese orden de ideas, Laborías concluye que

Dadas las características comentadas del Art. 1, si en caso de controversia una autoridad jurisdiccional debe remitirse a la justificación del Protocolo para determinar el alcance de las reglas de derecho vigentes entre un inversor y un Estado Parte, deberá realizar una fusión entre este artículo y el Preámbulo integrando ambos textos para comprender el real sentido del texto acordado en el MERCOSUR (2018, 139).

c. Expropiaciones

Una disposición que merece destacarse es la contenida en el Art. 6 que regula la expropiación directa y excluye la indirecta¹³. Se considera que “en el Derecho Internacional hay un

¹³ Art. 6: (...) “6. Para mayor certeza, el presente Protocolo solo prevé la expropiación directa, en la cual una inversión es expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio, y no cubre la expropiación indirecta”.

considerable grado de consenso sobre el criterio acerca de los requisitos que debe reunir una expropiación legal. La expropiación debe ser realizada: mediante ley, por causa de utilidad pública, no debe ser discriminatoria y se debe realizar el pago de una indemnización conforme al Derecho Internacional” (Lowe, 2007: 53).

Se debe distinguir la expropiación directa, referida anteriormente, de la indirecta. Esta última suele denominarse como expropiación de facto o medida equivalente a la expropiación.

En relación a la expropiación indirecta, Echaide señala que

conceptos como el que las empresas sean indemnizadas no solo por las expropiaciones sino por las *expectaciones legítimas* de sus negocios o interpretaciones como que el tratamiento justo y equitativo incluya una obligación de estabilidad del clima legal para las inversiones, son creaciones pretorianas que pasan por sobre las decisiones soberanas de los Estados al momento de obligarse por los tratados que celebraron (2013:485).

d. Libre Transferencia

La libre transferencia está permitida, salvo por causales muy puntuales que la limitan a las derivadas de cumplimiento de sentencias judiciales, a laudos arbitrales o resoluciones administrativas firmes, procedimientos concursales, de quiebra, insolvencia o protección de los derechos del acreedor, cumplimiento de obligaciones laborales o tributarias, y prevención de lavado de dinero o de activos y de financiamiento de terrorismo.¹⁴

¹⁴ Artículo 9 – Transferencias

1. Los Estados Partes permitirán la libre transferencia de los fondos relacionados con la inversión realizada en su territorio por un inversionista de otro Estado Parte, a saber:

(a) la contribución inicial al capital o toda adición al mismo en relación con el mantenimiento o la expansión de esa inversión;

(b) los rendimientos directamente relacionados con la inversión;

(c) el producto de la venta o liquidación total o parcial de la inversión;

Bernasconi – Osterwalder y Braunch consideran que en todo acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones en el futuro se pueden incluir “situaciones relacionadas con la restricción de transferencias cuando existe crisis en la balanza de pagos debido a que los movimientos de capital pueden acarrear serias dificultades en la conducción macroeconómica y en particular en las políticas de tipos de cambio” (2015: 12).

e. Responsabilidad Social Empresaria

Un lugar importante ocupan las normas sobre Responsabilidad Social Empresaria-RSE (Art. 14)¹⁵.

(d) los pagos de cualquier préstamo, incluidos los intereses sobre el mismo, directamente relacionados con la inversión; y

(e) el importe de la indemnización, en caso de expropiación o el uso temporal de la inversión de un inversionista de otro Estado Parte por autoridades del Estado Parte Anfitrión. Cuando la indemnización se pague en bonos de la deuda pública al inversionista de otro Estado Parte, el mismo podrá transferir el valor de los ingresos de la venta de dichos bonos en el mercado.

2. Las transferencias se realizarán, a criterio del inversionista, en las monedas de los Estados Partes o en moneda libremente convertible conforme al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha de la transferencia, de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte Anfitrión.

3. No obstante lo establecido en este Artículo, un Estado Parte podrá condicionar o impedir una transferencia mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de las normas de su ordenamiento jurídico interno relativas a:

(a) procedimientos concursales, reestructuración de empresas, quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;

(b) cumplimiento de providencias judiciales, arbitrales o administrativas en firme;

(c) cumplimiento de obligaciones laborales o tributarias; o

(d) prevención de lavado de dinero o de activos y de financiamiento de terrorismo.

¹⁵ “Artículo 14 – Responsabilidad Social Empresarial

Los inversionistas y sus inversiones se esforzarán por lograr el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sustentable del Estado Parte Anfitrión y la comunidad local, a través de la adopción de un alto grado de prácticas socialmente responsable sobre la base de los principios y normas voluntarias establecidas en este Artículo

Los Inversionistas y sus inversiones deberán desarrollar sus mejores esfuerzos para cumplir con los siguientes principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable y coherente con las leyes aplicadas por el Estado Parte Anfitrión:

La RSE “plantea una mejora de la transparencia empresarial, la disciplina del mercado, el medio ambiente, la calidad de vida de clientes y consumidores, el bienestar de los empleados y sus familiares y la provisión de bienes públicos a la comunidad” (Hers, 2013: 596).

Laborías, en relación a la RSE señala que “lo primero que debe advertirse es que el mandato establecido respecto de los inversores es de difícil verificación, al utilizar la expresión *se esforzarán*, de ahí que sea identificable como una obligación de medios” (2018: 140).

f. Potestades Reglamentarias del Estado

Las facultades reglamentarias del Estado receptor se encuentran en el Art. 16¹⁶. En el primer inciso se establece un ámbito que se puede señalar como que corresponde a la jurisdicción

Estimular el progreso económico, social y ambiental, con miras a lograr el desarrollo sustentable;

Respetar los derechos humanos de las personas involucradas en las actividades de las empresas, de conformidad con las obligaciones y los compromisos internacionales del Estado Parte Anfitrión

Promover el fortalecimiento de la construcción de las capacidades locales a través de una estructura de colaboración con la comunidad local

Fomentar el desarrollo del capital humano, en especial mediante la creación de oportunidades de empleo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación profesional

Abstenerse de buscar o de aceptar exenciones que no están establecidas en la legislación del Estado Parte Anfitrión, en relación con el medio ambiente, la salud, la seguridad, el trabajo, los incentivos financieros u otras cuestiones

Apoyar y mantener principios de buen gobierno corporativo y desarrollar y aplicar las buenas prácticas de gobierno corporativo

Desarrollar y aplicar prácticas de autorregulación y sistemas de gestión eficaces que promuevan una confianza mutua entre las empresas y la sociedad en la que se conducen las operaciones”

¹⁶ Artículo 16 - Disposiciones sobre Inversiones y Medio Ambiente, Asuntos Laborales y Salud

1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo se interpretará como impedimento para que un Estado Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen de conformidad con la legislación laboral, ambiental o de salud en ese Estado Parte, siempre

interna de los Estados. En esa área, un Estado Parte puede válidamente adoptar, mantener y hacer cumplir cualquier medida que se considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se realicen de conformidad con la legislación laboral, ambiental o de salud en ese Estado Parte y se establece como límite a esta potestad la discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta. En el segundo inciso, se considera que no es apropiado estimular la inversión disminuyendo los estándares de su legislación laboral y ambiental o de sus medidas de salud en los Estados receptores, por lo tanto se garantiza que no disminuirán los estándares de su legislación laboral y ambiental o de sus medidas de salud para favorecer la recepción de inversiones extranjeras. Una disposición similar la encontramos en Tratado de Libre Comercio de América del Norte en donde “las Partes también reconocen que es inadecuado alentar la inversión mediante la flexibilización de cuestiones relacionadas con la salud (*relaxing domestic health*), seguridad o medio ambiente. En consecuencia, las Partes no deben renunciar o derogar dichas medidas ambientales para atraer inversiones (Art. 1114)” (Castillo Argañarás 2015: 399). Se está especificando un derecho a regular que puede ser definido como “el derecho soberano de los Estados a regular en busca del interés público – su espacio de políticas” (Morosini, 2018: 11).

En la Resolución 69/313 de Asamblea General de las Naciones Unidas que adopta en su Anexo la Agenda de Acción de *Addis Ababa* de la Tercera Conferencia de la Organización

y cuando esa medida no se aplique de manera que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta.

2. Los Estados Partes reconocen que no es apropiado estimular la inversión disminuyendo los estándares de su legislación laboral y ambiental o de sus medidas de salud. Por lo tanto, cada Estado Parte garantiza que no modificará o derogará, ni ofrecerá la modificación o la derogación de esta legislación para estimular una inversión en su territorio, en la medida que dicha modificación o derogación implique la disminución de sus estándares laborales o ambientales. Si un Estado Parte considera que otro(s) Estado(s) Parte(s) ha(n) ofrecido este tipo de incentivos, podrá solicitar consultas con ese(los) otro(s) Estado(s) Parte(s).

de Naciones Unidas del Financiamiento para el Desarrollo del 17 de Agosto de 2015 se puntualizó “el objetivo de proteger y alentar las inversiones no debe afectar nuestra capacidad para lograr objetivos de política pública” (2015: 91).

Estas facultades del Estado receptor de la inversión es un punto crucial en la relación inversor – Estado anfitrión y numerosos arbitrajes se han realizado para interpretar esta cuestión; ya que “la actividad administrativa de regulación – denominada en este contexto el ‘derecho a regular’- queda sujeto no solo a controles domésticos sino también a controles globales, especialmente, a través del arbitraje internacional de inversiones” (Hernández González 2016: 4). Este control mediante tribunales internacionales arbitrales en muchos casos limitó la potestad regulatoria del Estado saliendo perdedor en esta tensión entre el derecho a regular y los estándares de los tradicionales TBI.

g. Gobernanza Institucional y Prevención de Controversias

Un aspecto relevante del Protocolo es la *cooperación entre Estados*. Herreros y García Millán subrayan que “el pilar institucional del Protocolo se enfoca fuertemente en la cooperación entre los Estados e incorpora elementos similares al ACFI, como la creación de una Comisión para la aplicación y ejecución del acuerdo y la designación en cada país de una agencia o ministerio como Punto Focal Nacional u Ombudsman” (2017: 30). En ese sentido, la administración del Protocolo está en cabeza de una Comisión integrada por los representantes de los Estados Partes (Art. 17.1)

En virtud del Art. 18. 1 que establece que cada Estado Parte designa un Punto Focal Nacional u Ombudsman¹⁷. La principal

¹⁷ Artículo 18 - Puntos Focales u “Ombudsman” 1. Cada Estado Parte designará, de acuerdo a lo dispuesto en su ordenamiento jurídico interno, un Punto Focal Nacional u “Ombudsman” tendrá como principal responsabilidad el apoyo a los inversionistas de los otros Estados Partes en su territorio.

(a) En Argentina, el Punto Focal Nacional será la Subsecretaría de Comercio Exterior, dependiente de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción.

función es “apoyar a los inversionistas de los otros Estados Partes en su territorio” (Herreros y García Millán 2017: 30).

El Protocolo establece un procedimiento para prevención de controversias (Art. 23) y otro para solución de controversias (Art. 24). En el primer procedimiento, en el supuesto que un Estado se sienta vulnerado por una medida adoptada por otro Estado Parte, el primero puede iniciar un reclamo ante la Comisión mediante la presentación de un escrito donde conste:

- i) indicación de los Estados Partes involucrados;
- ii) enunciación preliminar del objeto de la diferencia;
- iii) descripción de los antecedentes que dan origen a la diferencia;
- iv) fundamentos jurídicos de la alegación de violación, con indicación precisa de las disposiciones aplicables del presente Protocolo; y
- v) elementos de prueba de los hechos alegados, si correspondiere. (Art. 23)

La Presidencia de la Comisión la convocará a una reunión dentro de los treinta días de presentado el escrito por el cual se inició el presente mecanismo. A posterior la Comisión dispone de sesenta días para llegar a una solución.

En el caso que la controversia no pueda ser solucionada en los plazos estipulados o que el procedimiento de prevención se agote, las Partes involucradas pueden recurrir a los mecanismos de solución de controversias vigentes en el MERCOSUR (Art. 24)

El PCFI sigue a grandes líneas el esquema de los ACFI. En ese orden de ideas,

(b) En Brasil, el Ombudsman será el Ombudsman de Inversiones Directas en el ámbito de la Cámara de Comercio Exterior - CAMEX (c) En Paraguay, el Punto Focal Nacional será el Ministerio de Industria y Comercio.

(d) En Uruguay, el Punto Focal Nacional será el Ministerio de Economía y Finanzas.

2. Cada Estado Parte podrá modificar su Punto Focal designado en el presente Protocolo, debiendo en tal caso, comunicarlo por escrito a los otros Estados Partes a la mayor brevedad posible. Hasta que dicha comunicación se realice, las notificaciones realizadas al Punto Focal anterior serán válidas.

Los tratados firmados por Brasil contemplan tres etapas *sine qua non* para la solución de controversias: en primer lugar, se exhorta a las Partes Contratantes a acudir a mecanismos no judiciales para la solución amistosa de la controversia, donde deberá nombrarse a un Defensor del Pueblo en cada Estado para que oficie como mediador. En segundo lugar, si la solución amistosa falla, la situación deberá ser remitida a un Comité Conjunto creado por ambas Partes. En tercer lugar, si la controversia no es resuelta ante dicho Comité, las partes podrán someter la misma a un Tribunal *ad hoc* o a una institución arbitral permanente si así lo decidiesen por mutuo acuerdo (Cuestas Zamora 2015).

Un punto importante que se debe tener presente es “que no establecen el arbitraje entre inversionista y Estado. El principal fin del arbitraje entre Estados es determinar si el Estado receptor violó alguna de las disciplinas del acuerdo y, de ser así, recomiendan que el Estado ajuste o elimine la medida que no cumple con las exigencias” (Vieira Martins, 2017: 7). Se deja de lado la posibilidad de acudir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.

Luego de analizado el nuevo Protocolo, y anteriormente el camino que nos condujo hacia él de manera conjunta con el protagonismo de Brasil, se realizan las conclusiones.

IV. Conclusiones generales

Los tratados entre Estados sobre protección de las inversiones extranjeras fueron evolucionando con el transcurso del tiempo. Los TBI también se desarrollaron con el paso de los años, produciéndose en la actualidad una nueva generación de tratados. La irrupción de las empresas o corporaciones transnacionales fue un fenómeno que despertó y aceleró el debate sobre los aspectos relacionados a su protección jurídica en otras latitudes distintas a las de su origen.

Los ACFI –ideados por Brasil - fomentan un modelo cooperativo centrado en la facilitación de las inversiones extranjeras

y la prevención de controversias creando un entorno propicio para aquellas mediante un mecanismo de gobernanza institucional propio.

Los Estados Parte del MERCOSUR aún tienen en vigor acuerdos relativos a protección de inversiones extranjeras entre ellos y con respecto a terceros Estados; por lo cual deberán plantearse si, o renegociarán, denunciarán ese modelo de tratados para tener una realidad compatible con el actual Protocolo, en caso de entrar en vigor.

Un punto favorable del Protocolo es el establecimiento del desarrollo sostenible como objetivo en su Art. 1 y estableciendo pautas de interpretación en el Preámbulo que repercutirán en la solución de las controversias internacionales. Excluir a expropiación indirecta es resguardar el derecho de los Estados a poder regular sobre aspectos que permitirán al Estado Anfitrión preservar sus derechos soberanos a establecer pautas sobre sus recursos naturales, ambiente, etc.

Las palabras o frases como “transparencia”, “previsibilidad”, “cooperación internacional”, “facilitación” y “compromiso con las partes interesadas” receptadas en este nuevo tipo de tratados tienden a establecer los cimientos para la regulación de las inversiones extranjeras en el derecho internacional económico donde la cooperación entre Estados tendría un rol preponderante.

La incorporación de normas sobre RSE es un acierto, pero no deja de ser una obligación de medios; no obstante, es un avance sobre las grandes corporaciones dado que en el sistema de los TBI se focalizaba en gran parte solo en las obligaciones de los Estados.

El Protocolo está dentro de una nueva generación de tratados, implicando un cambio de paradigma. Este régimen relativo a las inversiones extranjeras podría lograr un adecuado sistema de protección para todas las partes involucradas en los negocios internacionales. Estos nuevos acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones son recientes y hace falta

tiempo para probarlos en su implementación, aunque el hecho que sea Brasil su principal impulsor es una señal debido a su importancia en el escenario de las inversiones extranjeras. En el supuesto de consolidarse el modelo e involucrar más Estados que adopten este esquema, estaríamos frente a un cambio de paradigma en el mecanismo que regula las relaciones Estado – inversor.

El nuevo Protocolo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones Intra – MERCOSUR es una herramienta novedosa que regula las IED y se debe tener presente su Preámbulo como un anhelo cuando establece “la conveniencia de crear un mecanismo de dialogo técnico con iniciativas gubernamentales que contribuyan al aumento significativo de la inversión mutua”.

V. Bibliografía general

- ARROYO PICARD, Alberto, GHIOTTO, Luciana (2017) “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: análisis del Tratado con México” *Relaciones Internacionales* La Plata. Argentina, N° 52: 39-54. Recuperado de <https://doi.org/10.24215/23142766e001> (última consulta 17 de junio de 2019).
- BAS VILIZZIO, Magdalena (2018) “De la Protección a la Facilitación de las Inversiones: Análisis Particular del Arbitraje de Inversiones en el MERCOSUR”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, Año 6, Agosto. N° 12: 45-67. Recuperado de <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/viewFile/310/155177> (última consulta 17 de junio de 2019).
- BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie y Brauch, Martin Dietrich (2015) “Comparative Commentary to Brazil’s Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi”, *International Institute for Sustainable Development*, Canadá. September. 2015: 1-17. Recuperado de <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/commentary-brazil-cifas-acfis-mozambique-angola-mexico-malawi.pdf> (última consulta 17 de junio de 2019).

- CASTILLO ARGAÑARÁS, Luis Fernando (2015) “Arbitraje, expropiaciones y ambiente. La experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte” *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción. Marzo. Año 3. N° 5: 391-405. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.391> (última consulta 17 de junio de 2019).
- CUESTAS ZAMORA, Edgard (2015) “Brasil y los Recientes Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones: ¿Un nuevo surgimiento de la Protección Diplomática?” *Debate Global*, Blog de la Academia Colombiana de Derecho Internacional. 20 de Diciembre de 2015. Recuperado de <https://debateglobal.wordpress.com/2015/12/20/brasil-y-los-recientes-acuerdos-de-cooperacion-y-facilitacion-de-las-inversiones-un-resurgimiento-de-la-proteccion-diplomatica/> (última consulta 20 de junio de 2019)
- ECHAIDE, Javier (2013). “Arbitraje sobre Inversiones y DDHH. El Caso del Derecho al Agua” *América Latina en Movimiento*, Agencia Latinoamericana de Información (ALAI). Ecuador. Año XXXVII- N° 485: 5-8. Recuperado de <https://www.alainet.org/sites/default/files/alai485w.pdf> (última consulta 20 de junio de 2019)
- GHIOTTO, Luciana (2017) “La Negociación sobre Reglas para la Facilitación Multilateral de las Inversiones: apuntes para la discusión”. *Documento de Trabajo. TNI TransnationalInstitute*. The Netherlands, 8p. Recuperado de <https://www.tni.org/es/publicacion/la-negociacion-sobre-reglas-para-la-facilitacion-multilateral-de-las-inversiones> (última consulta 28 de enero de 2019).
- HERNANDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2017) “Regulación Económica y Arbitraje Internacional de Inversiones” *Revista Electrónica de Direito RED*, Fevereiro. N° 1: 1-33. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/487939> (última consulta 28 de enero de 2019)
- HERREROS, Sebastián (2018) “Facilitación de inversiones: una puerta hacia la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el MERCOSUR” *Puentes*, Volume 19, N° 3. 5 de junio de 2018. Recuperado de <https://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/>

news/facilitaci%C3%B3n-de-inversiones-una-puerta-hacia-la-convergencia-entre-la (última consulta 10 de enero de 2019).

- HERREROS, Sebastián, GARCÍA-MILLAN, Tania (2017) *Opciones para la Convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). La regulación de la inversión extranjera directa*. Serie Comercio Internacional. CEPAL. Naciones Unidas. 45 p. Recuperado de <https://www.cepal.org/es/publicaciones/42176-opciones-la-convergencia-la-alianza-pacifico-mercado-comun-sur-mercosur-la> accedido 10 de enero de 2019.
- HERS, Liliana (2013) “Responsabilidad Social Empresaria, Legitimidad y Derecho de la Concurrencia” *XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. Tomo III. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas. Buenos Aires. pp. 595- 604
- LABORIAS, Alexis Rodrigo (2018) “El Protocolo de Inversiones del MERCOSUR en el contexto del nuevo Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras” *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, Año 6, Agosto. N° 12: 127-148. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a6.n12.p127> (última consulta 10 de marzo de 2019)
- LOWE, Vaughan. 2007. *Changing Dimensions of International Investment Law*. University of Oxford, Faculty of Law. Legal Studies Research Paper Series. N° 4. 124 p.
- MARCHINI, Jorge, Morales, Josefina, Roffinelli, Gabriela (2018) “Conflictos entre Estados Latinoamericanos y Empresas Transnacionales: los desafíos de la región frente a los tratados de inversión asimétricos” *Investment Treaty News*, N° 2, Tomo 9. International Institute for Sustainable Development (IISD). Geneve. Julio 30 de 2018. Recuperado de <https://www.iisd.org/itn/es/2018/07/30/conflicts-between-latin-american-countries-and-transnational-corporations-the-challenges-of-the-region-in-the-face-of-asymmetrical-investment-treaties-jorge-marchini-josefina-morales-gabriela-roffinel/> (última consulta 12 de enero 2019)
- MOROSINI, Fabio (2018) “Haciendo que el Derecho a Regular en el Derecho de las Inversiones trabaje para el Desarrollo.

- Reflexiones de las Experiencias de Sudáfrica y Brasil. *Investment Treaty News*, N° 2, Tomo 9 International Institute for Sustainable Development (ISSD). 30 de julio de 2018. Recuperado de <http://isds.bilaterals.org/?haciendo-que-el-derecho-a-regular&lang=en> (última consulta 12 de enero de 2019).
- MOROSINI, Fabio, RATTON SÁNCHEZ BADIN, Michelle (2015). “El Acuerdo Brasileiro de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI) ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?” *Investment Treaty News*, Tomo 6, International Institute for Sustainable Development (ISSD). N° 3: 3-5. Recuperado de <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-agosto-2015-espanol.pdf> (última consulta 11 de enero de 2019).
- NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 69/313, *Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Agenda de Acción de Addis Abeba)* adoptada el 27 de Julio de 2015. 17 de Agosto de 2015. Recuperado de https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares69d313_es.pdf (última consulta 31 de enero de 2019)
- SORNARAJAH, M. (2010) *The International Law on Foreign Investment*. Third Edition. Cambridge. UK
- VANDEVELDE, Kenneth (1998) The political economy of bilateral investment treaty. *The American Journal of International Law*, Vol. 92, October
- VIERA MARTINS, José Henrique (2017) “Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances”. *Investment Treaty News*. International Institute for Sustainable Development, Junio. Recuperado de <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/> (última consulta 20 de junio de 2019)

Igualdad, derecho y capital: Una lectura crítica

Equality, law and capital: A critical reading

Igualdade, Direito e Capital: Uma leitura crítica

Égalité, droit et capital: Une lecture critique

平等, 法律与资本: 批判性阅读

Pablo Gres Chávez¹ | Universidad de Chile, Chile

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 271-303

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e338>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7202-957X>

Recibido: 23/10/2019

Aprobado: 28/11/2019

Resumen: El trabajo presente tiene como objetivo principal estudiar la relación entre derecho, igualdad, y capital. Se estructura atendiendo al siguiente orden. En primer lugar, presenta una propuesta metodológica de análisis jurídico desde el materialismo histórico. En segundo lugar y atendiendo a dicho método, se estudia la relación entre sujeto jurídico, ciudadanía, igualdad y Derecho. En tercer término, busca develar una contradicción fundamental inmanente a la forma jurídica, dada por la relación entre los conceptos antes abordados. Finalmente ofrece algunas conclusiones relacionadas con el pensamiento de Marx, la solidaridad y el Derecho.

Palabras clave: Marxismo - Capital - Derecho - Igualdad - Contradicción.

Abstract: The purpose of this paper is to study the relationship between Law, equality, and capital. It is structured according to the following order. First, it presents a methodological proposal of legal analysis from

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, U. de Chile. Doctor © en Derecho, U. de Buenos Aires. Profesor de Filosofía del Derecho, U. Católica del Norte, sede Coquimbo, Chile. Correo: pablo.gres@ucn.cl.

historical materialism. Secondly and according to this method, the relationship between legal subject, citizenship, equality and law is studied. Third, it seeks to reveal a fundamental contradiction immanent to the legal form, based on the relationship between the concepts previously studied. Finally, it offers some conclusions related to Marx's thinking, solidarity and law.

Keywords: Marxism - Capital - Law - Equality - Contradiction.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo principal estudar a relação entre lei, igualdade e capital. Está estruturado de acordo com a seguinte ordem. Primeiro, apresenta uma proposta metodológica de análise jurídica a partir do materialismo histórico. Em segundo lugar e de acordo com esse método, estuda-se a relação entre sujeito legal, cidadania, igualdade e direito. Terceiro, procura revelar uma contradição fundamental imanente à forma jurídica, dada pela relação entre os conceitos antes discutidos. Por fim oferece algumas conclusões relacionadas com o pensamento de Marx, a solidariedade e o direito.

Palavras-chave: Marxismo - Capital - Direito - Igualdade - Contradição

Résumé: Le présent travail a pour objectif principal d'étudier la relation entre le droit, l'égalité et le capital. Il est structuré selon l'ordre suivant. Tout d'abord, il présente une proposition méthodologique d'analyse juridique à partir matérialisme historique. En second lieu et conformément à cette méthode, il analyse la relation entre sujet juridique, citoyenneté, égalité et droit. Troisièmement, il cherche à révéler une contradiction fondamentale immanente à la forme juridique, étant donné les relations entre les concepts évoqués ci-dessus. Enfin, il offre quelques conclusions liées à la pensée de Marx, à la solidarité et au droit.

Mot-clés: Marxisme - Capital - Droit - Egalité - Contradiction.

摘要: 本研究的主要目标是研究法律,平等与资本之间的关系。它是按照以下顺序构造的。首先,它提出了从历史唯物主义角度进行法律分析的方法论建议。其次,根据这种方法,研究了法律主体,公民身份,平等与法律之间的关系。第三,它试图揭示上述概念之间的关系所给定的法律形式固有的基本矛盾。最后,它提供了与马克思的思想,团结和法律有关的一些结论。

关键字: 马克思主义,资本,法律,平等-矛盾。

I. Introducción

La presente investigación, tiene como objetivo principal investigar la relación que existe entre el Derecho y la igualdad, utilizando como marco teórico la tradición del materialismo histórico.

El marxismo ha sostenido que el capital, en particular, y la formación social capitalista, en general, están llenos de relaciones contradictorias. Destacan la relación capital-trabajo, valor de uso-valor de cambio o Estado-propiedad privada, todas ellas relaciones contradictorias. Para Marx, “en la producción capitalista todo es contradictorio y se manifiesta bajo una forma antagónica”².

La presente investigación se desarrolla teniendo presente aquella premisa. Pretende estudiar la relación entre igualdad, capital y Derecho, teniendo en consideración el carácter intrínsecamente contradictorio del modo de producción actual. En este sentido, el Derecho es concebido desde el marxismo como una relación social que, por un lado, promete igualdad y, por otro, genera las condiciones para perpetuar la desigualdad.

Sostenemos, como primera hipótesis de trabajo, que el Derecho ofrece un horizonte valorativo igualitario. Esta hipótesis, está íntimamente arraigada en una comprensión del fenómeno jurídico que sostiene que éste no puede ser estudiado sino en relación a la modernidad, como periodo histórico determinado y al modo de producción que da origen a aquel periodo. Nuestra segunda hipótesis, ofrece una perspectiva crítica en torno a la relación entre igualdad, capital y Derecho. Sostenemos que éste no puede cumplir aquel horizonte igualitario ya que en él (y en toda la formación social a la que responde) yace una contradicción de carácter fundamental.

En la primera sección de la investigación, ofreceremos una perspectiva metodológica ligada a la teoría jurídica crítica (histórico-materialista) que nos habilita a llevar a cabo un

² Marx, Karl. (1980). Historia crítica de la Teoría de la Plusvalía (T1). FCE. México, p. 199.

análisis más allá de lo meramente normativo. Precisamente, una de las ventajas que ofrecen las teorías críticas, es que “producen una ruptura de carácter epistemológico porque abandonan un modelo explicativo y lo sustituyen por un modelo dialéctico-compreensivo”³. Para este respecto, la perspectiva ofrecida por el jurista E. B. Pashukanis será fundamental.

La segunda sección, examinará el contenido igualitario presente en el Derecho en tanto producción moderna. Será fundamental el análisis de las categorías de sujeto de derecho o sujeto jurídico y la categoría de ciudadano.

La tercera sección estudiará la contradicción que yace en el núcleo del de la formación jurídica moderna. Para esto volveremos a analizar las nociones de sujeto jurídico y ciudadano.

Finalmente, ofreceremos algunas luces, a modo de colofón, que el pensamiento de Marx ofrece para solucionar el problema planteado.

II. Marxismo y Derecho: El derecho como relación social

Desde una perspectiva histórico-materialista, el derecho puede ser concebido como una relación social históricamente determinada. Desde el punto de vista marxista, las relaciones sociales atienden a conductas o prácticas de individuos en relación a otros, estas prácticas están, de uno u otro modo determinadas por el momento histórico en que se desarrollan, pero a su vez la humanidad tiene una capacidad transformadora que le permite avanzar.

En tal sentido, el materialismo histórico no otorga al derecho el estatus de una estructura que goce de autonomía absoluta. Más bien, es parte de un conjunto de relaciones sociales del que no puede ser despojado porque, precisamente, lo determinan.

Desde esta tradición la historia es comprendida como un conjunto de relaciones sociales internamente imbricadas,

³ Ruiz, Alicia E. C. (2000). *Idas y vueltas: por una teoría crítica del Derecho*. Buenos Aires. UBA, p. 4.

determinadas por relaciones sociales anteriores. Éstas no son estáticas sino más bien dinámicas. En otros términos, la historia es negatividad pura, todo momento contiene la posibilidad de su negación, o su superación. En términos prácticos, esta posibilidad de negación y superación está en el seno de las relaciones entre las distintas clases, una clase históricamente se ha ocupado de revolucionar los medios de producción con el objeto de apropiarse cada vez más valor de la producción social; la otra, busca precisamente recuperar ese valor que considera usurpado.

Esta perspectiva, que pone a la humanidad en el centro de su propia historia, no es otra cosa que la proposición de un *humanismo absoluto*. “Una premisa ontológica que no admite exterior natural alguno, que requiere pensar toda diferencia como diferencia interna. Una premisa que puede llamarse, propiamente, humanismo absoluto”⁴. De este modo, la humanidad sólo responde a su propio *causa* histórico. No hay naturaleza humana alguna.

El historicismo absoluto formulado por el marxismo, le permite sortear toda objeción que reconozca a la bondad o a la maldad o a cualquier otra objeción de corte apriorístico o naturalista, como característica determinante de lo humano. Si no hay naturaleza humana, no hay cabida para el *naturalismo jurídico*.

Por otro lado, si el Derecho es parte del conjunto de relaciones sociales que conforman la formación económico-social capitalista, carece de sentido estudiar el derecho como un objeto separado de las otras relaciones que mantienen los sujetos, tal y como el positivismo jurídico ha propuesto.

Sostenemos que hay dos principales objeciones contra el positivismo. En primer término, creemos que el positivismo jurídico (sobre todo el de orden kelseniano) adolece de un grave

⁴ Pérez Soto, Carlos. (2001). Para una crítica del poder burocrático: comunistas otra vez. Santiago de Chile. LOM-U. ARCIS., p 58.

problema epistemológico: pone como condición de posibilidad para el sistema jurídico, la norma hipotética fundamental.

En un primer momento, Kelsen sostiene que la norma hipotética fundante es una norma, de naturaleza hipotética, pero una norma al fin y al cabo. Todo el derecho adquiere su validez, en el sistema dinámico, de aquella norma. Pero ocurre que si la norma fundante básica es hipotética, su validez no puede más que suponerse. Es decir si nos, “ceñi[mos] con rigor al pensamiento kelseniano, no hay que hablar de derecho válido sino del derecho *supuesto válido* inmediata o mediatamente por la norma básica”⁵.

En sus distintas formulaciones, Kelsen optó por proponer una teoría del derecho que separa radicalmente al sujeto observador, del objeto observado. La premisa básica de la observación científica, es que el juicio del observador debe restringirse a realizar una mera descripción de aquello que precisamente se observa. Si Kelsen cierra el sistema jurídico con una norma hipotética, lo que hace no es describir un hecho (tarea del científico observador y descriptor), sino prescribir una forma en que debe ser observado un hecho. La condición de posibilidad kelseniana, en la que descansa su sistema, no tiene fundamento epistemológico alguno más que un cierre antojadizo del objeto observado, por parte del sujeto observador.

El segundo argumento se relaciona con un giro en el argumento kelseniano. La norma hipotética pasa de ser una norma a ser una ficción al estilo del neokantiano Vehinger⁶. Pero, tal y como ha sostenido Carlos Cárcova,

“si el fundamento del orden es una ficción, la tesis de que el ejercicio del poder se legitima en la sociedad occidental mediante la movilización del imaginario social, esto

⁵ Macía Manso, Ramón. (2012). Cientificismo. Modalidades. Consecuencias. Oviedo, España. Ediciones de la U. de Oviedo. p. 196. Los corchetes son adecuación nuestra.

⁶ Cfr.: Kelsen, Hans. (2010). “La función de la constitución”, en: Revista del Instituto de investigación Ambrosio L. Gioja (año IV, nº 5). Pp. 150-157.

es, mediante la operatividad del discurso de la ideología, retoma la importancia crítica que muchos pensadores le han atribuido”⁷.

La forma en que Kelsen cierra el sistema inevitablemente abre otros flancos que, al menos, incomodan a las pretensiones del positivismo. Tal y como sostuvo Manuel Sacristán (en un interesante aunque incompleto trabajo), “la función apologética del positivismo jurídico, su naturaleza de ideología burguesa no se manifiesta en la interioridad cerrada del sistema científico-jurídico [...] sino en el plano filosófico más general”⁸.

La perspectiva metodológica para el análisis del Derecho que ofrece el materialismo histórico es radicalmente distinta a la naturalista y a la iuspositivista. Esta forma de comprender el fenómeno jurídico, sostiene que éste no tiene autonomía absoluta. Es filosófica y epistemológicamente inviable sostener aquello. Carece de sentido estudiar el Derecho desde su auto-producción, o dicho de otro modo, éste “no puede entenderse a partir de sus propios enunciados lógicos-abstractos”⁹.

En lo que refiere al método, el primer teórico marxista que mejores herramientas ofreció para el estudio del derecho es Evgeny Branislav Pashukanis. En 1924 escribió la obra que fundó las bases para el estudio del Derecho desde la perspectiva marxista¹⁰. El aporte teórico de Pashukanis es contundente, tanto para la filosofía del Derecho, como para la teoría crítica del Derecho.

⁷ Cárcova, Carlos. (2012). *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, p. 9

⁸ Sacristán, Manuel. (1984). “De la idealidad en el Derecho”. En: Sacristán, Manuel. 1984. *Papeles de filosofía. Panfletos y materiales II*. Icaria Antrazyt. España, p. 315

⁹ Rivera Lugo, Carlos. (2017). “Comunismo y Derecho: reflexiones sobre la crisis actual de la forma jurídica”, en Correas, Oscar y Wolkmer, Antonio. 2017. *La teoría crítica del Derecho en América latina*. España. Akal. p. 699.

¹⁰ Cfr.: Pashukanis, E. B. (1976). *La teoría general del Derecho y el marxismo*. Barcelona, Grijalbo.

Si bien su obra ya ha cumplido casi cien años, su esfuerzo teórico y particularmente su propuesta metodológica, han sido rescatados y reinterpretados por el marxismo contemporáneo.

Metodológicamente, Pashukanis se aparta de la filosofía jurídica imperante y utiliza la abstracción como propuesta inicial. Se propone estudiar y desarrollar los conceptos jurídicos más básicos y fundamentales, tales como norma jurídica, relación jurídica o sujeto jurídico. Sostiene que el concepto jurídico básico en el Derecho moderno, es decir, en el Derecho que responde a la formación social capitalista, es el de *sujeto jurídico*. Su propuesta es interesante en varios sentidos.

En primer término, es coherente con el método utilizado por Marx, quien comienza el libro I de su obra más importante, *El Capital*, con el análisis de la mercancía, como unidad básica de la economía política. “El hombre llega a ser sujeto jurídico por la misma necesidad por la cual se transforma el producto natural en una mercancía dotada de la enigmática propiedad de valor”¹¹. En segundo lugar, no es una posición metodológica normativista. Para el autor, las normas no tienen sentido sin sujetos que las materialicen. En tercer lugar, si el Derecho es una relación social institucionalizada (o fetichizada), tiene pleno sentido que su unidad básica sea el sujeto, ya que las relaciones sociales precisamente se constituyen entre sujetos.

La formación económico-social capitalista es, en esencia, una forma de organizar el mundo en el que son claves: la transmutación de trabajo en capital y el intercambio de mercancías. A diferencia del periodo inmediatamente anterior a la modernidad, el intercambio de mercancías entre individuos era inconcebible. La modernidad abre paso a esta posibilidad de intercambio. El mercado define a la modernidad y al capitalismo.

Para Pashukanis, todo intercambio se hace mediante un acto jurídico. La relación de intercambio, es una relación general,

¹¹ Pashukanis, E. B. (1976). *La teoría general del Derecho y el marxismo*. Barcelona, Grijalbo. p. 55.

indeterminada, que no refiere a individuos particulares sino que existe como posibilidad para todos aquellos que deseen llevarla a cabo. Es por esa razón que la forma jurídica no regula la relación de intercambio entre sujetos determinados, sino que entre sujetos abstractos, generales, libres e iguales formalmente.

Pashukanis sostiene que, “al mismo tiempo en que el producto del trabajo se transforma en una mercancía y así en portadora de valor, los hombres adquieren la capacidad de ser sujetos de derecho”¹². Todos los hombres y mujeres, son formalmente iguales en tanto poseedores de mercancías o, más bien, todos pueden ser potencialmente considerados como tales.

La reflexión de Pashukanis es notable, ya que desde su posición, el contenido valorativo meta-jurídico, expresado en algunos de los primeros y más importantes textos político-normativos modernos (como la Declaración de independencia de los Estados Unidos de 1776 o la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789), no sería abstracto, vacío de contenido material; sino que estos valores, o más bien su contenido cierto, serían un producto histórico, íntimamente relacionado a la formación social capitalista. Estarían, por decirlo de otro modo, históricamente determinados. Así, Pashukanis anuncia una reinterpretación respecto de la determinación entre estructura económica y superestructura jurídico-política.

Una visión muy simplista extraída de una serie de citas localizadas de Marx, ha sostenido que la base económica determina la superestructura jurídico-política de forma unidireccional. Desde esta perspectiva todo el derecho es concebido como un beneficio para la clase dominante. La teoría de Pashukanis es absolutamente mucho más minuciosa y sugerente.

En primer lugar, su propuesta es innovadora ya que para él, la forma jurídica es parte de la base económica. Todo intercambio de mercancía es investido por la forma jurídica, y se realiza entre sujetos jurídicos. El producto material de esta

¹² *Ibíd.* p. 112

relación social, es traducido en normas que son funcionales al intercambio y a la formación social capitalista. Según Mieville, puede entenderse que en Pashukanis, son las normas las que son parte de la superestructura (jurídico política), no todo el derecho. En palabras del autor “la forma jurídica es parte de la base, y se actualiza a través de las particularidades necesarias de la superestructura legal”¹³.

Desde esta perspectiva, estructura y superestructura no son más que categorías analíticas y no es posible realizar una separación real de las mismas. Es más, no es viable delimitar de forma clara los bordes de cada una de aquellas esferas. Así, Economía, Derecho y política son parte de un todo orgánico. La formación económico-social capitalista debe ser considerada una *unidad orgánica*. “Es necesario asumir un punto de partida radicalmente distinto al que subyace en las operaciones actuales: la vida en sociedad constituye una unidad, con dimensiones económicas, políticas y sociales, y es desde ella donde se puede hacer comprensible”¹⁴.

Las normas así entendidas, no pueden ser miradas de forma aislada. Su forma y sobre todo su contenido permiten la actualización de la base económica. El contenido de las normas jurídicas es siempre político, entendiendo por política la organización del poder. La relación tensa y contradictoria entre las clases sociales, permea necesariamente el contenido de las normas jurídicas.

La formación social capitalista necesita de sujetos indeterminados, iguales y abstractos. A su vez, como sostiene Juan Ramón Capella “a partir de condiciones económicas que suponen la explotación de unas personas por otras surgió un mecanismo

¹³ Mieville, China. (2005). *Between equal rights: A marxist theory of International Law*. Brill: Oxford. Inglaterra. p. 96. Traducción propia. La cita en inglés es la siguiente: *So the legal form is of the base, and it actualises through the necessary particularities of the legal superstructure.*

¹⁴ Osorio, Jaime. (2014). *Estado, reproducción del capital y lucha de clases: la unidad económico/política del capital*. U. Autónoma de México – Instituto de investigaciones económicas – CLACSO. México. p. 13.

cohesionante necesario, al que de momento llamamos el poder (de gobierno/militar/cultural), que asegura la reproducción social en esas condiciones”¹⁵. Un asunto clave, es que en términos reales, concretos y materiales, algunos individuos no poseen otra mercancía más que ofrecer que su fuerza de trabajo (son desiguales materialmente) y deben ponerla a disposición de aquellos que poseen medios de producción, para producir las mercancías, que estos pondrán en el mercado. “No existe ninguna relación económica que no tenga por forma una relación jurídica o política. De manera correspondiente, no existe ninguna relación jurídica o política que no tenga por contenido la organización indirecta del trabajo social”¹⁶.

La relación tensa entre igualdad y explotación en relación al Derecho ocupará nuestro análisis en las próximas páginas.

III. Igualdad y Derecho

a. *Modernidad e Igualdad*

En la sección anterior, hemos adelantado que el Derecho moderno ofrece un horizonte igualitario. Es más, sostenemos que la igualdad es parte de su núcleo. Los sujetos de derecho son, por antonomasia, sujetos iguales. De esta forma, en el discurso jurídico, “la igualdad aparece como un *grundwert*, como un valor-guía de la ética política, jurídica y social”¹⁷.

La modernidad, en cuanto periodo histórico, se caracteriza por ser el momento en que comienzan a operar relaciones sociales completamente distintas a aquellas que regían en el antiguo régimen. La modernidad es el periodo histórico en que

¹⁵ Capella, Juan Ramón. (2008). *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica del derecho y del Estado*. España. Trotta. p. 67.

¹⁶ Carrera, Juan Íñigo. (2012). “El capital: determinación económica y subjetividad política”: en: *Crítica Jurídica* (nº34). UNAM: México p.64.

¹⁷ Pérez Luño, Antonio. (2007). *Dimensiones de la igualdad*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas” (núm. 34). Dykinson. Madrid. p. 15.

se posiciona como dominante aquel entramado complejo de relaciones sociales que el marxismo y particularmente la historiografía ha llamado capitalismo.

La modernidad implica cambios radicales respecto del antiguo régimen.

“Más aún, tales cambios implican un modo radicalmente nuevo de vivir en comparación con las formaciones sociales precapitalistas: con respecto, por ejemplo, a la relación activa y transformadora entre el hombre y la naturaleza característica del capitalismo, al desarrollo de formas de vida urbana cualitativamente nuevas y al surgimiento de una concepción del tiempo lineal y homogénea”¹⁸.

Para el materialismo histórico, el ordenamiento jurídico moderno es producto de ese entramado complejo de relaciones sociales que hemos denominado capitalismo. Al no concebirse el Derecho como una disciplina aséptica y neutra, se puede reconocer que éste tiene, al menos en un sentido mínimo, un contenido igualitario al consagrar la igualdad formal de los sujetos jurídicos y yendo un paso más allá, reconociendo la igualdad formal de todos los *ciudadanos*.

“En tanto adhieren a la idea de igualdad ante la ley o, en un plano más abstracto, a la idea de igualdad moral, de acuerdo con la cual todos los seres humanos están investidos de la misma dignidad y son pasibles del mismo respeto por parte del Estado”¹⁹.

Todo ordenamiento jurídico moderno, considera como iguales a sus ciudadanos, a lo menos, en los simple términos señalados. Esta mínima consideración es una muestra de dos asuntos de importancia. En primer lugar, da cuenta de una de las características propias de la burguesía como clase social, y es que revoluciona constantemente los medios de producción y transforma las relaciones de producción (y obviamente su

¹⁸ Callinicos, Alex. (2011). *Contra el posmodernismo*. Buenos Aires. Ediciones RyR, pp. 98-99.

¹⁹ Alegre, Marcelo. (2010). *Igualdad, Derecho y Política*. Buenos Aires. Fontamara. P. 13.

control). Es en este sentido que Marx sostuvo que “la burguesía ha desempeñado papel eminentemente revolucionario en la historia”²⁰. En segundo lugar, al ser una conquista burguesa, el sistema jurídico moderno puede ser considerado *burgués*, en esos términos, no como una creación de la mala voluntad de la clase dominante para oprimir a la clase explotada.

Con la modernidad, los individuos reales y sus condiciones materiales, desaparecen en el momento en que el Derecho toma parte de sus vidas. Esto ocurre de dos maneras. La primera es a través la igualación formal mediante la conversión del individuo determinado en sujeto jurídico general y abstracto; y la segunda, es mediante la conversión del individuo en ciudadano abstracto de un Estado.

En tanto sujetos de derecho o ciudadanos de Estado, los individuos no son considerados en su rol en la división social del trabajo, sino que por el contrario, como sujetos de derecho o como ciudadanos formales toda desigualdad desaparece. Incluso, el ciudadano en cuanto individuo, y sin considerar la clase a la que pertenece, se sumerge en un proyecto de espíritu común, fraterno y homogeneizador, el del pueblo, la sociedad civil, el de la nación o el del Estado.

Pero, las condiciones históricas y materiales de la humanidad, han hecho de la igualdad una verdadera consigna de lucha permanente, una especie de horizonte valorativo a alcanzar. La igualdad aspira ser materializada, sin estar del todo claro cuál es su contenido.

“Desde que hay leyes y constituciones, desde que el ejercicio del poder debe legitimarse como fundado en razón y en derecho y no como un simple estado de hecho, ese poder debe situar en alguna parte esa igualdad que lo funda y lo disuelve al mismo tiempo, que lo legitima y lo deslegitima”²¹.

²⁰ Marx, Karl. (1971). Manifiesto comunista. Editorial Universitaria. Santiago, p. 9.

²¹ Rancière, Jacques. (2007). El método de la igualdad, conferencia en Cerisy-La Salle. Francia

En tanto relación social entre sujetos iguales el Derecho moderno (en relación a la igualdad), es siempre plural, relacional y permite la comparación. La primera dimensión de la igualdad, analíticamente hablando, es la igualdad formal que se expresa como igualdad ante la ley. Todos y cada uno de los individuos son regidos por un mismo estatuto jurídico, lo que garantiza la igualdad de trato. Así, el derecho moderno reconoce la igualdad como un principio rector, deudor de la *isonomía* griega o de la *aequitas* romana. “En la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo las revoluciones burguesas del XVIII proclamaron la igualdad jurídica de todos los hombres”²².

La igual consideración de todos los hombres, o más preciso aún, de los ciudadanos, condiciona de forma determinante la manera en que se erige el derecho. Dicho de otro modo, hay una relación latente e indisoluble entre el principio de soberanía popular y la igualdad formal. Aquel, proclama que el único sujeto legislador y soberano es el pueblo, entendiendo por éste el conjunto de todos sus ciudadanos, nadie es considerado mejor, ni privilegiado, sino como mero miembro del pueblo.

De esta forma, la ley (y también la Constitución), es el instrumento mediante el que el pueblo hace ejercicio de su soberanía. En el relato liberal, el *señor soberano* del antiguo régimen es reemplazado, y su poder se diluye entre todos y cada uno de los miembros del pueblo, los ciudadanos; y como conjunto eleva a la ley (encarnada en la Constitución) al lugar que antes ocupó el *señor*. El Derecho, desde esta perspectiva, es producto de la voluntad general. El sistema jurídico y obviamente también el Estado, es una herramienta de y para sujetos libres e iguales.

Esto no puede ser de otra forma. Los sujetos libres e iguales no sólo participan de la política, sino que también del mercado. Ni la política, ni el Derecho, ni el mercado pueden sobrevivir sin las demás esferas. En el mercado, lo que se intercambia son mercancías consideradas equivalentes, ese intercambio sólo

²² Pérez Luño. Óp. Cit, p.19.

puede hacerse entre sujetos (jurídicos) iguales. Aquella consideración es claramente política. Sólo entre iguales puede considerarse que se realiza un intercambio de (mercancías) equivalentes. Para eso, un ordenamiento general y abstracto, es imprescindible.

La igualdad en su dimensión formal, es en un sentido mínimo una exigencia de generalidad. Un sistema normativo general y abstracto que considere a los individuos en su calidad de sujetos de derecho es una premisa básica del constitucionalismo moderno. Los privilegios o inmunidades, prácticamente estáticos y naturalizados propios de la formación social anterior, desaparecen en el momento en que la ley no se dirige a ningún sujeto en particular.

Lo anterior puede tener una segunda lectura. Si la ley se considera general, implica que se exige un trato igual para lo que se considera igual. Pero desde un mero ejercicio lógico, puede concluirse que la exigencia de generalidad es, a su vez, una exigencia de equiparación. Es decir, se consideran iguales sujetos en condiciones materiales desiguales, pero aquellas desigualdades se consideran irrelevantes. Esto, en un sentido restringido.

La exigencia de equiparación también es, en un sentido más amplio, la puerta de entrada para otros criterios valorativos ligados a la igualdad.

“De ahí, que la evidencia de que los hombres no son jamás enteramente iguales haya obligado a los defensores históricos del valor de la igualdad a hacer abstracción (que no significa negación) de los rasgos diferenciales caracterizadores de las distintas personalidades, para insistir en la igualdad fundamental de su dignidad (Santo Tomás), de su racionalidad (Locke, Kant), de sus pasiones (Bentham, Mill) o de su pertenencia a la esencia genérica humana (Marx)”²³.

²³ *Ibíd.* p. 25

Con esto, vemos que poco a poco la idea simple de igualdad formal, se nutre cada vez más de un contenido material.

A estas alturas, cabe preguntarse ¿cómo la igualdad formal puede hacerse cargo de situaciones desiguales que no pueden ser ignoradas como la desigualdad de estrato o de ingreso? Sostenemos que una tercera exigencia de la igualdad formal, es la de diferenciación. Así, en algunos casos, el derecho no es ciego a las condiciones materiales de los individuos, sin llegar a hacerse cargo de los individuos propiamente tal. Un buen ejemplo de esto es la incorporación de la progresividad en la legislación tributaria.

Hemos venido sosteniendo que la igualdad ante la ley, como mera dimensión formal de la igualdad, tiene que enfrentarse constantemente con las condiciones generadas por la desigualdad material. Esto, ya que la igualdad no es solo un valor, sino que también es una condición política que estructura la forma jurídica. “Como demanda social y política concreta, la igualdad es hija de las grandes revoluciones que inauguraron el mundo moderno”²⁴. La modernidad se ha estructurado atendiendo a una constante lucha por la igualdad y la libertad.

“La aspiración a la igualdad fue uno de los ideales constitutivos de la modernidad capitalista desde el momento en que triunfaron las grandes revoluciones burguesas”²⁵ y sigue siendo eso: una aspiración. Aquello, no es precisamente un buen síntoma, sino que es más bien una demostración de que la modernidad ha fracasado en su tarea. Cabe preguntarse, entonces, cuál es el problema de fondo filosóficamente hablando. Nadie podría negar, que el Derecho moderno ofrece un enorme avance en términos igualitarios, al ser la herramienta que sentencia a muerte el orden jerárquico del antiguo régimen. Entonces, ¿qué es lo que va mal?

²⁴ Callinicos, Alex. (2006). *Igualdad. Siglo XXI. España*. p. 33

²⁵ Callinicos, Alex. (2003). “Igualdad y capitalismo”, en: Borón, Atilio. 2003. *La teoría Marxista hoy*. CLACSO. Argentina.

En una reciente publicación en castellano, el filósofo francés Étienne Balibar, ha insistido en la necesidad de reconocer que igualdad y libertad no atienden a cuestiones distintas, muy por el contrario, se debe entender que la extensión material de ambas es idéntica (esto no significa que sean lo mismo). Balibar, nutriendo su argumento, ha acuñado el concepto compuesto de *igualibertad*, “planteando que la negación de la libertad destruye de hecho la igualdad, y que la negación de la igualdad destruye de hecho la libertad. Precisamente debido a eso es imposible escoger una contra otra”²⁶. El argumento de Balibar es político y a su vez jurídico. Es político porque el reconocimiento de la igualdad es siempre un límite al poder; y es jurídico, porque el derecho es la forma en que el poder ha visto su límite.

b. Igualdad, Capital y Derecho

El contenido de la igualdad en tanto derecho no está del todo claro. Lo que sí es cierto, recalca Callinicos, es que

“las reivindicaciones políticas de las grandes revoluciones de los siglos XVII y XVIII tienen una tendencia inherente a rebasarse a sí mismas por sus flancos. Ideales a los que inicialmente se atribuía una referencia bastante estrecha, cuyo fin era beneficiar fundamentalmente a los varones blancos y propietarios, demostraban ser susceptibles de una extensión indefinida. El resultado es un proceso de revolución permanente en el que una sucesión de nuevos sujetos políticos - trabajadores, esclavos, mujeres, súbditos coloniales, gente de color, nacionalidades oprimidas, lesbianas, gays, minusválidos [...] - surgen para plantear su reivindicación a la libertad y a la igualdad que han conquistado luchas anteriores”²⁷.

El contenido de la igualdad no es claro, no por su opacidad, sino por la propia historicidad inmanente al concepto.

²⁶ Balibar, Étienne. (2017). *La igualibertad*. España. Herder. p.180.

²⁷ Callinicos. (2006). *Óp. Cit.* p. 37.

La igualdad coincide con el Derecho, la política y el mercado, porque a la vez los constituye; y son sus tensiones las que actualizarán su contenido.

Nuestro análisis ha comenzado con la categoría de sujeto jurídico ya que es la primera forma en que la igualdad permea el Derecho. En abstracto, todo sujeto de derecho es capaz de intercambiar su propiedad o su fuerza de trabajo en el mercado. Para facilitar aquello, se ha construido todo un sistema normativo que tiene como garante al Estado.

Para participar del mercado, los sujetos de derecho, no sólo deben ser considerados libres e iguales, sino que, obviamente, deben tener las condiciones materiales para poder hacerlo, deben tener algo que intercambiar, en otras palabras, deben tener propiedad o dominio sobre cosas.

Pero ocurre que, aunque la ley considere a todos sus ciudadanos iguales, hay situaciones que los hacen profundamente desiguales. La modernidad ha sido marcada por una diferencia determinante. Hay un grupo de personas que poseen medios de producción que les permite generar mercancías para intercambiar y otro grupo, mayoritario, que no tiene otra mercancía que ofrecer más que su *fuerza de trabajo*, es decir, su consentimiento para que otro haga uso de aquella fuerza.

Respecto de los derechos fundamentales que están en juego en el mercado, Marx, en su principal obra, ha señalado que

“[I]a órbita de la circulación o del intercambio de mercancías, en cuyo marco se desenvuelve la compra y venta de la fuerza de trabajo, era, en realidad, un verdadero edén de los derechos innatos del hombre. Dentro de sus límites imperan la libertad, la Igualdad, la propiedad y Bentham. ¡La libertad! pues el comprador y el vendedor de una mercancía, por ejemplo la fuerza de trabajo, se someten sólo a su libre voluntad. Contratan como hombres libres e iguales jurídicamente. El contrato es el resultado final en que sus voluntades cobran una expresión jurídica común. ¡La Igualdad!, pues compradores y vendedores se refieren recíprocamente sólo como

poseedores de mercancías, cambiando equivalente por equivalente. ¡La propiedad!, pues cada uno dispone únicamente de lo que posee. ¡Y Bentham!, pues cada uno se preocupa únicamente de sí mismo”²⁸

Gran parte de la obra de Marx está destinada a hacer una crítica contundente de la economía política de su tiempo. Una de sus posiciones más importantes (que hace unas líneas adelantamos), sostiene que un grupo minoritario, la clase explotadora o dominante, hace uso de la fuerza de trabajo de otro grupo mayoritario, que sólo posee como mercancía su cuerpo, la clase trabajadora. La clase trabajadora produce mercancías para la clase explotadora, mercancías que tienen como finalidad ser transadas en el mercado. Esta se denomina en la tradición marxista, explotación.

Aquí, surge el primer gran problema de la igualdad en tanto derecho meramente formal. Los sujetos son considerados jurídicamente iguales en abstracto, para poder intercambiar sus mercancías en el mercado. Pero el mercado necesita de sujetos materialmente desiguales que muevan la producción capitalista. Es determinante, entonces, el hecho de que a un grupo mayoritario de la humanidad les sea restringido el acceso a los medios de producción.

Cuando salimos de la esfera del *intercambio* donde los sujetos son considerados iguales formalmente; cuando

“seguimos al capitalista y al trabajador al domicilio oculto de la *producción*, la imagen cambia. La igualdad entre ambos es sólo formal; en realidad, son desiguales. [...] La aparente libertad e Igualdad del trabajador respecto al capitalista oculta una subordinación y desigualdad subyacente cuyo resultado es la explotación del primero”²⁹.

A su vez, el Derecho y el Estado, ofrecen una categoría abstracta adicional. La calidad de *ciudadano*. Más bien, la

²⁸ Marx, Karl. (2010). *El capital: Crítica de la economía política* (T1). Santiago de Chile. LOM. pp. 182-183.

²⁹ Callinicos, Alex. (2006). *Óp. Cit.* p. 41.

ciudadanía es una llave, un derecho universal y general a participar de la política. Y es que la igualdad, en ningún caso es un derecho natural, es en el más estricto sentido una conquista histórica de las luchas burguesas³⁰.

La igualdad es sin duda una forma de enfrentar y de rechazar la dependencia. La discusión de fondo, entonces, gira en torno el contenido de la misma. Si una gran consigna moderna ha sido la lucha por la igualdad (y por la libertad), la pregunta que corresponde hacernos es ¿igualdad de qué?

Sobre esta pregunta (o más correctamente sobre su respuesta) la filosofía jurídica y política contemporánea, ha desarrollado un importante debate. En este punto, es importante, destacar el gesto de John Rawls, ya que con su obra *Teoría de la justicia*³¹, logró revitalizar la discusión filosófica política. Sus ideas apuntaron a “defender una problemática progresista como la justicia en momentos en que el neoliberalismo hegemónico afirma que la única justicia era la que decretaba el mercado. Esa fue su *virtú*”³².

No es nuestra intención sumergirnos en el debate igualitarista en esta ocasión. Sin perjuicio de aquello, es importante hacer una pequeña referencia al fondo del debate, ya que es útil para nuestro argumento.

Hoy, nadie podría negar que, al menos consecuencialmente la discusión igualitarista es una disputa respecto de la justicia material. Las posiciones son variadas. Rawls, por ejemplo, apunta por la igualdad de bienes primarios; Dworkin, por la igualdad de recursos, poniendo énfasis en poder hacer frente a la mala suerte bruta; Sen, postula la igualdad de capacidades, poniendo énfasis en los funcionamientos de las personas; Cohen, por su

³⁰ Cfr: Marx, Karl. (2008). La cuestión judía, en: Marx, Karl. 2008. Escritos de juventud sobre el Derecho. Anthropos. España.

³¹ Cfr: Rawls, John. (1971). A theory of justice. Harvard University Press. EEUU.

³² Borón, Atilio. 2003. “Justicia sin capitalismo, capitalismo sin justicia. Una reflexión acerca de las teorías de John Rawls” en: Análisis político (N° 49). Colombia. CLACSO.

parte sostiene la necesidad de igualar el acceso a las ventajas, etc. Lo indiscutible, es que cualquiera sea la posición filosófica que se siga en este debate, se debe reconocer que todas las teorías de la justicia que entran en la discusión “implican una considerable redistribución de los recursos en la sociedad”³³.

En un mundo radicalmente desigual, la discusión sobre la igualdad, sobre su contenido y la necesidad de la redistribución, es un tema central.

Balibar, en perspectiva crítica³⁴, ha sostenido que en la lucha respecto de la igualdad y la libertad siempre se genera un rédito entre la expectativa igualitaria y el contenido de esa lucha que es recogido por el sistema jurídico o por la constitución; “un diferencial de insurrección y de constitución, que ninguna representación puramente formal o jurídica de la política puede resumir”³⁵. Ese rédito o diferencial, es una característica de las luchas y las reivindicaciones por los derechos asociados a la igualdad. Sostenemos que aquello no es un síntoma, no es un problema tangencial, sino que forma parte de la estructura misma del Derecho.

IV. La contradicción en el Derecho moderno

La sección anterior ha reflejado nuestro esfuerzo por dar argumentos plausibles que sostengan nuestra primera hipótesis. Las siguientes líneas, responderán a la segunda hipótesis, nos esforzaremos por dar argumentos que permitan sostener que

³³ Callinicos, Alex. 2006. Óp. Cit. p.109.

³⁴ Balibar no es un pensador dialéctico, por esta razón, denomina *paradoja* al problema que describe. Desde una perspectiva dialéctica, las paradojas puede ser comprendidas como *contradicciones*. Y pensar el problema desde esta perspectiva tiene una gran ventaja: las contradicciones a diferencia de las paradojas tienen en su interior la posibilidad de su superación.

Cfr: Ollman, Bertell. 2015. Marxism and the philosophy of internal relations; or, How to replace the mysterious ‘paradox’ with ‘contraditions’ that can be studied and resolved. En: Capital & Class (vol. 39(1)). SAGE: Inglaterra

³⁵ Balibar, Étienne. (2017). Óp. Cít. p. 28-29.

en el Derecho yace una contradicción de carácter fundamental, o dicho de otro modo, el Derecho moderno se configura como una relación social contradictoria.

En párrafos anteriores, argumentamos que el Derecho desde el materialismo histórico puede ser concebido como una relación social históricamente determinada. En su núcleo se esconde su carácter contradictorio.

Ya hemos adelantado algunos de los argumentos que sustentarán nuestra posición. Aquí, nos ocuparemos de estudiar la tensión constante que existe entre la relación básica de producción capitalista (es decir, la relación de explotación), que el Derecho hace posible, y la igualdad como horizonte valorativo del sistema jurídico.

El concepto de contradicción es problemático en bastantes sentidos. En primer lugar, es un término abstracto, que no tiene necesariamente un significado uniforme. Puede referir perfectamente a asuntos relacionados con la lógica aristotélica; a cuestiones propias de la física teórica, tales como la tercera ley de Newton; o hasta a asuntos relacionados con el materialismo histórico como la lucha de clases.

Por lo mismo, este concepto ha sido utilizado en la historia del materialismo histórico con poca uniformidad y poco rigor argumentativo. Sin embargo, el marxismo contemporáneo ha entregado herramientas notables para el estudio de las contradicciones propias de la formación social capitalista.

No es una novedad afirmar que el Derecho nace como una relación social legitimadora de la formación social capitalista, tal y como nos esforzamos por señalar en una sección anterior.

El derecho es la herramienta mediante la que la burguesía naciente pudo dar vida a sus propósitos mercantiles. Pero como sostuvimos, el asunto no es tan simple como sostener que el Derecho beneficia a la clase dominante. El Derecho no es producto de la mala voluntad o la ambición de la clase capitalista, sino que por el contrario, es una de las tantas formas de concreción de los valores liberales-burgueses. Es, también,

una forma de modificar radicalmente la forma en que se concebía la división social del trabajo. Por lo mismo, es una manera de controlar la división del trabajo social. La relación básica y constituyente de la producción capitalista; la explotación, y la igualdad, están en constante tensión. El Derecho responde concediendo o restringiendo derechos a estos sujetos colectivos históricos, según cómo esta tensión se resuelva.

Bertell Ollman, en sus estudios sobre dialéctica materialista ha entendido la contradicción “como el desarrollo incompatible de diferentes elementos dentro de la misma relación”³⁶. En su reciente obra en torno a las contradicciones del capital, David Harvey sostiene, en una perspectiva muy similar a la de Ollman, que se observa una contradicción cuando existen “dos fuerzas aparentemente opuestas presentes en una situación, una entidad, un proceso o un acontecimiento”³⁷.

La igualdad está en el núcleo del Derecho, no porque sea un derecho natural. Al contrario, la igualdad (y particularmente su contenido material), es fruto de la historia, de las luchas de la humanidad. Aquello que consideramos un producto histórico no puede ser considerado natural.

El ideal político normativo que la modernidad ha construido en torno a la idea de igualdad es, en un primer momento, una premisa básica para el desarrollo de las relaciones sociales del capitalismo.

En el acápite anterior sostuvimos que la creación de la categoría de sujetos jurídicos abstractos, es la antesala del *intercambio* capitalista. Un intercambio se considera equivalente, sólo entre sujetos equivalentes. Adelantamos que el problema de fondo de esta forma de igualdad sin contenido cierto es que desconoce la situación (desigual) concreta de la producción capitalista.

³⁶ Ollman, Bertell. (2003). *Dance of the Dialectic: Steps in Marx's Method*. University of Illinois. EEUU, p. 17.

³⁷ Harvey, David. (2014). *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*. Quito. Traficantes de sueños. p. 17.

Pero si cambiamos el foco del análisis, desde el *intercambio* hacia la *producción* capitalista notamos el problema. Y es que cómo ya sostuvimos, la esfera de la producción capitalista necesita de sujetos desiguales, generándose así, una relación en la que un grupo vive del valor que extrae de otro. Este fenómeno es la explotación. Ante esta situación se hace necesario volver a analizar la categoría de sujeto jurídico.

Etimológicamente, entendemos por sujeto de derecho o jurídico, una *sustancia* o el actor de un acto; otra acepción interesante es aquella proveniente de la palabra latina *subjectum*, es decir súbdito. De esta forma, el sujeto de derecho es aquel actor en las relaciones que llamamos jurídicas, por un lado; y es aquel que es súbdito del Derecho, por otro.

La clara desigualdad clasista, la pauperización de la clase trabajadora, la exclusión de algunos grupos sociales, han demostrado que la igualdad ante la ley que se ofrece a los sujetos de derecho es insuficiente. Frente a esta situación, el concepto de ciudadanía se vuelve a ser interesante de analizar.

La ciudadanía no es un mero estatus. Tampoco debe reducirse a la mera acción del voto en un sistema representativo. Es una noción compleja que articula aspectos civiles, políticos y sociales, entre otros. Está íntimamente relacionada a la soberanía. Tanto ésta como aquella, son inicialmente actividades insurreccionales o de subversión. La soberanía popular y la ciudadanía son una forma de enfrentar los privilegios y las desigualdades del antiguo régimen. Así, la ciudadanía ve también su fundamento en la noción de igualdad (y en la libertad).

La ciudadanía es, ante todo, una *práctica de la política*. Es la práctica que hace posible que las luchas y reivindicaciones políticas, tengan recepción jurídica. Son los ciudadanos en su ejercicio soberano quienes constitucionalizan el contenido material de la igualdad. Este proceso de recepción jurídica o de constitucionalización, tal y como señala Balibar, siempre está en deuda con el proceso histórico real.

Una de las esferas importantes de la ciudadanía, es la ciudadanía social. La noción de ciudadanía social tiene su origen en la obra de T. H. Marshall³⁸. Tomando esa perspectiva, Cortina Orts ha defendido que un ciudadano es aquel que

“en una comunidad política goza no sólo de derechos civiles (libertades individuales), en los que insisten las tradiciones liberales, no sólo de derechos políticos (participación política), en los que insisten los republicanos, sino también de derechos sociales (trabajo, educación, vivienda, salud, prestaciones sociales en tiempos de especial vulnerabilidad)”³⁹.

La lucha por la ciudadanía social, es una lucha constante, insurreccional e inacabable. Pero ocurre que la lucha igualitaria y por la libertad, propias de esta esfera de la ciudadanía, ha desviado el foco de las luchas obreras.

La lucha ciudadana no es una lucha por la erradicación de las relaciones y las condiciones que hacen posible la *producción* capitalista, sino por la generación de nuevas condiciones en la *reproducción* capitalista. Esto no significa que la ciudadanía social tenga un carácter meramente asistencial, muy por el contrario, su esencia es universalista y profundamente igualitarista, pero la perspectiva histórico-materialista permite sostener que ha olvidado la *explotación* como problema central respecto de la (des)igualdad.

A estas alturas, nuestra posición central puede observarse más prístinamente. Hemos sostenido que el derecho moderno se configura como una relación contradictoria, ya que al momento de poner en marcha la estructura jurídica, por un lado, los individuos son representados como sujetos jurídicos iguales formalmente habilitándolos así para intercambiar mercancías (incluyendo la fuerza de trabajo como mercancía), pero fuera

³⁸ Cfr: Marshall, Thomas H. (1998). Ciudadanía y clase social. Alianza Editorial. España.

³⁹ Cortina, Adela. (2001). Ciudadanos del mundo: Hacia una teoría de la ciudadanía. Madrid. Alianza. p. 66.

de la dimensión del intercambio, en la esfera de la producción, hemos señalado que los sujetos son radicalmente desiguales. Para la producción de mercancías, que tienen como fin ser intercambiadas, es necesario que un sector de la humanidad sea despojado del acceso a los medios de producción.

En este sentido, el Derecho considerando a los sujetos iguales en abstracto, otorga las condiciones para que sea posible la producción y, por ende, el intercambio capitalista. No importa la clase a lo que un individuo pertenezca, el Derecho lo considerará igual a aquel que en términos de poder es profundamente desigual.

Por otro lado, en la lucha igualitaria por mejorar las condiciones de vida de la mayor parte de la humanidad, el Derecho convierte a los individuos en ciudadanos. Gracias a esta noción, la igualdad actualiza constantemente su contenido material, conforme a cómo se actualizan las demandas y las luchas históricas, mejorando así las condiciones de reproducción capitalista. Es por esa razón que el Derecho moderno se configura como una relación social contradictoria ya que en él hay dos fuerzas opuestas, dos intereses opuestos respecto del producto social. Dicha contradicción permite que el contenido igualitario del derecho avance de forma dinámica⁴⁰.

Por un lado se hace legal la *explotación* y por otro trata de hacer frente a la miseria que ésta acarrea. El Derecho crea el panorama normativo que hace posible el intercambio y la explotación capitalista; pero a su vez ofrece un horizonte valorativo igualitario asociado a la ciudadanía que busca remediar las desigualdades relacionadas a la producción capitalista.

Visto desde esta perspectiva, el Derecho se posicionara por sobre las clases. Al resolver un conflicto en algún momento

⁴⁰ Una tesis similar ha sido desarrollada por Duncan Kennedy, quien ha sostenido que en el sistema jurídico liberal existe una contradicción interna fundamental ente individualismo y altruismo.

Cfr: Kennedy, Duncan. (1976). "Form and Substance in Private Law Adjudication", en: Harvard Law Review. EEUU. Universidad de Harvard.

histórico beneficiará a la clase dominante (por ejemplo, al momento en que el derecho de propiedad se vuelve un derecho fundamental) y en otro a la clase trabajadora (cuando se le concede derecho a huelga, por ejemplo).

El Derecho (y obviamente también el Estado) se vuelve, en la lectura que hace Iñigo Carrera

“el representante del capital total de la sociedad. Tiene a su cargo la unidad del movimiento de la acumulación de los capitales individuales. Los capitalistas individuales se encargan de explotar a sus obreros, el Estado es el explotador de la clase obrera como tal. Su función es explotar, hacer que la clase obrera produzca plusvalía, pero que lo haga en condiciones normales”⁴¹

Toda victoria de la clase explotada, es en rigor, una victoria para la formación social capitalista ya que la legitima. Ese horizonte de igualdad, al que las luchas sociales aspiran mediante la consagración de derechos sociales, se aleja cada vez que se consagran derechos en la lógica burguesa.

V. A modo de colofón

La racionalidad del Derecho moderno, ha sido la racionalidad del derecho *igual*, tal y como Marx lo señaló más de una vez. En ese escenario, la tradición del materialismo histórico ha sido firme en evidenciar la desigualdad estructural que existe en la sociedad moderna. Tal desigualdad se hace evidente cuando lo que se pone en el foco del análisis es la relación o la categoría *clase social*.

La igualdad abstracta y formal es la base de la competencia capitalista. El movimiento del capital hace incompatibles los intereses de la clase que posee y controla los medios de producción con los intereses de la clase trabajadora. Más aún, la lógica de la ganancia hace que cada individuo sea considerado

⁴¹ Carrera, Juan Iñigo. Óp. Cit. p. 61

como competencia para otro que tenga sus mismos propósitos, incluso dentro de su misma clase.

Precisamente, ateniendo a la racionalidad competitiva del capital, Carlos de Cabo ha concluido que la solidaridad no tiene cabida en el sistema constitucional liberal, “sino que la insolidaridad es un principio constitucional necesario del sistema liberal. Precisamente porque es el constitucionalismo formal, del universalismo, de la abstracción, del sujeto (individual), en definitiva y paradójicamente «el constitucionalismo de la igualdad»⁴².

El punto que destaca el profesor de Cabo no es menor. La solidaridad no debe ser omitida al momento de analizar el espectro valorativo de la modernidad. Ese horizonte de igualdad y libertad que la modernidad levantó como bandera de lucha está íntimamente relacionado con la solidaridad, sobre todo cuando de lo que se trata es de las reivindicaciones de la clase trabajadora.

En este sentido una interesante definición de la solidaridad, profundamente arraigada en el materialismo histórico, es ofrecida por Michael Albert. Para él, “la solidaridad es una noción muy básica que se preocupa por el bienestar de los demás, en lugar de obstaculizar su desarrollo. Cuanto mayor sea el grado de solidaridad, más óptimo será nuestro bienestar”⁴³.

Es muy interesante notar que el horizonte valorativo moderno va a contrapelo de las prácticas efectivas del capital. Sobre este problema, Marx puede aportar algunas luces.

Es cierto que Marx nunca ofreció una solución clara a los problemas del capitalismo, su principal tarea fue describir el movimiento del mismo y evidenciar sus problemas y contradicciones. Aun así, en su texto *Crítica al programa de Gotha*, Marx

⁴² De Cabo Martín, Carlos. (2006). Teoría constitucional de la solidaridad. Marcial Pons. Madrid. p. 44.

⁴³ Albert, Michael. (2003). “Economía participativa”. En: Conferencia en Woods Hole. Woods Hole, Estados Unidos. 8 p. p. 1.

pone en el centro de su análisis a la igualdad, a la libertad y a la solidaridad, con el objeto de dar luces de cómo superar la formación social capitalista.

En el mencionado texto, Marx recuerda al movimiento obrero que el núcleo de las luchas de los trabajadores debe estar puesto en recuperar el control de la producción (sin descuidar la esfera de la reproducción). Para lograr aquello propone (pensando en una sociedad que ha superado las contradicciones de clase), un principio igualitario de *derecho igual* (es decir un principio de racionalidad burguesa) en el que cada uno recibe según su contribución al producto social.

A este principio, siguiendo a Fernando Lizarraga, puede incorporársele un criterio diferenciador. De esta forma, el principio quedaría esbozado de esta manera: “de cada quien según su capacidad a cada quien proporcionalmente a su contribución laboral, después de que se han separado fondos para satisfacer necesidades económicas y necesidades comunes”⁴⁴, aceptando sólo las desigualdades que vengan en beneficio de todos.

Aquel, es un principio de transición entre el capitalismo y una forma distinta de organización del producto social, democrática, igualitaria y solidaria, dónde aún puede ser aplicable el derecho en la lógica moderna y burguesa, los individuos son tratados como sujetos de derecho pero, ahora, se consideran sus condiciones materiales.

Yendo más allá, para aquel momento en que la lógica de la producción capitalista se ha superado totalmente, Marx propone el principio de necesidad:

“En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y con ella, la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital; cuando, con el desarrollo

⁴⁴ Lizarraga, Fernando. (2011). El marxismo y la justicia social. Santiago. Nexos, p. 99.

de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual, según sus capacidades; a cada cual, según sus necesidades!”⁴⁵.

El principio de necesidad es un principio igualitario complejo, que pone su atención no en lo cuantitativo sino en lo cualitativo. Es un principio de igualdad diferenciada y profundamente solidario. Tal y como el mismo Marx subraya, este principio sólo es aplicable cuando el modo de producción, la formación social completa, sea reemplazada por una forma realmente igualitaria, democrática y participativa de ordenar y producir la vida que permita a los individuos operar bajo una racionalidad basada no en la competencia, sino que en la cooperación. Para Marx la humanidad es igual en su género pero diferente en su individualidad, por lo mismo sostiene que “una realidad universal basada en la desigualdad reclama derechos desiguales”⁴⁶

Dicho de otro modo, Marx ofrece herramientas para pensar un horizonte que supere o resuelva la contradicción que hemos intentado exponer en estas páginas. Desde la perspectiva que ofrece el filósofo de Tréveris, los valores propios de la modernidad, sólo son alcanzable solamente más allá de las fronteras de la formación social capitalista.

En últimos términos, para Marx, el logro del horizonte valorativo moderno implica, necesariamente, superar la formación social actual, y por ende la forma jurídica burguesa moderna. De modo tal que la igualdad debe poner su foco de análisis en la producción y no sólo en la reproducción.

En cierto modo, la igualdad, la libertad y sobre todo la solidaridad ofrecen un panorama para superar la contradicción

⁴⁵ Marx, Karl. (2000). Crítica al programa de Gotha. El aleph. Buenos Aires. p. 17.

⁴⁶ Marx, Karl. (1982). Escritos de juventud. EFE. México, p. 253.

inmanente al sistema jurídico. “En formaciones sociales configuradas con arreglo a otro modo de producción, la solidaridad como principio constitucional tendría unas características bien distintas: sería precisamente el elemento estructurante y no el corrector del sistema”⁴⁷.

Hay, pues, todo un contenido nuevo que justifica que el Derecho, en esa nueva sociedad que muy difuminadamente imaginó Marx, en aquella asociación de individuos libres que pensó, “no pueda ser considerado como derecho burgués, y que por el contrario pueda hablarse de un nuevo derecho en cuanto que respondiendo, sobre todo, a las nuevas condiciones materiales de producción (propiedad civil) se requieren nuevas relaciones jurídicas”⁴⁸.

En la contradicción que yace en el núcleo del derecho moderno, está contenido el germen de la superación de la propia forma jurídica.

VI. Bibliografía

- Albert, Michael. 2003. Economía participativa. En: Conferencia en Woods Hole. Woods Hole. Estados Unidos. 8 p. p. 1.
- Alegre, Marcelo. 2010. Igualdad, Derecho y Política. Buenos Aires. Fontamara. P. 13
- Balibar, Étienne. 2017. La igualibertad. España. Herder. p.180.
- Borón, Atilio. 2003. “Justicia sin capitalismo, capitalismo sin justicia. Una reflexión acerca de las teorías de John Rawls” en: Análisis político (Nº 49). Colombia. CLACSO.
- Callinicos, Alex. 2006. Igualdad. Siglo XXI. España.
- Callinicos, Alex. 2011. Contra el posmodernismo. Buenos Aires. Ediciones RyR.
- Capella, Juan Ramón. 2008. Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética del derecho y del Estado. España. Trotta.

⁴⁷ De Cabo, Carlos. Óp. Cit. p. 107.

⁴⁸ Sánchez Vázquez, Adolfo. (1976). “Pashukanis, teórico marxista del derecho”, en: Pashukanis, E. B. 1976. La teoría general del Derecho y el marxismo. Barcelona, Grijalbo. p. 115.

- Cárcova, Carlos. (2012). *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot
- Carrera, Juan Íñigo. 2012. “El capital: determinación económica y subjetividad política”: en: *Crítica Jurídica* (n°34). UNAM: México
- Cortina Adela. 2001. *Ciudadanos del mundo: Hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid. Alianza.
- De Cabo Martín, Carlos. 2006. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Marcial Pons. Madrid.
- Kelsen, Hans. 2010. “La función de la constitución”, en: *Revista del Instituto de investigación Ambrosio L. Gioja* (año IV, n° 5). Pp. 150-157.
- Kennedy, Duncan. 1976. “Form and Substance in Private Law Adjudication” En: *Harvard Law Review*. EEUU. Universidad de Harvard.
- Lizarraga, Fernando. 2011. *El marxismo y la justicia social*. Santiago. Nexos.
- Macía Manso, Ramón. 2012. *Cientificismo. Modalidades. Consecuencias*. Oviedo, España. Ediciones de la U. de Oviedo.
- Marshall, Thomas H. 1998. *Ciudadanía y clase social*. Alianza Editorial. España.
- Marx, Karl. 2000. *Crítica al programa de Gotha*. El aleph. Buenos Aires.
- Marx, Karl. 2010. *El capital: Crítica de la economía política (T1)*. Santiago de Chile. LOM.
- Marx, Karl. 1982. *Escritos de juventud*. EFE. México.
- Marx, Karl. 1980. *Historia crítica de la Teoría de la Plusvalía (T1)*. FCE. México.
- Marx, Karl. 2008. *La cuestión judía*, en: Marx, Karl. 2008. *Escritos de juventud sobre el Derecho*. Anthropos. España.
- Marx, Karl. 1971. *Manifiesto comunista*. Editorial Universitaria. Santiago.
- Mieville, China. 2005. *Between equal rights: A marxist theory of Internacional Law*. Brill: Oxford. Inglaterra.
- Ollman, Bertell. 2003. *The dance of dialectics. Steps in Marx' method*. University of Illinois press, Urbana and Chicago. EEUU

- Ollman, Bertell. 2015. Marxism and the philosophy of internal relations; or, How to replace the mysterious ‘paradox’ with ‘contradictions’ that can be studied and resolved. En: *Capital & Class* (vol. 39(1)). SAGE: Inglaterra
- Osorio, Jaime. 2014. Estado, reproducción del capital y lucha de clases: la unidad económico/política del capital. U. Autónoma de México – Instituto de investigaciones económicas –CLACSO. México.
- Pashukanis, E. B. 1976. La teoría general del Derecho y el marxismo. Barcelona, Grijalbo.
- Pérez Luño, Antonio. 2007. Dimensiones de la igualdad. Cuadernos “Bartolomé de las Casas” (núm. 34). Dykinson. Madrid.
- Pérez Soto, Carlos. 2001. Para una crítica del poder burocrático: comunistas otra vez. Santiago de Chile. LOM-U. ARCIS
- Rancière, Jacques. 2007. El método de la igualdad, conferencia en Cerisy-La Salle. Francia
- Rawls, John. 1971. A theory of justice. Harvard University Press. EEUU.
- Rivera Lugo, Carlos. 2017. “Comunismo y Derecho: reflexiones sobre la crisis actual de la forma jurídica”, en Correa, Oscar y Wolkmer, Antonio. 2017. La teoría crítica del Derecho en América latina. España. Akal.
- Ruiz, Alicia E. C. 2000. Idas y vueltas: por una teoría crítica del Derecho. Buenos Aires. UBA.
- Sacristán, Manuel. 1984. “De la idealidad en el Derecho”. En: Sacristán, Manuel. 1984. Papeles de filosofía. Panfletos y materiales II. Icaria Antrazyt. España.
- Sánchez Vázquez, Adolfo. 1976. “Pashukanis, teórico marxista del derecho”, en: Pashukanis, E. B. 1976. La teoría general del Derecho y el marxismo. Barcelona, Grijalbo.

COMENTARIO A LEGISLACIÓN



Cerrado por clausura

Dejar de escribir
es mi censura.

Hay deudas
con el alma
presa del palacio
y la distancia.

Los pasos
abren puentes
que atraviesan
estos ojos incendiados.

Digo que
vi tumbas
proclamas
y olvidados.

Veo la imagen
como un aura
que aún convive
en los escombros

y pronuncia la palabra
en otros labios.

Autor: *Luciano Scatolini*

Arte de la portada: *Dolores Mendieta*

Obra: *Deforestación* (acrílico sobre madera; 50x50cm; 2017)

El debate sobre la ley 27.275 y la exigencia del acceso a la información en Argentina

The debate about the Law 27.275 and the demand for access to information in Argentina

O debate sobre a Lei 27.275 e a exigência de acesso à informação na Argentina

Le débat sur la loi 27.275 et l'exigence d'accès à l'information en Argentina

关于阿根廷第27275号法律和获取信息的要求的辩论

*Elena Espin Di Febo*¹ | Universidad Nacional de Río Negro,
*Javier Torres Molina*² | Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 307-344

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e339>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5072-8161>

<https://orcid.org/0000-0002-3237-781X>

Recibido: 07/06/2019

Aprobado: 25/09/2019

Resumen: El objetivo del presente trabajo es analizar el texto de la Ley de Acceso a la Información n° 27.275 que se sancionó en el año 2016. En ese sentido, nuestra intención es describir el contenido del texto legal, haciendo hincapié en los aspectos más fundamentales de la normativa, pero también se revisará el proceso legislativo que tuvo la mencionada norma. Es decir, se analizará el texto finalmente sancionado y las diferentes posturas que se desarrollaron en la discusión parlamentaria que originaron diferentes dictámenes y opiniones por parte de distintos legisladores. Asimismo, también nos referiremos a opiniones que varios

¹ Universidad Nacional de Río Negro, elenaespindifebo@gmail.com

² CIEDIS/UNRN Becario PERHID-CIN, Doctorando en Comunicación, UNLP. jtorresmolina@unrn.edu.ar

colectivos relacionados con la comunicación y el derecho han manifestado en torno a la ley de acceso a la información. Para realizar la descripción, consideramos necesario primero analizar conceptualmente el derecho de acceso a la información, entendiendo que dicho concepto no es operativo sólo para quienes se desempeñan en los medios de comunicación social, sino que su ejercicio pleno a través de la garantía estatal redundará en un mayor y mejor ejercicio de la ciudadanía.

Palabras claves: acceso a la información - derecho a la información - participación política - ciudadanía

Abstract: The objective of this paper is to analyze the text of the Access to Information Law No. 27.275 that was enacted in 2016. In this sense, our intention is to describe the content of the legal text, emphasizing the most fundamental aspects of the regulation, but we will also review the legislative process that this regulation had. That is to say, the text finally sanctioned and the different positions that were developed in the parliamentary discussion that originated different opinions and opinions on the part of different legislators will be analyzed. Likewise, we will also refer to opinions that various groups related to communication and law have expressed regarding the law on access to information. In order to carry out the description, we consider it necessary first to analyze conceptually the right of access to information, understanding that this concept is not only operative for those who work in the media, but that its full exercise through the state guarantee results in a greater and better exercise of citizenship.

Keywords: Acceso to Information – Right to information – Political Participation - Citizenship

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar o texto da Lei de Acesso à Informação nº 27.275 que foi sancionada no ano 2016. Nesse sentido, nossa intenção é descrever o conteúdo do texto jurídico, enfatizando os aspectos mais fundamentais da normativa, mas o processo legislativo que tinha a norma mencionada também será revisado. Isto é, serão analisado o texto finalmente sancionado e as diferentes posições que foram desenvolvidas na discussão parlamentar que originaram diferentes opiniões de diferentes legisladores. Da mesma forma, também nos referiremos a opiniões que vários grupos relacionados com a comunicação e o direito expressaram sobre a lei do acesso à informação. Para fazer a

descrição, consideramos necessário primeiro analisar conceitualmente o direito de acesso à informação, entendendo que esse conceito não é operativo apenas para quem trabalha nos meios de comunicação social, senão que seu pleno exercício através da garantia estatal resulta em um maior e melhor exercício da cidadania.

Palavras-chave: acesso à informação - direito à informação - participação política-cidadania

Résumé: L'objectif de ce travail est d'analyser le texte de loi n° 27 275 sur l'accès à l'information, adopté en 2016. À cet égard, notre intention est de décrire le contenu du texte juridique en soulignant les aspects les plus fondamentaux de la législation, mais aussi de revoir le processus législatif de la norme susmentionnée. C'est-à-dire, on analysera le texte finalement approuvé, et aussi les différentes positions développées dans la discussion parlementaire, laquelle a entraîné différents avis et opinions de la part de divers législateurs. Nous ferons également référence aux opinions que divers groupes liés à la communication et au droit ont exprimées, concernant le droit d'accès à l'information. Pour faire la description, nous estimons d'abord nécessaire d'analyser conceptuellement le droit d'accès à l'information, étant entendu que ce concept n'est pas seulement opérationnel pour ceux qui travaillent dans les médias de communication sociale, mais aussi son plein exercice -à travers la garantie de l'État- a pour conséquence un plus grand et meilleur exercice de la citoyenneté.

Mot-clés: Accès à l'information, droit à l'information, participation politique, citoyenneté

摘要: 本文的目的是分析2016年通过的第27,275号信息获取法的案文。从这个意义上讲,我们的目的是描述法律案文的内容,强调最基本的方面法规,但具有上述规范的立法程序也将受到审查。就是说,最终批准的案文,将对在议会讨论中提出的不同立场和不同立法者的不同立场进行分析。同样,我们还将参考一些意见,即与传播和法律有关的若干团体已就获取信息的法律表达了意见。为了进行描述,我们认为首先有必要从概念上分析信息获取权,同时要了解,这一概念不仅仅对那些在社交媒体上工作的人有效,而且通过国家保证的充分行使,它可以更好地行使公民权。

关键字: 信息访问权-信息权-政治参与-公民身份

I. Introducción

El debate parlamentario y la posterior sanción de la Ley de Acceso a la Información n° 27.275 que se sancionó en el año 2016 constituye un acontecimiento muy importante en materia de libertad de expresión en Argentina.

El objetivo de este trabajo es precisamente analizar los contenidos de esa norma legal e intentar determinar si la misma es adecuada según los estándares que se han elaborado a nivel interamericano. Pero también realizaremos un análisis de las distintas posturas que se suscitaron en el Congreso Nacional a la hora de debatir el proyecto que oportunamente enviara el Poder Ejecutivo Nacional.

Para realizar el segundo de los análisis, tomamos los dictámenes de la Cámara de Diputados de la Nación que en general mostraron algún tipo de disidencia al proyecto del ejecutivo, intentando reflejar aquellas cuestiones que cuestionaron o al menos problematizaron sobre algunos de los contenidos de ese proyecto. Con respecto al Senado de la Nación, realizamos el mismo ejercicio, pero basándonos en el debate realizado a la hora de aprobar el mencionado proyecto.

A la vez también relevamos algunas de las opiniones que presentaron organizaciones de la sociedad civil que fueron convocadas por la Cámara de Diputados para que expresen su visión sobre lo que entonces era el proyecto que había enviado al Congreso el Poder Ejecutivo. Entendemos que más allá de la valoración que realicemos sobre el contenido de la ley tal como fue aprobada, las diferentes observaciones y aportes realizados por los legisladores y las organizaciones de la sociedad civil constituyen insumos más que apropiados para continuar con el debate sobre el derecho al acceso a la información e incluso pueden ser tomados en cuenta a la hora de diseñarse posibles reformas.

Pero el presente artículo parte de definir primero que implica desde el punto de vista teórico el derecho de acceso a la información. En ese sentido, se analizará el mencionado derecho como una manifestación del derecho a la información, como un

instrumento para la consagración de un régimen democrático y un derecho para la participación ciudadana.

Finalmente y luego de brindar un panorama sobre la aplicación de la ley objeto de nuestro trabajo, en las conclusiones daremos nuestro punto de vista sobre la efectiva vigencia del derecho de acceso a la información y cuales deberían ser algunas de las acciones para que ese derecho pueda ser ejercido por el conjunto de la ciudadanía.

II.1. El acceso a la información como manifestación del derecho a la información

Señalan Courtis y Abramovich (2000) que el concepto de acceso a la información constituye un correlato directo con la libertad de expresión y el derecho a la información. El derecho de acceso a la información es una parte fundamental del derecho a la información, es decir, que sin el primer de esos derechos no se materializaría el segundo.

De hecho la redacción del artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa esa idea al señalar que: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

El abordaje que se realiza del acceso a la información se sitúa en una primera instancia en el plano de justificación de los derechos individuales *“en el marco de los llamados derechos de libertad o derechos de autonomía, dirigidos a sustentar el espacio de autonomía personal de los individuos y a permitirles la realización de un plan de vida que se ajuste a su libre decisión”* (Abramovich y Courtis; 2000:225). Seguidamente los autores señalan que el derecho de acceso a la información cumple la función de esparcir el campo de autonomía personal, permitiendo el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones.

Los autores también analizan la dimensión colectiva que tiene el derecho de acceso a la información en el sentido que cobra un carácter público y social que excede el factor de autorrealización personal. En ese sentido conciben a ese derecho *“como mecanismo o andamiaje de control institucional, tanto frente a autoridades públicas como frente a particulares cuya situación de poder de injerencia o inducción permite la determinación de conductas de otros particulares o su misma subordinación”* (Abramovich y Curtis; 2000:227).

En ese sentido, va a existir una fuerte vinculación entre una visión participativa de la democracia y el respeto de los derechos fundamentales como fuente de legitimación del ejercicio del poder.

El acceso a la información pública se funda en una de las características fundamentales de los gobiernos republicanos como es la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de la administración pública. Curtis y Abramovich señalan que *“el acceso a la información sobre la cosa pública posibilita a las personas opinar con propiedad y veracidad, contribuyendo de tal modo al debate público de las ideas que es garantía esencial del sistema democrático. Les permite además investigar los problemas de la comunidad, controlar a los mandatarios y participar en la vida política del Estado”* (2000:227).

La Corte Interamericana destaca la relevancia política de la libertad de expresión en los siguientes términos, según se expresa en la Opinión Consultiva 5/81: *“En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.”*

Es decir, que cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión, no sólo es el derecho individual de una determinada

persona el que se está violando, sino también se afecta el derecho de toda/os a recibir informaciones e ideas.

II.2. Derecho de acceso a la información como instrumento para la consagración de un régimen democrático

El acceso a la información surge además como garantía para la socialización de la información y por ende como límite a su exclusividad. Así es como el acceso a la información sobre lo público puede facilitar a las personas a opinar, garantizando lo esencial del sistema democrático, lo que permite además investigar los problemas de la comunidad, controlar a quienes están en el poder y participar de la vida política del Estado; y como consecuencia de este derecho es que surge la obligación del Estado de evitar establecer restricciones que impliquen discriminación en el acceso a la información.

El derecho de acceso a la información hace al funcionamiento mismo de la democracia y deviene del principio de publicidad de los actos de gobierno como carácter esencial del sistema republicano. Cuando nos referimos a publicidad en los actos de gobierno, hacemos referencia a la divulgación que los funcionarios públicos deben hacer sobre la gestión que se les ha delegado.

Pierini y Lorences (1999:85) señalan que *“El pueblo debe estar bien informado, en forma permanente, de los actos de quienes ejercen funciones públicas”*. Además, mencionan aquí importancia que tiene ese aspecto en un Estado de derecho y, como tal, no puede quedar librada a la voluntad de aquellos que se desempeñan en la función pública, por ello, la obligación de permitir el acceso a la información deberá transformarse en un elemento ineludible e inherente al correcto desempeño de la función. Agrega Bravo (2007: 125) además que no se puede restringir *“todo aquel mensaje cuyo contenido es de incumbencia de todos los ciudadanos, y por ello, en principio, debe ser conocida por todos. El derecho protege aquí la publicidad y la libre circulación de la información a fin de que sea accesible a todos en forma efectiva”*.

La transparencia y la publicidad en los actos gubernamentales son elementos determinantes del derecho de acceso a la información pública, que hoy constituye una de las condiciones necesarias para el funcionamiento adecuado de los sistemas democráticos. Reconocer el derecho de acceso a la información y hacer efectivo su ejercicio es un parámetro de suma importancia al momento de evaluar el grado de transparencia del que goza una sociedad (Basterra, 2012: 61).

Como lo afirman también, Nápoli, Vivot y Worman³, el acceso a la información es *“un aspecto central de la vida democrática ya que instauro un derecho básico y, además, una condición principal para el ejercicio pleno de la ciudadanía”*.

El derecho al acceso a la información fomenta la autonomía de las personas, y permite a la vez la realización de un plan de vida que se ajuste a la libre decisión de las personas como hemos expresado, es por esto que los individuos pueden proteger sus derechos y prevenir abusos de parte del Estado, así como luchar contra males como la corrupción y el autoritarismo. Tiende además a proporcionar un mecanismo de control institucional, frente a autoridades públicas como a particularidades cuya situación de poder permite la determinación de conductas de otros particulares o su misma subordinación.

Por esto, es que el acceso a la información permite cubrir no solo derechos individuales sino también colectivos, jugando de esta manera la democracia como factor indispensable para el establecimiento de una sociedad, en la que se puedan desarrollar los valores humanos. A esto se refiere Loreti (1997) al señalar que aumentar la transparencia es un modo de garantizar el acceso a la información que se encuentra en poder del Estado, y cuanto existe mayor acceso a la información, más vigorosamente se insertará una comunidad en la discusión de los asuntos públicos.

³ En Pierdini y Lorences (2006:15)

El acceso a la información debería ser entendido como un instrumento indispensable para afianzar el régimen republicano de un gobierno. Señalan Nápoli, Vivot y Worman⁴ que *“por lo menos tres factores deben confluir para que el acceso a la información pública funcione como un componente de transformación y cambio social: la institucionalización del derecho a acceder a la información pública en las normas locales, provinciales y nacionales, junto con el cumplimiento real por parte de los distintos gobiernos y, particularmente, el ejercicio ciudadano de utilizar un derecho que se basa en el sentido común”*.

Cuando hablamos de un instrumento indispensable para afianzar el régimen republicano, no podemos dejar de mencionar aquí dos principios rectores, el de máxima divulgación y el de buena fe, según se consigna en Informe de la Relatoría de la Libertad de Expresión del año 2011.

Por un lado, el principio de máxima divulgación, se refiere al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones, es decir, que el Estado se encargue de garantizar que toda la información sea pública y accesible, haciendo referencia a que haya una máxima publicidad, de tal manera que cualquier información en manos de instituciones públicas sea completa, oportuna y accesible.

Es así que, el principio de máxima divulgación -explica Eliades (2013:20)- *“ordena diseñar un régimen jurídico en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general, sometida a estrictas y limitadas excepciones”*. Toda negativa debe ser motivada y corresponde que el Estado pruebe que la información que se solicita no puede revelarse, y refiere que ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información.

Por otro lado, el principio de buena fe implica según Eliades garantizar el ejercicio de acceso a la información, es decir, que será esencial que los sujetos obligados a brindar la información

⁴ En Pierdini y Lorences (2006:16)

actúen de buena fe, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos para la aplicación del derecho, y promuevan el principio de transparencia.

II.3. Un derecho para la participación ciudadana

La información es una herramienta poderosa que abarcan distintos aspectos que se vinculan con el derecho a la participación de los ciudadanos en un sistema democrático. Sobre esto harán mención Abramovich y Courtis (2000), afirmando que el acceso a la información puede cumplir diferentes funciones para la sociedad.

Por un lado, como reclamo, es decir, “*cuando el objeto central del reclamo es la información en sí misma*”, es decir, que la información reclamada no tiene un carácter instrumental, sino que el derecho se satisface con la obtención de los datos y ejemplifican el derecho a la verdad como derecho a la información, señalando el derecho que tienen los familiares de personas desaparecidas a conocer el destino de éstas, y por ello el Estado debe satisfacer ese derecho con los medios que tenga a su alcance. También, lo ejemplifican con el derecho de acceso a datos personales, en el que el objeto de reclamo está centrado en la propia información o la libertad de investigación, donde el acceso a la información se justifica simplemente como vía de obtención de datos.

Por otro lado, señalan a la información como instrumento de otros derechos, que se refiere a la obtención de información no como fin en sí mismo, sino como instrumento de concreción de otros derechos, valores o principios, poniendo como ejemplo la información como presupuestos de mecanismos de participación, sosteniendo que la información no se dirige exclusivamente a evaluar la actividad del gobierno, sino que funciona como presupuesto del ejercicio del derecho a participar en la formación de políticas públicas o en la toma de decisiones públicas, como ocurre en las audiencias públicas para readecuar las tarifas de los servicios públicos.

Asimismo, toman como ejemplo la información como presupuesto de mecanismos de fiscalización de la autoridad pública, es decir, referido al rol fiscalizador que la publicidad de los actos de gobierno concede a los ciudadanos representados bajo un gobierno democrático.⁵

Otra función es la información como presupuesto de exigibilidad de un derecho, en especial los denominados derechos sociales, esa exigibilidad estará supeditada a la definición previa de las obligaciones concretas del Estado. Ante esto, se presenta un problema, ya que resulta imposible realizarlo sin información previa acerca del contenido exacto de la obligación estatal sin conocer previamente el estado de goce de un derecho social como lo es la salud, la vivienda, la educación, entre otros. De modo tal, afirman Abramovich y Courtis, que la falta de información frustra las posibilidades de su exigibilidad, ya que resulta imposible establecer una comparación entre una situación anterior y la posterior de adopción de medidas por parte del Estado. Un ejemplo de esto es la necesidad de un informe de impacto ambiental previo a la realización de obras que puedan afectar el medio ambiente.⁶

La cuarta y última función es la información como presupuesto del ejercicio de un derecho, el cual resulta ser una condición indispensable para el ejercicio de un derecho – autonomía. La información funciona como presupuesto de la posibilidad de una decisión racional por parte del titular de un derecho. Aquí

⁵ “Un ejemplo de esta función fiscalizadora lo constituye el acceso o publicidad de las declaraciones patrimoniales de los funcionarios públicos al momento de acceder a su cargo, que se justifica en tanto mecanismo de evaluación de transparencia y legalidad de la gestión individual de esos funcionarios” (Abramovich y Courtis; 2000:234). Además afirman que otro de los ejemplos que pueden resultar útiles para la comprensión de esa conceptualización es la utilización de información como mecanismo de evaluación de los resultados de políticas públicas.

⁶ Otro ejemplo “información de consumidores y usuarios, en los casos en los que se establecen parámetros de calidad del producto o servicio, tales como la protección de la salud y seguridad y la calidad y eficiencia de los servicios públicos” (Abramovich y Courtis; 2000:238).

explican, que en muchos casos el orden jurídico concede a los particulares un marco de posibilidades de acción o elección, y el ejercicio efectivo del derecho sólo tiene sentido en la medida de la existencia de información previa que haga posible una verdadera elección. Esto último, se encuentra relacionado directamente con la función de la información como presupuesto de exigibilidad de un derecho.

III. La Ley N° 27.275 de acceso a la información pública

La referida ley se sancionó en la Argentina el 14 de septiembre de 2016⁷ y, tal como se expresa en su primer artículo, tiene por objeto “*garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública*” y se basa en una serie de principios generales que en caso de potenciales conflictos entendemos que garantiza el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información.⁸

Se expresa a través del artículo 2° que el derecho de acceso a la información pública comprende “*la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y distribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el artículo 7° de la presente ley, con las únicas limitaciones y excepciones que establece la norma.*”

⁷ La discusión parlamentaria que culminó con la sanción de la ley que estamos analizando se originó a partir de un proyecto de ley que presentó el Poder Ejecutivo Nacional cuyo texto fue modificado. El secretario de asuntos políticos e institucionales dependiente del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación, Adrián Pérez sostuvo al presentar el proyecto que “es una herramienta que promueve la participación ciudadana (...) el control de la ciudadanía sobre los actos de gobierno, y que ayuda a un ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión. Para que haya libertad de expresión tiene que haber una contracara, que es un buen acceso a la información. En Espin Di Febo (2017) entre otras cuestiones se sistematizaron y analizaron los diferentes proyectos legislativos que abonaron a la discusión parlamentaria.

⁸ En ese sentido la ley enumera y explica los alcances de cada uno de los principios que se señalan: Presunción de publicidad, transparencia y máxima divulgación, informalismo, máximo acceso, apertura, disociación, no discriminación, máxima premura, gratuidad, control, responsabilidad, alcance limitado de las excepciones, in dubio pro petitor, facilitación y buena fe.

Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta ley.”

Consideramos que el concepto que se utiliza es bien amplio por lo que abarca una serie de posibilidades para efectivamente garantizar y poder ejercer el derecho de acceso a la información, a la vez que se señalan quienes son las entidades que están obligadas y se establecen taxativamente las posibles limitaciones para el ejercicio de ese derecho.

En ese sentido, en el artículo 7° se expresa quienes son los sujetos obligados a brindar información, entre los que se incluyen a la administración pública nacional –que comprende además a los organismos descentralizados-, el Poder Legislativo y los órganos que funcionan en su ámbito, el Poder Judicial de la Nación, los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa, el Consejo de la Magistratura, el Banco Central.

También se incluyen a las empresas y sociedades del Estado y las que el Estado tenga participación minoritaria –sólo sobre esa participación-, como así también los concesionarios, permisionarios y licenciatarios de servicios públicos o demás cuestiones que correspondan al ejercicio de la función administrativa delegada.

Como sujetos obligados el referido artículo comprende además los entes jurisdiccionales en que el Estado nacional tenga participación, las personas jurídicas públicas no estatales, fideicomisos y entes cooperadores sobre los recursos públicos recibidos.

El inciso j) también incluye a las organizaciones empresariales, partidos políticos, sindicatos, universidades y cualquier entidad privada a la que se le hayan otorgado fondos públicos, siempre en relación a la utilización de esos fondos.

Hasta la sanción de la presente ley regía el decreto 1172⁹ del año 2003 que sólo abarcaba al Poder Ejecutivo Nacional, por lo

⁹ Además de leyes específicas como la ley 25.152 de Administración Federal de los Recursos Públicos que en su artículo 8° establece que “La documentación de carácter físico y financiero producida en el ámbito de la Administración Nacional (...) tendrá el carácter de información

que consideramos que la enumeración que hace la presente ley de las diferentes instituciones estatales que son sujetos obligados, además de aquellas instituciones que si bien no son estatales pero reciben fondos públicos también están obligadas a brindar información sobre el destino de esos recursos son aspectos muy positivos, sobre todo si tenemos en cuenta que el artículo que estamos analizando considera que el incumplimiento de lo que establece la ley será considerado causal de mal desempeño.

Pero además, los artículos 28 y 30 de la ley establecen que cada uno de los sujetos obligados deberá nombrar un responsable de acceso a la información pública dentro de su jurisdicción. Es decir, se determina que en el ámbito del Poder Legislativo, Poder Judicial, en los Ministerios Públicos y en el Consejo de la Magistratura a partir de los noventa días de publicada la ley se deberán crear un organismo cada uno que se encargará de recibir y tramitar las solicitudes de información en sus respectivos ámbitos.

La ley bajo el título de “Transparencia activa” determina que la mayoría de los sujetos obligados para facilitar la búsqueda y el acceso a la información a través de su página oficial deberán volcar las informaciones más relevantes de una manera accesible.

Habíamos expresado que se establecen excepciones. El artículo 8° las señala taxativamente y se refieren a cuestiones que resultan razonables.¹⁰

pública y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla” y la ley 25.831 de Régimen de libre acceso a la información ambiental. Durante el gobierno de Macri también se sancionó el decreto 117/2017 “Plan de Apertura de Datos”, mediante el cual se propende a la “disponibilidad de los datos públicos en condiciones adecuadas para su uso y reutilización constituye un elemento catalizador para el fortalecimiento del proceso democrático, el desarrollo de políticas públicas basadas en la evidencia, la provisión de servicios públicos centrados en el usuario, y la promoción del desarrollo social, económico, científico y cultural de la Nación”, según se expresan en los fundamentos del decreto.

¹⁰ a) Información expresamente clasificada como reservada o confidencial o secreta, por razones de defensa o política exterior; b) Información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario; c) Secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado; d) Información que comprometa

En ese sentido entendemos que las restricciones que se plantean no entran en colisión con lo que plantea la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2012:12): *“En atención al principio de máxima divulgación, la ley debe garantizar que el acceso a la información pública sea efectivo y lo más amplio posible, y en caso de contemplar excepciones, éstas no deben convertirse en la práctica en la regla general. Asimismo, el régimen de excepciones debe ser interpretado de manera restrictiva y toda duda debe resolverse a favor de la transparencia y el acceso”*.

Es importante destacar que al finalizar el artículo que se refiere a las excepciones se expresa: “Las excepciones contenidas en el presente artículo no serán aplicables en casos de graves violaciones de derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad”.

El artículo 4° establece el principio de legitimación activa, ya que tanto las personas humanas como las jurídicas, públicas o privadas, tienen derecho a solicitar información no pudiéndose exigir al solicitante que motive esa solicitud, o que acredite

los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; e) Información en poder de la Unidad de Información Financiera encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información tendiente a la prevención e investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos; f) Información elaborada por los sujetos obligados dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquellos y que se refieran a exámenes de situación, evaluación de su sistema de operación o condición de su funcionamiento; g) Información elaborada por asesores jurídicos o abogados de la administración pública nacional cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adaptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación de algún delito u otra irregularidad o cuando la información privare a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; h) Información protegida por el secreto profesional; i) Información que contenga datos personales y no pueda brindarse aplicando procedimientos de disociación, salvo que se cumpla con las condiciones de licitud previstas en la ley 25.326 de protección de datos personales y sus modificatorias; j) Información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona; k) Información de carácter judicial cuya divulgación estuviera vedada por otras leyes o por compromisos contraídos por la República Argentina en tratados internacionales; l) Información obtenida en investigaciones realizadas por los sujetos obligados que tuviera el carácter de reservada y cuya divulgación pudiera frustrar el éxito de una investigación; m) Información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública.

algún interés legítimo o derecho subjetivo, o que deba contar con un patrocinio letrado.

Se tiene en cuenta la gratuidad en su artículo 6° al determinarse que toda la información que es requerida es sin costo, a excepción de su reproducción. Además se establece el principio de informalidad al señalarse en el artículo 9° que la solicitud de información se podrá “realizar por escrito o por medios electrónicos y sin ninguna formalidad a excepción de la identidad del solicitante”.

Sobre los plazos para obtener la información solicitada el artículo 11° señala que “toda solicitud de información pública (...) debe ser satisfecha en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles. El plazo se podrá prorrogar en forma excepcional por otros quince (15) días hábiles de mediar circunstancias que hagan razonablemente difícil reunir la información solicitada. En su caso, el sujeto requerido debe comunicar fehacientemente, por acto fundado y antes del vencimiento del plazo, las razones por las que hace uso de tal prórroga”.

Si se le negara la entrega de la información al solicitante, el artículo 14° indica que existen dos vías de reclamo, la judicial y la administrativa, sin que se requiera agotar la instancia administrativa para reclamar judicialmente, pudiéndose interponer un amparo para ejercer el derecho que consagra la ley.

Otro de los aspectos fundamentales de la ley es la creación de la Agencia de Acceso a la Información Pública. El artículo 19 establece que la agencia será un ente autárquico y funcionará con autonomía funcional en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional. Sus funciones serán las de velar por el cumplimiento de los principios y procedimientos que determina la ley, garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública y promover medidas de transparencia activa.

La agencia estará a cargo de un director que será nombrado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante un procedimiento de selección público, abierto y transparente que garantice la idoneidad del candidato, según lo que determina el artículo 20

de la ley, que también determina el forma para la selección del director, los requisitos y las incompatibilidades del mismo.

Su mandato durará por cinco años –teniendo la opción de ser reelegido por única vez- y sólo puede ser removido de su cargo por mal desempeño, por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes mediante la realización de un procedimiento que se establece en el artículo 27.

También se determina la creación del Consejo Federal para la Transparencia como organismo interjurisdiccional de carácter permanente, cuyo objetivo será el de cooperar técnicamente y concertar políticas en materia de transparencia y acceso a la información pública. Tendrá su sede en la Agencia de Acceso a la Información Pública y estará integrado por representantes de cada una de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires y será convocado y presidido por el Director de la Agencia de Acceso a la Información Pública.

Entendemos que la sanción de la presente ley constituye un acontecimiento muy positivo ya que salda una deuda pendiente en materia de libertad de expresión y constituye un aspecto muy importante para el ejercicio del derecho a la información.

También del análisis de su contenido, surge que ley en cuestión constituye una herramienta idónea para poder hacer efectivo el derecho de acceso a la información en virtud de sus postulados. En ese sentido, entendemos que su texto contiene en general aquellas cuestiones que desde la OEA se han promovido a través de la Ley Modelo.¹¹

Basterra (2017), quién en su trabajo valora positivamente el contenido de la ley que analizamos, expresa que el reconocimiento del derecho de acceso a la información a través de ese texto implica la concreción por añadidura de otros derechos fundamentales.

¹¹ Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información de la OEA, aprobada por AG/Res. 2607 (XL-O/10), del 8-6-2010, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AGRES_2607_XL-O-10_esp.pdf.

En ese sentido conlleva el reconocimiento y garantía de contribuir a la formación de una opinión pública libre, cuestión que se vincula el pluralismo político; permite la concreción del derecho a la libre expresión en su totalidad, ya que posibilita “acceder” a conocer como paso previo para la libre expresión; incide a favor del principio de autonomía personal, ya que se facilita la posibilidad de contar con más información para que cada persona pueda elegir; asegura la participación ciudadana en la toma de decisiones de la “cosa pública”, y por ende es determinante para el ejercicio de la democracia participativa, así como de la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales; permite el pleno ejercicio del principio de publicidad de los actos de gobierno y redundante a favor de la concreción del principio de transparencia de los actos de la administración, de gestión y de gobierno, indisolublemente ligado al control democrático sobre la actividad administrativa que deben realizar los habitantes de una nación; y, permite que la ciudadanía ejerza un verdadero control sobre el gobierno.

IV. Críticas y aportes a la discusión

IV.1. La discusión en el Congreso de la Nación

Si bien en general el proyecto que presentó el Poder Ejecutivo tuvo una amplia aceptación, varios legisladores mostraron su disconformidad con algunos de los postulados que se plantearon. A continuación reflejamos algunas de esas disidencias fundamentalmente a través del análisis de los dictámenes de los diputados:

Dictamen de los Diputados Gustavo Arrieta, Alejandro Abraham, Carlos Castagneto, Eduardo de Pedro, Luis Cigogna, Marcos Cleri, Diana Conti, Ana Gaillard, Adrián Grana, Carlos Kunkel y Analía Rach Quiroga: Se afirma que el derecho de acceso a la información en poder del Estado constituye un pilar fundamental del sistema democrático de gobierno y del Estado de derecho en el que hoy vivimos. Y esto es así, sostienen, porque uno de los fines que persigue el derecho de acceso a la

información pública consiste en permitir que todas las personas puedan tener a su alcance la información pública veraz y precisa en poder de los órganos del Estado a fin de poder participar en la vida democrática de éste.

Aquí es donde los diputados comienzan con su primera disidencia del proyecto de acceso a la información pública presentado por el Poder Ejecutivo fundamentando que *“el mantenimiento del sistema democrático no se agota en el mero conocimiento por parte de los particulares de la información que poseen o controlan los órganos del Estado a fin de controlar su actividad. Muchas veces la toma de una decisión requiere de la conjunción de una multiplicidad de factores y de información que excede el mero ámbito del gobierno involucrando información en manos de particulares siempre que la misma cumpla con determinadas características y no sea para fines individuales. Si el acceso a la información se configura como un derecho colectivo la información cobra un marcado carácter público o social”*.

Asimismo, hacen mención en su dictamen a que cuando nos referimos al acceso a la información pública se debe situar el foco de atención no en el poseedor de la información sino en la naturaleza de la información que se requiere, señalando que la regulación de este derecho debe buscar permitir una mayor participación de todas las personas en los asuntos de interés público, y esto sólo se puede lograr si se garantiza a todas las personas el acceso a toda aquella información cuyo contenido sea de interés general.

Por eso, proponen incorporar en el artículo 7º del proyecto “sujetos obligados” a las entidades privadas que, con o sin fines de lucro, tengan un fin público o posean información pública¹².

¹² El presente dictamen también proponía incorporar al inciso g) del artículo 7º con el fin de lograr mayor transparencia acerca de todo patrimonio estatal, debería abarcar a la totalidad de las empresas en las que el Estado tenga capital accionario o participación en la formación de decisiones y evitar la limitación a una participación mayoritaria por parte del Estado, afirmando que debería incluir a “las empresas, sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas

Dictamen Diputados Juan Pedrini, Jorge Franco y Analía Rach Quiroga: Proponen un acceso más transparente y para que la ley sea lo más representativa posible plantean una autoridad de aplicación diferente, que sea colegiada con representación política, judicial y académica.

También sostienen que la autoridad de aplicación debe quedar a cargo de una comisión de acceso a la información, integrada por cinco miembros: un comisionado a propuesta del Poder Ejecutivo Nacional, designado con acuerdo del Honorable Senado de la Nación por mayoría simple; un comisionado propuesto por uno o varios diputados y elegido por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, por mayoría simple; un comisionado propuesto por uno o varios senadores y elegido por el Senado, por mayoría simple; un comisionado por el ámbito académico propuesto y elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional y; un comisionado por el Poder Judicial a propuesta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, designado con acuerdo del Senado por mayoría simple. Destacando que cada comisionado durará cinco años en su cargo, pudiendo ser reelecto una vez.

También proponen que la presidencia de la comisión sea rotativa con duración de un año, considerando que se puede lograr una representación más amplia y garantía verdadera para las autoridades que velan por el derecho a la información.¹³

Dictamen Diputados Néstor David y Pablo Kosiner: Se propone una redacción alternativa de diferentes artículos. Por ejemplo en el 8° que se clarifique a través de qué instrumentos jurídicos pueden determinarse las excepciones, en el artículo 9° agregar quién es el responsable de emitir la respuesta ante la solicitud de información, que deberá ser la máxima autoridad

aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación en el capital accionario o participación en la formación de decisiones societarias”, cuestión que finalmente pudo plasmarse en el texto definitivo de la ley.

¹³ También el dictamen hacía referencia a la posibilidad que se pueda reclamar vía acción de amparo, algo que finalmente el texto definitivo de la ley contempla.

del organismo o entidad requerida, del artículo 15° proponen que para facilitar la presentación de los reclamos cuando se trate de sujetos requeridos en lugares donde no haya delegación de la Agencia de Acceso a la Información Pública, deberá posibilitarse la presentación del mismo ante el sujeto requerido, a fin de no obstaculizar o dificultar el derecho a efectuar los reclamos, debiendo remitirse el mismo a la Agencia de Acceso a la Información Pública en un plazo de cinco días.

También señalan que es necesario incorporar en el artículo 17° un motivo para fundamentar el rechazo de los recursos por incumplimiento para los casos en que los mismos se fundamenten en la entrega parcial de la información, a efectos de que la Agencia de Acceso a la Información Pública evalúe la integridad de la respuesta y se expida al respecto. Y en el artículo 27° se propone la incorporación de miembros de la oposición a la conformación de la comisión que conforme la autoridad de aplicación¹⁴.

Dictamen Diputados José Gioja y Héctor Tomas: Los diputados plantean que se profundice acerca de la condición de información reservada o clasificada, para lo cual probablemente haría falta pensar en un nuevo proyecto de ley específicamente ligado a esta materia. Además, manifestaron no estar de acuerdo con la autoridad de aplicación¹⁵.

Dictamen Diputados Hugo Marcucci y Mario Barletta: Los diputados proponen adicionar en el artículo 6° que los costos no podrán exceder los valores reales de reproducción de la información requerida. Y en el artículo 7° agregar en la enumeración

¹⁴ También se proponía en ese artículo la siguiente redacción que finalmente fue receptada en forma positiva: "Artículo 27: Remoción del director de la Agencia de Acceso a la Información Pública. El funcionario a cargo de la Agencia de Acceso a la Información Pública podrá ser removido por mal desempeño, por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes".

¹⁵ Con respecto al artículo 11° en relación al pedido de información consideran que debe consignarse un plazo de quince días desde la presentación del particular, independientemente de la remisión del pedido que realicen los organismos intervinientes, algo que finalmente fue receptado.

de los sujetos pasivos, a las provincias y municipios, y sus respectivos poderes y órganos, como también al final incorporar que la información considerada como reservada permanecerá con tal carácter hasta un período de 10 años. El período de reserva podrá extenderse sobre cierta documentación cuando permanezcan y se justifiquen las causas que le dieron origen.

Con respecto al artículo 9° sugieren adicionar que será responsabilidad de la autoridad de aplicación instrumentar los medios necesarios para garantizar el ejercicio regular del presente derecho al solicitante que no pueda o no sepa darse a entender por escrito. Proponiendo además agregar al final que los sujetos pasivos, no podrán invocar ninguna de las excepciones enumeradas en esta ley cuando la información solicitada se refiera a violaciones de derechos humanos o sea relevante para investigar, prevenir o evitar violaciones de los mismos, cuestión que como expresamos se tuvo en cuenta en el texto de la ley.

Por otro lado, con respecto al artículo 18° indican la incorporación de la responsabilidad de entes privados, explicando que serán sancionados con multa de \$ 1.309.273 a \$261.864.600, esto sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal en la que pudieran incurrir las personas físicas requeridas.

Además, se refieren también a la autoridad de aplicación de la ley, sugiriendo agregar que no podrán ser designados quienes en los últimos diez años hayan ocupado cargos públicos con responsabilidad jerárquica en los órganos que se encuentran como sujetos pasivos de la ley. Además se propone modificar la forma de designación y remoción de los directores de la autoridad de aplicación, proponiendo agregar al final del título III “Los sujetos pasivos enumerados en la presente ley deberán contribuir a la generación de información de calidad, a su gestión, procesamiento para la generación de conocimiento, y evaluación de la gestión pública, así como también incentivar la promoción del derecho de acceso a la información y la cultura de la transparencia y su accesibilidad.

De la misma forma, Mercucci y Barletta agregan que “deberán proponer al Ministerio de Educación la inclusión de contenidos sobre la importancia social del derecho de acceso a la información en los planes y programas de estudio en todos los niveles educativos; promover la inclusión de actividades curriculares y extracurriculares en los programas de estudio de instituciones educativas públicas y privadas que generen interés y participación en la temática; promover la instalación en las bibliotecas públicas y populares de todo el país ordenadores informáticos que faciliten el ejercicio del derecho derivado de las obligaciones de transparencia a que se refiere esta ley.”¹⁶

Dictamen Diputada Ana Carrizo: Propone modificaciones en el artículo 23 que define los requisitos e incompatibilidades, indicando la exclusión de la edad puesto que constituye un acto discriminatorio e infundado, así como también el requerimiento de título universitario. Lo que debe considerarse y probarse es la idoneidad. También con respecto al director a designar la diputada propone que la condición del mismo es no haber desempeñado cargos electivos.

IV.2. El rechazo al proyecto

Diputado Néstor Pitrola: fue el único que se mostró en disconformidad en su totalidad con el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo. Su fundamentación parte de considerar que el proyecto que se estaba discutiendo no se basaba en consagrar el acceso a la información pública, sino que la característica principal era la consagración de las excepciones, consignadas en su artículo 8º, de un conjunto de secretos que hacen a la esencia de un Estado opuesto a la sociedad y sus derechos, y que obstruyen la participación de ésta en la toma de decisiones en defensa del interés nacional, y de los trabajadores que producen su riqueza social.

¹⁶ En el artículo 24º, inciso q), proponen modificar la redacción por la siguiente manera “Establecer las sanciones administrativas pertinentes en los casos de incumplimiento de las disposiciones de la presente ley”, algo que finalmente se plasmó en el texto legal.

Afirma que el artículo 8° “se exceptúa de proveer la información cuando sea considerada como reservada o confidencial o secreta, por razones de defensa o política exterior. De acuerdo a esta excepción no podríamos pedir por la apertura de los archivos sobre el atentado a la AMIA acaecido hace 22 años, tal como las organizaciones de familiares de las víctimas vienen reclamando (...) la apertura de los mismos podría develar que el atentado a la AMIA fue el emergente de un sistema que entrelaza en la ilegalidad, la corrupción, la conspiración y el terrorismo y el papel que jugaron efectivamente una serie de protagonistas”.

Del mismo modo, hace referencia al mismo artículo cuando se exceptúa de brindar la información a lo que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario, fundamentando que se está buscando defender el secreto bancario por el cual se fuga dinero a cuentas suizas o las revelaciones de los Panamá Papers. Por esto, es que explica que es necesario derogar el secreto bancario, para empezar el de las entidades estatales y los funcionarios públicos.

Del mismo modo, siguiendo con el mismo artículo que establece las excepciones, Pitrola afirma que “otra muestra de lo que constituye la privación real del acceso a la información está planteada en la excepción sobre secretos industriales, comerciales, financieros. Por este inciso el gobierno estaría autorizado a mantener el secreto del acuerdo colonial YPF-Chevron”.

Además, hace referencia que el proyecto de ley se trata de una ley ornamental democratizante, para maquillar a un Estado que cada día se evidencia como más conspirativo, más represivo y más imbricado y dependiente de los grupos económicos.

Por esto, Pitrola va a proponer los contenidos mínimos que debería contener un proyecto de ley para democratizar la obtención de información pública. Menciona que se debe proceder a la apertura de los archivos de la totalidad de los organismos de la administración pública y de las fuerzas de seguridad del Estado, así como de las empresas y sociedades del

Estado, que abarcan a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias; sin excepciones de ningún tipo.

También, manifiesta que se debería establecer la anulación del secreto bancario para la banca pública y privada y disponer la apertura de sus libros; prohibir el secreto industrial y promover la apertura de los libros de las empresas privadas al control de sus trabajadores; transferir el control del INDEC a una comisión electa por sus trabajadores que abra la información procesada por el instituto al escrutinio popular (sindicatos, federaciones estudiantiles, etcétera).

De igual forma, se debería proceder a la apertura de los libros de la ANSES a comisiones de control elegidas democráticamente por los jubilados y trabajadores activos; abrir el conjunto de la información de todos los entes autárquicos y empresas estatales (YPF, FF.CC., Aerolíneas, etcétera) al acceso ciudadano, a través de comisiones de control elegidas democráticamente por sus trabajadores y usuarios; asistencia obligatoria de los funcionarios, incluidos ministros y eventualmente el presidente de la Nación, a citatorios de interpelación por la Cámara de Diputados; apertura de los libros de registro de las comisarías a comisiones vecinales electas democráticamente y crear una agencia de acceso a la información pública independiente del Estado, electa por voto popular.

IV.3. El debate en el Senado

Cuando el proyecto Ley de Acceso a la Información Pública pasó a la Cámara de Senadores, en el debate realizado el 6 de septiembre de 2016, se solicitaron varias modificaciones al proyecto aprobado en la Cámara de Diputados. El más importante fue referido a los sujetos obligados a brindar la información, donde varios manifestaron que no deben estar exentos aquí

las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, donde fue tomado como ejemplo explícito el caso YPF - Chevron.

La Senadora Carmen Crexell señaló, que si “YPF no quiere dar información, que se ampare en las excepciones que están contempladas respecto de la calidad de la información y no de la naturaleza del sujeto”.¹⁷

El Senador Fernando Solanas, se expresó también con respecto al caso: “YPF es una sociedad con mayoría estatal y, además, los argentinos pagamos seis mil millones de dólares para recuperar el 51 por ciento de YPF. Y lo que eso oculta es el objetivo de sacar del control público” y, además señaló que “si nosotros sacamos del control público las grandes operaciones que realizan las empresas públicas o las empresas sociedades anónimas con mayoría estatal, la verdad que no sé qué es lo que nos queda, porque YPF ha escapado al control de la Auditoría General de la Nación”.¹⁸

Asimismo, sostuvo que el proyecto tal como fue girado por la Cámara de Diputados necesita correcciones, y fundamenta que, no se puede negar acceso a la información pública de las contrataciones que realicen las empresas del Estado: “cuando se oculta la información de grandes contratos, el contrato de Chevron-YPF (...) no se oculta por los problemas técnicos geológicos y la fórmula de la Coca Cola, sino porque hay manejos y cláusulas lesivas al interés de la Nación.”¹⁹

Ambos senadores manifestaron que se debería sacar el inciso m) del artículo 8° “información cuyo acceso requiera un procedimiento específico previsto por una ley dictada con anterioridad a la sanción de la presente”.

Otro punto controversial fue la designación y remoción del Director de la Agencia de Acceso a la Información Pública. El Senador Alfredo Héctor Luenzo manifestó que el director de la

¹⁷ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores (7 de septiembre de 2016).

¹⁸ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores (7 de septiembre de 2016).

¹⁹ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores (7 de septiembre de 2016).

Agencia es designado por el Poder Ejecutivo, pero puede ser removido por una bicameral, fundamentando, que si puede esa bicameral removerlo por qué no designarlo. También se referirá a la representación de la Agencia, proponiendo que no sólo sea del Poder Ejecutivo, sino también del Legislativo y el Judicial.

Ante esto, el cambio que se establece es que el Director de la Agencia seguirá siendo designado por el Poder Ejecutivo, pero con acuerdo del Senado de la Nación.

Por otro lado, también se eliminó el artículo que destaca que podrá ser designado como Director quien haya ejercido cargos políticos o partidarios.

Por todo lo planteado en la Cámara de Senadores el proyecto con modificaciones se remitió a la Cámara de Diputados, y el 14 de septiembre de 2016, dicha Cámara rechazó las modificaciones propuestas y aprobó la Ley de acceso a la información pública con 186 votos a favor y sólo 16 en contra.

IV.4. Opinión de las organizaciones de la sociedad civil

Creemos importante destacar que algunas organizaciones levantaron su voz con respecto al proyecto inicial que presentó el Poder Ejecutivo. Muchos colectivos defensores de los derechos humanos y ONGs plantearon modificaciones al texto original del proyecto, fundamentando que tenían como objetivo lograr un mejor acceso a la información pública.

Desde el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) entre varias modificaciones, se hacía referencia a la selección y remoción de los integrantes de la Agencia de Acceso a la Información Pública, donde consideraban que era necesario que la Agencia sea conducida por un cuerpo colegiado que asegure una representación más plural que la contenida en el proyecto del Ejecutivo y, en lo que respecta con la remoción de los directores, proponían que en el procedimiento intervenga una Comisión Bicameral, como finalmente se consignó en el texto de la ley.

Otras organizaciones como la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), el Directorio Legislativo, la Asociación de los Derechos Civiles (ADC), el Foro de Periodismo Argentino (FOPEA), la Fundación Conocimiento Abierto, Poder Ciudadano y Datos Concepción se manifestaron en conjunto y mostraron desacuerdos con algunos puntos del proyecto de la ley, entre ellos, hicieron mención a la falta de independencia que podía tener el Director de la Agencia de Acceso a la Información, ya que no se establecían garantías suficientes para asegurar la independencia e idoneidad de su titular, porque sólo existirá la remoción por causales de mal desempeño.

La justificación de la modificación se basaba en que esta regulación no brindaba las garantías mínimas de independencia necesarias para un órgano de control de esta naturaleza e importancia, al dejar en manos del Poder Ejecutivo la decisión sobre la remoción del titular de la Agencia, dado que el Poder Ejecutivo es un sujeto obligado a suministrar información, y a la vez tendría la potestad de designar y remover al órgano encargado de obligarlo a brindar información en caso de que se negara, contraviniendo el principio básico en materia de control público.

Dichas organizaciones sugirieron un proceso de designación que cuente con una instancia de concurso público de oposición y antecedentes y que, tanto en el caso del órgano garante del Poder Ejecutivo como del Legislativo, Judicial y Ministerio Público, se aseguren procedimientos de designación y remoción complejos que involucren la participación de más de un poder.

En referencia al artículo 23°, sobre los requisitos que debe cumplimentar el Director para ser designado, sugieren que la persona elegida debería no sólo tener título universitario o ser argentino, entre otros requisitos que se imponen, sino también demostrar antecedentes que acrediten la idoneidad para el ejercicio del cargo. Por ello, las organizaciones manifiestan que consideran necesario que se incorporen mayores precisiones para asegurar que el Director de la Agencia cuente con probada

experiencia y trayectoria profesional en materia de acceso a la información pública, así como también un fuerte compromiso con la temática y con los valores democráticos.

Por otro lado, en relación a la negativa de entregar la información, al igual que varios legisladores y como finalmente quedó plasmado en el texto legal, se proponía expresamente a la acción de amparo como vía para realizar el reclamo, por considerar que se trata de la vía más adecuada y rápida para exigir la reparación de un derecho constitucional violado ante los actos u omisiones del Estado.²⁰

También, hicieron referencia al artículo 28° que establece que el Poder Legislativo, el Judicial, y el Ministerio Público crearán un organismo autónomo con competencias semejantes a los de la Agencia de Acceso a la Información, y sugieren aquí que sea la propia ley la que cree los órganos garantes en cada poder y no supeditar su creación, ya que fundamentan, el Congreso está facultado a hacerlo a través de esta norma sin afectar la independencia de otros poderes.

En relación al artículo 8° que explicita las excepciones, se proponía la modificación de algunos incisos, entre ellos el referido a la información confidencial y reservada, donde manifestaron que era necesario que para considerar una información de ese tipo se exigiera la existencia de una ley que así lo indique, por ello proponían que la categoría de información secreta debería ser eliminada. También señalaron que el inc. b) referido a la información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario, se debería

²⁰ Se expresaba que la acción de amparo permitiría evitar discusiones dilatorias en sede judicial respecto a la vía procesal correspondiente y seguiría la línea establecida en los casos "ADC c/ Estado Nacional - PAMI", "CIPPEC c/ Estado Nacional - Min. Desarrollo Social" y "Giustiniani, Ruben c/ YPF S.A. s/ amparo por mora", respecto a la admisibilidad del amparo como vía procesal más idónea. Y además señalan que servirá para asegurar más adecuadamente la tutela judicial el establecimiento de un procedimiento específico de amparo por acceso a información pública, que reduzca las formalidades necesarias para interponer la acción, acote los plazos de tramitación y resolución, y establezca expresamente la gratuidad de la vía judicial.

establecer qué tipo información se trata y qué tipo de riesgos al correcto funcionamiento del sistema justificaría la restricción de la información, fundamentando que deberían haber mayores precisiones al respecto. En relación al inc. e.) vinculado a la información en poder de la Unidad de Información Financiera encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información tendiente a la prevención e investigación de la legitimación de activos proveniente de ilícitos, sostuvieron que ese tipo de información a la que no se puede acceder públicamente debería ser acotada sólo a aquella cuya publicidad pudiera poner en riesgo real una investigación que se esté llevando adelante o esté protegida por el secreto fiscal o bancario.

Por otro lado, con respecto al artículo 9° sobre solicitud de información, dichas organizaciones consideraron que no debería consignarse la identificación personal del requirente, ya que el último párrafo de dicho artículo establece que se entregará al solicitante una constancia del trámite, y que eso puede servir a los efectos del seguimiento y eventual judicialización del requerimiento. También, se refieren a las solicitudes de información, y explican que se debería contemplar además del medio escrito y electrónico, la presentación verbal u oral, en persona o por teléfono. Además, en relación al trámite proponen que por cada pedido de información, al requirente le sea asignado un número de expediente, para asegurar que el solicitante pueda realizar un seguimiento y eventualmente iniciar el reclamo.

Sobre el artículo 11° que define los plazos propusieron que no se encuentran razones por las cuales el mismo deba ser extendido más allá de los diez días, fundamentando que quince son demasiados. Además, sobre el artículo 10° donde se establece que, si el sujeto al que se dirige la solicitud no tiene competencia para responderla, éste deberá remitirla a la Agencia de Acceso a la Información Pública e informar sobre ello al solicitante, explican, no establece el plazo del que dispondrá el sujeto requerido para cursar esa solicitud al órgano correspondiente; por ello proponen que se debería establecer un plazo máximo para reenviar la solicitud al sujeto competente, período

que no deberá superar la mitad de los días hábiles que establezca la ley para responder a los pedidos.

Por último, desde la Coalición por una Comunicación Democrática frente a la discusión parlamentaria se propuso que la autoridad de aplicación de la ley no fuera unipersonal sino un cuerpo colegiado compuesto por tres representantes de cada uno de los poderes del Estado, más un representante de la sociedad civil y otro del ámbito académico. Se proponía que el director de la agencia que crea la ley no sea el presidente del Consejo Federal asesor sino que sea otro de sus integrantes.

Sobre las acciones tendientes a la difusión del acceso a la información entre la población, desde la Coalición destacaron que “resultaba llamativo que el texto proveniente de la Cámara Baja contemplara como única acción la ‘provisión [por parte de la Agencia] de un canal de comunicación con la ciudadanía’, lo cual, explicamos, no resultaba preciso ni suficiente”, además de señalar que en las capacitaciones que se planteaban no estaba claro si se realizarían para los empleados del organismo de aplicación o para los empleados de la administración en general.

Finalmente, en relación a los pedidos de acceso, se propuso que para el diseño de los trámites se tenga en cuenta el caso de los diferentes grupos sociales que poseen condiciones de vulnerabilidad “de modo que ningún impedimento físico, material o de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación fuese un obstáculo para el pedido”, haciendo hincapié a la cuestión de la accesibilidad.

V. *Excursus* sobre la implementación de la Ley de Acceso a la Información

Si bien el reconocimiento de un derecho a través de la sanción de una ley es un paso muy importante, sobre todo si la misma de acuerdo a su contenido efectivamente propende al ejercicio pleno del derecho, entendemos que para que ello ocurra también se debe analizar la implementación de la

norma, es decir, se debe considerar cómo es la actuación del Poder Ejecutivo a la hora de efectivizar ese derecho.²¹

Pasados seis meses de la sanción de la ley 27.275, el ejecutivo nacional la reglamentó a través del decreto 206/2017. En el mismo se establece que la autoridad de aplicación de la ley actuará en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, haciéndose mención en el resto del decreto de diferentes cuestiones propias de una norma de esas características que no requieren mayor análisis²². Consideramos que la integración de la AAIP dentro de esa estructura es un retroceso ya que el artículo 19 de la ley tal como fue sancionada y promulgada la establecía “como ente autárquico que funcionará con autonomía funcional en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional”.

Por otra parte, el decreto de necesidad y urgencia 746/2017 modificó la Ley de Ministerios y en lo que nos compete para nuestro análisis modificó la ley 27.275 estableciendo que la Agencia de Acceso a la Información se convierte también en la Autoridad de Aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales 25.326.

²¹ Además por supuesto del análisis jurisprudencial. Entendemos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la vigencia del derecho de acceso a la información en los casos que ha intervenido, más allá que como hemos expresado existía solo un decreto referido a la información que se podía generar desde la administración pública. Ver por ejemplo los fallos: “Asociación de Derechos Civiles c/ EN PAMI (dto. 1172/03) s/amparo Ley 16.986, Buenos Aires, 4 de diciembre de 2012; “CIPPEC c/ EN - MO Desarrollo Social -dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986”; Buenos Aires, 26 de marzo de 2014; Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F S.A. s/ amparo por mora”, Buenos Aires, 10 de noviembre de 2015; “Garrido, Carlos Manuel c/EN AFIP s/ amparo ley 16.986”, Buenos Aires, 21 de junio de 2016; Fallo caratulado “Stolbizer, Margarita c. EN - M. Justicia DD.HH. s/ amparo ley 16.986”, Buenos Aires, 1 de septiembre de 2015; “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Inspección General de Justicia s/ amparo ley 16.986”; Buenos Aires, 14 de octubre de 2014. Desde la sanción de la ley que es objeto de nuestro trabajo no se han suscitado controversias en las que se haya expedido el máximo tribunal.

²² De todas formas es interesante que se establezca que toda información reservada, confidencial o secreta se mantendrá en ese estado durante diez años desde su producción, salvo que exista indicación en contrario.

Transcurrido casi un año de la sanción de la ley, y luego que se realizara el procedimiento por ella previsto, a través del decreto 685/2017 se designó a Eduardo Andrés Bertoni como director de la Agencia de Acceso a la Información Pública, tal como había propuesto el Poder Ejecutivo Nacional.

El solo hecho que haya sido Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, entre otros antecedentes, implica que sea idóneo para el cargo y nos exime de mayores comentarios al respecto.

Si bien no cuenta con una página web específica, dentro del portal general del gobierno se puede acceder a la normativa, resoluciones, organigrama, el balance de gestión que el director debe presentar, tal como prescribe la ley, entre otras informaciones.²³

En el sitio web también se consignan los responsables de acceso a la información de las dependencias que constituyen los sujetos obligados según establece la ley y los responsables de las provincias, cuestión que creemos positivo ya que es una forma de que la ley se opere. Se señala además mediante la confección de gráficos el nivel de cumplimiento de los diferentes organismos centralizados en cuanto a la transparencia activa, es decir, el nivel de publicación de los diferentes datos tal como prescribe la ley e hicimos referencia al describir el articulado.

Se consignan también los organismos²⁴ que no cumplen con los requerimientos de acceso a la información como también

²³ <https://www.argentina.gob.ar/aaip>

²⁴ Al momento de culminar el presente trabajo (septiembre de 2019) los siguientes organismos han sido señalados por la propia AAIP por incumplir el pedido de acceso a la información: la AFIP en cinco oportunidades, la empresa Edesur, las Secretarías de Gobierno de Salud y General de la Presidencia, los ministerios de Educación y Seguridad, Radio y Televisión Argentina, Administración Nacional de Aviación Civil y el Banco de Inversión y Comercio Exterior. Se debe tener en cuenta, tal como se señala en la página web, que los sujetos obligados una vez que remiten la información luego de ser intimados y mencionados en el listado son retirados del sitio.

se publican los dictámenes²⁵ de los casos que si se resuelven, aunque no se publica la información que oportunamente se ha solicitado. Consideramos que al tratarse de información pública la misma debe ponerse a conocimiento de la ciudadanía en general, independientemente de quién efectúe el pedido, ya que al iniciar los trámites ante la AAIP se presume que esa información ha sido de difícil acceso.

En cuanto a los modos de solicitar información, se especifica que se puede realizar personalmente, vía correo postal o mediante la web.

En sentido, en Torres Molina (2018) se hacía referencia que para solicitar información vía web se debía contar con la clave fiscal que se solicita ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, cuestión que despertaba dos tipos de reflexiones: Por un lado, ese requisito y esa modalidad no estaba consignada ni en la ley ni en el decreto reglamentario y no abonaba al principio de informalismo. Por otra parte, el hecho de que aquella/os que deseen ejercer el derecho de acceso a la información debían acudir al organismo recaudador implicaba problematizar sobre la concepción de ciudadanía en tanto se consideraba a los ciudadanos como tales en tanto sean consumidores, además que la propia AFIP no había respondido pedidos de acceso a la información. Pero ese procedimiento se simplificó y en la actualidad el pedido de información no se realiza mediante la clave fiscal, cuestión que celebramos.

El periodista Sebastián Lacunza en un artículo de mayo de 2018, además de señalar lo dificultoso que resultaba realizar un pedido de acceso a la información a través del mecanismo descrito anteriormente, relata el pedido que él mismo realizó para solicitar información a la ANSES sobre una comisión que ese organismo pagó a un fondo de inversión. Como las respuestas que brindó el organismo no fueron las adecuadas el periodista acudió a la AAIP que emitió un dictamen donde se señala que

²⁵ Al 18 de julio del 2018 se han realizado 133 reclamos, dato que no figura en la web pero que desde la AAIP nos han comunicado vía correo electrónico.

la pregunta fue contestada “de buena fe” y acusó al solicitante de pretender abusar de ese derecho.

En definitiva, en ese caso desde las diferentes instancias estatales no resolvieron el nunca esa solicitud de acceso a la información y si el periodista finalmente pudo averiguar el monto que pagó la ANSES en concepto de comisión –casi 2 millones de pesos- fue por otras fuentes y no por ejercer el derecho de acceso a la información.

A nivel judicial, encontramos en la causa “*Murua, Manuel Eduardo y otro c/ EN s/ Amparo Ley 16.986*” (Expte. N° 47456/2018) que 4 de octubre de 2018 la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó sentencia confirmando el rechazo de la demanda promovida por el actor y una cooperativa de trabajo (IMPA) con el objeto que el Poder Ejecutivo Nacional provea información pública vinculada con el empréstito contraído con el Fondo Monetario Internacional en junio de 2018.

No vamos a describir aquí las distintas instancias procesales que esa causa tuvo, pero nos parece importante resaltar que el rechazo al pedido de acceso a la información estuvo motivado por cuestiones de forma, en el sentido que quienes promovieron el amparo no agotaron la vía administrativa –ya nos hemos referido a esta cuestión al describir el articulado y el debate parlamentario- y el resultado en última instancia ha sido que el derecho que estamos trabajando en el presente artículo no ha sido garantizado²⁶.

²⁶ En la demanda se afirma: “Lejos de olvidar que la ley en la materia exige acudir primero a la instancia administrativa, abordamos en extenso dicha exigencia para demostrar que en este caso, a modo de excepción, no correspondía su aplicación por su inutilidad y por la urgencia del caso. Entre otras cosas, ofrecimos prueba para demostrar que diversos funcionarios del PEN y legisladores del oficialismo habían afirmado públicamente que el crédito en cuestión no será sometido a aprobación del Congreso de la Nación en virtud de que la ley de administración financiera así lo permitiría por ser Argentina miembro del FMI (art. 60, último párrafo, de la Ley N° 24.456). También señalamos que el PEN no ha puesto a disposición el expediente o los expedientes, ni el propio contrato, en base a los cuales se habría perfeccionado el empréstito. Y sostuvimos que para tener esa discusión social con

VI. A modo de conclusión

De lo expuesto surge que la sanción de la Ley de Acceso a la Información Pública constituye acontecimiento muy positivo ya que salda una deuda pendiente en materia de libertad de expresión y del análisis de su contenido surge que ley en cuestión constituye una herramienta idónea para poder hacer efectivo el derecho de acceso a la información, más allá que los argumentos esgrimidos por legisladores que cuestionaron algunas de las omisiones que tuvo la ley –y que hemos señalado- la hubieran enriquecido, como así también los aportes que se realizaron desde las organizaciones de la sociedad civil.

El texto legal recoge los estándares elaborados por el sistema interamericano de derechos humanos y más allá de las críticas señaladas la implementación de la norma puede permitir el efectivo ejercicio de ese derecho.

El éxito o el fracaso de la ley dependerá de la ciudadanía en relación a si toma para sí esa herramienta para permitir el ejercicio de otros derechos, que en definitiva es el objetivo fundamental de la vigencia del derecho de acceso a la información.

Pero para que ello ocurra, es responsabilidad del Estado primero sensibilizar y difundir sobre la existencia de la ley, realizar campañas de concientización y difusión a través de diferentes dispositivos para que la ciudadanía primero conozca y luego se apropie de ese derecho, cuestión que a tres años de su sanción todavía está ausente. Y en segunda instancia, y también es responsabilidad estatal, capacitar a las diferentes

un mínimo de seriedad, era esencial (y lo sigue siendo) disponer de la información que pedionamos de manera urgente y sin exigirnos transitar por una instancia administrativa que, a la luz de dichas declaraciones y de la prueba acompañada en el expediente, se mostraba a todas luces inútil". Toda la información de esta controversia se encuentra en: https://classactionsargentina.com/2019/04/30/la-sala-iii-de-la-cncafed-confirio-el-rechazo-de-un-pedido-de-acceso-a-informacion-publica-para-conocer-el-contrato-y-las-condiciones-de-toma-del-credito-con-el-fondo-monetario-internacional-por-la-su/?fbclid=IwAR3jViuBQWaXkDxwJe7fMGXkvO6ZmiGk_QjwIEJOC2nZTQD5gYs22vkmkXM

estructuras gubernamentales para que puedan garantizar ese derecho y cumplir con sus obligaciones legales.

En ese sentido, si bien la sanción de una ley como la que describimos en este trabajo es un paso muy importante, su sola existencia no garantiza el real ejercicio del derecho de acceso a la información.

VII. Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Curtis, Christian (2000): “*El acceso a la información como derecho*”. En Duhalde, Eduardo Luis (Editor). Anuario de derecho a la comunicación. Buenos Aires, Siglo XXI de argentina editores. Catálogos, pp.223 – 256.
- Basterra I. Marcela (2012): *Conflicto entre derechos fundamentales: Derecho a la información vs Derecho a la intimidad*. Rubinzal-Culzoni .
- Basterra I. Marcela (2017) : La Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública. Una deuda saldada. *Revista de Derecho Público* N°1 (11-42) – Rubinzal Culzoni.
- Bravo, Paula (2007): El derecho de acceso a la información pública es un derecho de incidencia colectiva- *Revista Jurídica de UCES* n° 11.
- Cámara de Senadores de la Nación. Versión taquigráfica “Reunión Plenaria de las Comisiones de Asuntos Constitucionales, de Presupuesto y Hacienda y de Justicia y de Asuntos Penales”. 1 de junio de 2016.
- Cámara de Diputados de la Nación. Sesiones Ordinarias, Orden del día N° 23. Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Presupuesto y Hacienda. 22 de abril de 2016.
- Centro de estudios legales y sociales (CELS) (2016): “*Propuestas de modificación al Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública*” (Recuperado el día 10 del mes 09 de 2018 de http://www.cels.org.ar/common/20160420%20CELS_Propuestas_modificaci%C3%B3n_Ley_Acceso_Informaci%C3%B3n.pdf).
- Coalición por una Comunicación Democrática (2016): “*Debate en torno a la sanción de la Ley 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública*”. (Recuperado el día 10 del mes 09

- de 2018 de <http://www.coalicion.org.ar/debate-en-torno-a-la-sancion-de-la-ley-27-275-de-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica/>)
- Eliades, Analía (2013): “El derecho de acceso a la información pública. Derecho humano e indivisible y mecanismo de realización de la vida democrática”. En *Diálogos de la comunicación* (Felacacs), edición 87 diciembre.
- Espin Di Febo, Elena: *Comunicación social y derecho: un análisis de su relación a partir del derecho de acceso a la información*. Tesina de grado para obtener la licenciatura en Comunicación Social, UNRN, 2017. Director: Javier Torres Molina.
- Espin Di Febo, Elena; y Torres Molina, Javier (2018): “*Acceso a la información: Un análisis de la ley 27.275*”. Ponencia presentada en el Encuentro Nacional de Carreras de Comunicación (ENACOM 2018), organizado por la Federación Argentina de Carreras de Comunicación (FADECCOS) y la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN), Olavarría, 19 de septiembre.
- Lacunza, Sebastián: “*Acceso a la información: de la celebración inicial al laberinto y las trabas*”. Letra P, 20 de mayo de 2018. (Recuperado el día 10 de junio de 2018 de: <https://www.lettrap.com.ar/nota/2018-5-20-12-11-0-acceso-a-la-informacion-de-la-celebracion-inicial-al-laberinto-y-las-trabas>).
- Loreti, Damián (1997): *El derecho a la información*. Buenos Aires: Paidós.
- Pierini, Alicia y Lorences, Valentín (1999): *Derecho de acceso a la información. Por una democracia con efectivo control ciudadano*. Editorial Universidad, Buenos Aires.
- Torres Molina, Javier (2018): *Paradojas del acceso a la información. Suplemento La Ventana, Medios y Comunicación de Página 12*, 25 de julio. (Recuperado el día 10 del mes 09 de 2018 de <https://www.pagina12.com.ar/130596-paradojas-del-acceso-a-la-informacion>).

Desarrollo institucional y legal de la Seguridad Social en Argentina

Institutional and legal development of Social Security in Argentina

Desenvolvimento institucional e jurídico da Previdência Social na Argentina

Développement institutionnel et juridique de la sécurité sociale en Argentine

阿根廷社会保障的制度和法律发展

Diego Gabriel Presa¹ | Universidad Nacional de La Plata,
Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 345-357

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e340>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3315-9301>

Recibido: 07/06/2019

Aprobado: 25/09/2019

Resumen: El presente se corresponde no solo con la historia y evolución del derecho previsional en la República Argentina, sino también con su historia institucional legal, desde comienzo de nuestra historia como Nación hasta nuestros días, llegando a la ley 24241 y sus modificatorias que han permitido incluir bajo planes de moratorias previsionales, un porcentaje cercano al 97% de la población de adultos mayores.

Palabras claves: ley 24241 - ley 24463 - solidaridad previsional - jubilaciones - ANSeS - moratorias - ley 27260 - reparación histórica - adultos - mayores

¹ Abogado en derecho previsional, profesor adjunto de Historia Constitucional de FCJ y S de UNLP, asesor de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. dgpresa@yahoo.com.ar

Abstract: The present corresponds not only with the history and evolution of pension law in the Argentine Republic, but also with its legal institutional history, from the beginning of our history as a Nation to our days, arriving at Law 24241 and its amendments that have allowed to include under pension moratorium plans, a percentage close to 97% of the population of older adults.

Keywords: law 24241 - law 24463 - social security solidarity - pensions - ANSeS - moratoriums - law 27260 - historical repair - adults - seniors

Resumo: O presente corresponde não somente com a história e evolução do direito previdenciário na República Argentina, senão também com sua história institucional legal, desde o início de nossa história como nação até nossos dias, alcançando a Lei 24241 e suas emendas que nos permitiram incluir sob planos de moratória previdenciárias, um percentual próximo a 97% da população idosa.

Palavras-chave: lei 24241 - lei 24463 - solidariedade previdenciária - aposentadoria - ANSeS - moratórias - lei 27260 - reparação histórica - adultos - idosos

Résumé: Ce travail n'est pas seulement le récit historique de l'évolution du droit des pensions en République d'Argentine, mais aussi celui de son histoire institutionnelle juridique, depuis le début de notre histoire en tant que nation jusqu'à nos jours, jusqu'à la loi 24241 et ses modifications qui nous ont permis d'inclure dans le cadre de plans de moratoire sur les pensions, un pourcentage proche de 97% de la population de personnes âgées.

Mot-clés: loi 24241 - loi 24463 - pension solidaire - retraite - ANSeS - moratoires - loi 27260 - réparation historique - adultes - seniors

摘要: 目前,这不仅与阿根廷共和国的退休金法的历史和演变有关,而且还与从我们作为国家的历史到今天的第24241号法律及其修正案相关的法律制度的历史。允许将其纳入养老金计划,这一比例接近老年人口的97%。

关键字: 24241号法律-24463号法律-退休金团结-退休--暂停-27260号法律--成人-老年人

I. Introducción

Este trabajo no es solo un relato histórico del derecho previsional en la República Argentina, sino de su desarrollo institucional y legal.

El lector podrá conocer los antecedentes previsionales que datan de 1810 hasta la actualidad, llegando a la complejidad jurídico actual, que incluye regímenes diferenciales en edad y aportes, así como moratorias o planes de inclusión previsionales, que han permitido llegar a tener bajo protección del sistema de seguridad social a la gran mayoría de la población adulta mayor.

II. Desarrollo institucional (1810-1967)

La seguridad social en Argentina, la podemos remontar a 1810, pero basados en un sistema graciable en su totalidad y que no se nutría por contribuciones de ninguna índole.

Estos beneficios graciabes amparaban necesidades nacidas de las guerras de la independencia fundamentalmente.

En 1858 con la instalación del Hotel de Inválidos, que con el tiempo se transformó en Asilo de Ancianos, hay una ayuda del Estado hacia mendigos o inválidos, hotel que estuvo en funcionamiento hasta 1978.

En 1877 fue promulgada la ley 877 ²que estableció jubilaciones vitalicias y no contributivas para Ministros de la Corte Suprema de la Nación y Jueces Nacionales que, con el requisito de 10 años en el ejercicio del cargo, accedían al goce íntegro de su sueldo en forma vitalicia, y no se transmitía a la viuda.

La ley 1420³ de 1884 conocida como de educación común, otorgaba a preceptores y subpreceptores una pensión por enfermedad y una pensión por retiro, asimismo fijaba una

² Promulgada el 30-09-1877, presidencia de Nicolás Avellaneda 1874-1880

³ Promulgada el 26-06-1884, presidencia de Julia A Roca 1880-1886

contribución del 2 por ciento del sueldo mensual. Para esto debía contar con 10 años de servicios. A través de la ley 1909⁴ de 1886 son comprendidos en el régimen jubilatorio los maestros también.

En el año 1904, con la promulgación de la Ley 4.349⁵, que crea la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones para Funcionarios, Empleados, y Agentes Civiles de la Administración, se da inicio a la etapa orgánica de los regímenes previsionales en la República Argentina. Esta ley fue sancionada el día 20 de septiembre de 1904, es por ello que en ese día se celebra el día del jubilado.

Fue una de las principales leyes que estableció los principios que se transmitieron en las leyes que vendrían con el tiempo, como por ejemplo la contribución forzosa al régimen, que los fondos eran de los aportantes, o la retención de la mitad del primer mes de sueldo del empleado ingresado en la administración, nace la solidaridad del sistema entre pares.

Al promulgarse esta ley, surgieron cajas de carácter gremial o por sectores de la sociedad como por ejemplo:

En 1915 Caja para el personal ferroviario ley 9653⁶, el defecto de esta ley era la restricción que pesaba sobre el derecho de huelga, donde cualquier trabajador que plegara a un paro sindical, si era despedido perdía los aportes realizados y el acceso a jubilarse.

En 1921 Caja para el personal de Servicios Públicos, ley 11.110⁷, que comprendía a personal de empresas de tranviarios, telefónicos, telégrafos, gas y electricidad.

⁴ Publicada el 24-11-1886 presidencia de Miguel Juárez Celman 1886-1890 renuncio por la revolución del parque

⁵ Publicada el 27-09-1904, Segunda presidencia de Julio Argentino Roca 1898-1904

⁶ Publicada el 05-07-1915, presidencia de Victorino de la Plaza 1914-1916, reemplazo a Roque Sáenz Peña quien falleció en el cargo

⁷ Publicada el 24-02-1921, presidencia de Hipólito Yrigoyen 1916-1922

En 1923 Caja para el personal bancario y de compañías de seguros, ley 11232⁸.

En 1939 Caja para el personal del periodismo y actividades gráficas, ley 12581⁹.

En 1944, Caja para el personal de comercio y actividades civiles, decreto ley 31665¹⁰.

En 1946, Caja para el personal de la industria privada, decreto ley 13937¹¹.

En 1949, con la reforma constitucional, se introdujo por vez primera la seguridad social. Aparecen contemplados los derechos del trabajador en su artículo 37 con un inciso especial sobre el tema como era el séptimo “...Derecho a la seguridad social: El derecho de los individuos a ser amparados en los casos de disminución, suspensión o pérdida de su capacidad para el trabajo, promueve la obligación de la sociedad de tomar unilateralmente a su cargo las prestaciones correspondientes o de promover regímenes de ayuda mutua obligatoria destinados unos y otros, a cubrir o complementar las insuficiencias o inaptitudes propias de ciertos períodos de la vida o las que resulten de infortunios provenientes de riesgos eventuales...” promoviendo la ayuda mutua obligatoria, resultando ser la jubilación, ya sea la común u ordinaria, por incapacidad, por edad avanzada o vejez, o por fallecimiento en actividad, una pensión para la familia que queda desamparada.

Esta regulación de la ley 14370¹² introduce al Estado al cuidado de su población en general, a cubrir ese desamparo que con el tiempo nos afecta a todos y que causa incertidumbre, pero sin embargo ha recibido el nombre de jubilación que

⁸ Publicada el 19-11-1923, presidencia de Marcelo T de Alvear 1922-1928

⁹ Publicada el 06-07-1939, presidencia de Roberto M Ortiz, 1938-1942, falleció en el cargo

¹⁰ Publicada el 06-12-1944, presidencia de facto de Edelmiro J Farrell 1944-1946

¹¹ Publicada el 07-11-1950, presidencia de Juan Domingo Perón 1946-1952

¹² Publicada el 18-10-1954, segunda presidencia de Juan Domingo Perón 1952-1955 interrumpida por un golpe cívico-militar

deriva de júbilo, de alegría, donde justamente el más anciano, por su esfuerzo, por su trabajo, por su aporte a la sociedad y al desarrollo de la misma, recibe un premio para tener un descanso y vida adecuada.

En 1954, se dictó la ley 14370, se lleva a la unificación de los sistemas y se pasa al sistema de reparto y la ley 14397¹³ de trabajadores autónomos.-

Es a partir de 1954, con la sanción de la Ley 14.370, que se implementa un cambio de paradigma, pasando de un sistema individualista a un sistema solidario, por el cual se establece un pacto intergeneracional donde las generaciones más jóvenes solventaran con aportes a las generaciones más viejas o en su caso por invalidez o fallecimiento

En 1955, se creó la Caja de trabajadores rurales.

En el gobierno de facto de la dictadura cívico-militar de 1955 a 1958, se establece el régimen previsional para el servicio doméstico, a través del Decreto Ley 11.911/56¹⁴, de alcance nacional, el capital de la caja se conformaría con el aporte obligatorio del 5% del sueldo por parte del afiliado y con la contribución patronal del 7%.

En 1957, se introdujo en la Constitución Nacional el artículo 14 bis que reflejo postulados del constitucionalismo social, articulo que nos rige hoy en día en la materia y que establece el precepto de “Jubilación y Pensiones móviles”, el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación y fundamentalmente a partir del año 2005 ha venido esgrimiendo como un precepto que debe ser respetado con fallos como Sánchez María del Carmen¹⁵, Badaro Adolfo Valentín¹⁶, y el ultimo Blanco Lucio

¹³ Publicada el 21-01-1955, segunda presidencia de Juan Domingo Perón

¹⁴ Publicada el 16-07-1956, presidencia de facto de Pedro Aramburu, 1955-1958 integro un gobierno cívico militar

¹⁵ CSJN colección fallos 328:2833 de fecha 17-05-2005

¹⁶ CSJN colección fallos 330:4866 de fecha 26-11-2007

Orlando¹⁷, todos contra el ANSeS (Administración Nacional de Seguridad Social).

En 1958, se introdujo el 82% móvil de la última remuneración asignada al cargo, oficio o función que detento el titular, según el artículo 28 de la ley 14499¹⁸.

Esta ley se aplicó a las Cajas de Previsión del Personal del Estado, Personal Ferroviario, Servicios Públicos, Bancarios y de Seguros, Periodismo, Navegación, Comercio y Actividades Civiles, Industria y Trabajadores Rurales, entre otras.

Creó un Fondo Compensador de Inversiones y Acumulación, a cargo del Instituto Nacional de Previsión Social, cuyos recursos se formaban con los excedentes de las Cajas Nacionales que lo integran. El Fondo sería usado para:

- a) Subsanan los déficits existentes o que surgieran;
- b) Financiar inversiones en producción de energía, combustibles y siderurgia;
- c) Mejorar y ampliar los sistemas de transportes y vialidad

El legislador no pudo prever en la ley, el aumento del número de jubilados y pensionados en general, la pérdida del poder adquisitivo por un problema que asomaba que era la inflación y la inexistencia de inversiones que protegieran los fondos, llevando al desfinanciamiento y quiebra del sistema.

En 1967 y ya en la dictadura cívico militar de 1966 a 1973, se dicta la Ley 15.575¹⁹, provoca una transformación en el sistema reduciendo de trece a tres el número de cajas en funcionamiento, quedando así las Cajas de:

¹⁷ CSJN colección fallos 341:1924 de fecha 18-12-2018

¹⁸ Publicada el 17-10-1958, presidencia de Arturo Frondizi, 1958-1962 mandato interrumpido por un golpe cívico militar.

¹⁹ Publicada el 24-11-1960, presidencia de Arturo Frondizi, 1958-1962 mandato interrumpido por un golpe cívico militar

II. Industria, Comercio y Actividades Civiles. Estado y Servicios Públicos. Autónomos

En el año 1969, se procede a la fusión de las dos primeras cajas mencionadas anteriormente, conformándose así el régimen de trabajadores en relación de dependencia, bajo la normativa de la Ley 18.037²⁰, mientras que con la tercera se define el régimen de trabajadores autónomos o independientes, normados con la Ley 18.038²¹.

Estas dos leyes estandarizaron los requisitos jubilatorios y los mecanismos de financiamiento, se elevó la edad jubilatoria, se elevó el número de años de aporte, y se determinó que los haberes jubilatorios estarían asociados con la historia individual laboral de cada trabajador, tomándose los últimos diez años de aportes pero determinando el haber jubilatorio con los mejores tres años aportados en esos últimos diez.

La dictadura cívico-militar de 1976 a 1983, se dio un nuevo texto ordenado a las leyes 18037 y 18038 en 1980, se impulsó una reforma de carácter regresiva del sistema previsional, al solo efecto de sostener su financiamiento sobre recursos extraídos a las clases sociales medias y bajas.

Esto implicó en los hechos una transferencia de recursos, eliminando parte de las contribuciones patronales, reemplazándolas por la ampliación del Impuesto al Valor Agregado (IVA)²², impuesto que es pagado por todos diríamos que todo el tiempo, siendo el trabajador y el pueblo en general un socio en las pérdidas.

Asimismo, el Estado para sostener el sistema restringió la movilidad en su aplicación utilizándola como variable de ajuste, dando comienzo a los denominados juicios de reajuste por

²⁰ Publicada el 10-01-1969, presidencia de facto de Juan Carlos Onganía, 1966-1970

²¹ Publicada el 10-01-1969, presidencia de facto de Juan Carlos Onganía, 1966-1970

²² Ley 20631, publicada 31-12-1973, tercera presidencia de Juan Domingo Perón 1973-1974 falleció en el cargo

parte de los jubilados, juicios que consisten en un daño en el haber previsional que se reclama ante la justicia y es esta la que fija la movilidad y su pauta de actualización.

En 1986, el presidente Raúl Alfonsín²³ decretó la Emergencia Previsional, llevando al congelamiento de las demandas y la ejecución de sentencias en contra del Estado.

En 1990, la ley 23769²⁴, creó el Instituto Nacional de Previsión Social.

En 1991 y por decreto 2284²⁵, vulgarmente conocido como de desregulación económica, se creó el Sistema Único de Seguridad Social, dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y por decreto 2741/91²⁶, se crea ANSeS, Administración Nacional de Seguridad Social.

Estas dos leyes con sus modificaciones y textos ordenados llegaron vigentes hasta julio de 1994, con la sanción de la Ley 24.241²⁷, donde se creó el un nuevo sistema denominado de capitalización que conviviría con el viejo sistema solidario.

A partir de esta ley y de la firma de pactos fiscales varias provincias han transferido sus regímenes previsionales públicos a la Nación, entre ellas Salta, Jujuy, La Rioja, Tucumán, Mendoza, San Juan, San Luis y Entre Ríos.

Entre las leyes emblemáticas que han dispuesto modificaciones o complementado el sistema de la ley 24241, se encuentra la ley 24463²⁸ denominada de solidaridad previsional, la cual nunca cumplió su objetivo de instalar la movilidad de haberes que requería el sistema, ley que ha sido y es impugnada actualmente por distintos planteos judiciales.

²³ Raúl Ricardo Alfonsín, primer presidente del retorno a la democracia 1983-1989

²⁴ Publicada el 19-01-1990, primera presidencia de Carlos Saúl Menem, 1989-1995

²⁵ Publicada el 01-11-1991, Decreto de Necesidad y Urgencia, presidencia de Carlos Saúl Menem 1989-1995

²⁶ Publicado el 08-01-1992, Decreto presidencia de Carlos Saúl Menem 1989-1995

²⁷ Publicada el 18-10-1993, presidencia de Carlos Saúl Menem 1989-1995

²⁸ Publicada el 30-03-1995, presidencia de Carlos Saúl Menem 1989-1995

La ley 24241, estableció el sistema de reparto público y la capitalización individual, el primero, administrado por el Estado y donde el trabajador debía optar por permanecer en él dentro de los 30 días de su primer empleo, caso contrario sería derivado a la AFJP que cobrara menor comisión en el momento del traspaso, no pudiendo retornar más al sistema público, esto garantizaría al sistema privado clientes constantes que llegarían por no ejercer la opción.

El otro subsistema era el de las AFJP o Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) y Compañías de Seguro de Retiro (CSR), claramente del sector privado, modelo copia del Chile de la década de los años 80, otorgando iguales beneficios al sistema público, pero con una cuenta individual de cada trabajador que cobraría según su expectativa de vida a partir de la edad de 65 años para los hombres y 60 años para las mujeres.

El sistema era de carácter individualista, renunciando al principio de solidaridad fundamentalmente, donde el trabajador que no concretara una cantidad de aportes razonables –digamos los 30 años- no accedía a un derecho jubilatorio que le permitiera vivir dignamente. A esto se sumó la crisis económica de 2001 y 2002 donde el desempleo llevara a los trabajadores al no aporte y a no acceder a las prestaciones.

Otras de las leyes que modificó el sistema fue la ley 25994²⁹ de 2005, que posibilitó la entrada de personas que no podían acceder a las prestaciones previsionales, ha poder pagar moratorias, que implicaron la obtención del beneficio, además por el artículo 2° de dicha ley se posibilitó obtener un beneficio con menores requisitos para las personas que habían “sufrido” el proceso de privatización de los años 90, los menores requisitos era poder completar los 30 años de aportes sino los tenía, es decir la persona que había sido cesanteada con las privatizaciones de los años 90, podría sumar a sus años de aportes los

²⁹ Publicada el 07-01-2005, presidencia de Néstor Carlos Kirchner 2003-2007

años de moratoria necesarios, y la edad sería de 60 años para hombres y 55 para mujeres, esta ley tuvo una vigencia temporal.

Esta ley 25994, fue complementada por una ley anterior que se dispuso su vigencia nuevamente que fue la ley 24476³⁰ y que por un decreto reglamentario 1454/2005, restableció una nueva moratoria con alcances de tiempo e ingresos, hasta el mes de septiembre de 1993, es decir aquí las personas podrían comprar años en moratoria hasta el mensual 09/1993, lo que llevaba a su cierre con el paso del tiempo.

La ley 26222³¹ de 2007, estableció la libre elección el sistema a adoptar, es decir reparto o capitalización, recordemos que era una opción que no existía debido que si el titular no manifestaba quedarse en el régimen público dentro de los 30 días de su primer empleo pasaba directamente a capitalización, asegurando clientes cautivos a las ex AFJP.

La ley 26417³² del año 2008, instrumento la movilidad de las prestaciones previsionales con dos aumentos por años establecidos para los meses de marzo y septiembre de cada año.

En el año 2008 y por ley 26425³³, se unificó el sistema público y privado en un solo régimen público y de reparto, los motivos de esta unificación y el cierre de las AFJP, era porque la mayoría de los trabajadores que se jubilaban no tenían más años en el sistema de reparto –anterior a 07/1994– que los años que habían aportado hasta esa fecha, que no eran más de 14 años, desde 1994 a 2008, que pasaba aquí, que los aportes en la cuenta individual, no alcanzaban para cubrir la expectativa de vida, y el aporte en la caja administrada por el estado, paga lo que se denominó el componente público, logrando acceder así siempre a un beneficio mínimo sin ninguna de las mejoras que las AFJP en una especie de canto de sirenas, habían prometido.

³⁰ Publicada el 23-11-1995, segunda presidencia de Carlos Saúl Menem 1995-1999

³¹ Publicada el 26-12-2013, segunda presidencia de Cristina Fernández de Kirchner 2011-2015

³² Publicada el 16-10-2008, primera presidencia de Cristina Fernández de Kirchner 2007-2011

³³ Publicada el 09-12-2008, primera presidencia de Cristina Fernández de Kirchner 2007-2011

En diciembre de 2011 fue aprobada la ley 26727³⁴, que estableció nuevos requisitos para los trabajadores del sector rural o agrario, clasificando al trabajo como insalubre o desgastante.

En septiembre de 2014 se dictó la ley 26970³⁵, llamada de inclusión previsional, permitió una nueva moratoria y la inclusión de personas al sistema previsional, con una cuota que fue actualizable de acuerdo a los aumentos de las jubilaciones, y donde se procedió a realizar un análisis socio-económico de la persona que pedía acceder al beneficio, dándole la posibilidad a los que no tenían ningún tipo de ingreso, de tener una prestación previsional con obra social.

En el año 2016 se dictó la ley 27260³⁶ denominada como de reparación histórica, que permite acceder a un arreglo judicial con ANSeS evitando el juicio y obviamente como todo acuerdo ambas partes renuncian a derechos evitando futuros reclamos.

La ley estableció una tercer moratoria previsional, que duro unos meses para los hombres, debido que el hombre que cumplía 65 años, se procedió por parte del organismo a aplicarle la denominada PUAM, Prestación Universal al Adulto Mayor, cerrándole el camino a la moratoria y una prestación más completa como la jubilación, dado que la PUAM no se transmite en formato de pensión.

Más allá de eso, el objetivo central de la ley, se suponía era terminar con los juicios contra el organismo, es decir el denominado juicio de reajuste, en la práctica, el incumplimiento de ANSeS en el pago de lo prometido, el pagar menos aplicando el índice RIPTE, motivó una mayor conflictividad, duplicando el número de sentencia al pago desde la sanción de la ley.

Ha generado también en los tribunales federales y de seguridad social una mayor cantidad de ejecuciones contra el Estado; se establecieron secretarías completas dedicadas a esta segunda etapa.

³⁴ Publicada el 28-12-2011, segunda presidencia de Cristina Fernández de Kirchner 2011-2015

³⁵ Publicada el 10-09-2014, segunda presidencia de Cristina Fernández de Kirchner 2011-2015

³⁶ Publicada el 22-07-2016, presidencia de Mauricio Macri, 2015-2019

III. Síntesis final

La historia escrita del sistema previsional argentino, sin dudas uno de los más completos y que mayor cobertura otorga a nivel de Latinoamérica, ha sido como la del país en general, periodos de crecimiento con un sistema estable, otros de crisis profundas, de toma de malas decisiones que llevaron a la quiebra del régimen público y de reparto, pero lo que debemos tener siempre presente, es no volver a caer en el canto de sirena del régimen individual, donde se supone que uno se salva solo y sin ayuda de nadie, debemos tratar de mantener el sistema de solidaridad, ese pacto intergeneracional del que tanto hablamos y que servirá para otorgar futuras prestaciones a los actuales trabajadores, donde el sistema es salvado por todos, comprendiendo a las amas de casa –cuando pagan IVA- a los trabajadores –cuando aportan- a los empleadores –con sus contribuciones- siempre es mejor pagar un poco más y tener un sistema rentable, a tener el conflicto permanente por mal pago.

IV. Bibliografía

“Derecho a la vejez” fundamentos y alcances, autora María Isolina Dabove, editorial Astrea año 2018.

“Jubilaciones & Pensiones” 4ta edición, autora María Delia Lodi-Fe, año 2018

“Movilidad Jubilatoria”, Informe de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Secretaría de Jurisprudencia año 2009

“Manual de la Seguridad Social”, 2ª edición, actualizada y complementada, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Autores Pedro Taddei, Carlos Mongiardino y Reinaldo Naccarato, edición marzo de 2007

Página web www.ingoleg.gob.ar

Novedades Legislativas

*Eduardo Baldi*¹ | Universidad Nacional de La Plata,
Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 358-366

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e341>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3933-2611>

Nación

Ley Nº 27.519. Emergencia Alimentaria Nacional

Establece la prórroga de la Ley de Emergencia Alimentaria, que fuera inicialmente dispuesta por el decreto 108/2002 del gobierno de Eduardo Duhalde, hasta el 31 de Diciembre de 2022. Anteriormente, la Ley de Emergencia Alimentaria se había prorrogado en el año 2016 y vencía el próximo 31 de diciembre. Asimismo, la norma faculta al Gobierno a ampliar trimestralmente las partidas presupuestarias en políticas de alimentación y nutrición. La norma toma como referencia el texto de la ley 25.724, que crea el Programa de Alimentación y Nutrición Nacional y sostiene que la alimentación adecuada es una política que el Estado debe promoverse y ser considerada con un enfoque integral dentro de cada ley de presupuesto aprobada anualmente.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 665/2019 Establece asignación no remunerativa para los trabajadores del Sector Privado

El citado Decreto de Necesidad y Urgencia fijó una asignación no remunerativa de \$ 5.000 para todos los trabajadores en

¹ Abogado (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. E-mail: eduardoabaldi@hotmail.com

relación de dependencia del Sector Privado. Asimismo el decreto estableció que el pago se abonará en el mes de octubre de 2019 o en los plazos y condiciones que los Convenios Colectivos de Trabajo dispongan en ejercicio de su autonomía colectiva.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 669/2019 Modifica la Ley N° 24.557 que regula el Sistema de Riesgos de Trabajo e introdujo un nuevo criterio para calcular el monto de las indemnizaciones por accidentes de trabajo

El decreto argumenta sobre la necesidad de modificar el artículo 12 de la mencionada norma que establece cuál será el ingreso base para calcular el monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador: “No obstante el propósito tenido en vista por el legislador, la manera en que ulteriormente evolucionaron las variables macroeconómicas que inciden en las tasas bancarias, ha determinado que ese método de ajuste no alcance el fin pretendido y comprometa la estabilidad y continuidad del sistema instituido en beneficio de los trabajadores”. En esa misma línea, se advierte que “actualmente el rendimiento financiero de los activos de la industria aseguradora es del orden del 42% promedio, mientras que la tasa de interés vigente para las indemnizaciones por contingencias previstas en la Ley N° 24.557 y sus modificaciones, asciende a niveles cercanos al 90%”. Consecuentemente, dispuso que los salarios calculados se actualizarán mes a mes aplicándose la variación del índice Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE), elaborado y difundido por el MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL. Esto redundará en una sensible rebaja de las indemnizaciones por accidentes de trabajo.

Decreto N° 717/19. Establece los feriados turísticos para el año 2020

A través del citado Decreto, se establecieron días no laborables con fines turísticos al 23 de marzo, 10 de julio y 7 de Diciembre del año próximo.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 740/2019. Modifica el Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2019

El Poder Ejecutivo consideró que “resulta necesario incrementar los créditos presupuestarios para incorporar el impacto de las mejoras en las remuneraciones dispuestas por normas dictadas durante el presente año.”

Decreto N° 744/2019. Autoriza al Ministerio de Interior, Obras Públicas y Vivienda a emitir –a través del Registro Nacional de las Personas (RENAPER)- el DNI digital que funcionará en forma adicional al formato tarjeta, en el marco del plan “Plataforma Digital del Sector Público Nacional”

La credencial virtual del Documento Nacional de Identidad estará disponible para dispositivos móviles inteligentes y consistirá en la réplica exacta de los datos de identificación del DNI en formato tarjeta. Igualmente, la tramitación de la credencial virtual será de carácter opcional y tendrá el mismo valor que el DNI tarjeta, incluso para actos electorales, sin que afecte la validez de los DNI ya emitidos el formato tradicional.

Decreto N° 770/19. Aprueba el Régimen de la navegación marítima, fluvial y lacustre (REGINAVE)

La citada norma constituye un conjunto de normas reglamentarias derivadas de las leyes y decretos vigentes en materia de navegación, destinados a proveer la seguridad de las personas y de los buques. La nueva normativa busca simplificar regulaciones que han devenido anacrónicas, con exigencias que hoy generarían dilaciones y costos infundados. Asimismo, el Presidente designó a la Prefectura Naval Argentina como autoridad competente para dictar las normas técnicas complementarias que resulten necesarias para implementar adecuadamente el régimen, y como autoridad nacional competente responsable de la preparación y la lucha contra la contaminación por hidrocarburos y otras sustancias nocivas y sustancias potencialmente peligrosas.

Decreto N° 777/2019. Reglamenta la Ley del Autismo

Luego de cinco años de la sanción de la ley N° 27.043 que declaró de interés nacional el abordaje integral e interdisciplinario de las personas que presentan Trastornos del Espectro Autista (TEA); la investigación clínica y epidemiológica en la materia, así como también la formación profesional en su pesquisa, detección temprana, diagnóstico y tratamiento; su difusión y el acceso a las prestaciones, se procedió a su reglamentación.

Decreto N° 785/2019. Deroga la actualización del “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”, que había sido aprobado días atrás, mediante Resolución 3158/2019 de la Secretaría de Salud

De esa manera, se da marcha atrás con la Resolución N° 3158/2019 de la Secretaría de Salud, encabezada por Adolfo Rubinstein, que contemplaba las recomendaciones internacionales para esos procedimientos. Dos días después el decreto se fundamenta en que la mencionada actualización fue elaborada sin realizar consulta alguna a los superiores jerárquicos. En otro de los párrafos agrega que: “El titular de la Secretaría Nacional de niñez, adolescencia y familia ha manifestado no haber participado del proceso de formulación de la misma, aun cuando varias de las disposiciones del mencionado Protocolo, repercuten en los derechos de niñas y adolescentes”. “Fue también la Agencia Nacional de Discapacidad quien comunicó no haber participado del procedimiento llevado a cabo para el dictado de la resolución. El Instituto Nacional de las Mujeres se expidió en el mismo sentido”, destaca. Cabe destacar que la llamada actualización del “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”, ya derogada, contenía lineamientos para aplicar la práctica en diferentes contextos, tanto en instituciones públicas como privadas de todo el territorio argentino. En ese sentido, establecía principios tales como el de accesibilidad, no judicialización, confidencialidad,

privacidad y celeridad. En definitiva se trataba de una actualización sobre el Protocolo existente desde el año 2015, que es el que seguirá aplicándose.

Resolución Nº 761/19 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Asigna el nombre de Raúl Alfonsín al edificio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

Por medio de la citada Resolución, se asignó el nombre de “Presidente Dr. Raúl Ricardo Alfonsín” al edificio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el cual funciona actualmente en el denominado “edificio 11” del Espacio Memoria y Derechos Humanos (ex ESMA).

Resolución Nº 845/2019 Ministerio de Seguridad. Habilita a las fuerzas de seguridad a requerir DNI en las estaciones de trenes

El Ministerio de Seguridad a cargo de Patricia Bullrich adoptó este jueves la Resolución 845/2019 que crea el “Programa Ofensores en Trenes”, por medio del cual se habilita a fuerzas policiales y de seguridad a requerir el DNI de los transeúntes en estaciones de trenes con fines de prevención del delito.

Además de la Policía Federal, la Resolución también habilita a Prefectura y Gendarmería para realizar dicho control en zonas de ingreso, egreso, tránsito y/o permanencia de personas que utilizan el transporte público de trenes, para verificar la posible existencia y/o vigencia de medidas restrictivas de carácter judicial.

En caso de que registren causas con dichas medidas, se instruye a los funcionarios policiales y de seguridad que comuniquen al juez correspondiente respecto a la identificación que realizaron.

Dentro de los fundamentos de la Resolución, citó el controvertido fallo “Vera, Lucas Abel s/ infr. art. 85, CC”, en el cual el Tribunal Superior de Justicia de la CABA avaló la potestad de exigencia del DNI por parte de la Policía Federal en una estación de tren.

Resolución N° 906/19 Ministerio de Seguridad. Crea “Unidad Preventiva de Análisis para Funerales de Alto Riesgo Social vinculados al Narcotráfico”

Mediante del dictado de esta Resolución n° 906/19, la Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, creó la citada unidad, con el objeto de prevenir y reprimir, en su caso, los delitos y contravenciones ocurridos en ese contexto. Dentro de las funciones asignadas a dicha dependencia se mencionan la de determinar la vinculación del contexto con el narcotráfico; establecer un flujo de información para determinar nivel de riesgo; crear una matriz de riesgo de valoración de impacto; definir un operativo policial según los resultados de la matriz de riesgo; y, elaborar un informe de evaluación del operativo y envío de actuaciones a la autoridad judicial competente para el caso que se hayan cometido delitos o contravenciones.

Resolución N° 977/2019 del Ministerio de Seguridad de la Nación. Establece un plan federal de prevención de delitos tecnológicos y ciberdelitos

El mencionado plan prevé la sanción de normas específicas en la materia, la capacitación del personal a cargo de las investigaciones y la cooperación internacional. Asimismo, establece los lineamientos y prioridades de las políticas públicas relacionadas con las responsabilidades referentes al ciberespacio y su impacto en la Seguridad Nacional. Entre sus objetivos generales destaca “contar al año 2023 con el personal idóneo, tecnología y normativa necesaria para combatir los delitos realizados a través de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en todo el Territorio Nacional”. En ese mismo sentido, enumera una serie de acciones destinadas a esos fines. Por ejemplo, propone la creación de un Centro de Atención y Respuesta al Ciberdelito, que brindará atención las 24 horas todos los días del año, y un Sistema Federal de Ciberdelitos que contará con información provista por las fuerzas federales, provinciales y autoridades locales competentes con el fin de recabar datos sobre delitos cometidos a través de las tecnologías de información y las

comunicaciones. También, destaca la importancia de la capacitación del personal, la actualización del marco normativo, el incremento de las capacidades forenses, acciones de prevención, el fomento de la cooperación público privada, entre otros aspectos.

Resolución N° 3159/2019. Secretaría de Salud de la Nación. Incorpora al Plan Médico Obligatorio los tratamientos hormonales integrales utilizados para realizar cambios de género

Entre sus argumentos, la norma destaca que el artículo 11 de la Ley N° 26.743 dispone que “se garantiza el acceso a los tratamientos hormonales integrales como parte del derecho al libre desarrollo personal y establece que dichos tratamientos quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO)”. Por otra parte, señala que “las enunciadas prestaciones no constituyen un procedimiento estético sino que se enmarcan en el acceso efectivo al derecho a la salud, es decir, en el proceso de constitución corporal e identitario, el libre desarrollo personal y el derecho a la vida”.

Provincia de Buenos Aires

Decreto N° 1289/2019. Aprueba el traspaso de Edenor y Edesur a la órbita provincial

La norma, aprueba el Acuerdo de Implementación de la Transferencia de Jurisdicción Sobre el Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica. El citado acuerdo se suscribió el 28 de febrero de este año, y con posterioridad se llevaron adelante los acuerdos de implementación del traspaso y para el ejercicio conjunto de la jurisdicción sobre el Servicio Público Metropolitano de Distribución de Energía Eléctrica, ambos firmados el pasado 9 de mayo, y aprobados por esta misma norma en sus artículos 2° y 3°. Asimismo, se establece la creación del Ente Metropolitano Regulador del Servicio Eléctrico (EMSE) que tendrá relación funcional con el Ministerio de Infraestructura

y Servicios Públicos de la Provincia, en el que delegar las atribuciones para realizar todos los actos necesarios a fin de hacer efectiva la transferencia y de realizar las adecuaciones correspondientes en la estructura organizativa del Organismo de Control de Energía Eléctrica de la provincia de Buenos Aires (OCEBA).

Resolución N° 557/19 Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS). Establece los procedimientos de participación ciudadana en procesos de evaluación de impacto ambiental deberán informarse públicamente

Mediante esta resolución se establece que los procedimientos de participación ciudadana de consulta pública o audiencia pública dentro del proceso de evaluación de impacto ambiental para la emisión de la Declaración de Impacto Ambiental (Leyes n° 11.723 y 11.459), deberán informarse públicamente y sustanciarse por medio de la página web de dicho Organismo. Cabe mencionar que de acuerdo a lo normado por el art. 10 de la Ley n° 11.723 “Ley Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales”, todos los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deben obtener una Declaración De Impacto Ambiental expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal. Asimismo, conforme lo dispuesto por los arts. 3 y 4 de la Ley n° 11.459 de “Radicación Industrial”, los establecimientos industriales, parques industriales y toda otra forma de agrupación industrial que se constituya en la Provincia, además de las obligaciones que correspondan a cada establecimiento, deberán contar también con el Certificado de aptitud Ambiental expedido en todos los casos por la Autoridad de Aplicación en forma previa a cualquier tipo de habilitación municipal o provincial. Se deja sentado en la normativa que la opinión u objeción de los participantes no será vinculante para el OPDS, pero deberá ser tenida en cuenta en el informe técnico con el que concluya el proceso de evaluación.

Esta sección se realiza gracias al invaluable aporte de Palabras del Derecho:

www.palabrasdelderecho.com.ar

Instagram: palabrasdelderecho

www.facebook.com/palabrasdelderecho/

Twitter: @palabrasdelderecho

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA



Sin fin

Camino en soledad
con la eternidad
en cada paso.

La propuesta
es el desierto.

En el nudo al que me aferro
colgué tu nombre
y dije al viento
los lamentos.

Autor: *Luciano Scatolini*

Arte de la portada: *Dolores Mendieta*

Obra: *Pachamama* (acrílico sobre tabla; 100x100cm; 2017)

Sobre el pedido de informe del Relator Especial sobre Independencia de los Magistrados y Abogados (ONU) al Estado Argentino

On the request for a report from the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers (UN) to the Argentine State

Sobre o pedido de informe do Relator Especial sobre Independência dos Magistrados e Advogados (ONU) ao Estado argentino

Sur la demande d'un rapport du Rapporteur spécial sur l'indépendance des magistrats et des avocats (ONU) à l'État argentin

应地方法官和律师独立问题特别报告员(联合国)要求向阿根廷提交报告。

E. Raúl Zaffaroni¹ | Universidad de Buenos Aires,
Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 369-394

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e342>

Recibido: 15/11/2019

Aprobado: 25/11/2019

Resumen: El autor analiza el autor analiza el pedido de informe emitido por el Relator Especial sobre Independencia de los Magistrados y Abogados, Dr. Diego García Sayán ante las denuncias efectuadas por diversas organizaciones no gubernamentales de la Argentina, con una mirada centrada en el fenómeno conocido como Lawfare o guerra judicial.

Palabras claves: independencia judicial- ONU- Lawfare

¹ Profesor Emérito de la UBA.

Abstract: The author analyzes the request for a report issued by the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, Dr. Diego García Sayán, in response to complaints made by various non-governmental organizations in Argentina, with a focus on the phenomenon known as Lawfare or judicial war.

Keywords: judicial independence- UN- Lawfare

Resumo: O autor analisa o pedido de informe emitido pelo Relator Especial sobre Independência dos Magistrados e Advogados, Dr. Diego García Sayán antes as alegações efetuadas por várias organizações não-governamentais da Argentina, com foco no fenômeno conhecido como Lawfare ou guerra judicial.

Palavras-chave: independência judicial - ONU - Lawfare

Résumé: L'auteur analyse la demande de rapport émise par le Rapporteur spécial sur l'indépendance des magistrats et des avocats, le Dr Diego García Sayán, suite aux allégations formulées par diverses organisations non gouvernementales en Argentine, en mettant l'accent sur le phénomène connu sous le nom de Lawfare (Guerre juridique) ou Guerre judiciaire.

Mot-clés: indépendance judiciaire - ONU - Lawfare - Guerre juridique

摘要: 作者分析了提交人分析的请求, 该报告要求地方法官和律师独立性特别报告员迭戈·加西亚·萨扬博士(DiegoGarcíaSayán博士)在阿根廷各非政府组织提出指控之前进行报告, 重点是该现象。被称为法律战争或司法战争。

关键字: 司法独立, 联合国, 法律

I. El pedido de informe al Gobierno Argentino del Relator Especial sobre Independencia de los Magistrados y Abogados de la Organización de Naciones Unidas²

Excelentísimo

Señor Jorge Marcelo Faurie

Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

1 de noviembre de 2019

Excelencia,

Tengo el honor de dirigirme a Usted en mi calidad de Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, de conformidad con la resolución 35/11 del Consejo de Derechos Humanos.

En este contexto, quisiera señalar a la atención urgente del Gobierno de Su Excelencia la información que he recibido respecto a la presunta existencia de un Plan sistemático y estructural de amedrentamiento del Poder Judicial de la República de Argentina, que se refleja en los casos que se resumen a continuación. De acuerdo a dichas alegaciones dicho supuesto plan se estaría ejecutando por parte del Poder Ejecutivo por medio de una serie de actos concatenados, vinculados los unos a los otros estrechamente. Los alegados actos de intimidación y presión a los diversos órganos que componen el sistema judicial argentino, tales como el Ministerio Público y el Consejo de la Magistratura habrían socavado su independencia obstaculizando la posibilidad de una actuación imparcial en decisiones que afectan a los intereses del Poder Ejecutivo; así como disciplinando a los magistrados que hubieran dictado resoluciones contrarias a la voluntad del Ejecutivo.

² NdE: Se transcribe aquí íntegramente el pedido de informe.

Según la información recibida:

Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación

El Consejo de la Magistratura es un órgano permanente del Poder Judicial de la Nación, cuyas atribuciones incluyen la selección, suspensión y eventual remoción de los magistrados, y la administración del Poder Judicial. Está integrado por tres jueces del Poder Judicial, seis legisladores, dos representantes de los abogados, un representante del Poder Ejecutivo y un representante del ámbito académico y científico. El consejo se divide en cuatro comisiones: Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial; Comisión de Disciplina y Acusación, Comisión de Administración y Financiera y la Comisión de Reglamentación.

Según la información recibida, la coalición gobernante habría obtenido una mayoría política en el Consejo de la Magistratura, a partir de la designación como miembro del Consejo, del Diputado Pablo Gabriel Tonelli, en febrero del 2016. Por medio de dicha mayoría en el Consejo, el poder ejecutivo utilizaría la Comisión de Disciplina y Acusación para perseguir a los magistrados que dictan resoluciones contra sus intereses. Se habría también utilizado la Comisión de Selección de magistrados para la selección de determinados magistrados. Para este fin, presuntamente la Comisión paraliza los concursos que son ganados por postulantes no afines al gobierno; y traslada magistrados vinculados o cercanos al partido gobernante, sin respetar los requisitos establecidos en la legislación, tales como la competencia material y la jurisdicción territorial. De esta forma, estos magistrados son colocados en puestos clave sin cumplir los trámites establecidos, posibilitando, presuntamente, el control por parte del gobierno.

Según la información recibida, el remplazo transitorio o subrogancia de magistrados por medio de designaciones no conformes a la legislación se ha producido en numerosas

ocasiones; y afecta las garantías de inamovilidad, intangibilidad e independencia de los magistrados. Las designaciones transitorias son realizados por el Consejo de la Magistratura para cubrir juzgados claves, como los Juzgados Federales con competencia electoral o los tribunales de máxima jerarquía nacionales como la Cámara Federal de Casación y los Tribunales Federales que tienen a su cargo el enjuiciamiento de los responsables de crímenes durante la dictadura.

La designación de dos jueces en la Corte Suprema de Justicia de la Nación por decreto

El 14 de diciembre de 2015, el poder ejecutivo resolvió por Decreto n° 83/2015 la designación de los jueces Carlos Fernando Rosenkrantz y Horacio Daniel Rosatti en la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina.

Según la información recibida dichos nombramientos se habrían realizado sin respetar los requisitos del proceso de selección y nombramiento de jueces de la Corte Suprema establecido en la legislación (entre otros por lo dispuesto por el Decreto 222/2003), tales como las audiencias públicas, la participación de la sociedad civil o la aprobación del Senado de la Nación. Dicha designación sería, por tanto, unilateral, en condiciones precarias de legalidad y podría sugerir que dichos magistrados no estarían libres de conexiones o influencias políticas.

El ataque a la Procuradora General de la Nación

En junio 2012, la doctora Alejandra Magdalena Gils Carbó fue propuesta como precandidata al puesto de Procuradora General de la Nación por la ex Presidenta Cristina Fernández Kirchner. La doctora Gils Carbó fue nombrada Procuradora General de la Nación a través del decreto 1481/2012 y tomó posesión del cargo el 29 de agosto de ese año.

Según la información recibida, la actual administración y otros actores solicitaron repetidas veces su renuncia e intentaron su destitución utilizando diversas estrategias para lograr su objetivo: presiones para que la Procuradora dejara el cargo; amenaza de vulnerar la estabilidad del Ministerio Público Fiscal; declaraciones sobre la intención de llevar a cabo reformas institucionales por Decreto de necesidad y urgencia; intentos de reformar la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal; e inicio de acciones judiciales por parte de ONGs afines al gobierno nacional.

Dichas acciones supuestamente comenzaron durante la campaña electoral de 2015, y se habrían ejercido tanto por el Ejecutivo como por sus funcionarios mediante una intensa campaña mediática dirigida a desprestigiar a la Dra. Gils Carbó ya debilitar el Ministerio Público Fiscal. Según la información recibida las líneas editoriales del Grupo Clarín y La Nación habrían participado en dicha campaña.

Según la información recibida, la amenaza de vulnerar la estabilidad del Ministerio Público Fiscal se habría centrado en declaraciones aduciendo que la garantía de inamovilidad de la Procuradora General no tendría raigambre constitucional y que por ello el Gobierno podría removerla por medio de un decreto. El objetivo de dichas amenazas habría sido la de restar jerarquía y peso institucional a la Procuradora General en su relación con los demás poderes del sistema judicial.

Respecto a la intención de llevar a cabo reformas institucionales por medio de Decretos de necesidad y urgencia, se publicaron una serie de artículos periodísticos, según los cuales el Ejecutivo tendría la intención de realizar reformas para recortar las funciones del Ministerio Público, socavar su estabilidad y las inmunidades funcionales de sus miembros y retirar a su titular facultades para el ejercicio del gobierno del Ministerio. El 24 de diciembre de 2015, por medio de los decretos 256/2015 y 257/2015, se transfirió el

Departamento de Interceptación y Captación de Comunicaciones del Ministerio Público Fiscal a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los intentos de reformar la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal se tradujeron en un proyecto que se envió a la Cámara de Senadores, el cual establecía un plazo para el mandato del Procurador General de la Nación –en lugar de continuar como un puesto vitalicio–; y proponía la creación de procuradurías generales –tomando parte de las potestades del Procurador General. Según la alegación recibida el objeto de dicha reforma habría sido la de modificar la estructura del Ministerio Público Fiscal socavando la autonomía e independencia del órgano y particularmente anular la figura de la Procuradora Gils Carbó.

Finalmente, según la información recibida, dos asociaciones de abogados habrían llevado a cabo una tarea de hostigamiento hacia la labor de la Dra. Gils Carbó como Procuradora General a través de acciones judiciales, en particular dos interpuestas en 2017, con el objetivo de declarar inconstitucional el artículo 76 de Ley Orgánica del Ministerio Fiscal que establece que el Procurador General solo puede ser removido por las causales y mediante el procedimiento establecido en los artículos 53 y 59 de la Constitución Nacional. Ambas asociaciones solicitaron el archivo de las diligencias una vez que la Procuradora General Gils Carbó hubo anunciado su renuncia. La Procuradora General de la Nación renunció al cargo en noviembre de 2017.

La designación ilegal del Juez Culotta en la Competencia Electoral de la Provincia de Buenos Aires

Según la alegación recibida, el Consejo de la Magistratura habría manipulado la competencia en materia electoral en el Poder Judicial. Un ejemplo sería la subrogación, presuntamente ilegal, del magistrado Juan Manuel Culotta en la Competencia Electoral de la Provincia de Buenos Aires.

Según la información recibida, el Consejo de la Magistratura por medio de la Resolución 1/2016 escindió la competencia material del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de La Plata y encomendó a dos juegos diferentes el ejercicio de una jurisdicción única. A partir de esta resolución se designó, por un lado, a un magistrado subrogante del mismo Juzgado para la materia Criminal y Correccional, y por otro, a la Dra. María Romilda Servini de Cubría para la materia electoral. Sin embargo, esta magistrada renunció a la subrogación en diciembre del 2016.

Según la información recibida, el Dr. Juan Manuel Culotta, Juez Federal del Juzgado Federal de Tres de Febrero de la Provincia de Buenos Aires, fue arbitraria y discrecionalmente seleccionado por el Consejo de la Magistratura para suplir a la Dra. Servini de Cubría. Esta designación conllevaba la jurisdicción en materia electoral del distrito electoral más importante del país en el momento de disputarse las elecciones nacionales del año 2017. La designación del Dr. Culotta en marzo del 2017, incrementó su competencia territorial a toda la provincia de Buenos Aires, otorgándosele competencia en materia electoral, para la cual no había concursado, y para lo cual su capacidad no había sido evaluada por los órganos públicos. Su designación tampoco había sido aprobada por el Congreso.

Según la alegación recibida, el Dr. Juan Manuel Culotta poseería vínculos estrechos y de amistad con el presidente Macri, con su abogado personal, y especialmente con el Dr. Pablo Clusellas, Secretario Legal y Técnico de la Nación. Una vez realizados los comicios nacionales y el recuento de votos, el Dr. Juan Manuel Culotta, solicitó que no se le renovara dicha subrogación.

La designación ilegal del Juez Mahiques en la Cámara Federal de Casación Penal

Según la alegación recibida, el Dr. Carlos Mahiques siendo Juez de la Cámara Nacional de Casación en lo Penal y

Correccional del Poder Judicial Nacional en Buenos Aires, solicitó licencia en diciembre de 2015 para ejercer como Ministro de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. El Dr. Mahiques desempeñó el cargo desde el 11 de diciembre de 2015 hasta el 31 de mayo de 2016, fecha en la que presentó su renuncia para volver a su cargo en el Poder Judicial Nacional.

El 27 de abril del 2017, el Dr. Carlos Mahiques, solicitó al Consejo de la Magistratura Nacional ser designado en la Cámara Federal de Casación Penal -máximo órgano judicial penal- en razón de la vacante surgida después de la jubilación de uno de los miembros de dicha Cámara. Este cambio suponía un traslado no equivalente -ni en competencia material, ni territorial-, y no reunía los requisitos necesarios, tales como el concurso de antecedentes y oposición, la entrevista, la selección por el Poder Ejecutivo y la aprobación por el Senado de la Nación.

La “Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial” del Consejo de la Magistratura aprobó con gran celeridad el traslado -al día siguiente-. Posteriormente se remitió una solicitud para que la Cámara Federal de Casación Penal emitiera su opinión. El 28 de abril, la Cámara, mediante la Resolución N° 218/17, rechazó por mayoría de sus miembros el traslado del Dr. Mahiques argumentando que existía un concurso (N° 281/2014) en su etapa final -el cual llevaba más de tres años en proceso- tendiente a cubrir las vacantes en ese Tribunal.

Sin embargo, y según la información recibida, el 4 de mayo, el Consejo de la Magistratura aprobó el traslado del Dr. Mahiques a la Cámara Federal de Casación Penal. El 5 de mayo la Cámara mostró su desacuerdo. Sin embargo, el 10 de mayo, el Poder Ejecutivo, con el refrendo del Ministro de Justicia mediante el Decreto 328/2017 -el cual no contaba con la preceptiva firma del Jefe de Gabinete de Ministros- resolvió el traslado definitivo solicitado por el

juez Mahiques. Un año más tarde, el 10 de mayo de 2018, el Poder Ejecutivo ingresó el pedido para obtener el acuerdo del Senado, para el nombramiento del juez Mahiques en la Cámara Federal de Casación.

Según la información recibida, existirían vínculos entre el Dr. Mahiques y el gobierno provincial y el nacional. El hijo del Dr. Mahiques habría sido designado por el Presidente Macri como representante del Poder Ejecutivo ante el Consejo de la Magistratura y Subsecretario de relaciones con el Poder Judicial.

La alegada designación ilegal del Juez Leopoldo Bruglia en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal y Correccional Federal

Según la información recibida, el Dr. Leopoldo Oscar Bruglia fue designado Juez de Cámara de los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la Capital Federal en 1993, previa aprobación del Senado. El Sr. Bruglia desempeñó dicho cargo hasta noviembre de 2017, cuando mediante Resolución N° 643/2016 del Consejo de la Magistratura se le otorgó una subrogancia en la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Dicha subrogancia tuvo lugar después de la suspensión del Juez Eduardo Freiler, magistrado de la Cámara de Apelaciones, quien había procesado al presidente Mauricio Macri en el marco de escuchas ilegales realizadas a opositores políticos, cuando era Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha subrogación se realizó sin especificar las razones de su selección, ni realizado los procedimientos constitucionales, legales y jurisdiccionales que la avalaran. Posteriormente, el Dr. Bruglia se dirigió al Consejo de la Magistratura solicitando su traslado definitivo a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

El 6 de abril de 2018, se aprobó el traslado definitivo del Dr. Bruglia a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y

Correccional Federal, Sala 1, de la Capital Federal, mediante el Decreto n° 278/2018. Dicho traslado se realizó sin cumplir los requisitos establecidos en la legislación relativa al procedimiento de designación de Jueces, tales como la aprobación del Senado, la validación de sus conocimientos y la celebración de un concurso público de antecedentes.

El ataque a los jueces y abogados del Fuero Laboral

Según la información facilitada, el Ejecutivo y miembros de su coalición política habrían realizado un ataque sistemático contra magistrados jueces del fuero laboral que dictan sentencias contrarias a los intereses gubernamentales, así como contra los abogados del fuero laboral. Estos ataques, presuntamente, se llevaron a cabo en sintonía con los principales medios de comunicación, quienes también tendrían intereses en otras áreas de la economía y, por ello, identifican al derecho laboral y a los jueces de dicho fuero como un obstáculo para sus intereses.

Intentos de destituir en forma arbitraria a magistrados que intervienen en cuestiones laborales

Según la información recibida, se habrían producido ataques contra magistrados del fuero laboral que han dictado resoluciones judiciales o sentencias a favor de trabajadores y/o sus organizaciones sindicales. Estos ataques se habrían manifestado en forma de solicitudes de destitución, amenazas de presentar dichas solicitudes y en procesos de estigmatización pública.

Según la información recibida, uno de estos ejemplos se produjo en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Ciudad de La Plata en el contexto de un conflicto salarial docente. El magistrado Dr. Luis Federico Arias, que declaró la inconstitucionalidad del llamado a la conciliación obligatoria ordenada por el Poder Ejecutivo Provincial, fue denunciado por un diputado local, del mismo signo político

que el Poder Ejecutivo Provincial y Nacional. A continuación, se produjo un proceso de enjuiciamiento a dicho magistrado, en el cual tuvieron lugar, presuntamente, una serie de irregularidades. El magistrado fue suspendido y posteriormente destituido en agosto del 2018.

Según la información recibida, en abril de 2017, la jueza Dora Temis, a cargo del Juzgado Nacional del Trabajo N° 59 con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, declaró admisible una medida cautelar presentada por la Unión de Docentes Argentinos (UDA) y ordenó cautelarmente al Ministerio de Trabajo que convocara una negociación colectiva nacional. A raíz de estos hechos, diversos representantes del gobierno la acusaron en los medios de comunicación de tener una actitud opositora e intencionalidad política.

Según la información recibida, en febrero de 2017, el Ministerio de Trabajo presentó ante el Consejo de la Magistratura un pedido de juicio político contra los jueces Enrique Arias Gibert y Graciela Marino que habían avalado la negociación colectiva del gremio de empleados bancarios; y habían exigido al Ejecutivo que se abstuviera de interferir en dicha negociación. El Ministerio solicitó la destitución de los jueces aduciendo un “mal desempeño, falta de idoneidad, negligencia grave, arbitrariedad, falta de imparcialidad e incumplimiento de la Constitución Nacional”. La denuncia fue desestimada hacia fines del 2017.

Según la información recibida, en diciembre de 2015, el Poder Ejecutivo Nacional disolvió, por decreto, la autoridad de aplicación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (DNU 267/15379), lo que conllevó el despido de una gran cantidad de trabajadores, en razón a su adscripción política, según denunciaron los mismos. En uno de los casos judiciales que se iniciaron en relación a este despido, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, Sala VI, entendió que parecía tratarse de un despido discriminatorio y ordenó la reincorporación

precautoria de los trabajadores, mientras se tramitara el pleito por el que se requería se declarara la nulidad de dichos despidos. A raíz de tal decisión, el Poder Ejecutivo Nacional impulsó el “jury” de enjuiciamiento en el Consejo de la Magistratura contra los magistrados firmantes, el Juez Luis Raffaghelli y la Jueza Diana Cañal. La denuncia fue desestimada en mayo de 2018.

Expresiones del Ejecutivo en relación a los magistrados y abogados del fuero laboral

Según la información recibida, el 2 de junio de 2017, durante el aniversario del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el Presidente Macri expresó públicamente: “la mafia de la industria del juicio que le ha hecho un daño gigantesco a la Argentina”; así como que “el daño de los últimos meses, año y medio, diez mil millones de pesos de honorarios que se han distribuido a través de este mecanismo. Cada vez que uno de esos malos abogados, ligados a malos jueces laborales como Arias Gibert y Marino logran una sentencia, se condena a una pyme a cerrar”.

Según la información recibida, a los pocos días de esas expresiones, el 12 de junio de 2017, durante un acto en la Casa de Gobierno, el Presidente Macri volvió a llamar a “enfrentar y terminar con la mafia de los juicios laborales”. El ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, Jorge Triaca, también señaló en esas fechas que “el abuso del sindicalismo por el cual algunos viven o generan una industria del juicio” sería “una de las principales causas de involución en la Argentina”.

La manipulación de Fiscales en la causa “Correo Argentino SA s/ Concurso Preventivo”

Según la alegación recibida, en 1997 el Grupo Macri adquirió la concesión de la empresa “Correo Argentino SA” a través del Grupo SOCMA donde el Presidente Macri ostentaba el

cargo de gerente general. En el año 2001 la empresa entró en concurso de acreedores y en 2003 el Estado rescindió el contrato de concesión. La deuda del Grupo con el Estado en concepto de canon ascendía a casi 300 millones de pesos, que conforme la ley de convertibilidad, vigente a la fecha, equivalía a US\$300 millones.

En el año 2016, se logró en el marco de una causa judicial en el Juzgado Nacional de lo Comercial N° 9 de la Capital Federal, un acuerdo de pago entre el Estado Nacional y el Grupo. El grupo económico ofertó y el Estado aceptó en pagar 300 millones de pesos -no dólares estadounidenses-, lo que no tenía en cuenta la devaluación de la moneda argentina, ni los intereses por mora; además el pago se aplazaba en cuotas hasta el año 2033. Para homologar el acuerdo era necesario la aprobación del Ministerio Público Fiscal. La fiscal, la Dra. Gabriela Boquín, consideró “abusiva” la oferta del grupo empresarial. Se opuso a su homologación, y generó la caída del acuerdo, que entendía era perjudicial para el Estado argentino. El dictamen fiscal de Cámara establecía que se debía actualizar el monto de la deuda, lo que la incrementaba a una cifra cercana a los \$ 4.700 millones de dólares estadounidenses.

La Justicia Federal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires inició una instrucción penal, por medio del Fiscal Dr. Juan Pedro Zoni, para determinar si se pudo haber cometido algún delito en el trámite del acuerdo entre el ejecutivo y la compañía. Como resultado de la investigación se dio un pedido de imputación del Presidente Macri, del Ministro de Comunicación, Sr. Oscar Aguad, y del representante jurídico del Estado Nacional, Dr. Juan Moccoora.

Según la información recibida, en abril del 2018, el Fiscal Dr. Zoni -quien se encontraba investigando los libros contables de las sociedades del Grupo para determinar si se desviaron fondos de Correo Argentino SA a otras compañías del holding del Grupo durante el concurso de acreedores- fue

desplazado de su cargo a otro de menor importancia por el Procurador interino, Eduardo Casal, presuntamente bajo el argumento de haber sido considerado en la Fiscalía en forma “Transitoria”. Según la información recibida, dicho traslado fue consecuencia de su obrar independiente, y del procesamiento del Presidente Macri. El fiscal designado para sustituir al fiscal Zoni interinamente, fue el Dr. Gerardo Pollicita, quien haya trabajado para el presidente Macri, cuando este ostentaba el cargo de Presidente del Club Boca Juniors.

Según la información recibida, se desarrollaron diversas estrategias para apartar a la Fiscal Gabriela Boquín del caso, y desgastarla mediáticamente. Así, los abogados de Correo Argentino SA intentaron retirarla del manejo del expediente, pero el Juzgado de Primera Instancia y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, la ratificaron en el cargo. Ante esta resolución, el grupo empresarial presentó un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El recurso fue denegado en diciembre de 2018, por lo que se intentó el recurso extraordinarísimo de “Queja” ante el Supremo Tribunal, para que este se expidiera sobre la petición.

En cuanto al desgaste mediático, en febrero de 2017, el Consejero de la Magistratura y Diputado Nacional por la coalición oficialista de “Cambiemos” Pablo Tonelli, en declaraciones radiales criticó las aptitudes de la fiscal Gabriela Boquín, y manifestó que su dictamen “dice cualquier cosa, si nos vamos a basar en lo que dice estamos mal ... Ella es la que no reúne las aptitudes necesita para el cargo”. En las mismas fechas, la Senadora Nacional y jefa del partido gobernante, Laura Rodríguez Machado, dijo que “Gabriela Boquín inventa una deuda que no es la que dice la norma legal, la que dice el juez y a partir de ahí se genera este escándalo ... Una cuenta que se le cruza por la cabeza a ella y que hace parecer que el padre del presidente tiene privilegios”, agregó.

Alegado contexto de injerencia en el Poder Judicial

Provincia de Buenos Aires

En diciembre de 2016, el Dr. Julio Marcelo Conte Grand fue nombrado Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, función de máxima autoridad del Ministerio Público de la Provincia, incluyendo la jefatura de quienes deben investigar las denuncias contra los funcionarios del actual gobierno provincial y sus opositores. Según la información recibida, el Procurador sería una persona cercana a la Gobernadora de la Provincia de Buenos Aires, la Lic. María Eugenia Vidal, y al Presidente Macri. De hecho, la Gobernadora nombró al Sr. Conte Grand en diversos puestos en el pasado. En 2012, le designó Procurador General del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a propuesta del Presidente Macri; en 2015 le nombró Secretario de Legal y Técnica de la Provincia de Buenos Aires, al día siguiente de su Asunción en el cargo de Gobernadora; y en diciembre de 2016, le designó como Procurador de la Provincia de Buenos Aires.

Según la información recibida, también en esta provincia, el Dr. Luis Federico Arias, titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 1 de La Ciudad de La Plata, dependiente de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, habría sido víctimas de un proceso de enjuiciamiento político y destituido por el contenido de sus sentencias. En este sentido, se le habría juzgado por un tribunal conformado por legisladores afines al Poder Ejecutivo Provincial, en base a una denuncia aparentemente extinguida.

Según la información recibida, el Dr. Carlos Rozansky, titular del Tribunal Oral Federal en lo Criminal N° 1 de La Plata, fue víctima de una campaña mediático-política de desprestigio, la cual incluyó denuncias en el Consejo de la Magistratura, y ataques de abogados defensores de violadores de derechos humanos, entre otros, lo que desencadenó su renuncia. Dicha

renuncia fue aceptada en noviembre de 2016. El magistrado Rozansky fue el primer magistrado que tipificó jurídicamente como genocidio lo acaecido en la República Argentina entre los años 1976 y 1983.

Tarifas de Servicios Públicos

Según la información recibida, los magistrados que cuestionaron la constitucionalidad del aumento de las tarifas de servicios públicos esenciales dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional en 2016 fueron víctimas de ataques, intimidaciones públicas y pedidos de enjuiciamiento.

Según la información recibida, la magistrada que sufrió las intimidaciones de una manera más intensa y a quien se utilizó para lograr el disciplinamiento de los jueces que dictaban resoluciones para “impedir” los aumentos tarifarios fue la Dra. Martina Forn, titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal n° 2 de San Martín, Provincia de Buenos Aires. En agosto de 2016, la Dra. Forn en el marco de un proceso en el que se impugnaron las resoluciones que habilitaron los aumentos tarifarios, dictó una medida cautelar por la que suspendía los aumentos en la tarifa de la energía eléctrica en el país. A partir de ese momento, la magistrada comenzó a sufrir diversas intimidaciones públicas, incluidas de funcionarios del poder ejecutivo, tanto a través de la prensa como a través de twitter; identificándola como militante del partido político opositor, y acusándola de falta de independencia, imparcialidad y conocimiento jurídico. Dos semanas después de haber dictado la sentencia, una granada de mano fue hallada en un contenedor cercano a la casa de la magistrada. En paralelo a estas situaciones, el cónyuge de la magistrada, el Dr. Gabriel Macaggi, habría sido despedido como abogado de la Inspección General de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

En septiembre de 2016, el Consejo de la Magistratura recibió una solicitud de enjuiciamiento a la Dra. Forns, por parte de un dirigente político, en base a un “mal desempeño en sus funciones, ignorancia inexcusable del derecho y falta de equilibrio emocional evidenciado con la reacción que tuvo al conocer el fallo de la Corte Suprema que revocó la decisión”. El Consejo de la Magistratura tuvo la denuncia abierta durante más de un año, a pesar de que la misma se basaba en el contenido de una resolución judicial. A finales de 2017 se procedió al archivo de la misma.

Alegado ataque al Juez Federal de Dolores Dr. Alejo Ramos Padilla

El Juez de Instrucción Federal de Dolores, el Dr. Alejo Ramos Padilla tiene a su cargo una causa judicial (Causa N° FMP 88/2019, caratulada “D’Alessio, Marcelo Sebastián s/ asociación ilícita y otro”) en la que se investiga una presunta red de espionaje ilegal y extorsión, con posibles conexiones con funcionarios públicos - fiscales, jueces federales y provinciales, y funcionarios del poder ejecutivo y periodistas.

Según la información recibida, la investigación llevada a cabo por el Juzgado Federal de Dolores generó una fuerte reacción negativa del Gobierno Nacional, que habría buscado desacreditar al magistrado y restarle apoyo institucional.

El 13 de marzo de 2019, el Juez Ramos Padilla compareció ante la Comisión de Libertad de Expresión de la Cámara de Diputados de la Nación, en relación a la investigación de esta causa. Dos días más tarde, el Ministro de Justicia Germán Garavano solicitó al Consejo de la Magistratura que se le abriera una investigación al Juez Ramos Padilla por violación de sus obligaciones de imparcialidad y reserva y que se iniciara el trámite de su destitución, al haber realizado ante la Comisión una exposición “insólitamente extensa”. La denuncia contra el Juez Ramos Padilla quedó radicada ante la Comisión de Disciplina y Acusación del Consejo de la Magistratura y permanece abierta.

Según la información recibida, junto con esta solicitud y varias declaraciones en medios de comunicación, el Poder Ejecutivo y miembros del partido oficialista impulsaron una campaña de desprestigio y persecución contra el juez Ramos Padilla. Así el Dr. Ramos Padilla fue acusado de ser un juez “militante” y “Kirchnerista”. El 17 de marzo, el Presidente Macri declaró en un programa de televisión que Ramos Padilla “no es un juez que actúe con ecuanimidad”, que “no es la primera vez, Ramos Padilla ya ha hecho varias así”, y que esperaba “que el Consejo [de la Magistratura] evalúe con todas las pruebas si hay que destituirlo”.

El 23 de abril, la Cámara Federal de Mar del Plata confirmó al Juez Ramos Padilla en esta causa sobre presunto espionaje ilegal y extorsión y rechazó una recusación del fiscal federal Carlos Stornelli, imputado en el caso. Según la Cámara, el Poder Ejecutivo habría denunciado al juez sin argumentos serios para pedir su destitución. Los jueces de la Cámara Federal sostuvieron que “(...) en el caso de autos la comparecencia del Dr. Ramos Padilla ante una entidad oficial como la Comisión de Libertad de Expresión de la Cámara de Diputados de la Nación, el aporte en ese ámbito público de datos del expediente que en su mayoría ya eran de conocimiento periodístico y las precisiones que fijara al respecto, sumado a la calidad de funcionario público de uno de los involucrados en las conductas investigadas (...) no alcanzan a evidenciar de una actitud de parcialidad procesal en perjuicio del recusante que autoricen su apartamiento”.

Según la información recibida, la solicitud de juicio político contra el Juez Ramos Padilla habría supuesto un intento de influir y obstaculizar una causa judicial de relevancia, dado que no habría ningún argumento para justificar un “mal desempeño”, “negligencia grave”, “manifiesta arbitrariedad” o “incumplimientos reiterados de la Constitución” que diera lugar a la destitución, tal y como lo requiere la legislación argentina.

Teniendo en cuenta la información y alegaciones recibidas, quisiera expresar mi preocupación sobre las mismas. Los supuestos hechos incluirían presuntos actos de amenaza, intimidación y presión a magistrados y magistradas, fiscales y abogados y abogadas, incluyendo: la manipulación del Consejo de la Magistratura; la selección, designación, traslado y subrogación de jueces y juezas sin tener en cuenta las garantías establecidas en los estándares internacionales; la intimidación contra la Procuradora General y fiscales; los ataques contra jueces y juezas y fiscales cuyas actuaciones no responderían a los intereses del poder ejecutivo; campañas mediáticas contra jueces y juezas, fiscales y abogados y abogadas; y los procesos de sustitución, suspensión y destitución de jueces y juezas sin respetar los requisitos establecidos en los estándares internacionales, entre otras actuaciones.

En relación con las alegaciones arriba mencionadas, sírvase encontrar adjunto el *Anexo de referencias al derecho internacional de los derechos humanos*, el cual resume los instrumentos y principios internacionales pertinentes.

Es mi responsabilidad, de acuerdo con el mandato que me ha sido otorgado por el Consejo de Derechos Humanos, intentar clarificar las alegaciones llevadas a mi atención. En este sentido, estaría muy agradecido de tener su cooperación y sus observaciones sobre los asuntos siguientes:

1. Sírvanse proporcionar cualquier información o comentario adicional en relación con las alegaciones arriba mencionadas.
2. Sírvanse proporcionar información sobre las medidas adoptadas para asegurar la autonomía efectiva del Consejo de la Magistratura y su independencia de los poderes ejecutivo y legislativo.
3. Sírvanse proporcionar información sobre las medidas adoptadas para asegurar que los procesos de selección y nombramiento en el Consejo de la Magistratura sean transparentes y participativos y que se cuenta con garantías para evitar la utilización de criterios políticos en dichos nombramientos.

4. Sírvanse proporcionar información sobre las medidas adoptadas para asegurar que en los procedimientos disciplinarios que se realicen en el Consejo de la Magistratura, los jueces y juezas acusados y acusadas disfruten de todas las garantías procesales establecidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como que las decisiones que se adopten están debidamente motivadas y sujetas a recurso ante un tribunal competente.

5. Asimismo, sírvanse proporcionar información sobre las medidas adoptadas para asegurar que la Comisión de Disciplina y Acusación no pueda ser instrumentalizada como una instancia para sancionar a magistrados y magistradas en razón de las sentencias que hayan dictado.

6. Sírvanse proporcionar información sobre las medidas adoptadas para asegurar que la independencia de la judicatura es respetada por las instituciones gubernamentales; y que los jueces pueden actuar sin restricciones, presiones, amenazas o intromisiones indebidas.

7. Sírvanse proporcionar información sobre las medidas adoptadas para asegurar que el procedimiento de selección y nombramiento de los jueces se basa en criterios objetivos establecidos previamente por ley o por la autoridad competente; que las decisiones relativas a la selección y a las carreras de los jueces se basan en el mérito, en particular las calificaciones, aptitudes y capacidades de los candidatos y candidatas, así como su integridad, sentido de independencia e imparcialidad.

8. Sírvanse también proveer información sobre las medidas adoptadas para asegurar que los concursos o procedimientos de selección y nombramientos de jueces no son evadidos u obviados por medio de traslados, remplazos transitorios o subrogaciones de otros magistrados y magistradas; que dichos traslados, remplazos o subrogaciones cumplen con los requisitos establecidos en los estándares internacionales; y que sean utilizados de de manera excepcional.

9. Sírvanse proporcionar información sobre las medidas adoptadas para garantizar la permanencia en el cargo de los jueces por los establecidos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.

10. Asimismo, provean información sobre las medidas adoptadas para garantizar la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto; y para asegurar que los ascensos de los jueces se basan en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia.

11. Sírvanse proveer información sobre las medidas adoptadas para asegurar que toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente; que los jueces solo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones; y que todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial.

12. Sírvanse proporcionar información sobre las medidas adoptadas para asegurar que el o la Procuradora general de la Nación, y los y las fiscales puedan ejercer sus funciones profesionales sin intimidación, amenazas, hostigamiento, o injerencias indebidas.

13. Finalmente, sírvanse proporcionar información sobre las medidas adoptadas para asegurar que los abogados puedan desempeñar sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas.

Esta comunicación y toda respuesta recibida del Gobierno de su Excelencia se harán públicas a través del sitio web de comunicaciones en un plazo de 60 días. También estarán disponibles posteriormente en el informe que se presentará al Consejo de Derechos Humanos.

A la espera de su respuesta, quisiera instar al Gobierno de su Excelencia a que adopte todas las medidas necesarias para proteger los derechos y las libertades de la(s) persona(s) mencionada(s) e investigar, procesar e imponer las sanciones adecuadas a cualquier persona responsable de las violaciones alegadas. Quisiera asimismo instarle a que tome las medidas efectivas para evitar que tales hechos, de haber ocurrido, se repitan.

Tengo la intención de expresar públicamente mis preocupaciones en un futuro cercano, ya que considero que las informaciones recibidas son suficientemente fiables para indicar que existe un asunto que justifica una atención inmediata. Además, considero que la opinión pública tiene que ser informada sobre las implicaciones potenciales relacionadas con las alegaciones arriba mencionadas. El comunicado de prensa indicará que he estado en contacto con el Gobierno de Su Excelencia para aclarar las cuestiones relevantes.

Acepte, Excelencia, la expresión de mi más distinguida consideración.

Diego García-Sayán
Relator Especial sobre la independencia
de los magistrados y abogados

II. Comentario

El llamado *lawfare* o *guerra judicial* no es un invento argentino ni mucho menos, pero fue calurosamente adoptado como instrumento de lucha política en nuestro país por la administración 2015-2019.

Como es sabido, el *lawfare* es una metodología que requiere la coautoría de los medios de comunicación monopólicos y de jueces. Los medios hegemónicos argentinos son los que han encubierto a esa administración y contribuyeron fundamentalmente a su encumbramiento, de modo que, por descontado, se prestaron gustosamente al juego. Pero no todos los jueces estuvieron dispuestos a servir de instrumento de lucha política, pese a que siempre es tentadora la promesa de *fama publicitaria* y son *alentadores* los gestos de simpatía de la cúpula de la administración.

Quienes prefirieron resistir los cantos sirenaicos del *estrellato judicial* pasaron a la categoría de *jueces molestos* para la administración. Más aún, algunos fueron considerados *obstáculos* y, por ende, a la administración se le hizo necesario quitarlos de su camino para dejar el campo libre a sus *estrellas judiciales*.

También es sabido que la administración 2015-2019, desempeñó el tristísimo papel de agente del poder financiero transnacional, contrayendo una deuda sideral en cortísimo tiempo, mediante un descarado procedimiento de fuga de divisas de capitales *golondrinas*. En definitiva, se trató de una maniobra de administración fraudulenta de inmensas dimensiones, que precipitó al país en una virtual situación de *quiebra*, aunque se prefiera eludir esa palabra usando otros eufemismos.

Se puso en marcha de esta manera la *espiral del desastre*: reducción presupuestaria (*ajuste*), menor recaudación, más *ajuste*. Esta espiral requiere también que nadie obstaculice las consecuencias del *ajuste*, en especial las que recaen sobre los trabajadores.

Nadie ignora que en la Argentina tenemos un sindicalismo fuerte y que, pese a todas las críticas que puedan formularse para desprestigiarlo, conserva un alto nivel de organización y sentido común, hartamente ejemplar en nuestro continente.

Para neutralizar ese obstáculo al avance de la espiral del desastre se hace necesario que el *lawfare* avance también contra los jueces del trabajo de nuestro tradicional fuero laboral, cuyo

origen se remonta a la negativa de la Corte Suprema de nuestra vieja *República oligárquica* a tomarle juramento a sus pioneros.

Los jueces del trabajo de larga trayectoria en el fuero también se tornaron *molestos* y, el titular del ejecutivo, en un acto de impaciencia –dejando escapar las palabras más rápido que el pensamiento– se atrevió a reclamar públicamente jueces propios y a calificar como *mafia* a los abogados laboristas. En consecuencia, comenzó también una persecución contra jueces del trabajo en razón de sus sentencias.

Es la primera vez en toda nuestra historia judicial que se persigue a jueces por el contenido de sus sentencias, lo que fue acompañado por decisiones de los jueces complacientes carentes de toda base jurídica. A eso se sumó la inexplicable y turbia relación de éstos con agentes de *inteligencia*, hasta llegar al escándalo público.

Se multiplicaron los procesamientos y las prisiones preventivas con pruebas y hasta tipificaciones insólitas. Se enunciaron como *doctrina* argumentos jurídicamente disparatados. Se movieron jueces como piezas de ajedrez para componer tribunales poco menos que *ad hoc*. Desde la vuelta a la Constitución en 1983, jamás una administración había osado ir tan lejos en la manipulación de jueces y, menos aún, hacerlo con semejante grado de desfachatez.

Será difícil recomponer la *cultura judicial*, pues ha hecho cundir al criterio de *decido lo que quiero en la medida de mi poder, los argumentos no cuentan*. Afortunadamente, esto involucra a una minoría de jueces, pero el riesgo de descomposición cultural en el cuerpo judicial no puede ignorarse.

El Relator Especial de la ONU ha dado curso a la denuncia de estos hechos y en términos claros solicita explicaciones a la administración. Se trata de un paso importante para reforzar la *cultura judicial*, pues al menos pone de manifiesto que desde el mundo se observan estas conductas desviadas, que tarde o temprano dejan de ser tan impunes como la soberbia del poder puede hacer alucinar en algún momento.

No merece la cultura jurídica argentina esta vergüenza. Pese a todas las enormes dificultades de nuestra accidentada historia política, hemos consolidado un alto nivel jurídico no sólo en lo académico sino también en la jurisprudencia. El desprecio que por todo esto ha demostrado la administración 2015-2019 sólo es comparable con el que puso de manifiesto respecto de la soberanía nacional, aunque, en el fondo, no se trata más que de dos caras de la misma moneda.

La responsabilidad del estado juez por prisión preventiva errónea: un caso real de aplicación de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos

The responsibility of the judge state for erroneous preventive detention: a real case of application of international instruments for the protection of Human Rights

A responsabilidade do Estado juiz pela detenção preventiva errônea: um caso real de aplicação de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos

La responsabilité de l'État-juge pour une détention préventive erronée: un cas réel avec application des instruments internationaux de protection des droits de l'homme

法官对预防性拘留的错误责任:适用保护人权国际文书的真实案例

*Erika Silvina Bauger*¹ | Universidad Nacional de La Plata,
Argentina

¹ Abogada, egresada con Diploma de Honor y Medalla de la UNLP. Premio "Joaquín V. González". Auxiliar Docente con funciones de Adjunta de la Cátedra I de Derecho Internacional Privado de la FCJyS. de la UNLP. Especialización en Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca. Miembro del AADI, ASADIP e Instituto de Derecho Internacional Privado del CALP. Becaria de investigación en Iniciación, Perfeccionamiento y Formación Superior de SECyT de la UNLP. Maestranda en Relaciones Internacionales y en Derechos Humanos de la UNLP. Estudiante de la Especialización en Docencia Universitaria de la UNLP. Integrante de la Red de Profesoras de la FCJyS y del Observatorio de Enseñanza del Derecho de la UNLP.

Correos electrónicos: ebauger@gmail.com, ebauger@jursoc.unlp.edu.ar.

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 4/N° 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 395-422
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e343>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6207-4203>
Recibido: 07/09/2019
Aprobado: 25/10/2019

Resumen: Este ensayo se basa en un caso real en el que participo como letrada patrocinante del actor y constituye un ejemplo de cómo el Derecho y nuestras prácticas profesionales son herramientas poderosas para buscar la justicia en el caso concreto y mejorar la calidad de vida de la persona que nos confía la defensa de sus derechos, especialmente cuando se trata de una persona en situación de vulnerabilidad.

En este juicio se hizo lugar a la demanda promovida contra el Estado Nacional- Poder Judicial de la Nación, admitiéndose la responsabilidad del Estado por error judicial por los daños y perjuicios provocados al actor por el dictado de una prisión preventiva errónea, condenando al Estado Nacional al pago de una reparación integral, aplicándose el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (conf. arts. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).²

Palabras clave: Responsabilidad del Estado- error judicial- prisión preventiva- Derechos humanos.

² Sentencia de fecha 19/12/2018 en causa: "C. L. M. c/ Estado Nacional- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- Poder Judicial de la Nación s/daños y perjuicios", Juzgado Nro. 2 en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata. Expte: 22008519/2002. Los hechos de la demanda por daños y perjuicios contra el Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación) se produjeron como consecuencia de las actuaciones irregulares que culminaron con el dictado ilegítimo y arbitrario de la prisión preventiva sufrida durante 2 años y 11 meses en la cárcel de Devoto y posterior sentencia absolutoria unánime dictada el 22 y 29 de septiembre de 2000. Faltando 15 de días para el vencimiento del plazo de interposición de la demanda, el abogado que trabajó en la causa penal me acercó las fotocopias de los 9 cuerpos de la causa penal, para confeccionar la demanda y entrevistarme con el actor.

Abstract: This essay is based on a real case in which I participate as a lawyer sponsor of the actor and is an example of how Law and our professional practices are powerful tools to seek justice in the specific case and improve the quality of life of the person who entrusts us with the defense of their rights, especially when it comes to a person in a situation of limitations. In this trial, the lawsuit filed against the National State - Judicial Power of the Nation was made, admitting the responsibility of the State for judicial error for the damages caused to the actor for the issuance of an erroneous preventive prison, condemning the National State to the payment of an integral repair, applying the conventional plexus incorporated to art. 75, inc. 22, of the National Constitution (conf. Arts. 1 of the American Declaration of the Rights and Duties of Man; 3rd of the Universal Declaration of Human Rights; 4th, 5th and 21st of the San José Pact of Costa Rica and 6th of the International Covenant on Civil and Political Rights)

Keywords: State responsibility- judicial error- preventive detention- Human rights.

Resumo: Este ensaio é baseado em um caso real no qual participo como advogado patrocinador do ator e constitui um exemplo de como o Direito e nossas práticas profissionais são ferramentas poderosas para buscar a justiça no caso específico e melhorar a qualidade de vida da pessoa que confia-nos a defesa de seus direitos, especialmente quando se trata de uma pessoa em situação de vulnerabilidade. Neste julgamento foi admitida a demanda contra o Estado Nacional - Poder Judiciário da Nação, admitindo a responsabilidade do Estado por erro judicial pelos danos causados ao ator pela emissão de uma prisão preventiva errônea, condenando ao Estado Nacional ao pagamento de uma reparação integral, aplicando o plexo convencional incorporado ao artigo 75.22, da Constituição Nacional (de acordo com o artigo 1 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 4, 5 e 21 do Pacto de San José da Costa Rica e 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos).

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado - erro judicial - detenção preventiva - Direitos humanos.

Résumé: Cet essai est basé sur un cas réel dans lequel je participe en tant qu'assistante juridique de l'acteur. Il illustre de quelle manière le droit et nos pratiques professionnelles, sont des outils puissants afin d'obtenir

justice dans un cas concret, et améliorer la qualité de vie de ceux qui nous confient la défense de leurs droits; en particulier lorsqu'il s'agit d'une personne en situation de vulnérabilité. Dans ce procès, il a pu être possible d'intenter un procès contre l'État national - Pouvoir judiciaire de la nation, la responsabilité de l'État pour erreur judiciaire étant admise pour les dommages causés à l'acteur suite à une détention préventive erronée. L'État national a été condamné au paiement d'une réparation intégrale, en appliquant le plexus conventionnel incorporé à l'art. 75, inc. 22 de la Constitution Nationale (Art. 1 de la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme; 3° de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme; 4°, 5° et 21° du Pacte de San José du Costa Rica et 6 du Pacte international des Droits Civils et Politiques).

Mot-clés: responsabilité de l'État- erreur judiciaire - détention préventive - droits de l'homme

摘要: 本文是基于一个我作为演员的律师赞助人参加的真实案例, 并举例说明了法律和我们的专业实践如何成为针对特定案件寻求正义并改善被拘留者生活质量的有力工具。委托我们捍卫自己的权利的人, 尤其是在脆弱情况下的人。

在本次审判中, 针对国家国家-司法权的诉讼提起, 承认国家对因发行错误的预防性监狱而对行为者造成损害的司法错误负有责任, 谴责国家进行整体修复的费用, 将传统的神经丛应用于艺术。75, inc. 《国家宪法》第22条(《美国人权和义务宣言》第1条, 《世界人权宣言》第3条, 《哥斯达黎加圣何塞公约》第4、5和21号)和《公民权利和政治权利国际公约》第6条)。

关键字: 国家责任-司法错误-预防性拘留-人权。

I. Introducción

La reparabilidad del daño sufrido por quien ha padecido privación de la libertad en el curso del proceso y luego declarado por sentencia absolutoria su inocencia, no ha sido ajena a la evolución del reconocimiento de la responsabilidad del Estado, desde las primeras concepciones de la irresponsabilidad absoluta hasta la actualidad en la que se admite hasta por los daños ocasionados por la actividad lícita.

Si bien el Estado puede ser responsable por sus funciones legislativas (Estado legislador), administrativa (Estado administrador) y judicial (Estado Juez), y dentro de ésta última actividad puede actuar en una doble esfera, dictando actos administrativos y actos jurisdiccionales, enfocaremos el punto de análisis refiriéndonos a éstos últimos: es decir, cuando el Estado Juez ejercita su Poder Judicial.

De las tres funciones estatales típicas, la judicial fue la última en reconocer la responsabilidad por los actos por ella emanados. Actualmente, se reconocen dos hipótesis recurrentes en el tema de la responsabilidad judicial proveniente de actos jurisdiccionales, la que surge a raíz de la condena errónea y la originada en las detenciones preventivas y posterior sentencia absolutoria.

La preocupación del tema fue llevada a las constituciones modernas, muchas de las cuales han incorporado la reparabilidad del daño causado por error judicial o la mala administración de justicia.³

Las convenciones internacionales de derechos humanos incorporadas a nuestra Constitución Nacional mediante el art. 75 inc. 22, han consagrado el derecho a la reparación que contemplan los casos de detención o encarcelamiento ilegales o arbitrarios o condena por error judicial (Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, art. 9 inc. 5 y 14.6; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7 inc. 3 y 10).

El derecho público provincial ha sido una avanzada en la materia. La mayoría de las constituciones provinciales

³ Constitución de España, art. 121: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado (...)". En el mismo sentido, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950, en su art. 5, luego de establecer los casos y el procedimiento en que una persona puede ser detenida, expresa: "Toda persona víctima de un arresto o detención, en condiciones contrarias a las disposiciones del presente artículo, tendrá derecho a una reparación". También: Constitución de Chile, art. 20; Constitución del Principado de Lichestein, art. 32; Constitución de Grecia, art. 7 apart. 4; Constitución de Chipre, art. 11 apart. 7 y 8; ley francesa de julio-5-1972; ley alemana de julio-14-1904.

contemplan la indemnización a las víctimas de errores judiciales en materia penal⁴. Las Constituciones de Neuquén (art. 40) y Tierra del Fuego (art. 40) son un poco más precisas, ya que contemplan la indemnización por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales. Un caso especial resulta de la Constitución de Santa Cruz que observa la indemnización al establecerla “...para quienes habiendo estado detenidos por más de 60 días fueren absueltos o sobreseídos definitivamente” (art. 29).

II. Desarrollo

II.1. La prisión preventiva y la responsabilidad del Estado por daños

La prisión preventiva es una de las herramientas existente en el proceso cuando existe para el magistrado semiplena prueba o elementos suficientes para retener al presunto delincuente privado de la libertad. Es decir, el juez que dicta una prisión preventiva es quien reúne y meritúa los elementos del proceso, según las constancias del expediente, para su determinación. La sentencia definitiva de absolución deviene en un momento histórico posterior, a la luz de iguales elementos determinados, que no pudieron ser jamás suficientes para el dictado de la medida cautelar, y mucho menos para la condena-privación de la libertad, como sanción.

Resulta a todas luces indiscutible que el efecto de la absolución es restablecer al ser humano con sus derechos indemnes al momento histórico en el que ha sido detenido como “presunto autor”, pues no ha llegado a ser responsable, verbigracia, en cuanto a su buen nombre y honor, etc.

Si bien la prisión preventiva como herramienta procesal es prevista por el Estado para otorgar una mayor seguridad en su accionar, dicha herramienta cautelar, dada su naturaleza

⁴ Constitución de La Pampa, art. 11; Chubut, art. 28; Salta, art. 5; Catamarca, art. 219.

harto mutilante de los derechos de la persona, cuando la misma carece de todo sustento lógico en las constancias de la causa, abre la instancia resarcitoria.

Sobre el punto el Juzgado Nro. 14 de Primera Instancia Civil, Comercial y Minas de Mendoza⁵ se ha expedido:

“El hecho de que la prisión preventiva constituya una necesidad del ejercicio de un deber del Estado, no implica que quien la ha sufrido deba soportar el daño que ella le ha causado; es que la necesidad de administrar justicia no puede identificarse con la necesidad de cometer errores (...) de lo que se trata en el caso, es que el imputado haya sufrido un detrimento suficientemente grave y anormal de acuerdo a las circunstancias del caso y de conciliar –no sacrificar– su derecho al resarcimiento, con el derecho de defensa social que impone la privación de la libertad a los sospechosos de delitos graves...”

En un proceso dado, la sentencia absolutoria importa reconocer la ilegitimidad y arbitrariedad del procesamiento y de la detención que sufriera el imputado, pronunciándose sobre el fondo de la cuestión respecto de la inexistencia del delito y de la autoría responsable, comprobando su inocencia liminar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo:

“Que si bien la detención preventiva es una necesidad del ejercicio de un deber primario del Estado impuesto por la defensa social a través de la persecución de un delito y resulta consentida dentro de las situaciones razonables y según la naturaleza del caso y la ilicitud de la conducta del procesado, ello no implica que quien la ha sufrido deba soportar el consiguiente daño sin derecho a reparación cuando no se reunían los presupuestos que tornaban admisible la adopción de la medida cautelar.”⁶

⁵ 1ª Instancia Civil, Com. y Minas, 1ª Circunscripción Mendoza, Juzgado N° 14, diciembre 29-1989, “P.M.O c/ Mendoza, Provincia de” 42.688, en E.D., T 139, p. 147-161.

⁶ CSJN, 18 de julio de 2002 en autos: “Robles, Ramón Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”.

Como antes lo anticipáramos, cabe recordar que la responsabilidad estatal por los daños ocasionados como consecuencia del obrar judicial se encuentra reconocida en los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional por el art.75 inc.22, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que impusieron la obligación jurídica de reparar a quienes hubieran estado privados de su libertad por error judicial, y que configura a su vez un condicionamiento para su procedencia.

En este sentido, el art. 10 del Pacto de San José de Costa Rica establece que “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”; y el art. 9, apartado 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), que fue el antecedente del primero, sienta el principio general de que “toda persona que haya sido ilegalmente detenida, presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”, explicitando que cuando quede demostrada la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, “deberá ser indemnizada conforme a la ley”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un precedente anterior a la incorporación de aquellas normas al plexo constitucional había indicado que:

“[...] el Estado sólo puede ser responsabilizado por el error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario implicaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica pues la acción de daños y perjuicios constituirá un recurso contra el pronunciamiento firme, no prevista ni admitida por ley”.⁷

⁷ CSJN, “Balda, Miguel Ángel c/ Buenos Aires s/ daños y perjuicios”. Fallos: 318:1960.

Al respecto, precisó que: “si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme –por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber sido atacado por los limitados medios que autorizan su revisión– pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada, no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error”, lo que haría revisable su decisión y las de los que a su vez revisen la suya, proyectando una serie interminable de decisiones pasibles de recurso, lo cual atentaría contra la seguridad jurídica y consagraría una permanente anarquía.

Agregó que a diferencia de la reparación de los daños ocasionados por actos lícitos dictados por las ramas legislativa o ejecutiva del gobierno –en la gerencia discrecional del bien común (medidas políticas, económicas, etc.)–, reconocida:

“[...] como un modo de preservar adecuadamente las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad jurídica”, “las sentencias y demás actos judiciales [...] no pueden generar responsabilidad de tal índole, ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia”.

Concluyó, en tal sentido, que no “podría responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento”.

En ese mismo precedente⁸, los doctores Fayt, Petracchi y Belluscio, en voto concurrente, señalaron que:

“[...] resulta incuestionable que el Estado –en principio– es responsable del perjuicio ocasionado a quien, imputado

⁸ CSJN, Fallos: 318:1960.

de un delito, sufre efectivamente prisión preventiva y luego resulta absuelto en virtud de su inocencia”, sea ello “con fundamento en la irregular prestación del servicio (art. 1112 del Código Civil) o en el principio general del derecho que veda causar daño a otro”.

Pero aclararon que:

“[...] ello es así en tanto se trate de una inocencia manifiesta, vale decir, que el auto de prisión preventiva, aun confirmado en las instancias superiores o proveniente de éstas, carezca de sustento lógico en las constancias de la causa, habida cuenta de que, en general, para su dictado no es necesaria una prueba concluyente de la comisión del delito sino solamente la existencia de elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que el procesado ha participado en él, o bien la existencia de prueba semiplena o indicios vehementes del delito y motivos fundados para determinar la persona o personas responsables [...] Tal criterio, bien que no trasuntado explícitamente en la legislación nacional, tiene apoyo en la tendencia a lograr un adecuado equilibrio entre los derechos de los individuos y el desarrollo de la actividad investigativa del Estado [...] A la luz de tales postulados, corresponde concluir que la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución, sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hayan llevado a los juzgadores al convencimiento –relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta –de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor”.

Igual criterio sostuvo la Corte en el caso “Lema”⁹, en el cual el doctor Maqueda adhirió al citado criterio de los doctores Fayt, Petracchi y Belluscio.

⁹ CSJN, Fallos: 326:820 “Lema, Jorge Héctor c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”.

Más adelante, en el precedente “Cura”¹⁰, la Corte adoptó por mayoría el criterio expuesto en los votos concurrentes de los doctores Fayt, Petracchi y Belluscio en “Balda”, modificando la posición expuesta en este último. Allí expresó que:

“con respecto [...] a la responsabilidad del Estado Nacional, resultan aplicables las consideraciones formuladas en el voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Belluscio en Fallos: 318:1990 [...] y en la disidencia parcial del juez Maqueda en la causa L.114.XXXV. ‘Lema, Jorge Héctor c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios’, de fecha 20 de marzo de 2003, a los que cabe remitirse brevitatis causae, según las cuales la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hayan llevado a los juzgadores al convencimiento –relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta– de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor.”

Luego, el Alto Tribunal mantuvo ese temperamento en el precedente “Gerbaudo”¹¹; en “Pedezeret, Ricardo c/ Estado Nacional y Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”¹²; en “Quiroz Franco, Miguel Ángel y otros c/ Mendoza, Provincia de s/daños y perjuicios”¹³; en la causa “Pouler”¹⁴ y “Iacovone”¹⁵.

¹⁰ CSJN, Fallos: 327:1738 “Cura, Carlos Antonio c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, sentencia de 27 de mayo de 2004.

¹¹ CSJN, Fallos: 328:4175) “Gerbaudo, José Luís c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 29 de noviembre de 2005.

¹² CSJN, Fallos: 329:3176.

¹³ CSJN, Fallos: 329:3894.

¹⁴ CSJN, Fallos: 330:2112.

¹⁵ CSJN, Fallos 333:2353.

En “Andrada, Roberto Horacio y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”¹⁶ la Corte expresó que:

“no se dan los requisitos que habilitan la reparación civil por irregular ejercicio de la función judicial si la absolución de los imputados obedeció a que el tribunal declaró la nulidad de las actas de secuestro y detención y de las de allanamiento y, en consecuencia, la de los actos posteriores a aquéllas, por lo que no se puede deducir que tal resolución haya importado reconocer la arbitrariedad del auto de procesamiento y de la prisión preventiva”.

Poco después de “Gerbaudo”, en “Recurso de Hecho en autos ‘Mollard, Carlos Alberto c/ Estado Nacional y otro’”, del 27 de diciembre de 2005¹⁷, los doctores Zaffaroni y Lorenzetti, en disidencia (la mayoría del tribunal consideró inadmisibile el recurso extraordinario con invocación del art. 280 CPCCN), expusieron, por una parte, que compartían lo propiciado por el Procurador en su dictamen en el sentido de revocar la sentencia que había desestimado la demanda indemnizatoria de daños ocasionados como consecuencia de la detención sufrida, por no haber analizado debidamente los agravios referidos a las irregularidades del procedimiento que precedió a la captura del reclamante y haber descartado en forma dogmática la pretensión sin analizar los planteos de la parte, los hechos de la causa y la existencia de un comportamiento incorrecto de las reparticiones estatales que habían intervenido en el caso. Además, los magistrados consideraron descalificable la sentencia por haber negado el resarcimiento en base al argumento de que “vivir en una sociedad dotada de instituciones tiene su costo”. Al respecto, indicaron que tal criterio:

“[...] evidencia una comprensión inadecuada del modo en que en un Estado de Derecho, debe resolverse la tensión entre las facultades estatales para la investigación y la represión del delito y el derecho a la libertad de

¹⁶ CSJN, Fallos: 329:3806.

¹⁷ CSJN, Fallos: 328:4794.

las personas, a la par que importa trasladar al actor la inaceptable carga de tener que consentir calladamente las consecuencias de una desviada actuación estatal. Ello es así, porque aun cuando sea correcto afirmar que la administración de justicia precisa, para su buen desarrollo, que en las causas penales las personas, a veces, sean privadas transitoriamente de su libertad, no queda duda de que ello no configura obstáculo para el reconocimiento posterior, en determinados casos, de un derecho resarcitorio fundado en el sacrificio impuesto a dicho derecho personalísimo”.

Los citados jueces añadieron, con cita a Bidart Campos (2000), que:

“[...] el deber jurídico –que pesa sobre todo ciudadano– de tener que soportar la detención ordenada por la administración de justicia, no puede llegar al extremo de aniquilar el derecho a la reparación posterior, menos cuando aquella detención no tuvo fundamento razonable alguno o se debió al simple error. En tal sentido, la mirada global del problema tiene que coordinar dos enfoques: uno, el fuerte interés social que inicialmente hace prevalecer el *ius persecuendi* y el *ius puniendi* del Estado sobre el derecho a la libertad; el otro, la defensa de la libertad de las personas como nota típica e irrenunciable de un Estado constitucional. Una vez que el detenido hizo su aporte al logro de aquél interés social, probado que la privación de su libertad fue improcedente, el afectado alcanza título jurídico para exigir la compensación reparatoria, porque ya no tiene asidero conferir prelación a aquellos derechos de persecución y punición estatales cuando sus fines han quedado oportunamente satisfechos”.

II.2. Ilegitimidad de la prisión preventiva

Quando la medida de coerción no reúne en su momento los presupuestos necesarios que la tornaban admisible, por no acreditar la existencia de un estado de sospecha contra el imputado,

sino que por el contrario, la misma refleja una evidente contradicción con los hechos comprobados de la causa, lesionando el principio constitucional de presunción de inocencia (art. 18 y 75 inc. 22 CN), se abre la instancia resarcitoria.¹⁸

Es por ello que la responsabilidad estatal por error judicial cometido en ocasión del dictado del auto de prisión preventiva queda de esta forma abierta, ya que surge de las circunstancias fáctico jurídicas su ilegitimidad, por revelarse como absolutamente infundada y arbitraria en virtud de que de los elementos objetivos de la causa no surge un convencimiento relativo de que medió un delito y de que existía probabilidad cierta de que el imputado fuera su autor.

Dicha medida denota la existencia de un verdadero exceso de la potestad jurisdiccional del Estado, y un apartamiento objetivamente comprobable de la tarea de hacer justicia a través de la aplicación del derecho. Por tanto, corresponde que el Estado indemnice por ello.

En suma, la ilegitimidad de la prisión preventiva se constituye en un “error judicial”, cuando resulta palmariamente contradictoria con los hechos comprobados en la causa e insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación. La demostración de tal ilegitimidad mediante el dictado de la

¹⁸ Los hechos del caso fueron los siguientes: el día 30 de octubre del año 1997 mientras se encontraba en su trabajo en una remisería, siendo las 6 horas de la mañana, el actor recibió un llamado telefónico por parte de personal policial, informándole que concurriera en forma urgente al domicilio de su ex mujer. Domicilio en el cual, el personal policial se encontraba efectuando un allanamiento, comunicándole que debía presentarse a los fines de hacerse cargo de su hija menor de edad. Es así, que convocado por la policía se dirigió al lugar en cuestión, estacionando el remis en la vereda de enfrente. En momentos en que se encontraba cruzando la calle, salió a su encuentro un policía vestido con un chaleco de policía de narcotráfico, y tomándolo de un brazo le ordenó que se apoye contra un vehículo estacionado, propinándole un culatazo. Éste comenzó a requisarlo, quitándole dinero de uno de los bolsillos, llegando al lugar otro policía más quien le colocó las esposas y le comunicó que quedaba detenido. Sin poder salirse del estupor por la ridícula e injusta situación, los dos policías lo obligaron a ingresar al domicilio de su ex mujer, informándole que no podía hablar porque se hallaba incomunicado. El actor, se encontraba divorciado de su ex mujer y habitando en otro domicilio hacía más de 5 años, manteniendo contacto sólo en el cuidado de la hija menor de ambos.

sentencia absolutoria posterior, abre, en consecuencia, la instancia resarcitoria, amén de la demostrada y manifiesta inocencia liminar que fuera reconocida por la misma.

II.3. Fundamentos de la responsabilidad del Estado. La aplicación de los tratados de derechos humanos y el diálogo de fuentes

Partiendo de la idea fuerza de que todo daño debe ser indemnizado en virtud de cimentarse en el principio de solidaridad social, el Estado no puede de manera alguna autoexcluirse, desechándose de plano su autoimpunidad e imponiendo a los jueces la obligación de recurrir a los principios generales del derecho en aras de la reparación de la persona dañada.

Antes de la reforma constitucional de 1994, la responsabilidad de Estado por la detención de personas y su posterior liberación tenía, como base jurídica los principios generales del derecho, el principio general reconocido por nuestro ordenamiento jurídico del *alterum non laedere* y en su caso, los términos de la ley de expropiación de la propiedad privada de los particulares, de conformidad a lo normado por el art. 16 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Asimismo, dicha responsabilidad nacía primordialmente de una “falta de servicio”, juzgándose éste, de influencia decisiva en el actuar del juez como dependiente del Estado Nacional en su carácter de organizador de ese servicio de justicia. Como corolario, la responsabilidad del Estado por el daño ocasionado por error judicial o apartamiento por parte del Juez del buen servicio de justicia resulta, entonces, presupuesto ineludible del deber de resarcir.

En el ámbito de la jerarquía normativa, admitimos aun antes de la reforma que los tratados internacionales tienen jerarquía supra-legal.¹⁹ Criterio que también quedó consagrado en la Constitución

¹⁹ El fallo “Ekmedjian” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 316:1669), reiterado más tarde en Fallos: 317:3176) constituyó la piedra angular de ese reconocimiento, consagrando un principio que la doctrina más reconocida exigía desde hacía mucho tiempo.

Nacional de 1994, no sólo respecto de los tratados de Derechos Humanos y de Integración, sino también de todos los demás tratados.

La cuestión es recogida en el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo primero cuando consagra que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte, teniendo en cuenta la finalidad de la norma.²⁰

Este precepto se cita como generador de un diálogo de fuentes. En consecuencia, se introdujeron con jerarquía constitucional una serie de instrumentos de protección de Derechos Humanos que han significado una perspectiva para mirar y aplicar nuestro Derecho. Y esta perspectiva no está dada por los textos de los tratados en sí, sino por la circunstancia de indicarse, en la Constitución Nacional, que esos tratados eran incorporados al orden jurídico argentino “... en las condiciones de su vigencia...”. Esta expresión no sólo quiso decir que debían tenerse en cuenta las eventuales reservas formuladas al tiempo de suscribir tales tratados. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que esta frase significaba que la interpretación de los Pactos debía hacerse conforme la jurisprudencia de los Órganos internacionales encargados de su aplicación, cuyos precedentes constituían interpretación auténtica de los textos de aquellos pactos y doctrina obligatoria para nuestros Tribunales.²¹

De tal forma, el orden jurídico nacional se encuentra integrado al orden jurídico internacional de los Derechos Humanos en el que se garantiza el principio “pro homine” (Pinto, 1997). Por cuanto, las autoridades del Estado argentino quedan obligadas a

²⁰ Ley 26.994 en vigor desde el 1 de agosto de 2015, derogatoria de los Códigos Civil, de Comercio y modificatoria de la legislación complementaria. Los cambios y reordenamientos efectuados por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación cuyas instituciones principales fueron sistematizadas en 2671 artículos.

²¹ Fallos: 315:1492 y causa “Giroldi” (Fallos: 318:314) para repetirse en “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), entre muchísimos otros.

la protección de los derechos humanos, obligándolo a modificar su orden jurídico sólo en beneficio del mayor respeto a esos derechos y nunca en su perjuicio, considerando no sólo el nivel de profundidad del concepto de dignidad humana existente al tiempo de la sanción de las normas sino –de modo más trascendente– el resultante del conjunto de normas consuetudinarias internacionales que se encuentran en vigor a la hora de encarar la modificación del orden jurídico nacional, en su creación o aplicación.

El principio “pro homine”, al cual preferimos llamarlo al igual que Salvioli (2003), “pro persona”, por tener un sentido más amplio y con perspectiva de géneros, tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de los derechos humanos.

Este principio ha sido definido como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto, 1997: 163)..

Este límite de actuación de los poderes soberanos de un Estado no debe entenderse destinado tan sólo a la actuación administrativa o a la actividad legislativa, sino también a la interpretación y actuación judicial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunas Opiniones Consultivas de la Comisión Interamericana, que también se interpretaron como doctrina obligatoria²², establecieron con origen en el precedente “Almonacid”, del 26 de septiembre de

²² Fallo “Carranza Latrubesse”, del 20 de agosto de 2014.

2006, y más tarde en “Trabajadores cesados del Perú”, en “Ibsen Cárdenas” y hasta en “Fontevicchia y D’Amico vs. República Argentina” del 29 de noviembre de 2011 y en “Mendoza y otros vs. República Argentina” del 14 de mayo de 2013, que resultaba una obligación de los tribunales y los funcionarios encargados de aplicar las leyes en un Estado parte del Pacto de San José de Costa Rica, efectuar previamente un control oficioso de la compatibilidad de aquellas leyes con los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La recepción de este criterio hizo advertir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ese control de convencionalidad que debían hacer los jueces, también debería extenderse a un control de constitucionalidad. Uno de los precedentes sobre el punto, fue en un caso de responsabilidad del Estado, para declarar la inconstitucionalidad de una ley que limitaba la indemnización debida por la Nación en un caso de daños y perjuicios sufridos por un soldado, por considerar que la indemnización plena constituía una garantía implícita en el artículo 19 de la Constitución Nacional.²³

En definitiva, el deber de no dañar a otro y el correlativo de indemnizar los daños (*non alterum ladere y sum cuique tribue*), se sustentan en el artículo 19 de la Constitución Nacional y en toda norma que se hubiera dictado en este marco a partir del principio *pro persona*, en virtud del cual sólo se puede mejorar la situación de respeto por los derechos humanos.

II.4. Elementos de la responsabilidad del Estado

Para habilitar la reparación civil por los daños y perjuicios ocasionados por el Estado por error judicial en el dictado de una prisión preventiva, conforme lo analizado precedentemente, se deben reunir los siguientes requisitos: a) sentencia absolutoria, b) daño, y c) relación de conexidad entre la sentencia absolutoria y el perjuicio causado.

²³ Fallo “Rodríguez Pereyra c/Ejército Argentino”, del 27 de noviembre de 2012.

a) **Sentencia absolutoria.** La sentencia absolutoria unánime debe basarse en la inocencia liminar del imputado, de tal forma, que no sea absuelto ni “por duda” ni “por falta de pruebas”. Con lo cual, si el funcionamiento de la justicia hubiese sido regular, hubiera sido un “extraño al proceso” pues era “extraño a los hechos” que motivaron la investigación (Toffait y Averseng, 1974).²⁴.

b) **Daño.** Debe probarse a partir de los hechos y la prueba que la detención sufrida provocó un daño más que suficiente para reclamar por su reparación. El daño debe ser cierto, personal, provocar una lesión a un bien jurídico protegido y resultar imputable al accionar jurisdiccional ilícito del Estado Juez. Debe existir en el caso, un sacrificio especial en el particular afectado y la ausencia de un deber jurídico por parte del accionante de soportar ese sacrificio especial.

c) **Relación de conexidad entre la resolución que decretó la detención, la posterior sentencia absolutoria y el perjuicio causado.** La detención provisoria debe originarse en una resolución judicial palmariamente contradictoria con los hechos comprobados en la causa e insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación. Luego de sufrir la detención, la persona recupera su libertad con el dictado de la sentencia absolutoria. Es más que obvio que si no se hubiera decretado la prisión preventiva el daño no se hubiera ocasionado y por consiguiente, el perjuicio material y moral ocasionados no se habrían configurado.

Al respecto cabe recordar que el único sentido jurídico de la prisión preventiva es de tipo cautelar, teniendo por finalidad impedir que el imputado eluda la acción de la justicia, sea obstaculizando la investigación o el eventual cumplimiento de una sanción penal. Y cabe recordar también, que toda persona es inocente hasta que una sentencia firme emanada del juez

²⁴ En el famoso caso “Vavon” se utilizó el concepto de “extraño al proceso”.

competente y dictada en un proceso legal la declare culpable. Por lo tanto, toda persona sometida a proceso penal tiene derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación del mismo, salvo situaciones excepcionales legalmente fundadas.

De lo expuesto naturalmente se puede colegir la “excepcionalidad” de la restricción de la libertad y la opción siempre presente a favor del magistrado de abstenerse de aplicarla.

Así, sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: “...las condiciones personales del encartado y la pena con la que se reprime el hecho deben guardar estrecha relación con la posibilidad de que se pueda intentar burlar la acción de la justicia y con ella impedir la concreción del derecho material...”²⁵

II.5. El exceso del plazo legal de la prisión preventiva

A mayores fundamentos, corresponde referirnos al exceso del plazo de la prisión preventiva, pues los límites temporales impuestos por la legislación a la prisión preventiva como consecuencia de la reglamentación del Pacto de San José de Costa Rica, en la mayoría de los casos son vulnerados en perjuicio de la persona detenida.

En efecto, el art. 7, inc. 5 de este Pacto con jerarquía constitucional conforme lo normado por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, prescribe que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso...”

El retardo en el dictado de la sentencia absolutoria del imputado, con la consiguiente angustia del procesado sin sentencia, aún bajo sospecha, a la espera interminable de una decisión que ponga fin a su incertidumbre, ubicaría en primer término, la responsabilidad por “actos lícitos” del Poder Judicial.

²⁵ CSJN. Fallos 310:1480, La Ley, 1987-E-274.

Sin embargo, aquí nos encontramos asimismo, con una situación harto agravante de la expuesta. Esto es, el dictado de una prisión preventiva basada en el “error judicial”, que obviamente, hizo padecer a la víctima del mismo un detrimento lo suficientemente grave y anormal.

En suma, cuando la persona privada de su libertad debe a su vez, soportar la excesiva prolongación del plazo de la prisión preventiva en el tiempo, que por ello, la tornó injusta, inicua y fuente de daño indemnizable. Sino que además, la injusta resolución que decretó la misma, se fundó en un “error judicial” por resultar palmariamente contradictoria con los hechos comprobados de la causa e insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación y por tanto, sumadas estas situaciones, abren, con meridiana claridad, la instancia resarcitoria.

Sobre el punto conviene poner de resalto que la Corte Suprema de Justicia de La Nación se ha pronunciado, entre otras, en la causa “Valenzuela L.R. c/ Provincia de San Luis”²⁶ sosteniendo: “Comprometen la responsabilidad del Estado los hechos que lesionen a los particulares cuando ocurren en la prestación de un servicio público si se debe al comportamiento irregular y hasta exorbitante de los funcionarios estatales cuya selección, aptitud y vigilancia en todo caso no incumbe a los administrados”.

II.6. El deber de reparar el perjuicio individual sufrido

Sin duda la temática de daños sostuvo desde la reforma del Código Civil en 1968 una transformación trascendental y diríamos de casi 180 grados, pues pasamos del sistema de responsabilidad subjetiva como espina dorsal del sistema de Vélez Sársfield, a la plurivia que transformó la cuestión en reparación de daños (Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci y Gherzi, 1993).

²⁶ CSJN, fallos: 252:195.

Dicha transformación atañe no sólo a la cuestión del daño y su consecuente necesidad de reparación sino a la evolución de la cuestión referida a la protección y preservación del ser humano en todos sus aspectos (Fernández Sessarego, 1990).

Existieron tres movimientos en torno a la cuestión. En primer lugar en la época de sanción de nuestra Constitución Nacional, con la organización del Estado Nacional, la conformación de los derechos individuales, que precisamente apuntaban a defender los derechos del hombre frente al Estado, como extensión de los principios de las revoluciones burguesas (Gherzi, Vergara y Di Próspero, 1993: 188-215).

Un segundo momento estuvo constituido por el empuje del constitucionalismo social desde los años 20 en adelante de este siglo y que significó para nosotros concretamente la incorporación del art. 14 bis, donde se canalizan los derechos de los trabajadores, las organizaciones sindicales y fundamentalmente el ser humano en su “conjunto familiar”, v.gr., la necesidad de una vivienda digna, etc.

El tercer movimiento nació a finales de la Segunda Guerra Mundial, conformando el grupo de derechos que hoy, poco a poco, fueron adquiriendo personería en algunas constituciones modernas: los derechos personalísimos, el último reducto del ser humano que sufrió agresión, su intimidad, su imagen, su derecho a una vida plena, su derecho a gozar de la libertad, etc.

El derecho como orden teleológico dio la respuesta desde ese ángulo esencial que es el de crear esa “esfera de protección”, como expresara Karl Larenz (1978: 46), pero era necesario que desde el otro ángulo también se movilizara y se rompiera el férreo modelo de la responsabilidad subjetiva que sólo busca sancionar al agente dañador. Es otro tiempo, es el tiempo del damnificado y el daño y donde la generación incontrolada de daños, lícitos e ilícitos, genera el deber de reparación.

De esta forma, el derecho no puede dejar de dar respuesta al daño. Y cuando este es acaecido en virtud de un acto jurisdiccional que se revela como incuestionablemente infundado y

arbitrario, y donde la privación de la libertad implica un perjuicio individual en beneficio de la sociedad –que le ha dado el mandato e imperio al Poder Judicial- y que por consiguiente si resultó al momento del fallo definitivo absuelto, el dañado ha dejado de gozar de su derecho personalísimo a la libertad, a su dignidad personal, a la salud, a su honra y reputación, al desarrollo pleno, a sus hijos, a su vida conyugal, en aras a la seguridad de la sociedad.

Es de toda evidencia que la situación carcelaria en nuestro país no cumple de modo alguno con los requerimientos de nuestra constitución, ni con las exigencias de las convenciones internacionales integradas a nuestra Constitución Nacional, ni tampoco con los indudables derechos de las personas privadas de su libertad, derechos que constituyen una obligación que debe ser respetada por las autoridades. El Comité contra las desapariciones forzadas de Naciones Unidas expresó su preocupación por la existencia en la Argentina de nuevos casos de desaparición forzada de los cuales son víctimas, particularmente, personas jóvenes en situación de extrema pobreza y marginación social; estas desapariciones son realizadas aplicando métodos policiales violentos, haciendo un uso arbitrario de la detención y utilizando la desaparición como un método para encubrir los delitos cometidos y procurarse la impunidad.²⁷

Las cárceles constituyen una nueva forma de suplicio. Como sostiene Foucault (1975), el castigo, que en tiempos feudales consistía en una aplicación de la pena sobre el físico, un verdadero suplicio corporal es reemplazado en nuestra sociedad por una pena aplicada en el ámbito de la libertad lo cual no significa que el suplicio haya desaparecido sino que tan sólo se lo ha desplazado en el espacio de aplicación: de la crueldad en lo físico al sutil pero efectivo suplicio psicológico; del dolor provocado en el cuerpo a la estricta reglamentación penitenciaria basada en la asignación del tiempo a variadas tareas. Tiempo

²⁷ CED/C/ARG/CO/1. Observaciones finales del 12 de diciembre de 2013.

éste, que obra también como un suplicio pero midiendo y pautando la condena en el encierro. Sostiene: “Unos castigos menos inmediatamente físicos, cierta discreción en el arte de hacer sufrir, un juego de dolores más sutiles, más silenciosos, y despojados de un fasto visible...”.

Es el mismo sistema el que produce una particular forma de castigar basada en la privación de la libertad y en el discurso de la regeneración que sirve para ocultar el ejercicio de un poder brutal, totalizante, de clasificación y conocimiento de las conductas delictivas y de refinamiento y producción de la delincuencia ulteriormente útil al propio sistema.

Es de notar que en el tiempo que vivimos de exclusión social y de marginalidad planificada, la cárcel prepara para la exclusión y recluye con brutalidad y con indiferencia, siendo un simple depósito de pobres estigmatizados por la sociedad.

En suma, en un primer momento prevaleció el bien jurídico protegido de la seguridad; fenecida esa etapa procesal, la sociedad reconoce a través de la sentencia –en esta nueva etapa procesal- que si bien tenida la medida jurisdiccional, carece de legitimidad y que ha causado un daño individual que ese ser humano ha experimentado al cual la sociedad le debe una reparación. El sacrificio del imputado ha sido mucho y penoso para que la sociedad tuviera una “momentánea seguridad”, por lo que desentrañado el misterio se develó su falta de participación y se logró su absolución.

En caso en análisis, el respeto a la vida y la libertad, los afectos a los seres queridos, el derecho de tener una vida plena, ha sido dañado como valor y resulta absolutamente indiscutible que debe por ello ser reparado.

III. Conclusiones

El Derecho constituye una herramienta poderosa para buscar la justicia en el caso concreto y mejorar la calidad de vida de la persona que nos confía la defensa de sus derechos.

De acuerdo a la definición clásica, justicia es “lo debido a cada uno”, es decir, todo lo que el ser humano requiere para su pleno desarrollo espiritual y material. La efectiva realización de la justicia depende de una amplia variedad de circunstancias: el nivel de desenvolvimiento *económico y científico-técnico*, el grado de desarrollo de la cultura y las características de la cultura predominante y las relaciones de poder que se procesan entre clases y otros grupos sociales, es decir la organización política de la sociedad. Lo justo es, entonces, variable de acuerdo al modo en que se entrecruzan esos factores y, en definitiva, al modo en que cada sociedad, en cada momento o etapa de su desarrollo, se estructura como unidad políticamente organizada. Por eso “lo justo no es lo mismo en todos los regímenes” y hay diferentes clases de justicia “adecuadas a cada régimen” (Aristóteles, Política 1309^a). De tal forma, la idea de justicia siempre está asociada a un determinado concepto colectivamente aceptado de beneficio colectivo o bien común, por eso afirma el filósofo Boaventura de Sousa Santos (2005: 6) que “las luchas por el bien común siempre fueron luchas por definiciones alternativas de ese bien”.

La variabilidad resulta siempre acotada por un “piso mínimo” definido por lo que podemos denominar la conciencia universal de justicia, vale decir, el avance de la conciencia jurídica y ética de la Comunidad Universal que va definiendo, progresivamente, como punto de no retorno la vulneración de derechos humanos.

El jurista alemán Karl Larenz señala con acierto y precisión que: “El personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es persona en el sentido ético, un valor en sí mismo –no simplemente como medio para los fines de otros- y en este sentido una dignidad. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo, salud) y en un ámbito propio del mismo...” (Larenz, 1978: 418).

La Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional por imperio del art. 75 inc.22 de la CN,

en su art. 25 prevé: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Semejante disposición constitucional resulta harto suficiente como para reparar el daño causado en el ejercicio jurisdiccional. Si quedare alguna duda basta la cita de Carnelutti (1965) que al respecto señala: “Considerar al hombre como una cosa, ¿puede haber una fórmula más expresiva de indignidad? Sin embargo, es lo que ocurre, desgraciadamente, nueve de cada diez veces en el proceso penal. En la mejor de las hipótesis, los que van a ser encarcelados en la jaula, como los animales del jardín zoológico, parecen hombres ficticios más bien que hombres verdaderos”.

Siguiendo esta línea de pensamiento, si la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha creado la doctrina de la reparación de los actos lícitos que lesionan el patrimonio, conforme a los principios generales del derecho, tal fundamento resulta a todas luces aplicable cuando se trata de reparar la dignidad de la persona humana dañada en su máxima expresión: la libertad. Seguramente Carnelutti diría sin dudar, que esta solución es lo menos para humanizar la justicia, devolviendo al ser humano su dignidad mellada.

Ya sea que se fundamente en lo que decía Rodolfo Stammler (1925), respecto a que el derecho positivo posee una vigencia normativa y fáctica, pero el derecho es justo, es mucho más que ese “derecho establecido”, es ante todo, un peculiar modo de ser, que posee legitimidad interna, que se presenta como justo porque condensa valores como la ética, la equidad y la solidaridad social. Ya sea, que se fundamente en la necesidad de defender los derechos humanos como “fenómeno” en sentido Foucaultniano, que nos permite describir y contextualizar los acontecimientos históricamente dados como el producto de las

luchas, las conquistas, los olvidos y los azares en las relaciones de poder, con el objetivo de elaborar una proposición útil para su práctica efectiva.

La prisión preventiva, como herramienta jurisdiccional entraña, para el detenido, un sacrificio individual temporal y transitorio en beneficio de la sociedad, y condicionado al resultado final del proceso que puede convalidarlo o retrotraerlo a la situación inicial, con lo cual la retrocesión debe operar lo más perfectamente posible.

Ni desde el ángulo de la víctima, ni desde el Estado existen diferencias entre la condena errónea revisada y la detención provisoria de un inocente, tanto en uno como en otro el Estado no hace más que cumplir con su deber; lo que justifica –en ambos supuestos- la reparación. Es el error que desliza en el cumplimiento de ese deber haciendo soportar íntegramente el costo de la defensa social a un particular. La nobleza del fin de la actividad dañadora no elimina el derecho a la reparación, ya que el fin no justifica ni legitima los medios.

En este sentido, la reparación del daño por privación de la libertad en la fórmula monetaria, ante la imposibilidad de retrocesión en especie, es la forma más adecuada como respuesta de un derecho solidario, ético y restaurador de la dignidad humana frente al acto del Estado.

IV. Bibliografía

- ARISTÓTELES (1988). *Política*. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés. Biblioteca Clásica Gredos, 116. Madrid, España: Editorial Gredos S.A.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (2000). “¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de la libertad?”. En *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, n° 9, ps. 227 y ss.
- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2005). *Reinventar la democracia: reinventar el Estado*. Ecuador: Ed. Abya Yala. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

- CARNELUTTI, Francesco (1965). “Las miserias del proceso penal”, trad. Sentis Melendo. Montevideo: Revista Uruguaya de Derecho Procesal.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1990). *Derecho y persona*. Lima, Perú: Ed. Inesta.
- FOUCAULT, Michel (2001). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Trigésimo primera edición en español México: Ed. Siglo XXI.
- GHERSI, Carlos A., VERGARA, L.y DI PROSPERO, M. (1993). *Derecho civil. Parte general*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- LARENZ, Karl (1978). *Derecho civil. Parte general*. Madrid, España: Ed. Edersa.
- MOSSET ITURRASPE, KEMELMAJER DE CARLUCCI, GHERSI Y otros (1993). *Responsabilidad civil*. 2da edición Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- PINTO, Mónica (1997). “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregu, Martín (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Ed. CELS - Editores del Puerto.
- SALVIOLI, Fabián (2003). “Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, En *Defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*. Argentina: Ediar.
- STAMMLER, Rudolf von (1925). *La génesis del derecho*. Traducción al castellano de W. Roces. Madrid: Espasa-Calpe.
- TOFFAIT, A. y AVERSENG, L. (1974). *Detention provisoire et responsabilité de l'Etat*. Francia: Recueil Dalloz-Sirey.

La reparación de las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

Reparation of victims in the jurisprudence of the International Criminal Court

A reparação das vítimas na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional

La réparation des victimes dans la jurisprudence de la Cour pénale internationale

国际刑事法院判例中的受害者赔偿

Ezequiel Rodrigo Galván¹ | Universidad Nacional de La Plata, Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 423-450

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e344>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0833-4366>

Recibido: 14/06/2019

Aprobado: 24/08/2019

Resumen: El trabajo aborda la reparación en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional que -a partir del Estatuto de Roma- dispuso el reconocimiento de las víctimas y su reparación en el marco de una instancia internacional encargada de juzgar responsabilidad individual por los “crímenes más graves de trascendencia internacional”. Concluye el autor que la víctima y su dignidad se presenta como un actor y elemento de sentido transversal a todo el sistema derivado del Estatuto de Roma, el cual recupera al derecho internacional de los derechos humanos como una fuente de derecho, así como la jurisprudencia de

¹ Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Diplomado en DESC (UM). Maestrando en Derechos Humanos (IDH-UNLP). Alumno de la Diplomatura en Derechos del Consumidor y Procesos Protectorios (U.N.). Email: ezequielgalvan@gmail.com .

sus tribunales internacionales como una interpretación de ese derecho que integra al Estatuto. La recepción expresa de estándares de la Corte Interamericana y de la Corte Europea de Derechos Humanos, además de aprovechar el camino recorrido por estos tribunales internacionales, incorpora a la Corte Penal Internacional en el diálogo de estas instancias jurisdiccionales y la construcción del corpus iuris de los derechos humanos a partir de concepción común de la preeminencia de la dignidad de la persona

Palabras claves: Corte Penal Internacional-reparación-víctimas-derecho procesal

Abstract: The work deals with reparation in the jurisprudence of the International Criminal Court, which -based on the Rome Statute- provided for the recognition of victims and their reparation within the framework of an international body in charge of judging individual responsibility for the “most serious crimes of international transcendence”. The author concludes that the victim and his dignity is presented as an actor and element of meaning transversal to the entire system derived from the Rome Statute, which recovers international human rights law as a source of law, as well as the jurisprudence of its international tribunals as an interpretation of that right that integrates the Statute. The express reception of standards of the Inter-American Court and the European Court of Human Rights, in addition to taking advantage of the path traveled by these international tribunals, incorporates the International Criminal Court in the dialogue of these jurisdictional instances and the construction of the corpus iuris of human rights based on a common conception of the pre-eminence of the dignity of the person.

Keywords: International Criminal Court-reparation-victims-procedural law

Resumo: O trabalho aborda a reparação na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional que – a partir do Estatuto de Roma - ordenou o reconhecimento das vítimas e sua reparação no âmbito de uma instância internacional responsável de julgar responsabilidade individual pelos “crimes mais graves de transcendência internacional”. O autor conclui que a vítima e sua dignidade são apresentadas como ator e elemento de significado transversal a todo o sistema derivado do Estatuto

de Roma, que recupera o direito internacional dos direitos humanos como fonte de direito, assim como a jurisprudência de seus tribunais internacionais como uma interpretação desse direito que integra o Estatuto. A recepção expressa dos padrões da Corte Interamericana e da Corte Européia de Direitos Humanos, além de aproveitar o caminho adotado por essas cortes internacionais, incorpora a Corte Penal Internacional no diálogo dessas instâncias jurisdicionais e na construção do corpus iuris dos direitos humanos com base em uma concepção comum da preeminência da dignidade da pessoa.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional - reparação - vítimas - direito processual

Résumé: Le travail aborde le thème de la réparation dans la jurisprudence de la Cour pénale internationale qui –à partir du statut de Rome- a reconnu le droit des victimes et leur droit à une réparation dans le cadre d'un organe international chargé de juger de la responsabilité individuelle dans les cas de "crimes les plus graves de portée internationale". L'auteur conclut que la victime et sa dignité se présentent comme un acteur et un élément de signification transversale à tout le système résultant du statut de Rome, qui reprend le droit international des droits de l'homme comme une source du droit, ainsi que la jurisprudence de ses tribunaux internationaux comme une interprétation de ce droit qui intègre le statut. La réception expresse des normes de la Cour Interaméricaine et de la Cour Européenne des droits de l'homme, en plus de profiter du chemin parcouru par ces juridictions internationales, permet d'intégrer la Cour pénale internationale dans le dialogue avec ces instances juridictionnelles et la construction d'un corpus iuris des droits de l'homme sur la base d'une conception commune de la prééminence de la dignité de la personne.

Mot-clés: Cour Pénale Internationale, réparation, victimes, droit procédural

摘要: 这项工作涉及国际刑事法院判例的赔偿(根据《罗马规约》), 该判决下令在一个国际机构的框架内承认受害者及其赔偿, 该机构负责对“最严重的犯罪”承担个人责任。具有国际意义”。作者得出的结论是, 受害人及其尊严被作为行为者和横向意义的要素呈现在源自《罗马规约》的整个体系中, 该规约恢复了国际人权法作为法律渊源以及法治的判例。其国际法院是对包含《规约》的这项权利的解

释。美洲法院和欧洲人权法院对标准的明确接受,除了利用这些国际法院所采取的途径外,还把国际刑事法院纳入了这些管辖权案件的对话和国际刑事法院的主体构造。基于对人的尊严至高无上的共同观念的人权

关键字: 国际刑事法院-赔偿-受害者-程序法

I. Introducción

Uno de los aspectos más relevantes de la creación de la Corte Penal Internacional a partir del Estatuto de Roma (1998) es el reconocimiento de las víctimas y su reparación en el marco de una instancia internacional encargada de juzgar responsabilidad individual por los “crímenes más graves de trascendencia internacional”.

En este aspecto, el Tratado de creación, así como la posterior práctica de este tribunal de justicia internacional penal, recuperan a la persona afectada y su dignidad como una dimensión central de su labor y sentido de existencia, que a su vez se presenta, en algunos aspectos, como una experiencia superadora de otras instancias internacionales que disponen la recomposición de las personas afectadas por los hechos juzgados (sistemas de protección de derechos humanos).²

Ante esto, el objeto del presente trabajo es analizar cómo está contemplada la reparación de las víctimas en el marco del procedimiento ante la Corte Penal Internacional y los estándares desarrollados en su jurisprudencia a partir de los casos “Lubanga” y su apelación, “Katanga” y “Al Mahdi”, las medidas de reparación dispuestas y su proceso de construcción.

² Un ejemplo interesante es la protección de las víctimas y su integridad (en un sentido amplio) dentro de la tramitación del proceso, especialmente el contemplar un cuerpo profesional para el acompañamiento de testigos y víctimas, especialmente de la violencia sexual (art. 43 inc. 6), aspecto que marca una perspectiva de género que el procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no contempla y se presentan como revictimizantes de la persona.

II. La reparación de las víctimas dentro del proceso ante la Corte Penal Internacional

La reparación de las víctimas de los crímenes que son juzgados por la Corte Penal Internacional está expresamente receptada en el Estatuto de Roma, específicamente en su artículo 75, estableciendo el carácter amplio de la reparación³, las personas alcanzadas (víctimas o causahabientes)⁴, de oficio o a solicitud, determinando el alcance y magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios, contemplando expresamente la expresión “reparación adecuada” de la víctima, creando un Fondo Fiduciario (art. 79) destinado a la reparación de las víctimas y sus familias, y estableciendo la obligatoriedad de los Estados Partes de cumplir e implementar las medidas de reparación ordenadas⁵.

Como se puede observar, el Estatuto de Roma tiene un concepto de reparación amplio en pos de recomponer las consecuencias de los crímenes juzgados, criterio que sostiene las Reglas de Procedimiento y Prueba dictadas por la Asamblea de Estados partes.

En este aspecto, la regla 94 establece la posibilidad de las víctimas de presentar las solicitudes de reparación sin interceder como parte en el proceso; la regla 95 establece que, actuando la Corte de oficio, se notifique a las víctimas, Estados y personas afectadas a efectos que se pronuncien al respecto; la regla 96 establece el carácter central de la “publicidad de las actuaciones de reparación”.

³ “incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación”.

⁴ Cabe resaltar que, además del concepto amplio de “víctima” ante esta instancia internacional, reconocer a los causahabientes como personas a reparar sin tener que considerarlas “víctimas” es algo novedoso respecto de los sistemas de protección de derechos donde la medida de recomposición se circunscribe a quien se considera víctima (acreditada) en el proceso (ej. ColDH “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala” sentencia 23/08/2018, párrafo 29).

⁵ El art. 75 inc. 5 les asigna a estas medidas de reparación el mismo estatus que las medidas del art. 109 (obligación de los Estados Partes de efectivizar decomisos y multas), reafirmando su carácter de obligatorias en un tratado que no admite reservas (art. 120).

En cuanto a la reparación en sí, la regla 97 establece la posibilidad de disponer reparaciones individuales, colectivas o ambas, realizar peritajes para determinar la entidad de los daños (usado en un concepto amplio), estableciendo en todo momento una participación amplia de las víctimas, sus representantes o los Estados, y respetando los derechos de las víctimas y del condenado.

Así mismo, la regla 98 establece las reparaciones individuales⁶ son a cargo del condenado, su depósito en el Fondo Fiduciario como mecanismo de conservación del pago individual y las disposiciones relativas al destino de los recursos del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas; y, la regla 219 reafirma este carácter imperativo para los Estados Partes de las medidas de reparación ordenadas por la Corte (“*No modificación de las órdenes de reparación*”).

Cabe destacar que el diseño actual reparación de víctimas representa en la práctica un verdadero sistema de “responsabilidad civil” en el marco de una instancia internacional que juzga responsabilidad penal, el cual recepta los rasgos distintivos de los procesos colectivos de las jurisdicciones nacionales:

- (a) condena con medidas reparación de las consecuencias con identidad de causa y responsable⁷ (Verbic, 2017:313) sean estructurales, colectivas o individuales homogéneas⁸.
- (b) representación de un colectivo o grupo afectado⁹ (Verbic, 2017:314).
- (c) publicidad del proceso a efectos de anotar y/o convocar a los interesados (Verbic, 2017:326-327).

⁶ Así también las colectivas en tanto que se traduzcan en un pago (inc. 3).

⁷ Consecuencias de los crímenes (causa común) del condenado (responsable común).

⁸ Se diferencia lo estructural (ej. medidas de reconstrucción social), lo colectivo en tanto bien común indivisible (ej. reparación del ambiente), así como lo individual homogéneo (ej. la indemnización individual de cada persona pero que responde a la causa común: el crimen juzgado).

⁹ En este caso, las víctimas y causahabientes de los crímenes juzgados (quienes aprovechan los efectos de la sentencia condenatoria).

(d) mecanismos de implementación -eficacia de la sentencia-¹⁰ (Verbic, 2017: 350-351 y 362-363).

En este aspecto, el proceso ante la Corte Penal Internacional emite una sentencia que se pronuncia sobre la responsabilidad del condenado por determinados crímenes (hechos), y, además de las medidas de reparación estructural o colectivas que puede disponer el tribunal, cada víctima o causahabiente tiene que acreditar ante la Corte su afectación, relación causal con el hecho, y entidad del daño / medidas particulares de reparación (pagos, devolución de bienes, rehabilitación, otras).

La reparación de la víctima se presenta como uno de los sentidos de la existencia de la Corte Penal Internacional (desde el propio Estatuto de Roma), criterio que expresa el tribunal ya en su primera sentencia (en materia de reparaciones) de la Sala de Primera Instancia en el caso “Lubanga Dyilo” (07/08/2012): “[...] *el éxito de la Corte está, hasta cierto punto, relacionado con el éxito de un sistema de reparación.*” (Martínez Ventura, 2014:347).

Así mismo, se presenta como paradigmático el instituto de la reparación de las víctimas, en tanto personas individuales, en el marco de la Corte Penal Internacional dentro los tribunales internacionales que disponen medidas de reparación individual (sistemas de protección de derechos humanos) en tanto que, mientras las otras instancias internacionales (juzgando responsabilidad estatal) disponen medidas de reparación de alcance restrictivo¹¹ (descontando las colectivas o estructurales por su carácter indivisible) y haciendo eje en las medidas de “no repetición” de la conducta lesiva por parte del Estado responsable (Bruno, 2013:55), la propia lógica de la responsabilidad penal por los crímenes que la comunidad internacional considera de mayor gravedad genera un sistema de reparación contrario, donde el eje es la reparación

¹⁰ Cómo se expone, el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba establecen mecanismos para asegurar la efectividad de las medidas de reparación ordenadas, ej. la creación de un Fondo Fiduciario, el depósito de los pagos para su distribución, la obligación de los Estados Partes de efectivizar medidas de reparación, entre otras.

¹¹ Solo a las “víctimas” con un concepto muy acotado de quien reviste esta condición.

generalizada de las personas afectadas, entendiendo a la propia persecución penal del crimen como la medida de no repetición dentro de la comunidad internacional.¹²

III. ¿Quién es víctima ante la Corte Penal Internacional?

Teniendo presente que los sistemas de reparación de instancias internacionales están destinados a las víctimas (o sus causahabientes), el alcance de las medidas de reparación, en una dimensión personal, está dado por el propio concepto de “víctima” que maneje la instancia internacional, es decir, las personas respecto de las cuales se podrá disponer la reparación.

Cómo primer aspecto, debe destacarse que el Estatuto de Roma no tiene una definición de víctima, definiéndose en las Regla (de Procedimiento y Prueba) 85 que se considerará como tal a (a) toda persona humana “*que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte*”¹³; o (b) “*las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios*”.¹⁴

¹² “Según se consigna en el preámbulo del ECPI, la Corte debe su creación al interés explícito de la comunidad internacional en erradicar la impunidad de los crímenes internacionales. (...) El juzgamiento también procura otras cosas: (...) disuadir a futuros dictadores que se propongan cometer esos crímenes aberrantes; restablecer y afianzar la paz entre los pueblos, etcétera” (Nanzer, 2014:92-93).

¹³ El alcance del concepto de “daños” no es una cuestión resuelta dentro del sistema, conviviendo posiciones restringidas (ej. Sala de Cuestiones Preliminares: “*físicos, psicológicos y materiales*”) con posiciones más comprensivas (ej. Sala de Primera Instancia: “*las lesiones físicas o mentales, el sufrimiento emocional, las pérdidas económicas y el menoscabo sustancial de los derechos fundamentales son todas formas pertinentes de daño*”) (Olásolo & Kiss, 2010:5 y 11), elemento que determina el alcance material de la condición de “víctima” dentro del sistema.

¹⁴ En este aspecto, el reconocimiento de la persona jurídica, sentido que le reconoce la Corte Penal Internacional a la Regla 85 inciso “b” (Olásolo & Kiss, 2010:5) como sujeto que puede revestir la condición de “víctima” (reparable), teniendo presente el enfoque de derechos humanos que recepta el sistema creado por el Estatuto de Roma, es interesante

En este aspecto, puede observarse el carácter amplio del concepto de “víctima” en el ámbito de la Corte Penal Internacional¹⁵, incluso a efectos de reconocerle la calidad procesal de “participante” en el proceso penal, que se presenta como novedoso dentro de las instancias internacionales (Olásolo & Kiss, 2010), receptando la concepción del derecho internacional de los derechos humanos y las experiencias de sus jurisdicciones internacionales¹⁶.

Cabe resaltar que, además de la similitud en materia de competencia para disponer medidas de reparación a favor de las víctimas, se recuperan las instancias de jurisdicción internacional creadas por los distintos tratados de derechos humanos debido a que el Estatuto de Roma expresamente establece que la aplicación e interpretación de derecho aplicable por la Corte Penal Internacional “*deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*” bajo el principio de no discriminación (art. 21 inc. 3), es decir, que establece una concepción que, además de respetuosa del debido proceso (calificado por su naturaleza penal), entiende el respeto de la dignidad de la persona como elemento transversal a toda el sistema.

este posicionamiento debido a que se encuentra siendo un ámbito de coyuntura dentro de las instancias internacionales (ColDH “Opinión Consultiva 22/16” sentencia 26/02/2016, párrafo 62), en tanto si el colectivo (persona jurídica) es un sujeto de derechos en sí, o bien, la mera confluencia de personas humanas (individuos) titulares de derechos, adhiriendo el sistema a esta primera concepción.

¹⁵ Destacan los autores que si bien actualmente está siendo materia de construcción y debate los límites de la condición de víctima en el marco de un proceso ante la Corte Penal Internacional, ej. (a) la víctima indirecta, (b) la persona fallecida como “víctima” (interviniente por representación), y (c) la víctima no relacionada con los delitos imputados en tanto sean competencia de la Corte, no se recurre a restringir el concepto de “víctima” a efectos de evitar la saturación del proceso (por exceso de “participantes”), sino que “*el número potencial de intervinientes en las actuaciones procesales resultaría limitado “operativamente”, aunque no “conceptualmente”.*” (pp. 8).

¹⁶ Los autores entienden que el reconocimiento de facultades a la víctima en el marco de los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Europea de Derechos Humanos han sido recuperados por el Estatuto de Roma, no así por los demás tribunales penales internacionales (Olásolo & Kiss, 2010:16).

En este aspecto, esta concepción marcada por la centralidad de la dignidad de la persona resignifica tanto la propia condición de víctima¹⁷, como así el sentido del proceso penal internacional para con ella, “*El juzgamiento también procura otras cosas: ofrecer a las víctimas un foro que les permita difundir su martirio y recuperar así la dignidad ultrajada; legar a las generaciones venideras una reconstrucción fidedigna de lo ocurrido;*” (Nanzer, 2014:93).¹⁸

Así mismo, debe resaltarse que, además de adoptar un enfoque de derechos humanos transversal a su accionar, la Corte Penal Internacional ha recurrido expresamente a la jurisprudencia (estándares) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Nanzer, 2014:75-76), así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente a efectos de integrar el concepto de “víctima” con el interés por la verdad y justicia (Olásolo & Galain, 2010:421).

La importancia de esta remisión expresa, además de legitimar a los tribunales internacionales citados como intérpretes de “*los derechos humanos internacionalmente reconocidos*”, es la incorporación (a través de la jurisprudencia interamericana) del corpus iuris de los derechos humanos¹⁹ (O’Donell, 2012:56-62)

¹⁷ Cómo se expresó, se integra el contenido de “daños” (alcance material) y “afectados” (alcance material) a partir de esta concepción, reconociendo (o discutiendo) la condición de ciertas personas como víctimas que no lo serían en sin esta perspectiva de derechos humanos.

¹⁸ Esta reformulación del proceso (penal) reconociendo a la víctima es un elemento que diferencia a la Corte Penal Internacional de los demás tribunales penales internacionales, “*En efecto, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ETPY) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPR) limitan el rol de la víctima durante el proceso a la participación como testigo, en decir, como fuente de prueba. En materia de reparaciones, la facultad de los jueces de los TPY y TPR se limita a ordenar la restitución de propiedad obtenida ilícitamente a sus legítimos dueños. La Corte Especial para Sierra Leona tampoco prevé, en sus textos legales, la posibilidad participación ni les confiere a sus jueces autoridad alguna en materia de reparaciones. El ER establece que las víctimas son participantes en el proceso penal, lo cual las distingue de las partes propiamente dichas (que son la fiscalía y la defensa). Las víctimas tienen un estatuto procesal que, comparado con el de las partes, es significativamente menor.*” (Olásolo & Kiss, 2010:16).

¹⁹ Entiendo al mismo como interpretación del contenido de un tratado de derechos humanos (o “*los derechos humanos internacionalmente reconocidos*” en este caso) recuperando los

en el accionar del a Corte Penal Internacional, receptando e ingresando²⁰ en este diálogo donde el concepto de “víctima” y su reparación es transversal a toda producción.

IV. La reparación de las víctimas en la primera sentencia de la Corte Penal Internacional

En el año 2012 la Corte Penal Internacional emitió su primera sentencia, condenado a Lubanga Dyilo por los crímenes de reclutamiento y utilización de niños soldados, en una causa con gran cantidad de víctimas, en la cual la Sala de Primera Instancia decidió (07/08/2012) no reconocer reparaciones individuales (solicitudes), sino estableció los principios, directrices y procedimientos para la reparación, delegando en el Fondo Fiduciario tanto las solicitudes individuales como la elaboración y ejecución de un plan de reparaciones colectivas, en una sentencia genérica (indeterminada) y programática, cuya complejidad de ejecución atenta contra su efectividad²¹ (Martínez, 2014:345-346).

distintos tratados de derechos humanos, otros tratados con disposiciones de derechos humanos, otros instrumentos no vinculantes, y las expresiones de otros órganos internacionales (e incluso nacionales) en la construcción de sentido. En este aspecto, si la Corte Penal Internacional recurriera a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana a efectos de reconocer la identidad de género como una dimensión de la identidad de la persona (“Opinión Consultiva 24/17”, sentencia 24/11/2017) para establecer como el grupo contra el que se dirigió un crimen de lesa humanidad (ej. exterminio o persecución), ingresaría a la Corte Penal Internacional, además de la propia interpretación de la Corte Interamericana, estándares que receptan el “Informe Violencia contra Personas LGBTBI” (Comisión Interamericana, 12/11/2015) y especialmente los “Principios de Yogyakarta”, un instrumento no vinculante a partir del cual se construyen las categorías que recepta la jurisprudencia interamericana.

²⁰ Además de la propia producción de la Corte Penal Internacional como contenido del corpus iuris de los derechos humanos, es interesante recuperar la presencia del tribunal (con una concepción amplia de la “víctima” en el proceso) como interpelación a las demás instancias internacionales respecto de su recepción de las víctimas en el proceso, y por ende, en la reparación.

²¹ En este aspecto, recuperando el comentario del autor, la “efectividad” de la sentencia es un aspecto sustancial a tener presente debido a que la reparación de la víctima puede no concretarse aún cuando un pronunciamiento firme le reconoce su derecho a su recomposición (preocupación tanto de las instancias internacionales como los procesos colectivos locales),

Cómo primer aspecto importante, en la sentencia la Corte Penal Internacional (reafirmando un accionar con enfoque de derechos humanos) expresa que, además del rol central de la reparación como sentido de su labor, entiende que la reparación es un derecho a la reparación es un derecho humano reconocido por la comunidad internacional²², interpretación que establece que el proceso no se agota en la condena penal, sino en la reparación de las víctimas²³.

En un segundo aspecto, la sentencia establece como los propósitos de la reparación, además de la reparación de las consecuencias por el responsable (condenado), otros objetivos del caso concreto (Martínez, 2014:348):

- (a) *“aliviar el sufrimiento causado por los crímenes a las víctimas individuales y a las comunidades”.*
- (b) *“costear la justicia a las víctimas mediante la disminución de las consecuencias de los crímenes”.*
- (c) *“prevenir futuras violaciones”.*
- (d) *“contribuir a la reintegración de los ex niños soldados”.*
- (e) *“ayudar a promover la reconciliación entre el condenado, las víctimas de los crímenes y las comunidades afectadas, siempre que esto último se haga voluntariamente”.*

Estableciendo como medidas para su concreción medidas de (a) *“restitución”*, (b) *“rehabilitación”*, y (c) *“satisfacción”*, y

tornando en ilusorio el mecanismo de tutela. Recurriendo al desarrollo de la Corte Interamericana en la materia, el recurso (o mecanismo) para ser “efectivo” debe poder lograr su finalidad (Ibañez Rivas, 2014:615), en este caso, reparar las consecuencias de los crímenes condenados, motivo por el cual debe ser un eje de análisis y preocupación central en la construcción de las medidas y procedimientos de reparación, así como su seguimiento y estudio.

²² “[l]a Sala acepta que el derecho a la reparación es un derecho humano básico y bien establecido, consagrado en tratados de derechos humanos universales y regionales” (Jara, 2013:117).

²³ Puede recuperarse en este sentido, como modelo orientador, el proceso ante la Corte Interamericana donde ante una sentencia condenatoria, se disponen las medidas de reparación y el proceso avanza hacia una nueva instancia que supervisa el cumplimiento de la sentencia (art. 69 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009)

(d) “*garantías de no repetición*” (Martínez, 2014:349) o (c) “*compensación*”, y (d) “*otras modalidades de reparación*” (Jara, 2013:122).²⁴

Así mismo, se establece como principios en la materia la “*dignidad, no discriminación y no estigmatización*” (Martínez, 2014:349; Jara, 2013:117), con una concepción amplia de víctima reparable²⁵, estableciendo el carácter accesible y consultado de la reparación, el carácter especializado de las medidas de reparación²⁶, y la proporcionalidad de la reparación²⁷, incorporando desde esta primera sentencia perspectiva de género en la etapa de reparaciones²⁸.

²⁴ Nota: atento a la insuficiente técnica del autor se recurre a las traducción y/o análisis de los autores (muchas compartidas entre los diferentes textos), sin embargo, en el presente caso se hace la salvedad atento a que no es irrelevante la diferencia de términos entre “*satisfacción*” y “*compensación*”, teniendo la primera una concepción orientada a la reparación espiritual (dignidad) mientras “*compensación*” tiene una matiz patrimonial, destacando como ejemplo la Corte Interamericana en sus primeras sentencias no disponía “*reparaciones*” sino “*indemnizaciones compensatorias*” (Bruno, 2013::9 y 55), acompañando otros autores esta noción inmaterial o “*reparación simbólica*” (Lopez Martín, 2013:217-218). Así mismo, la diferencia entre “*medidas de no repetición*” y “*otras modalidades de repetición*” es conceptualmente sustancial. En todo caso, la traducción de Martínez (de ser correcta) da cuenta de una recepción de la Corte Penal Internacional (desde la primera sentencia) de la tradición interamericana en la materia, la cual es la más comprensiva de la instancia de reparación dentro de las jurisdicciones internacional.

²⁵ “[...] la noción de las víctimas en el sistema de la CPI es multifacética; tiene muchos aspectos de los que emergen diferentes criterios de clasificación de víctima, como persona natural o jurídica, directa o indirecta, relacionada con el caso o situacional. El mandato de reparación a las víctimas dado a la CPI cubre a todas las clases de víctimas” (Jara, 2013:356).

²⁶ Intervención de un equipo de expertos escogidos por el Fondo Fiduciario (Martínez, 2014:351).

²⁷ Aspecto de la “*reparación adecuada*” que contempla el Estatuto de Roma “*las víctimas deben recibir reparaciones apropiadas, efectivas y rápidas en consonancia con la normativa internacional*” (Jara, 2013:123) o “*las víctimas deberán recibir reparaciones apropiadas, rápidas y adecuadas. Las reparaciones deberán ser proporcionales a los perjuicios, al sufrimiento, a las pérdidas y al daño resultante de los crímenes*” (López Martín, 2013:273).

²⁸ Se destaca “en la etapa de reparaciones” debido a que no fue así en la instancia propiamente penal: “*muchas víctimas de crímenes sexuales no fueron consideradas víctimas ni reparadas, debido a la selectividad con la que actúa el sistema penal internacional*” (Galian, 2014:391), exponiendo el concepto amplio de “*víctima*” en la instancia de reparaciones y el conflicto que presenta romper la causalidad delito condenado-consecuencia (López Martín,

Cabe destacar que esta primera sentencia puso de manifiesto tanto la gravedad de las consecuencias de los crímenes que son juzgados ante sus estrados, como la importancia del Fondo Fiduciario en el cumplimiento de este objetivo de reparación adecuada de las víctimas pues, de otro modo, la insolventia o insuficiencia económica del condenado (circunstancia posible dada la entidad económica de las reparaciones) tornaría en ilusoria es finalidad reparadora del sistema.

En este aspecto, habiendo sido declarado por la Corte como insolvente Lubanga, el Fondo Fiduciario representa el responsable exclusivo de aportar los recursos destinados a la reparación de las víctimas (Jara, 2013:125) se presenta como un aspecto conflictivo las medidas de reparación individual debido a que estas son exclusiva responsabilidad del condenado (regla 98), atenuando esta “exclusividad” en la medida que el existan los recursos sin comprometer la finalidad de reparación colectiva²⁹. Así mismo, se resalta la importancia de la cooperación internacional (mediante el aporte de recursos al Fondo Fiduciario) como medida necesaria para garantizar el éxito de las medidas de reparación ante la posible insuficiencia de este patrimonio de común a todas las reparaciones (víctimas, medidas y casos), lo que puede derivar tanto en una implementación por etapas (suspeditadas al ingreso de recursos) como en que nunca se efective las reparaciones dispuestas (Martínez, 2014:365-368).

La sentencia de reparación dictada por la Corte contiene un mandato genérico de reparar a las víctimas bajo los principios

2013:222) que redundan en la no reparación de víctimas de hechos sucedidos pero no juzgados (circunstancia presente en el caso). En este aspecto, se presenta como transversal a la función reparadora un correcto ejercicio de la acción penal tanto por la reparación tanto por el derecho de las víctimas a la verdad o que el crimen no quede impune (aspecto que resalta Galian), como por los límites que marca la relación condena-reparaciones.

²⁹ “De ahí que en la resolución la Sala establece esas condiciones como requisitos para considerar y no para otorgar dichas compensaciones o indemnizaciones. En otras palabras, lo más probable es que el Fondo Fiduciario para las Víctimas no conceda indemnizaciones económicas a las víctimas, ya que previamente se ha pronunciado en contra de las reparaciones individuales.” (Martínez, 2014:358).

y objetivos expresados, estableciendo un plan de trabajo y delegando en el Fondo Fiduciario, además de la propia ejecución, la tarea de determinar el alcance y medidas específicas de reparación, estableciéndole la obligación de: (a) conformar el equipo técnico, (b) determinar las localidades/lugares beneficiarias, (c) consultar a las víctimas presentes, (d) determinar los daños (víctima, causalidad, entidad), (e) realizar debates públicos explicando los principios y procedimientos de reparación, (f) recoger las propuestas de reparación colectivas, y (g) presentar a la Sala interviniente el plan de reparaciones (Martínez, 2014:350-365).

En este aspecto, se destaca la delegación de funciones en el Fondo Fiduciario, reteniendo las funciones propiamente jurisdiccionales (aprobación de las medidas y control de la implementación), otorgándole ente un rol de gestión o auxiliar de materializar ese mandato genérico de reparar³⁰ que convencional o reglamentariamente no se le asigne. Así mismo, se resalta que esta decisión introduce un diseño novedoso en tanto que contempla una participación amplia, informada y situada de los operadores que construyen el plan de reparación colectiva, así como posibles reparaciones individuales (principio de accesibilidad) de modo conjunto a una iniciativa propia del sistema en disponer las reparaciones que se observan como necesarias³¹.

En conclusión, la sentencia “Lubanga” *“puede considerarse un hito en la historia del derecho penal internacional por*

³⁰ Se destaca que ya en las jurisdicciones nacionales (procesos colectivos) se profundiza sobre la delegación de diseño e implementación de reparaciones estructurales como un mecanismo que asegura la efectividad de la decisión, entendiéndose que la retención por parte de la jurisdicción de todas las instancias de la construcción de la decisión o proceso de implementación atenta contra la propia efectividad de la sentencia (Verbic, 2017:354-357).

³¹ En este aspecto, la Corte Interamericana, la Corte Europea, el Comité de Derechos Humanos, así como los demás órganos convencionales emiten medidas de reparación a solicitud de parte, o bien un mandato genérico cuya implementación depende del voluntarismo estatal o la actividad de la víctima, sin una iniciativa de la jurisdicción en la construcción de las medidas de reparación. De igual modo, como se expresa en la nota al pie n° 17, entre los tribunales internacionales que juzgan responsabilidad penal la máxima medida de reparación reconocida era la restitución de bienes.

cuanto la reparación de la víctima es considerada por primera vez” (Galian, 2014:391), destacando el carácter amplio del concepto de víctima pasible de ser reparada en el marco de los procesos que tramitan ante la Corte Penal Internacional, la participación que se le reconoce a la víctima (complementado por un equipo de expertos) en la determinación de las medidas de reparación, que se presente en un proceso accesible (publicidad, información y situado en el territorio), así como el carácter amplio de las reparaciones dispuestas, que recepta directa o indirectamente la concepción interamericana de una reparación integral en la instancia internacional. Sin embargo, también se destaca el carácter genérico y programático de la sentencia, aspecto que genera cuestionamientos acerca de la efectividad de la decisión, así como las limitaciones económicas para su total realización, aspecto que se presenta como un elemento determinante (existencia de recursos) para la efectividad del sistema de reparaciones de la Corte Penal Internacional³².

V. Apelación de la sentencia de reparación del caso “Lubanga”³³

El 03 de marzo de 2015 la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional se pronunció en las apelaciones contra la sentencia de primera instancia, modificando diferentes aspectos de su contenido, especialmente respecto del uso del Fondo Fiduciario como patrimonio de reparación de las víctimas, con

³² Debe tenerse presente que esta problemática se detecta en su primera sentencia principalmente por la extensión de las reparaciones a implementar, es decir, una insuficiencia de erogaciones a cargo del Fondo Fiduciario en una perspectiva intra-sentencia, sin embargo, también debe tenerse presente que la existencia de nuevas condenas, y por ende, nuevas medidas de reparación, puede generar esta insuficiencia en un plano inter-sentencias, es decir, la falta de recursos del Fondo Fiduciario para atender a todas las medidas de reparación dispuestas en los distintos casos, aspecto central a resolver tanto respecto de la disponibilidad de recursos, como en las pautas de asignación entre los diferentes casos, medidas de reparación y víctimas.

³³ Nota: la sentencia y siguientes en análisis es traducida por el autor con sus limitaciones en el manejo del idioma de la sentencia.

un “Anexo A”³⁴ (párrafo 56) el cual disponía las modificaciones en la orden de reparación.

En este primer aspecto, la sentencia resalta que todas las reparaciones siempre deben dirigirse contra el condenado, efectivizada “a través” del Fondo Fiduciario, y no “por” el Fondo Fiduciario³⁵ (párrafo 76) incluso las de naturaleza colectiva³⁶, siendo en caso de indigencia un adelanto de recursos por parte del Fondo bajo responsabilidad del condenado³⁷, una interpretación que si bien evita la imposición de erogaciones al Fondo preserva la reparación de las víctimas.

Otro aspecto central de la decisión está dado por la necesidad de una vinculación entre la víctima/reparación con el crimen condenado³⁸, siendo obligatorio el determinar a las víctimas³⁹ en la orden de reparación, entendiendo que esto repercute tanto

³⁴ El contenido del anexo no se aparta sustancialmente en los principios y objetivos, destacando que la Sala de Apelaciones que además subsiste la reparación por los mecanismos nacionales u otras instancias internacionales (párrafo 4). El instrumento define a quienes se considera víctimas por las afectaciones sufridas, las medidas de reparación y las pautas para su correcta implementación (normas procesales ad hoc).

³⁵ Establece el Reglamento del Fondo Fiduciario como elemento interpretativo para el alcance de las obligaciones del Fondo (párrafo 48)

³⁶ “La Sala observa que (...) las reparaciones colectivas realizadas a través de Los fondos fiduciarios son “contra una persona condenada” (párrafo 72)

³⁷ “En los casos en que la persona condenada no puede cumplir de inmediato Con una orden de reparación por razones de indigencia (...) el Fondo Fiduciario puede adelantar sus “otros recursos” de conformidad con regla 56 del Reglamento del Fondo Fiduciario, pero dicha intervención no exonerar a la persona condenada de responsabilidad. La persona condenada sigue siendo responsable y debe reembolsar al Fondo Fiduciario” (párrafo 115).

³⁸ “La Sala de Apelaciones recuerda que solo las víctimas en el sentido de la regla 85 (a) de las Reglas de Procedimiento y Prueba y la regulación 46 de la Reglamento del Fondo Fiduciario, que sufrieron daños como resultado de la comisión de los crímenes de los cuales el Sr. Lubanga fue declarado culpable, pueden reclamar reparaciones contra Sr. Lubanga. De ello se deduce que cuando se otorga una indemnización por reparaciones en beneficio de una comunidad, solo los miembros de la comunidad que cumplan con los criterios relevantes son elegibles” (párrafo 211). En este sentido, la Sala establece reconoce que hay delitos que afectan a la comunidad en su conjunto, sin embargo, establece que la reparación colectiva tiene que estar definida en su composición y alcance en la orden de reparaciones (párrafo 212).

³⁹ La determinación no implica individualización. En este sentido, la sentencia tiene que permitir identificar quienes revisten la condición de víctimas.

en los derechos del condenado, como ellos propios derechos de las víctimas en tanto que impide impugnar la decisión (párrafo 181) procediendo la Sala a expresar cuales son las víctimas y daños acreditados (párrafo 191). En este aspecto, el vínculo de la reparación ordenada con el crimen condenado motiva la decisión de la Sala de excluir a las personas afectadas por violencia sexual de la condición de “víctimas” en el presente caso (párrafo 196), sin perjuicio de las asistencias que disponga el fondo⁴⁰. Además, establece como obligatorio establecer en las sentencias los principios de las reparaciones⁴¹, así como identificarse las modalidades de reparación más adecuadas⁴² (párrafo 200).

Finalmente, se resalta que, ante una apelación de la defensa fundada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la causalidad entre el crimen y la obligación de reparar, la Sala de Apelaciones contrasta la decisión con los estándares de la Corte Interamericana (párrafos 127-128). En este aspecto, si bien la sentencia hacia la distinción entre responsabilidad estatal y responsabilidad individual, y rechaza la apelación, puede observarse la jurisprudencia de estas instancias internacionales es receptada por todas las instancias de la Corte Penal Internacional.

VI. La reparación de las víctimas en el caso “Katanga”

El 24 de marzo de 2017 la Sala de Primera Instancia II dicta la sentencia “Orden de reparaciones de conformidad con el

⁴⁰ “La conclusión anterior en relación con la responsabilidad del Sr. Lubanga por las reparaciones con respecto del daño resultante de la violencia sexual y de género no debe verse como impedir que esas víctimas puedan beneficiarse de las actividades de asistencia que el Fondo Fiduciario puede emprender” (párrafo 199) sin perjuicio que la Sala aclara en su sentencia que estas erogaciones provenientes de “otros recursos” son decisión de las autoridades del Fondo y no de las Salas (párrafo 111).

⁴¹ “La Sala de Apelaciones considera que el requisito de establecer principios en relación con las reparaciones es obligatorio (“deberá”) (...) La Sala de Apelaciones considera que esto también se aplica a la reparación individual” (párrafo 52).

⁴² Se destaca que la Sala no considera que exista un derecho humano internacionalmente reconocido a la “reparación individual” (párrafo 154-155).

artículo 75 del Estatuto en el caso “El Procurador v. Germain Katanga”, quien había sido condenado por crímenes de guerra y lesa humanidad por ataques contra población civil (asesinato, ataque a civiles no intervinientes, destrucción de propiedad y saqueo), así como absuelto por los cargos de explotación sexual, violación y uso de niños soldados.

Debe resaltarse respecto de la decisión que la Sala ordena previo a su emisión, la sustanciación de un proceso de determinación de las víctimas, construcción y propuesta de las medidas de reparación a cargo de un representante común de las víctimas⁴³ (representación unificada), el Fondo Fiduciario y la defensa⁴⁴ (párrafos 3-12).

El primer aspecto que se aborda en la sentencia es la condición de víctima en el marco de la reparación, recuperando los estándares fijados por la Sala de Apelaciones en el caso “Lubanga”, los cuales establecen un carácter más restrictivo que la sentencia de primera instancia, en tanto que:

- (a) la víctima indirecta es considerada como tal en tanto haya un nexo causal a través de la víctima directa.⁴⁵
- (b) se requiere un nexo causal entre el daño sufrido y el delito condenado⁴⁶ (párrafos 36-37).

⁴³ “en la etapa de reparación, las víctimas y los condenados persona se emite en la posición de las partes en el procedimiento” (párrafo 15).

⁴⁴ Puede observarse una recepción de las pautas para la orden de reparación, ante lo cual la Sala de primera instancia sustancia un proceso previo de consulta y construcción de las propuestas.

⁴⁵ “La Sala de Apelaciones de Lubanga sostuvo que las reparaciones están intrínsecamente vinculadas a la persona cuya responsabilidad penal se establece en una condena y cuya culpabilidad por esos actos criminales se determina en una frase” (párrafo 31).

⁴⁶ Confirmando las observaciones realizadas por Galian (nota al pie n° 28). En este aspecto, la Sala de Apelaciones sostuvo un criterio que excluya a las víctimas de violencia sexual en el caso “Lubanga” de poder comparecer como víctimas a instancias de la reparación pero sostuvo una inclusión “humanitaria” que perjudica a las víctimas en tanto que depende de un voluntarismo de terceros y no un reconocimiento del derecho humano a la reparación que la propia Corte reconoció: “Es apropiado que la Junta Directiva del Fondo Fiduciario considere, en su discreción, la posibilidad de incluir víctimas de violencia sexual y de género en Las actividades de asistencia realizadas de conformidad con su mandato en virtud de la regla 50

(c) es carga del reclamante acreditar su condición de víctima, daño y nexos causal, aunque se contempla una atenuación en los criterios valorativos (párrafos 41, 47-49).

Asimismo, la Sala procede a evaluar los daños reclamados y/u observados efectuando un análisis de admisibilidad de los mismos respecto de su condición de daño exigible, nexos causal con los crímenes condenados, y mérito sobre la prueba que los acredita.

En este aspecto, dentro de los daños evaluados se destaca el análisis del daño *sui generis* generado por traslados forzados, pérdida de oportunidades y/o afectación a la calidad de vida (párrafo 138-139) como daño reparable, así como del daño intergeneracional ocasionado por los crímenes (párrafo 134-135), sin perjuicio de su rechazo por falta de prueba, especialmente porque, recuperando estándares de la jurisprudencia interamericana en materia de reparación de víctimas de masacres (párrafo 231), se presentan como afectaciones pasibles de reparación dentro del sistema de la Corte Penal Internacional.

La sentencia aborda las solicitudes de reparación de las violencias sexuales (párrafos 140-154) y los niños soldados (párrafos 155-161), las cuales son rechazadas como víctimas recurriendo a los estándares de la apelación de “Lubanga”, por lo que estas reparaciones son delegadas en el mandato de asistencia del Fondo Fiduciario⁴⁷, marcando que el sistema ofrece reparaciones en tanto se logre una condena específica por hecho generador.

Uno de los aspectos más relevantes de la sentencia es el abordaje de la reparación colectiva, estableciendo como tales a las que se dirigen a un grupo o categoría definido no por el crimen, sino por la existencia de un daño compartido⁴⁸, sin

a) de Reglamento del Fondo Fiduciario.” (Sala de Apelaciones “Anexo A: orden de reparación (modificado)” 03/03/2015, párrafo 64).

⁴⁷ “la Sala invita al TFV a considerarlo como parte de su mandato de asistencia, siempre que sea posible, a estos solicitantes” (párrafo 254). En este sentido, se recepta la autonomía y discrecionalidad de las autoridades del Fondo que estableció la Sala de Apelaciones en “Lubanga”.

⁴⁸ “El crimen per se no puede ser la piedra de toque definir un grupo al que se le puedan otorgar reparaciones. El quid de lo colectivo las reparaciones radican en la percepción de los miembros

requisitos de personalidad jurídica, afectación un derecho colectivo, destacando que incluso pueden dirigirse a individuos mientras beneficien al colectivo⁴⁹ (párrafos 276-278). En este sentido, la Corte diferencia entre “reparaciones comunitarias” (comunes a todos ej. la construcción de un hospital) de “reparaciones individualizadas” en tanto que la reparación colectiva contempla la necesidad particular de cada víctima que integra el colectivo (párrafos 279-280).

Así mismo, recuperando la jurisprudencia de distintos tribunales internacionales, la sentencia establece que la reparación individual no es accesoria o reemplazable por las medidas de reparación colectiva⁵⁰, reafirmando el respeto a la persona a través del reconocimiento de su individualidad en el marco de las reparaciones (párrafos 281-295), así como el propio carácter reparador de la participación de la víctima “en” el proceso de reparación, revalorizando la participación de la víctima y su accesibilidad. En consecuencia, las medidas de reparación dispuestas son, en el plano individual una compensación simbólica de USD 250 (párrafo 300), así como en el plano colectivo (a) apoyo para la vivienda, (b) apoyo en el desarrollo de una actividad económica, (c) apoyo en educación, y (d) asistencia psicológica⁵¹ (párrafo 304).

del grupo que experimentaron daño compartido En consecuencia, la Sala determina que los premios colectivos pueden ser hecho solo donde las víctimas se perciben como si hubieran sufrido un daño compartido.” (párrafo 275).

⁴⁹ El entender posibles reparaciones individuales como colectivas por su finalidad o impacto social/comunitario permite ingresarlas a las reparaciones a cargo del Fondo Fiduciario sin necesidad de ingresar a discutir eventuales obligaciones a cargo del Fondo en materia de reparaciones individuales, como hace la sentencia en uno de sus apartados.

⁵⁰ “La Sala también presta (...) que argumentan que las reparaciones colectivas pueden ser adicionales a, pero no en lugar de reparaciones individuales. (...) Pasando específicamente a las reparaciones individuales, la Sala toma nota (...) que los tribunales nacionales y la justicia de transición los mecanismos han ordenado reparaciones individuales, incluso donde grandes cantidades de las víctimas estuvieron involucradas” (párrafos 283-284). Es interesante observar que la Corte recupera experiencias nacionales, práctica presente en la jurisprudencia interamericana.

⁵¹ Puede observarse la aplicación de esta lógica de reparación comunitaria (principalmente en las medidas de reparación educativas) de las medidas colectivas individualizadas, como

Cabe destacar que, retomando la apelación de “Lubanga”, se establece la responsabilidad patrimonial del imputado (sin perjuicio de su insolvencia), determinándola en USD 1.000.000 (párrafos 245 y 264) así como la entidad final de los daños en USD 3.752.620. En este sentido, la sentencia extiende la responsabilidad de las reparaciones individuales al Fondo Fiduciario, entendiendo que la misma es una carga accesoria propia de su naturaleza humanitaria para con las víctimas.⁵²

Por último, la decisión expresa que las reparaciones pueden adoptar otras modalidades de reparación apropiadas (no contempladas expresamente en el Estatuto de Roma), como las de valor simbólico, preventivo o transformador⁵³ (párrafo 296), y recupera la responsabilidad estatal como otra fuente de reparación del as víctimas afectadas⁵⁴.

VII. La reparación de las víctimas en el caso “Al Mahdi”

El 17 de agosto de 2017 la Sala de Primera Instancia VIII dicta la sentencia “orden de reparaciones” a partir de la condena a Al Mahdi por el crimen de guerra de atacar edificios protegidos (art. 8 inc. 2.e) tras la sustanciación de un proceso previo similar al del caso “Katanga”. En este aspecto, es la

lo es el apoyo en vivienda o asistencia psicológica. Puede observarse que estas medidas se construyen a través de la participación de las víctimas, así como se determinó no disponer medidas de memoria por expresa oposición de estas (párrafo 301).

⁵² “A juicio de la Sala, la discreción para otorgar reparaciones individuales, cuando se cumplen las condiciones, se aplica independientemente de la situación financiera del Persona responsable de las reparaciones. (...), la Sala no ve ninguna disposición en el Reglamento para prohibir a la Junta Directiva del TFV administrar sus recursos para complementar las reparaciones individuales, incluso si el Reglamento no establece tal obligación” (párrafos 335 y 337).

⁵³ En consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana (en tanto que la propia sentencia recupera sus estándares en materia de reparaciones) podría entenderse además de reconocer la procedencia de medidas de satisfacción se está reconociendo la posibilidad de disponer medidas de no repetición.

⁵⁴ “Debe señalarse que el artículo 75 (6) del Estatuto establece: “Nada en este artículo se interpretará como perjudicial para los derechos de las víctimas bajo o el derecho internacional”. Una orden de reparación no exime, por lo tanto, a los Estados Partes responsables de otorgar reparaciones a las víctimas de conformidad con otros tratados o legislación nacional” (párrafo 323).

primera sentencia de reparaciones que específicamente aborda la reparación del patrimonio cultural motivo por el cual la Corte procede a analizar el bien jurídico tutelado.

Resalta la Corte que la vida cultural se encuentra comprendida dentro de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, así como la comunidad internacional condenó su destrucción, resaltando tanto su importancia como elemento identitario⁵⁵ (párrafo 14), así como su composición tanto de elementos materiales como inmateriales⁵⁶, adoptando un concepto amplio de “patrimonio cultural”. En este sentido, la decisión expresa se configura esta afectación identitaria⁵⁷, así como que los bienes culturales por su particular naturaleza no son fungibles, manifestando que su destrucción contiene “*un mensaje de terror*” (párrafo 22) hacia la población.

Desde este posicionamiento, la Sala ingresa a considerar las reparaciones del presente caso retomando los estándares fijados en la sentencia de la Sala de Apelaciones del caso “Lubanga”, resaltando su recepción en la sentencia “Katanga” (párrafos 25 y 26), generando una continuidad en su jurisprudencia en materia de reparaciones⁵⁸, recuperando como principio la adecuación a la cultura y costumbre local de las reparaciones, así como su necesidad

⁵⁵ Interviene en el proceso la UNESCO como *amicus curiae*.

⁵⁶ “*Debe entenderse que el patrimonio cultural abarca los recursos que permiten identificación cultural y procesos de desarrollo de individuos y grupos, que ellos, implícita o explícitamente, desean transmitir a las generaciones futuras. e incluye patrimonio tangible compuesto de sitios, estructuras y restos de valor arqueológico, histórico, religioso, cultural o estético, así como patrimonio inmaterial que comprende tradiciones, costumbres y prácticas, conocimiento, lenguajes vernáculos u otros, formas de expresión artística y folklore. El patrimonio cultural es considerado internacionalmente importante independientemente de su ubicación y origen*” (párrafo 15)

⁵⁷ “*El ataque contra los edificios protegidos no solo destruyó y dañó estructuras físicas. Su impacto se extendió a la comunidad y disminuyó el vínculo y la identidad que tenía la comunidad local con tan valiosa cultura patrimonio*” (párrafo 19).

⁵⁸ Puede observarse que las sentencias de reparación en el caso “Al Mahli” y “Katanga” se remiten en sus fundamentos repetidamente a la jurisprudencia previa (Apelación de “Lubanga” o “Katanga”) reafirmando a sí misma en una técnica similar a la Corte Interamericana. En este aspecto, se podría entender que el Corte intenta consolidar una jurisprudencia coherente y sostenida en el tiempo.

de un enfoque de género en el acceso al patrimonio cultural⁵⁹ (párrafo 34). Así mismo, se reafirma la obligación de los estados de reparar a las personas bajo su jurisdicción según las obligaciones emanadas del derecho interno y los tratados (de derechos humanos), así como cooperar en el proceso de reparación⁶⁰ (párrafo 36).

La sentencia recupera el estándar de “víctima” de la apelación de “Lubanga” aclarando que el daño puede ser indirecto, pero que debe ser personal, que en el caso de las organizaciones “*deben demostrar un daño directo a sus propiedades*” y que la situación económica de la población no es relevante a efectos de determinar el daño moral (párrafo 44). En este sentido, recuperando las categorías desarrolladas en “Katanga”, dispone como medidas de reparación⁶¹:

(a) individuales:

(a.1) indemnización de las personas que dependían económicamente de los edificios afectados.

(a.2) compensación del daño moral a quienes tienen un antepasado enterrado en los sitios afectados.

(b) colectivas:

(b.1) reparación y mantenimiento de las estructuras: medida de no repetición.⁶²

⁵⁹ Se destaca este posicionamiento debido a que reafirma el principio de no discriminación y respeto de la dignidad de las personas (mujeres especialmente) el cual debería sostenerse en la implementación de medidas de reparación por sobre la discriminación o estereotipos culturales (la reparación no respeta o tutela la discriminación de la mujer aun cuando sea tradición, costumbre, creencia o “cultural”).

⁶⁰ Puede observarse que la Corte manifiesta el carácter complementario del sistema de la Corte Penal Internacional a los nacionales e internacionales que juzguen responsabilidad estatal.

⁶¹ La sentencia habla de “*víctimas relevantes*” debido a que por el propio concepto de patrimonio cultural el carácter de víctima es omnicompreensivo: “*La Sala ha concluido que la destrucción de los edificios protegidos afectó no solo las víctimas directas de los crímenes, es decir, los fieles y habitantes de Tombuctú, pero también personas en todo Malí y la comunidad internacional*” (párrafo 51). En este aspecto, la propia Corte establece que hay víctimas que sufrieron de modo más grave esta afectación (habitantes), así como resalta que no hay solicitudes de reparación a nombre de la comunidad internacional (párrafo 52).

⁶² Observando que la UNESCO reparó las estructuras expresamente se dispone como medida de reparación el acondicionar las estructuras para evitar un nuevo ataque (medida de no

(b.2) rehabilitación económica de la comunidad de Tombuctú por el daño económico.⁶³

(b.3) reparación colectiva del daño moral/espiritual a través de medidas de rehabilitación⁶⁴.

(b.4) entrega de un dólar al Estado de Malí como medida simbólica (párrafo 106).

(b.5) entrega de un dólar a UNESCO como medida simbólica a favor de la humanidad (párrafo 107).

(b.6) Difusión del video de disculpa de Al Mahdi.⁶⁵

Finalmente, existiendo daños no probados o sin relación causal con los crímenes condenados, se invita al Fondo Fiduciario a implementar medidas de asistencia respecto de las personas afectadas (párrafo 108).

Como se observa, el presente caso es paradigmático debido a que la afectación por el crimen condenado es al patrimonio cultural, motivo por el cual repercute en la identidad de la población (así como se considera afectada a la humanidad en su conjunto), lo que implica un daño que escapa a los métodos tradicionales de reparación en instancias internacionales pues la compensación económica no logra la reparación de una afectación identitaria, resaltándose la importancia de las medidas simbólicas a efectos de restaurar ese elemento dañado en la comunidad.

repetición), resaltando el respeto de las personas en esa adecuación: “La Sala enfatiza que estas reparaciones deben adaptarse a las preocupaciones individuales con respecto a cada uno de los edificios protegidos” (párrafo 67).

⁶³ Puede observarse que mientras algunas víctimas tienen una reparación individual (a.1) la Corte dispone medidas colectivas “individualizadas” como pueden ser microcréditos u otras medidas (párrafo 83), recuperando tácitamente la doctrina de la Sala de Apelaciones en “Lubanga” sobre la inexistencia de un derecho humano reconocido a la reparación individual.

⁶⁴ Destaca la importancia de las medidas simbólicas.

⁶⁵ Entendiendo que la disculpa es genuina, la sentencia ordena su difusión entendiendo su potencial reparatorio para las víctimas y que corresponde al fuero interno de cada persona decidir si a modo personal si lo entiende suficiente (párrafos 68-71).

Así mismo, si bien hubo medidas de índole económica o que implican un desembolso de recursos financieros (la responsabilidad de Al Mahdi se estableció en USD 2.700.000) las estructuras se encontraban reparadas por la UNESCO, sin perjuicio que las consecuencias de los crímenes subsistían debido a que trascendieron la dimensión material de las estructuras. En este aspecto, si bien la Corte Interamericana tiene un desarrollo en medidas de reparación (Bruno, 2013:55) la propia naturaleza de los crímenes competencia de la Corte Penal Interamericana se presenta como un ámbito propicio para la construcción de estándares en materia de reparaciones propicios para una mejor recomposición de las víctimas (afectadas colectivamente) que pueden proyectarse hacia las demás instancias internacionales y/o nacionales.

VII. Conclusiones

A modo de conclusión, la víctima y su dignidad se presenta como un actor y elemento de sentido transversal a todo el sistema derivado del Estatuto de Roma, el cual recupera al derecho internacional de los derechos humanos como una fuente de derecho, así como la jurisprudencia de sus tribunales internacionales como una interpretación de ese derecho que integra al Estatuto.

En este sentido, la recepción expresa de estándares de la Corte Interamericana y de la Corte Europea de Derechos Humanos, además de aprovechar el camino recorrido por estos tribunales internacionales, incorpora a la Corte Penal Internacional en el diálogo de estas instancias jurisdiccionales y la construcción del corpus iuris de los derechos humanos a partir de concepción común de la preeminencia de la dignidad de la persona.

Cabe destacar que la Corte Penal Internacional presenta este juego en dos sentidos, asegurar el debido proceso del imputado, así como recomponer a las víctimas de los crímenes que persigue. Esta particular naturaleza se presenta como una limitación en la reparación de las víctimas (sin que implique cuestionar el carácter imperativo del debido proceso), y resalta la importancia

de un correcto ejercicio de la acción penal, especialmente con perspectiva de género.

Así mismo, un aspecto central en la reparación de las víctimas está marcado por la disponibilidad de recursos económicos para afrontar las reparaciones, siendo el Fondo Fiduciario un instrumento importante para lograr una reparación, pero que puede presentarse como insuficiente, resaltando la Corte Penal Internacional (entiende el autor que con acierto) que, además de requerir la cooperación internacional para recomponer a las víctimas de los crímenes que atentan contra la humanidad que la propia comunidad internacional decidió perseguir, el sistema debe ser complementario a las instancias de reparación nacional, regional e internacional, siendo un elemento imprescindible efectivizar la responsabilidad estatal frente a las víctimas.

Es importante resaltar el concepto amplio de víctima que presenta la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, así como de daño reparable, en una concepción pro persona, complementada por el principio de accesibilidad que maneja el sistema: acción situada en el territorio, contacto con las víctimas, publicidad e información de las posibilidades y mecanismos de reparación, así como la posibilidad de intervenir o peticionar en los procesos de reparación.

Por último, se recupera las similitudes del proceso de reparación con los procesos colectivos (civiles) de las jurisdicciones locales por lo paradigmático del sistema de la Corte Penal Internacional que aborda la reparación de casos complejos con gran cantidad de víctimas y daños de distinta índole, siendo un modelo u experiencia a recuperar en los ámbitos internos en la construcción de procesos que puedan dar respuesta a las víctimas.

Bibliografía

Bruno, R. C. (2013). “Las medidas de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: alcances y criterios para su determinación” (Tesis de maestría inédita). Universidad Nacional de La Plata.

- Galian, P. (2014). “Modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima”. En “Análisis de la primera sentencia de la corte penal internacional: el caso lubanga” (389-430). Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.
- Ibañez Rivas, J. M. (2014). Artículo 25. En “Convención Americana Sobre Derechos Humanos - Comentario”(608-653). Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.
- López Martín, A. G. (2013). “Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación de las víctimas: caso *The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*. 7 de agosto de 2012”. Revista Española de Derecho Internaciona, LXV/2, 209-226.
- Nader, A. (2014). “Disclosure e integridad procesal en el caso lubanga. el respeto de las reglas procesales y la fundamentación del derecho penal internacional”. En “Análisis de la primera sentencia de la corte penal internacional: el caso lubanga” (63-106). Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.
- Martínez Ventura, J.E. (2014). “Análisis del caso Lubanga. el procedimiento de reparaciones”. En “Análisis de la primera sentencia de la corte penal internacional: el caso lubanga” (343-376). Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.
- O’Donell, D. (2012). “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano,”. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Olásolo, H. & Kiss, A. (2010). “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en Materia de Participación de Víctimas”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 12-13, 13:1-13:37.
- Olásolo H. & Galain, P. (2010) “La Influencia en la Corte Penal Internacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas”. En “Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional” (379-426). Colombia: Editorial Temis.
- Verbic, F. (2017). “Manual de Introducción a los Procesos Colectivos y las Acciones de Clase”. En “Diálogo Multidisciplinario sobre la Nueva Justicia Civil de Latinoamérica” (219-379). Chile: Centro de Estudios de las Américas.

Actualidad de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Tribunales inferiores

*Fernando Aмосa*¹ | Universidad Católica de La Plata,
Argentina

*Juan Francisco Díaz*² | Universidad Nacional de La Plata,
*James Vértiz Medina*³ | Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 451-484

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e345>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2706-1650>

<https://orcid.org/0000-0002-5891-7845>

<https://orcid.org/0000-0003-2261-1999>

Corte IDH. Caso Girón y otro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390

I. Hechos: Los hechos del caso versan sobre la alegada responsabilidad del Estado por varias violaciones a garantías mínimas cometidas en el marco del proceso penal contra

¹ Abogado (UCALP), docente del Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP) y asistente jurídico del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires. Email: Fernando.amosa@gmail.com

² Abogado (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Email: juanfranciscodiaz87@gmail.com

³ Abogado (UNLP), docente del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Email: jamesvertiz@hotmail.com

Roberto Girón y Pedro Castillo Mendoza por los delitos de violación calificada y asesinato, que culminó con la imposición de la pena de muerte, y sus ejecuciones televisadas por medio de un pelotón de fusilamiento.

II. Fondo: El Tribunal de San José, se ocupó en el caso de considerar y resolver el fondo de la controversia sobre la imposición obligatoria de la pena de muerte de los señores Roberto Girón y Pedro Castillo Mendoza, la alegada violación a la integridad personal por la permanencia de los mismos en el denominado “corredor de la muerte”, y la presunta vulneración a las garantías judiciales.

A efectos de examinar la alegada violación del *derecho a la vida* de los señores Roberto Girón y Pedro Castillo, preliminarmente la Corte recordó su reciente postura sentada en el caso Martínez Coronado Vs. Guatemala (2019). Allí subrayó que, en los casos excepcionales en los cuáles está permitida a los Estados la aplicación de la pena de muerte, tal posibilidad está sujeta a un conjunto de rigurosas limitaciones. Que, tal como lo dispone la Convención Americana, la pena de muerte no podrá imponerse sino para los delitos más graves (artículo 4.2) y por la otra, se excluye de modo absoluto su aplicación por delitos políticos o por delitos comunes conexos con los políticos (artículo 4.4). Que la circunstancia de que dicho instrumento reduzca el ámbito posible de aplicación de la pena de muerte a los delitos comunes más graves y no conexos, es reveladora del propósito de considerar dicha pena aplicable sólo en condiciones excepcionales.

También advirtió que los Estados tienen el deber de proteger a todas las personas al evitar delitos, sancionar a los responsables y mantener el orden público, particularmente cuando se trata de hechos como los que dieron origen al proceso penal seguido contra de los señores Girón y Castillo Mendoza, en el sentido de que la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos.

Sobre la *imposición obligatoria de la pena de muerte*, la Corte nota que en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, el juzgador impuso dicha sanción, pena de muerte, de manera obligatoria, como lo establecía el artículo 175 del Código Penal, sin tomar en consideración las circunstancias atenuantes o agravantes. El Tribunal recordó lo señalado en el caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala (2005), remitiéndose al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que consideró “que la obligatoriedad de la pena capital con la que se priva al sujeto de su derecho a la vida, impide considerar si, en las circunstancias particulares del caso, esta forma excepcional de castigo es compatible con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, así como lo señalado por este Tribunal en el caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago (2002) respecto de cómo se trataba a los acusados en aplicación de la pena de muerte obligatoria.

Que el artículo 175 del Código Penal de Guatemala, tal como estaba redactado, no contemplaba la aplicación de una pena distinta a la pena de muerte, por la comisión del delito de violación calificada, en los casos en que la víctima no hubiera cumplido los diez años de edad. La norma indicada no permitía valorar las características específicas del delito, ni el grado de participación y de culpabilidad del acusado, circunstancias que podrían atenuar la sanción impuesta. La regulación de dicho delito ordenaba de manera automática la aplicación de la pena de muerte a sus autores.

Por lo que la condena a pena de muerte de los señores Roberto Girón y Pedro Castillo Mendoza se fundó en la aplicación de la pena impuesta en el artículo 175 del Código Penal, vigente al momento de la sentencia, la Corte consideró que el Estado violó la prohibición de la privación arbitraria de la vida establecida en el artículo 4.1 y 4.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en perjuicio de los señores Girón y Castillo.

Respectó el *derecho a la integridad personal*, la Corte enfatizó que tuvo ya la oportunidad de pronunciarse al respecto

del llamado “*fenómeno del corredor de la muerte*” en el caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago y en el caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, en los que luego de realizar una valoración de los peritajes aportados relativos a las condiciones de detención específicas y propias de las personas condenadas a muerte y víctimas del caso, así como sobre el impacto concreto sobre ellas, condujeron a una violación de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.

Asimismo dijo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Sistema Universal de Derechos Humanos y algunos tribunales nacionales advierten que el llamado “corredor de la muerte” causa una afectación al derecho a la integridad personal por la angustia en la que se encuentran las personas condenadas a muerte, situación, que genera traumas psicológicos por la manifestación presente y creciente de la ejecución de la pena máxima, por ende, es considerado como un trato cruel inhumano y degradante. Por lo tanto para determinar la existencia de una violación a la integridad personal derivada del “corredor de la muerte”, es necesario analizar las circunstancias personales y particulares del caso para poder valorar si la permanencia en el mismo alcanzó el nivel de gravedad para calificarse como cruel, inhumano o degradante.

Por otro lado, respecto al medio utilizado para la ejecución de la pena de muerte, la Corte notó que diversos órganos especializados, así como, criterios del sistema universal y otros sistemas regionales de protección de derechos humanos prohíben expresamente los modos de ejecución de la pena capital que causen mayor dolor y sufrimiento. En este sentido, es importante advertir, que todos los medios de ejecución pueden infligir “dolor” o “sufrimientos intensos”, por tal motivo, si un Estado ejecuta la pena de muerte debe hacerlo de la forma que cause menor sufrimiento posible, ya que cualquiera que sea el método de ejecución, la extinción de la vida implica algún dolor físico.

Puso de resalto que, diversos órganos internacionales han indicado que métodos de ejecución como la lapidación, la asfixia con gas, “la inyección de sustancias letales no ensayadas,

[...] la incineración y el enterramiento con vida[,] las ejecuciones públicas [, así como] [...] otros modos de ejecución dolorosos o humillantes”, constituyen tratos crueles inhumanos y degradantes que vulneran el derecho a la integridad personal.

También destacó, tal como lo hace el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales de naciones Unidas, que las ejecuciones públicas constituyen un incumplimiento de la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Asimismo, el Tribunal Interamericano advirtió que la publicidad de la ejecución de los señores Girón y Castillo a través de los medios televisivos es incompatible con la dignidad humana, por constituirse como un trato degradante, toda vez, que las presuntas víctimas del presente caso fueron tratados como objetos para ejemplificar, a través de su ejecución, que determinadas conductas eran rechazadas por la sociedad en Guatemala.

Por tales motivo, la Corte concluyó que los señores Girón y Castillo enfrentaron graves sufrimientos psíquicos provenientes de la angustia de saberse en el “corredor de la muerte” tras un procedimiento que tuvo numerosas falencias, así como por la publicidad de la ejecución, lo cual fue violatorio de su derecho a la integridad física, psíquica y moral, contenido en el artículo 5.1 de la Convención Americana y han constituido un trato cruel, inhumano y degradante contrario al artículo 5.2 de la misma.

En relación al *derecho a las garantías judiciales*, la Corte señaló que el *derecho a la defensa* se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, inter alia, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.

La Corte a continuación pasó a delinear una serie de estándares sobre el *derecho a la defensa* que merecen ser abordados.

Indicó que el derecho de defensa implica que esta sea eficaz, oportuna, realizada por personal técnico, que permita fortalecer la protección del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Por ende, cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana.

Que la defensa pública corresponde a una función estatal o servicio público, pero se considera una función que debe gozar de la autonomía necesaria para ejercer adecuadamente sus funciones de asesorar según su mejor juicio profesional y en atención a los intereses del imputado, estimando la Corte que el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de la defensa pública, dado la independencia de la profesión y el juicio profesional del abogado defensor. En este sentido, como parte del deber estatal de garantizar una adecuada defensa pública, es necesario implementar adecuados procesos de selección de los defensores públicos, desarrollar controles sobre su labor y brindarles capacitaciones periódicas.

Que nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza. A tal fin, es necesaria que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculpado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. Que para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas, entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional.

Que la asistencia jurídica debe ser ejercida por un profesional del derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, inter alia, sobre la posibilidad de ejercer

recursos contra actos que afecten derechos. Es por ello, que la Corte confirmó, que en los casos de los procesos penales, la defensa tiene que ser ejercida por un profesional del derecho dado que significa una garantía del debido proceso y que el investigado será asesorado sobre sus deberes y derechos y de que ello será respetado. Un abogado, asimismo, puede realizar, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas y puede compensar adecuadamente la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad en relación con el acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.

En el caso, los señores Roberto Girón y Pedro Castillo fueron acusados el 18 de abril de 1993 por el delito de violación calificada, cuyo proceso penal culminó con una sentencia condenatoria a pena de muerte. En el presente, la discusión jurídica se centra en analizar si en el proceso penal tramitado a las presuntas víctimas se les respetó el derecho de defensa, en particular, si el Estado les proporcionó una defensa técnica adecuada, ya que según lo alegado por la Comisión y las representantes, no contaron con una defensa letrada en por los menos tres diligencias y, posteriormente, los defensores nombrados de oficio fueron estudiantes de derecho, lo cual tuvo una incidencia negativa en el resultado del proceso en su perjuicio.

En el caso bajo análisis, la Corte concluyó que los señores Roberto Girón y Pedro Castillo no contaron con la asistencia de un defensor al inicio del proceso, etapa en la cual se realizaron diligencias de importancia esencial como fueron la rendición de sus declaraciones indagatorias, el decreto de la prisión preventiva y el careo efectuado por el juez de instrucción, pese a que para esta última diligencia, ya habían sido nombrados los correspondientes defensores, el 27 de abril de 1993, todo lo cual ocasionó la violación del artículo 8.2.d) de la Convención. Además, no es un hecho controvertido, que la defensa pública de oficio designó a dos estudiantes de derecho para ejercer la defensa de las presuntas víctimas.

III. Reparaciones: La Corte indicó que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el

deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

Respecto de la solicitud de medidas de no repetición, la Corte estimo no hacer lugar a las mismas, toda vez que el Estado ya había efectuado las modificaciones referentes a la peligrosidad del agente respecto del artículo 132 del Código Penal de Guatemala y la derogación del artículo 175 del Código Penal.

Corte IDH. Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2019. Serie C No. 384.

I. Hechos: El caso se relaciona con la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial en los procesos administrativos y judiciales iniciados por Elba Clotilde Perrone y Juan José Preckel a efectos de solicitar el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir en la entidad estatal en la que laboraban, como consecuencia de su alegada privación arbitraria de libertad por parte de agentes estatales durante la dictadura militar.

II. Fondo: El Tribunal Interamericano evaluó si el Estado argentino garantizó el acceso a un recurso adecuado y efectivo y con las debidas garantías procesales, particularmente a través del deber de motivación y el plazo razonable, a la luz del alcance de los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

Respecto del *deber de motivar y el derecho a la protección judicial* en los procesos iniciados por la Sra. Perrone y el Sr. Preckel para obtener una indemnización de carácter individual complementaria a la reparación administrativa recibida a través de la Ley 24.043, la Corte recordó su estándar jurisprudencial sentado al respecto en el caso *García Lucero vs. Chile (2013)* en donde sostuvo el carácter concurrente que puede existir entre medidas colectivas de reparación administrativa y el acceso a recursos en reclamo de reparaciones individuales.

Asimismo, reiteró lo sentado en el caso Órdenes Guerra Vs. Chile (2018), considerando que “[...] el criterio jurisprudencial prevaleciente actualmente a nivel interno, acerca del carácter complementario y no excluyente de reparaciones otorgadas en vías administrativa y judicial es razonable en relación con el derecho de víctimas de graves violaciones de derechos humanos de acceder a la justicia para solicitar una declaratoria judicial de responsabilidad estatal, ya sea que se efectúe una determinación individual de daños o, en su caso, para cuestionar la suficiencia o efectividad de reparaciones recibidas con anterioridad”.

También destacó el Tribunal de San José que de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, esos procedimientos y sus resultados deben ser valorados, ya que constituyen un esfuerzo por parte del Estado en dirección de un proceso colectivo de reparación y de paz social.

En el presente caso, la Corte constató que las presuntas víctimas iniciaron sus recursos administrativos y judiciales años antes de la emisión de la Ley 24.043, que entró en vigor el 2 de enero de 1992. Particularmente, a través de los recursos administrativos de fechas 1983 y 1985 y judiciales en 1988. Posteriormente, la señora Perrone y el señor Preckel recibieron indemnizaciones derivadas de la Ley 24.043 en los años 1995 y 1994, respectivamente. En particular, la Corte notó que en los hechos concretos de este caso, el beneficio específico que recibieron los peticionarios a través de la Ley 24.043, no fue un excluyente por parte de las autoridades para continuar con las vías judiciales que habían emprendido y se encontraban en proceso.

La Corte sostuvo que el *deber de motivación* es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso. Es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia que protege el derecho a ser juzgado por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben

estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad.

En concordancia con lo anterior, la Corte reitera en el caso que los Estados tienen el deber de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un *recurso judicial efectivo* contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Esto implica que el recurso judicial debe ser idóneo para combatir la violación, por lo que la autoridad competente debe examinar las razones invocadas por el demandante y pronunciarse en torno a ellas. En ese sentido, el Tribunal subrayó que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial, no puede reducirse a una mera formalidad y omitir argumentos de las partes, ya que debe examinar sus razones y manifestarse sobre ellas conforme a los parámetros establecidos por la Convención Americana.

En lo que se refiere específicamente a la *efectividad del recurso*, esta Corte ha establecido que el sentido de la protección del artículo es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que una autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante, determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo. Lo anterior no implica que se evalúe la efectividad de un recurso en función de que éste produzca un resultado favorable para el demandante.

La Corte observó que tanto en el caso del señor Preckel como en el caso de la señora Perrone las decisiones judiciales que quedaron en firme desestimaron las solicitudes presentadas por las presuntas víctimas con base en la aplicación de la normativa interna que señalaba que no había lugar a percibir salarios por servicios no prestados. No obstante, a lo largo de los procesos judiciales el señor Preckel y la señora Perrone

argumentaron de forma reiterada que la normativa interna autorizaba el pago de salarios y haberes laborales no percibidos en casos de fuerza mayor, y alegaron que su detención arbitraria (y el posterior exilio en el caso del señor Preckel) sería una causal de fuerza mayor y que por lo tanto estaba justificado el pago de los haberes dejados de percibir pese a que no habían laborado.

Sin entrar a determinar cuál era la tesis correcta a la luz del derecho interno, la Corte advirtió que las decisiones judiciales que decidieron de forma definitiva las demandas presentadas por el señor Preckel y la señora Perrone motivaron de forma suficiente por qué no eran aplicable las excepciones que alegaban al principio establecido normativa y jurisprudencialmente de que no procede el pago de sueldo por funciones no prestadas. Además de explicar que en estos casos se debatía la responsabilidad de la DGI como empleador y no la responsabilidad del Estado por los actos ilegítimos del gobierno de facto de los cuales habían sido víctimas los demandantes.

Consecuentemente, el Tribunal concluyó que el Estado argentino no es responsable por la violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones previstas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, respecto de la señora Elba Clotilde Perrone y el señor Juan José Preckel.

Ahora, sobre la *garantía del plazo razonable*, la Corte señaló que la razonabilidad del plazo debe apreciarse en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. De acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención y como parte del derecho a la justicia, los procesos deben realizarse dentro de un plazo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.

En tal sentido recordó que los cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las

autoridades judiciales, y iv) la afectación generada por la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

En el presente caso para estudiar la alegada violación de la garantía del plazo razonable, la Corte estimó pertinente examinar la duración del procedimiento administrativo y del proceso judicial de forma conjunta, pues el trámite de la reclamación administrativa era un presupuesto necesario para acudir a la vía jurisdiccional como manifestaron las víctimas al presentar las demandas correspondientes antes el juez federal. En vista de lo anterior los procedimientos administrativo y judicial duraron trece años y catorce días en el caso de la señora Perrone (de los cuales más de once años transcurrieron a partir de la ratificación de la Convención Americana y el reconocimiento por parte de Argentina de la competencia contenciosa de la Corte) y aproximadamente diez años y once meses en el caso del señor Preckel.

Al respecto la Corte concluyó que la duración de diez años y once meses en el caso del señor Preckel y de más de once años, a partir del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, en el caso de la señora Perrone del procedimiento administrativo y del proceso judicial en su conjunto, excedió el plazo razonable de manera injustificada, en contravención del artículo 8.1 de la Convención Americana.

III. Reparaciones: El Tribunal indicó que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

La Corte ordenó que en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, realice las siguientes publicaciones: a) el resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial, en un diario de amplia circulación nacional en un tamaño de letra legible y adecuado, y b) la presente Sentencia en su integridad,

disponible al menos por un período de un año, en el sitio web del Centro de Información Judicial, de manera accesible al público.

En relación al pretendido pago de una suma equivalente a los salarios caídos y los haberes dejados de percibir durante el período de su detención ilegal en el caso de la señora Perrone, y de la detención ilegal y el exilio forzoso en caso del señor Prec- kel, atento a que se vincula con hechos sobre los que el Tribunal no se pronunció, por estar fuera de su competencia temporal, consideró improcedente ordenar esta medida compensatoria.

Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de la Nación volvió a denegar el beneficio del 2x1 a represores

Con los votos de los Dres. Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, la Corte Suprema de la Nación volvió a denegar a represores el pedido del beneficio conocido como “2x1” establecido por la ley 24.390, por el cual a partir de los dos años de prisión preventiva, los días de prisión se computarían doble.

En minoría, el Presidente de la Corte, Carlos Rosenkrantz, mantuvo la misma postura que pregonó desde su ingreso al máximo tribunal, por la cual cree que el beneficio del 2x1 es enteramente aplicable a delitos de lesa humanidad y que la ley interpretativa sancionada con posterioridad es de carácter inconstitucional (*CSJN “Hidalgo Garzón”, “Azic”, “Morel”, “Weber”, “Ruffo” y “Gallone”, 25 de septiembre de 2019*).

La Corte Suprema definió que la reducción del IVA y del impuesto a las ganancias lo deberá afrontar el Estado Nacional

Con el voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti (y la disidencia de Carlos Rosenkrantz), la Corte Suprema hizo lugar a una medida cautelar interpuesta por la provincia de Entre Ríos que solicitaba suspender los decretos sancionados por el Gobierno que reducían el IVA al cero por ciento para ciertos alimentos de la canasta básica y el pago de impuesto

a las ganancias para determinados sujetos, ya que dichas medidas afectaban fondos coparticipables de las provincias.

En ese sentido, tuvieron en cuenta que las leyes-convenio y los denominados “pactos fiscales”, hacen las bases de un federalismo de concertación con un régimen federal de coparticipación de impuestos basado en la reforma constitucional de 1994 y que dichas leyes-convenio son herramientas de coordinación no susceptibles de ser modificadas unilateralmente. (*CSJN “Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad incidente de medida cautelar”, 1 de octubre de 2019*).

La Corte Suprema revocó un fallo que se apartó de las pautas exigidas para los procesos colectivos

Es en el marco de un amparo iniciado por el Matadero Municipal de la localidad rionegrina de Luis Beltrán que cuestionaba el aumento de tarifas de gas dispuesto por el Ministerio de Energía y Minería de la Nación en abril de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó una sentencia de la Cámara Federal de General Roca que había reconocido el carácter colectivo a un amparo interpuesto por el Matadero Municipal de Luis Beltrán.

La acción se originó a partir de que el titular del Matadero Municipal de la ciudad rionegrina había promovido una acción de amparo contra el Ministerio de Energía y Minería de la Nación, el ENARGAS, y Camuzzi Gas del Sur S.A., cuestionando las Resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación que determinaban un aumento del régimen tarifario para el servicio público de gas natural a partir del 1° de abril de 2016 (*CSJN “Matadero Municipal de Luis Beltrán S.E. c/ Estado Nacional -Ministerio de Energía y Minería de la Nación- y otros s/ amparo ley 16.986”, 17 de octubre de 2019*).

La Corte Suprema rechazó actualizar remuneraciones de jueces por inflación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación integrada por cinco con jueces por primera vez desde la llegada de Horacio

Rosatti y Carlos Fernando Rosenkrantz al máximo tribunal, resolvió rechazar más de 50 demandas interpuestas por jueces y un Fiscal General de la Nación que reclamaban una actualización de salarios según el índice de precios al consumidor, a partir de octubre de 1991 y por los siguientes cinco o más años.

En su presentación, los funcionarios judiciales pretendían una recomposición salarial similar a la que la Corte Suprema había otorgado mediante la acordada 56/91, originada a partir de la hiperinflación producida en el año 1988, fundada en la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados según el artículo 110 de la Constitución Nacional y el fallo “Bonorino Perú” de la Corte Suprema (*CSJN “Álvarez, Gladys Stella y otros c/ EN CSJN - Consejo de la Magistratura - art. 110 s/ empleo público”, 5 de noviembre de 2019*).

La Corte Suprema rechazó el pedido de prisión domiciliaria de Miguel Etchecolatz

Con los votos de los jueces Juan Carlos Maqueda, Elena Highton de Nolasco, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó la queja presentada por la defensa de Miguel Osvaldo Etchecolatz al considerar inadmisibile su recurso extraordinario interpuesto ante la decisión de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal.

Previamente, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 había dispuesto en diciembre de 2018 la prisión domiciliaria de Etchecolatz por problemas de salud. Ante esa resolución, el doctor Pablo Llonto, en representación de la parte querelante y la doctora María Ángeles Ramos, representante del Ministerio Público Fiscal, interpusieron recurso de casación (*CSJN “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ incidente de recurso extraordinario”, para decidir sobre su procedencia”, 12 de noviembre de 2019*).

La Corte Suprema revocó un fallo sobre indemnización por incapacidad laboral por apartarse de la ley

Con los votos de los jueces Carlos Rosenkrantz y Juan Carlos Maqueda y la jueza Elena Highton de Nolasco, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó una sentencia de Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por no tener en consideración la aplicación obligatoria del baremo de grados de incapacidad para el trabajador.

El máximo tribunal resolvió que según las leyes de Riesgos de Trabajo (N° 24.557) y del Régimen de reparación de daños derivados de accidentes laborales y enfermedades (N° 26.773), los organismos administrativos como los jurisdiccionales “tienen el deber de ajustar sus informes, dictámenes y pronunciamientos a la Tabla de Evaluación de Incapacidades prevista como Anexo del Decreto 659/96”. En consecuencia, correspondió la descalificación del fallo apelado en este aspecto con arreglo a la doctrina de la Corte en materia de sentencias arbitrarias (*CSJN “Recurso de hecho deducido por Asociart ART S.A. en la causa Ledesma, Diego Marcelo c/ Asociart ART S.A. s/ accidente - ley especial”, 12 de noviembre de 2019*).

La Corte determinó la competencia federal sobre un caso que involucra al antiguo Zoológico de Buenos Aires

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió otorgar la competencia al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, sobre un caso de posible comisión del delito de tráfico ilegal de animales. La contienda se originó a partir de la denuncia del Coordinador Nacional de la Federación Argentina Veterinaria, quien manifestó que las condiciones ambientales en las cuales vivían los elefantes del zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires les provocaban problemas de salud y en algunos casos la muerte. Asimismo, de la investigación llevada a cabo por el Fiscal a cargo de la Unidad Especializada en Medio Ambiente, se dilucidó el posible delito de tráfico ilegal de animales, penado por la Ley N° 22.421.

La Corte Suprema resolvió que ante los escasos elementos de convicción del caso, resulta impedito dilucidar el alcance delictivo de los hechos, a fin de determinar el lugar de comisión de los mismos. En consecuencia, corresponde a la justicia federal, que previno, proseguir el trámite de la causa. En disidencia, el juez Carlos Rosenkrantz y la jueza Elena Highton de Nolasco, consideraron que la contienda de competencia se había trabado entre dos jueces nacionales, por ende, correspondía a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, como tribunal de alzada, dirimir la cuestión conforme al artículo 24, inciso séptimo del Decreto-Ley N° 1285 (*CSJN “Jardín Zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ incidente de incompetencia. Denunciante: Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros”, 21 de noviembre de 2019*).

Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

La Suprema Corte de Buenos Aires consideró al estrés como Enfermedad Profesional

La Suprema Corte de Justicia de provincia de Buenos Aires consideró como enfermedad profesional al estrés luego de revocar la sentencia de un Tribunal de Trabajo de la localidad de Junín, el cual había desestimado una acción promovida contra Galeno ART S.A fundado en la ley de riesgos del trabajo y perseguía la indemnización por el fallecimiento del trabajador.

Se destaca del voto del ministro Negri, al cual adhirieron la totalidad de los restantes ministros, que se inmiscuyó en la valoración probatoria –algo poco común en esta instancia- y concluyó que el Tribunal debería haber valorado la pericia medica junto con las posiciones absueltas en rebeldía. De esta manera concluir que las distancias recorridas, junto con la fatiga acumulada, más las patologías padecidas precedentemente, invariablemente conllevan a provocar una enfermedad profesional y concluyente la responsabilidad por parte de la

aseguradora (SCBA “*P. A. F. contra Galeno ART S.A. Enfermedad profesional*”, 14 de agosto de 2019).

La Suprema Corte bonaerense anuló una Resolución de Conte Grand que ampliaba facultades de los fiscales

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires resolvió este miércoles anular parcialmente una Resolución dictada por el Procurador General Julio Conte Grand, que ampliaba facultades de los Fiscales Generales en materias que la ley 14.442 no otorgaba, como en cuestiones de medio ambiente, consumidores, procesos contenciosos-administrativos y excusaciones o recusaciones de jueces, entre otros temas.

El acuerdo firmado por la Suprema Corte, que lleva el número 3957, manifiesta que las facultades que el Procurador les concedía a los fiscales carecían de preceptos legales que lo habilitaran expresamente y que ello constituía un exceso en sus competencias. En abril del año pasado, Conte Grand había emitido la Resolución 315/2018 que ampliaba las facultades otorgadas a los fiscales en materia civil, comercial, laboral y de justicia de paz y que se encuentran reguladas por el artículo 29 inciso 4° de la Ley del Ministerio Público (SCBA *Acuerdo 3957/2019, 27 de noviembre de 2019*).

La Suprema Corte ratificó la autonomía económica y financiera de los municipios

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, hizo lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada por las municipalidades de San Martín y San Fernando, suspendiendo los efectos del artículo 104 de la Ley N° 15.078. Dicha norma, establece que el costo adicional –el excedente que por dicho concepto pagó en el Ejercicio 2018- de la tarifa de energía eléctrica, correspondiente a los asentamientos urbanos y usuarios definidos en el Nuevo Acuerdo Marco celebrado entre el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, EDENOR S.A., EDESUR S.A. y EDELAP S.A, sea asumido por los respectivos municipios.

En su resolución, los jueces Eduardo De Lázzari, Daniel Fernando Soria, Luis Esteban Genoud y la jueza Hilda Kogan rechazaron la intervención del Defensor del Pueblo, ya que su “aptitud para representar los intereses invocados no puede ser genérica e ilimitada” y en su presentación “plantea agravios meramente hipotéticos o conjeturales que no habilitan la participación procesal” del mismo.

También, resolvieron que se encontraban configurados los elementos para la petición cautelar, en la medida que la norma invocada “impone a las municipalidades actoras, en modo sorpresivo, una erogación de magnitud ajena al presupuesto previsto para ese mismo ejercicio, su efectiva aplicación podría afectar el normal desenvolvimiento de la autonomía económica financiera” (*SCBA “Intendente De La Municipalidad De General San Martin C/ Provincia De Bs. As. S/ Inconst. Decr. 1289/19 Y Art. 104 Ley 15.078”, 27 de noviembre de 2019*).

Jurisprudencia Bonaerense

1. TRIBUNALES INFERIORES

Tribunal: Cámara de apelaciones en lo civil y comercial. Azul, Buenos Aires Sala 02

Fallo: Pastor Nancy Susana c/ Di Marco María Cecilia s/ daños y perjuicios

Voces: Propiedad intelectual (Ley N° 11.723), excepción de prescripción, prueba electrónica.

Sumarios:

- Corresponde confirmar la sentencia que ordena a una mujer indemnizar a una colega por plagiar parte de su tesis doctoral en dos trabajos académicos presentados, omitiendo efectuar las citas y las referencias correspondientes.
- Considera suficiente e indiscutiblemente acreditada la configuración del hecho ilícito civil, consistente en la apropiación y utilización indebida por parte de la demandada, en dos

obras suyas publicadas, pues realizó la copia de párrafos, ya mediante su transcripción literal, o acudiendo a su utilización encubierta o desdibujada para lo cual se modificaron algunas expresiones lingüísticas o giros idiomáticos.

Extractos del decisorio:

- *“Di Marco, en dos obras suyas, vulneró los derechos intelectuales de la demandante, infringiendo la ley 11.723 de Propiedad Intelectual y la normativa complementaria, cometiendo un acto antijurídico al haber plagiado aquél trabajo en dos publicaciones de su autoría (arts. 1066, 1067 y concs. Cód. Civil; arts. 1708, 1716, 1717, 1721, 1724, 1725 y concs. CCCN). Los dos trabajos de María Cecilia Di Marco, en los que utilizó ilícitamente material intelectual de la actora, son los siguientes: 1) tesis de maestría “El Proceso de Desarrollo y Diversificación de la Universidad Argentina. El caso de la UNCPBA (1964-1975)”*

- *“...al contestar el traslado de la excepción de prescripción, Pastor reconoció -con efectos de admisión procesal- que tuvo noticia cierta y efectiva de la existencia de las mencionadas publicaciones dos meses antes del envío de la carta documento de Julio de 2014. En consecuencia, y en ausencia de prueba en contrario, resultando verosímil lo expuesto, por lo que la fecha de conocimiento efectivo fue “fines de Mayo de 2014”. Adicionalmente no debe perderse de vista las circunstancias en que Pastor conoció la existencia de las publicaciones de Di Marco las que acaecieron en el marco de una actividad académica, en ocasión en que la Universidad Nacional del Centro organizó la publicación de un dossier de divulgación con motivo de celebrarse el Cincuenta Aniversario de su creación.*

- *“...aun cuando es cierto lo que afirma la demandada de que la ley 11.723 no define al plagio, la tipificación jurídica de dicho supuesto fáctico y jurídico ha sido efectuada desde antiguo por la doctrina y la jurisprudencia. En ese sentido la Corte Nacional sostuvo que “el art. 10 de la ley 11.723 ... importa una reglamentación razonable del derecho de autor, con miras a un fin de bien común” (CS, 31/10/1961, “Antonio Esteban Agüero*

v. S. A. Ángel Estrada y Cía.”, Fallos 251:155). Afirma Zavala Rodríguez que “la ley 11.723 no emplea tampoco en ninguno de sus artículos la palabra plagio u otra semejante, pero ha incorporado el concepto de este ataque a los derechos de autor y lo reprime. Es útil recordar –agrega– aquí el origen de la palabra plagio. En Roma la ley Fabia llamaba plagiario a la persona que hubiera robado el hijo de otro, o hubiera secuestrado, vendido o comprado una persona libre, o hubiese inducido a un esclavo a fugarse. El plagio –concluye el autor citado– es así entre nosotros un ataque al derecho moral. Si un autor mutila el título de una obra o cambia maliciosamente la forma para disfrazar la apropiación, el autor, sin perjuicio de las penas que fijan otras disposiciones de la ley, puede pedir que se restituya la obra a su forma primitiva (derecho moral) (arts. 36 y 51)” (cf. Zavala Rodríguez, Carlos Juan, “El plagio literario ante la Ley 11.723”, en J.A., T° 53, ps. 135 y sgtes.). En la sentencia que fue objeto del comentario citado de Zavala Rodríguez, el voto del juez Dr. Barraquero, señaló, en sentido concordante, que “la ley 11.723 no define el plagio –falsificación intelectual–, sino la falsificación o plagio material –impresión ilícita–, equiparada por los arts. 71 y 72 ley citada al delito de defraudación. La apreciación del plagio de una obra intelectual, de acuerdo a nuestro régimen legal –continuó– queda librada al juicio y a la sagacidad de los magistrados, quienes deben comparar las obras y pesar las semejanzas teniendo en cuenta la regla de que la copia es en principio deshonestas, y que está prohibida cuando no es hecha con el objeto de una discusión o polémica, sino para aprovechar el trabajo de otro y evitar la pena que originaría el esfuerzo de producir un trabajo original” (conf. Cám. Nac. Civil, 23/12/35, “Figueredo, Francisco v. Gonzaga, Antonio”, J.A., T° 53, pág. 136)”;

- *Sobre esta base normativa, la doctrina destacó la importancia de ponderar como parámetro interpretativo que confiere legitimidad al uso de una obra ajena, “el denominado uso honrado” —fair use—, admitido por el Convenio de Berna ... que permite ciertas utilizaciones de una obra ajena sin solicitar*

autorización previa ni remunerar al autor, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga. Naturalmente, uno de esos parámetros sine qua non para este uso honrado, o para el derecho de cita, es que las utilizaciones de las obras ajenas deberán mencionar en cada caso el trabajo y el nombre del autor” (Toller, Fernando M., “Propiedad intelectual y plagio en trabajos académicos y profesionales”, pub. en Sup. Act. 26/10/2010, 26/10/2010, 1, Cita Online: AR/DOC/7206/2010). Todo ello en concordancia con lo prescripto por el art. 10 de la ley 11.723 (ver Millé, Antonio, “La información ante el derecho de la propiedad intelectual”, págs. 93/94, en Derechos intelectuales, Ed. Astrea, 5). El autor citado, en otro trabajo, expresa que se puede acudir a las obras ajenas para trabajos propios cuando: a) debe tener una finalidad didáctica o científica; b) debe limitar la utilización hasta mil palabras en las obras literarias y ocho compases en las musicales; c) las partes del texto deben ser indispensables a ese efecto, y d) la utilización debe ser en la forma de comentarios, críticas o notas.... El derecho de cita nunca puede consistir en la apropiación de la obra ajena” (Emery, Miguel Á., en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado – Belluscio, Augusto C. –Director- Zannoni, Eduardo A. –Coordinador-, Tomo 8, págs. 335 y 337).

- *Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y conchs. del C.P.C.C., se resuelve: 1) confirmar la sentencia de Primera Instancia en lo que ha sido objeto de recurso y agravio. 2) Imponer las costas de segunda instancia a cargo de la demandada vencida (art. 68 C.P.C.). 3) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la Ley 14.967. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y DEVUÉLVASE.*

Tribunal: CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL. MORON, BUENOS AIRES

Fallo: Industrias Metalúrgicas Nuperi e Hijos S.R.L. c/ Courtade Eduardo José y otro/a s/ daños y perj.resp.profesional

Voces: Locación de obra, responsabilidad civil, exclusión de la fuerza mayor.

Sumario:

- Comienza quejándose la parte actora de la consideración de la Sra. Juez de Grado en cuanto a la ajenidad, por parte de la demandada, de la construcción del techo parabólico.

- El constructor debe responder por el derrumbe del inmueble construido durante una catástrofe climática, debiendo indemnizar a la actora el daño material sufrido, toda vez que se encuentran suficientemente acreditados, mediante el dictamen pericial, los yerros constructivos que afectaban a la obra, de manera que un evento climático inusual incide sobre una obra con defectos constructivos y la destruye, en este contexto, el perito ha sido claro al señalar que ambos factores condujeron al colapso.

Extractos del decisorios:

- *“...Insiste en que fue la conducta del demandado la que provocó la ruina total del inmueble de su parte y argumenta ampliamente en tal sentido, cuestionando el fallo en cuanto exoneró parcialmente al demandado, al considerar como concausal el evento meteorológico del 4 de Abril de 2012.- Sostiene, también, que no puede tomarse a este evento como caso fortuito o fuerza mayor, al existir culpa en el demandado, afirmando que el evento natural no posee nexos causal o concausal con la imprudencia y negligencia en la forma de construir por parte del demandado; y profundiza en tal sentido...”;*

- *“...Habla del caso fortuito y evoca la conclusión pericial en el sentido de que con un viento de menor intensidad igual se hubiera desplomado de obra.”;*

- *“...Por otro lado, la respuesta dada a fs. 1263vta. tercer párrafo (en el sentido de que no se puede afirmar de manera concluyente que si los anclajes hubieran sido correctos el*

edificio no se hubiera derrumbado) que pretende capitalizar la demandada en sus agravios, ello tampoco rebate una cuestión concluyente que es que, en realidad, los anclajes no eran correctos.- De este modo, lo que hipotéticamente pudiera haber sucedido (y no sucedió) es una cuestión meramente conjetural, que -desde mi punto de vista- no modifica la conclusión pericial que vengo refiriendo.- En suma: vienen suficientemente acreditados (mediante el dictamen pericial) los yerros constructivos que afectaban a la obra.- Eso es cierto.- Pero no menos cierto es que la obra en cuestión fue destruida por un evento climático que, si bien registraba algún antecedente, resultaba de suyo infrecuente.- No dejo de advertir, en este sentido, que el antecedente que refería el servicio meteorológico de vientos de esta intensidad tenía mas de una década (año 2001).- Entonces, un evento climático inusual incide sobre una obra con defectos constructivos y la destruye.- En este contexto, el perito ha sido claro al señalar que ambos factores condujeron al colapso...”.

Tribunal: JUZGADO DE FAMILIA NRO 8. LA PLATA, BUENOS AIRES

Fallo: C. M. L. y otro/a s/ autorización judicial

Voces: Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Código Civil y Comercial, Voluntad procreacional/consentimiento, Criopreservación, oficio al Poder Legislativo sobre la problemática.

Sumario:

- Corresponde hacer lugar al pedido de autorización efectuado por una pareja, para interrumpir la criopreservación de embriones generados por una técnica de reproducción humana asistida, hace más de diez años, y proceder a su descarte, debido a que los peticionantes no desean tener más hijos, dado que la decisión de la pareja forma parte de la esfera íntima y revela el proyecto de vida común que detentan en la actualidad, el cual debe ser respetado en los términos y alcances del artículo 19 de la CN.

- Si bien los solicitantes en un principio han exteriorizado a través del consentimiento informado su voluntad procreacional

resulta claro con la presentación que ya no desean agrandar la familia, desistiendo de aquella voluntad que los vinculó contractualmente con la Clínica en donde se encuentran los embriones.

Extractos del decisorio:

- *“Manifiestan que con la primer transferencia embrionaria lograron el embarazo tan deseado habiendo nacido su hija A. L. A. C. Y que, en la actualidad, no es su deseo tener más hijos. Sin embargo, durante diez años han mantenido la criopreservación de dichos embriones, en un principio pensado que más adelante intentarían lograr un nuevo embarazo. Al día de la fecha han tomado la decisión de cesar la criopreservación y resolver el contrato que los une vitaliciamente con la Clínica P. No obstante, desde la misma les han manifestado que para interrumpir la criopreservación ante la falta de normativa expresa se requiere autorización judicial. Finalmente, señalan que carecen de voluntad procreacional, que no desean continuar atados a un contrato de tiempo indefinido y que tampoco tienen la voluntad de donarlos ni dejarlos para la investigación. 2.- Que en fecha 18 de julio de 2019 el Juzgado de Familia n° 6 departamental se declaró incompetente para entender en el presente proceso en función de la atribución de competencia en los términos del art. 830 del CPCC, por no revestir identidad de partes conforme la ley indica...”*

- *“La herramienta que posibilitará arribar a una respuesta adecuada la encontramos en los arts. 1 y 2 del CCCN que dotan de elasticidad y flexibilidad al ordenamiento jurídico interno permitiendo el diálogo de fuentes con el afán de alcanzar soluciones que respeten el piso mínimo que emerge de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Respecto a estos últimos, son incorporados al texto de la Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994 conformando el denominado “bloque de convencionalidad”, receptándose en ese entonces de manera expresa el derecho a la vida. Entre ellos encontramos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece, “Todo ser humano*

tiene derecho a la vida...” (art. 1); la Declaración Universal de Derechos Humanos, “Todo individuo tiene derecho a la vida...” (art. 3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...” (art. 4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “El derecho a la vida es inherente a la persona humana...”, impidiendo además la aplicación de la pena de muerte a las mujeres “en estado de gravidez” (art. 6 incs. 1° y 5°); la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que, entre otros actos, incluye la matanza de miembros de un grupo y la adopción de “medidas destinadas a impedir los nacimientos...” (art. 2 incs. a y d). Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño establece, “Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida” (Art. 6), definiendo al niño como todo ser humano menor de dieciocho años de edad (Art. 1). Dicha Convención fue aprobada mediante la Ley N° 23.849, que en el art. 2° dispone “la República Argentina declara que (...) debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. Del corpus iuris internacional dimana que el derecho a la vida es un derecho humano inherente a toda persona, pero ¿cuándo comienza la existencia de la persona? (...) El Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 19, modificado con fecha 28 de noviembre de 2013 en la Cámara de Senadores, establece: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.” Diferenciándose así del artículo proyectado originariamente donde se preveía, además, para el caso de técnicas de reproducción humana asistida, que el comienzo de la existencia se produce con la implantación del embrión en la persona, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado. El artículo responde a la tradición jurídica argentina. Los fundamentos del Anteproyecto expresaban que “no se varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado

hasta su antigua terminología”. La quita sufrida en la Cámara de Senadores silencia una realidad que viven muchas parejas o personas solas que pretenden alcanzar la paternidad o maternidad a través del uso de las técnicas de reproducción humana asistidas, obligando a la justicia a expedirse sobre situaciones, como la de autos, simplemente por la razón de no contar con una legislación clara y precisa que regule el tema.

- *“De este modo, partiendo de la redacción actual del art. 19 del CCCN, si el derecho a la vida comienza a partir de la concepción, la cuestión -como ya he señalado- debe ser dilucidada a través de la interpretación jurídica y sistémica que se haga sobre este concepto en consonancia con los avances científicos que imperan en la materia. Circunstancia que ha dado lugar a grandes debates en doctrina (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora, Herrera, Marisa, “Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como “Defensor de los Embriones””, AR/DOC/3667/2014, LA LEY 14/10/2014 1 - LA LEY 2014-E, 1372; Villaverde, María Silvia, “La concepción”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (enero), La Ley, 2014, p. 147”.*

- *corresponde hacer lugar a la autorización pretendida por los interesados, correspondiendo -en función del consentimiento revocado- cesar el contrato que los une con la Clínica P. y, en consecuencia, cesar la criopreservación de los embriones que mantiene la pareja para su descarte. Sin embargo, a mayor abundamiento no puedo dejar de advertir que en el particular, los derechos de la pareja C. – A. se han visto vulnerados por parte del Estado, precisamente, por el poder legislativo al no receptar de manera clara, precisa y contundente la posición que ya ha fijado la Corte IDH; obligando a las personas que se encuentran en una situación similar a la de autos a judicializar una decisión que forma parte de la esfera íntima y del proyecto de vida que cada uno considera mejor para sí. De la autonomía de voluntad receptada en la Constitución Nacional, se desprende la noción de autonomía “moral” y he aquí donde convergen*

las libertades individuales y las decisiones personales sobre la propia vida -lo que cada individuo sostiene como “moralmente correcto” para su vida-, decisiones que, en la medida que no afecten a terceras personas, la injerencia Estatal resulta inconstitucional (doc. art. 19 CN). La justicia no debe atender cuestiones que forman parte de la esfera íntima de las personas, debido a ello, ponderando que urge brindar una respuesta legislativa sobre este tema, máxime cuando la mayoría de los diferentes proyectos presentados han perdido estado parlamentario (1326-S-2016, del 27/04/2016; 0007-D-2016, 1/03/2016; 0091-D-2017, del 1/03/2017), subsistiendo actualmente el proyecto de ley número 1541-D-2019 que guarda coherencia con el ordenamiento jurídico y la visión constitucional-convencional que debe imperar, estimo que corresponde oficiar al poder legislativo nacional a los fines de poner en conocimiento -al menos- las dificultades que están obligados a atravesar los particulares ante la falta de legislación -en cumplimiento con la disposición transitoria n° 9 de la ley 26.994-, como así también la labor jurisdiccional atípica, pues no existe controversia ni conflicto que resolver. POR ELLO, conforme lo normado por los arts. 34 incs. 3° y 4°, 163 del CPCC; F A L L O: 1°) Hacer lugar a la autorización judicial solicitada, correspondiendo resolver el contrato que une a los peticionarios con la Clínica P. y, en consecuencia, cesar la criopreservación de los embriones que posee la pareja, procediendo a su descarte .- 2°) Oficiar por Secretaría a la Cámara de Diputados de la Nación y a la Cámara de Senadores de la Nación, a los fines de poner en conocimiento de las mismas acerca de las dificultades -al menos- que están obligados a atravesar los particulares, en situaciones similares, ante la falta de legislación vigente -en cumplimiento con la disposición transitoria contenida en el art. 9° de la ley 26.994-, como así también la labor jurisdiccional atípica frente a la inexistencia de controversia .- 3°) Imponer las costas por su orden (art. 73 del CPCC).-

Tribunal⁴: Juzgado Federal Civil, comercial, Constencioso Administrativo nro. 4 de La Plata

Fallo: “Perdomo Dinora C/ANseS S/Reajuste de haberes”

Voces: Derecho Previsional, Ley 27.426, Ley 26.417.

Sumario:

- Se declara la inconstitucionalidad de la ley 27426 y otorga la movilidad de la anterior ley 26417, para lo que fue el aumento de marzo de 2018 que fue de un 5,71% cuando debería haber sido de 14,5% es decir aproximadamente un 9% menos, que arrastrado, es decir actualizado en el tiempo a la actualidad, determina una perdida mayor.

Extractos del decisorio:

- *“la aplicación retroactiva antes aludida, atento el resultado precedentemente expuesto, vulnera los principios de progresividad y de no regresividad de los Derechos Económicos, sociales y culturales, consagrados en los Tratado Internacionales de Derechos Humanos, incorporados al texto de la Carta Magna, conforme el art. 75. Inc. 22 de la C.N. “La progresividad determina un sentido a la actuación estatal, e impone un deber formal, operativo e inmediato, cual es el de impedir la regresividad en el grado de tutela de los derechos consagrados. Así, el Estado argentino debe adoptar medidas necesarias hasta el máximo de sus recursos disponibles, sin discriminación, y tiene prohibido conducir con su accionar o su desidia a una*

⁴ El siguiente fallo se incluye en esta Sección por el impacto que tiene en la materia, ello sin perjuicio de que como se puede apreciar el Tribunal es Federal con asiento en La Plata. Asimismo, se agradece facilitar este material de Sección al Estudio Jurídico Presa – interviniendo en la causa-, con las siguientes aclaraciones; El fallo no restablece la plena vigencia de la movilidad de la ley 26417, sino que solo para el mensual marzo de 2018, donde el aumento de los haberes previsionales, había sido calculado en el periodo junio a diciembre de 2017, fue confiscado por el apuro del gobierno al poner en vigencia la ley 27.426 el 28 de Diciembre con su publicación, pensando el que lo hizo en el ahorro de ese aumento que debió ser del 14,5% en solo un 5,71% Claro está que los reclamos son menores que los aumento.

Existen dos fallos más, importantes en la materia: “Arosteguy Francisco Guillermo c/ANseS s/Reajustes haberes” expte 130031/2018 y “Acha Norma Elida C/ANseS s/reajustes de Haberes” expte nro 112421/2018

regresividad en el nivel o grado alcanzado con anterioridad en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. ...También cabe señalar lo decidido por el Alto Tribunal en autos “Arcuri Rojas, Elsa c/ ANSES”, sentencia del 3 de noviembre de 2009, en donde sostuvo que “...es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 10° del voto del Dr. Maqueda en Fallos: 328:1602)” (considerando 14)...” (del precedente de esta Sala “PAGANINI HECTOR RODOLFO C/ ANSES S/ REAJUTES VARIOS” EXPT. N°: 24.015/2007 S. D. N°: 143555, del 15 de Febrero de 2012)”.

- *“La modificación de la fórmula de cálculo de la movilidad, no puede proyectarse en perjuicio de los jubilados y pensionados, debiendo adoptarse la solución que mejor se adecue a los principios y garantías de la Constitución Nacional y favorezca la progresividad de los derechos humanos”.*

- *“Al respecto cabe recordar que el Alto Tribunal sostuvo que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional fortalece la vigencia del principio de progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica de un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos (Fallos 331:250)”.*

- *Declarar la inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 27.426, de conformidad con los considerandos precedentes, ordenando que la movilidad correspondiente al mes de marzo de 2018 sea determinada de conformidad con las pautas fijadas en la Ley 26.417, debiendo empezar a aplicarse la nueva movilidad establecida por Ley 27.426 a partir del incremento correspondiente al mensual septiembre 2018.*

2. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Fallo: P., A. F. c. Galeno ART S.A. s/ enfermedad profesional.

Voces: Muerte por estrés laboral.

Sumarios:

- La familia de un trabajador fallecido promovió demanda alegando que su muerte se produjo debido al estrés laboral que sufría por jornada prolongada y la exposición por años a esta circunstancia, lo que había deteriorado su salud. Deducido el recurso de inaplicabilidad de ley, la Suprema Corte de Buenos Aires revocó la sentencia por absurda.

- El rechazo de la demanda por la muerte de un trabajador por estrés laboral fue absurdo, pues el juzgador concluyó que no se había probado el nexo de causalidad entre la muerte y las tareas desarrolladas por el dependiente como chofer de colectivo, cuando la pericia daba cuenta de la influencia concausal entre los factores personales de aquel —hipertensión arterial e hipercolesterolemia— y los factores externos —estrés, jornada prolongada y la exposición durante años—, determinando la influencia de estos últimos en un 60%, frente al 40% por las predisposiciones personales.

Extractos del decisorio:

- *“El tribunal de trabajo interviniente desestimó íntegramente la acción deducida por la señora A. F. P. —por sí y en representación de sus hijos menores de edad—, G. R. y A. A. —este último, hoy mayor de edad—, J. I. y A. E. A. contra Galeno ART SA, en cuanto procuraban el cobro de una indemnización derivada del fallecimiento del señor R. A. A. —quien en vida fuera esposo y padre, respectivamente, de los accionantes...;*

- *tras valorar las pruebas rendidas en la causa, si bien tuvo por acreditado en el veredicto que este último trabajaba como chofer de colectivos para la empresa El Rápido de Lincoln SRL y el recorrido diario que realizaba en su labor, el órgano de grado consideró que no resultó probado en autos el estrés laboral padecido por el trabajador en el cual los actores basaron su demanda;*

- *Contra la sentencia de grado, se alza la parte actora mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley...”*

- *el veredicto carece de fecha y de indicación del lugar en el que se dictó, incumpliendo de tal modo con las prescripciones contenidas en el primer párrafo del art. 47 de la ley 11.653. Asimismo, se observa que la secretaria del tribunal de origen no rubricó el mentado veredicto (...)*

- *“...cabe destacar que, en tanto los defectos apuntados constituyen falencias de forma (...) no conducen por sí solas a la anulación del pronunciamiento...”*

- *“...las características de las tareas desempeñadas por el trabajador, como así también la existencia de relación causal o concausal entre estas y el daño padecido, y en general el análisis de las cuestiones de hecho y la apreciación del material probatorio, constituyen atribuciones privativas de los jueces de grado y ajenas a la casación, salvo que se demuestre el excepcional vicio de absurdo en la labor axiológica de los magistrados, que debe ser fehacientemente demostrado por quien lo invoca...”*

- *conforme surge de la reseña efectuada, el juzgador de grado evaluó la prueba producida —pericial médica y absolución de posiciones ficta— y determinó que los promotores del pleito no habían logrado demostrar el nexo de causalidad o concausalidad entre la muerte del señor A. y las tareas desarrolladas para su empleadora, ello, por cuanto no se había acreditado el estrés denunciado —a la par— que sí se tuvieron por probadas las patologías inculpables padecidas por aquel.*

- *“...es preciso destacar que la experticia médica obrante a fs. 223/227 determinó que si bien la afección de salud por la cual falleció el actor era de carácter inculpable, “existe un factor a considerar que es la influencia del stress, situación a la cual todos nos vemos expuestos en mayor o menor medida, pero que debe considerarse de importancia en este caso, constituyendo un factor concausal en el desarrollo del cuadro si se prueba que el occiso desarrollaba tareas por jornadas laborales tan extensas como lo esgrimido por la actora”;*

- *“Agregó el profesional médico que —en caso de que ello se probara—, conforme el Baremo de Altube Rinaldi, a los efectos*

de evaluar la influencia concausal entre los factores personales (hipertensión arterial e hipercolesterolemia) en relación con los factores externos (estrés, jornada prolongada y la exposición en años), se debía estimar a estos últimos en un 60% de influencia, frente al 40% por aquellas predisposiciones personales...”;

- *“...al momento de resolver la contienda, el tribunal de origen rechazó la demanda promovida, aun cuando tuvo por acreditadas las tareas de chofer de colectivo que realizaba el trabajador y —a través de las posiciones absueltas en rebeldía— el recorrido diario que efectuaba en su labor (v. vered., fs. 288 vta./289 vta.). De allí que, su conclusión acerca de que la cantidad de horas de trabajo realizadas no resultaban prueba suficiente para demostrar el estrés como causante de la enfermedad profesional denunciada, se aparta arbitrariamente y sin fundamento científico alguno del peritaje médico.”;*

- *“...no pudo el sentenciante —frente a las constancias de la causa— concluir que los accionantes no lograron acreditar con las pruebas rendidas en las actuaciones la relación de causalidad entre las tareas desarrolladas por el trabajador y su fallecimiento...”;*

- *“...corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y revocar la sentencia impugnada en cuanto incurrió en absurdo al considerar no demostrado el estrés como factor concausal de la enfermedad laboral denunciada...”*

Fallo: Mourglia, Santiago Hipólito c. Dirección General de Cultura y Educación de la Pcia. de Bs. As. s/ Accidente de trabajo - Acción Especial.

Voces: Riesgos de Trabajo, Ley N° 27. 348.

Sumario:

- Se trató de un juicio por accidente de trabajo declaró la inaplicabilidad al caso del procedimiento previsto en la ley 27.348 —de Riesgos del Trabajo— y decretó la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la ley 24.557 debe ser anulada

de oficio, pues carece de la formalidad de acuerdo y voto individual, lo cual implica una transgresión a la cláusula del art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Extractos del decisorio:

- *“El Tribunal de Trabajo N° 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, en el marco de un juicio por accidente de trabajo incoado por Santiago Hipólito Mourglia contra la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, declaró —de oficio— la inaplicabilidad al caso del procedimiento previsto en la ley 27.348 y, haciendo lugar al planteo introducido por la parte actora, decretó la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la ley 24.557, con remisión expresa a lo resuelto por esta Suprema Corte de Justicia en el precedente “Quiroga, Juan Eduardo c. Ciccone Calcográfica SA s. Enfermedad”; sent. de 23/04/2003 (v. fs. 91/92).”*

- *“Frente a lo así resuelto, la Fiscalía de Estado dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley[-] (v. fs. 94/98), el que fue concedido por esta Corte al resolver la queja incoada a fs. 124/127 (v. fs. 134/135 vta.)”.*

- *“En este marco, visto que la decisión bajo censura resuelve en la presente litis una cuestión esencial, se advierte que carece de la formalidad de acuerdo y voto individual, lo que, en el caso, constituye transgresión a la cláusula del art. 168 de la Constitución provincial, cuyo cumplimiento resulta ineludible, correspondiendo su anulación oficiosa por esta Corte (causas L. 112.717, “Lasala”, resol. de 30/03/2011; L. 117.364, “Coliqueo”, resol. de 12/06/2013 y L. 120.805, “Gatica Estropio”, resol. 13/09/2017). Por ello, la Suprema Corte de Justicia resuelve: Anular de oficio el pronunciamiento impugnado, remitiéndose los autos al tribunal de origen, para que, debidamente integrado, dicte nuevo pronunciamiento (art. 168, Const. prov.). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — Luis E. Genoud. — Hilda Kogan. — Eduardo J. Pettigiani. — Sergio G. Torres.”*

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO



Mi bandera

La bondad está en los ojos
que arremeten desafiantes
contra dagas que se afanan.

No hay Victoria
duradera

todo es pírrico

incluso la traición

/que siempre
es pasajera/

Ahí anda la bondad
trascendiendo
al enemigo
y al destino de los hombres mutilado.

Invitando a redimirnos,
a desgastar al odio
hasta dejarlo
en soledad

sin nación y sin fronteras.

Autor: *Luciano Scatolini*

Arte de la portada: *Dolores Mendieta*

Obra: *Ekeko* (acrílico sobre tabla entelada; 85x82cm; 2018)

El derecho penal como herramienta de castigo contra las mujeres que se apartan de su rol: ¿Buenas o malas madres?

*Verónica S. Trillo*¹ | Universidad de Buenos Aires,
*John A. Carlin Sánchez*² | Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 487-499

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e346>

I. Introducción

En una sociedad atravesada por diferentes mandatos patriarcales, el derecho no escapa a este fenómeno. Más bien, contribuye en la reproducción de este sesgo patriarcal al establecer parámetros de aquello que se debe –o no– hacer, de aquellos comportamientos que se espera de una “buena mujer” y, además, de cuál deberá ser su rol –o lo que se espera de aquella– dentro de la sociedad. Por tanto, el resultado que obtendremos en este contexto será un derecho androcéntrico que transforma, reproduce y legitima determinadas prácticas, desde la creación, interpretación y aplicación de diferentes normas con consecuencias gravosas para las mujeres. Así, la ponderación de la maternidad como rol ineludible, como aquella finalidad inherente por el solo hecho de ser mujer, abre

¹ Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Asesora Legislativa en el Honorable Concejo Deliberante del Partido de Moreno, Provincia de Buenos Aires.

² Estudiante avanzado de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumno de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho. Miembro del Proyecto DeCyT de la Facultad de Derecho, UBA, 2018-2020 “Principios Jurídicos” (UBA). Colaborador en el Centro Universitario San Martín (CUSAM). E-mail- carlinsanchezjohn@gmail.

un abanico de cuestionamientos al carácter prescriptivo de la construcción socio-jurídico de aquello que resulta ser –o no– una buena o mala madre.

En este trabajo, nos proponemos profundizar el análisis a partir de cuatro ejes. A tal fin, nos ocuparemos de las cuestiones socio-jurídicas y discursivas de diferentes sentencias en el ámbito argentino (II), esto es, en los casos de aborto (II.A), en el delito de Infanticidio (II.B), en los casos de los delitos por omisión y por imprudencia (II.C) y, por último, qué sucede con la maternidad en prisión y la detención domiciliaria (II.D). Al final, como conclusión, propondremos una respuesta al derecho penal que refuerza determinados estereotipos de género.

II. Cuestiones socio-jurídicas. ¿cuenta lo discursivo?

II.A. Aborto

Podemos indicar que, toda persona que decida no ser madre debe atravesar por un sistema de premios y castigos por parte del Estado quien no reconoce el derecho a la libre disposición sobre su cuerpo; estableciéndose, así, un trato desigual entre aquellas que eligen serlo de aquellas que eligen abortar.³

Por un lado, tenemos un Estado que “*premia*” a quien decide ser madre. ¿de qué manera? Esto a través de un sistema

³ Por ejemplo, los ordenamientos más permisivos reconocen el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo por la sola decisión de la mujer a su solicitud y dentro de ciertos plazos (las regulaciones difieren en este punto, según se establece un límite gestacional en 12, 14, 18 o 24 semanas de gestación, para la realización de la práctica. Pasado el plazo contemplado en las regulaciones de los diversos países, las mujeres podrán acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en caso de encontrarse en alguna de las circunstancias previstas en las normas (vinculadas con el peligro para su vida o su salud, por ejemplo)). Los ordenamientos más restrictivos, por su parte, establecen ciertas condiciones bajo las cuales sería posible llevar adelante la práctica del aborto. En términos generales, las legislaciones más liberales autorizan el aborto por razones socioeconómicas, o frente a riesgos para la vida, o para la salud física o mental de la mujer, mientras las regulaciones más restrictivas permitan la interrupción legal del embarazo solo en los casos de violación o incesto. (GHERARDI, N., “El derecho al aborto”, en DI CORLETO (comp.), *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires, Didot, 2017, pp. 217-218).

de salud –ya sea medicina prepaga, obras sociales u hospitales públicos–, en donde se pone en funcionamiento la maquinaria estatal facilitando los recursos necesarios para quienes elijan esta opción y concreten así, un determinado proyecto de vida.⁴ Por otro lado, se encuentran aquellas personas que deciden interrumpir su embarazo, a quienes el mismo Estado “castiga” a la clandestinidad, a la violencia institucional, al dar como única respuesta restricciones en el acceso al aborto no punible y, peor aún, sometiendo al otro a la obligación de decidir entre su vida o su libertad,⁵ al requerir atención post aborto en el ámbito de la salud pública, cosa que no sucede con aquellas personas –que por tener los medios económicos suficientes–, eligen practicarse un aborto en un establecimiento privado; y, obviamente, sin olvidar que muchas de las que concurren a los establecimientos públicos quedan inmersas en la problemática de la falsa tensión entre el deber de denunciar⁶ y el secreto profesional médico.⁷

Para reflejar esta última cuestión se analizará el caso “Belén”.⁸ En dicho fallo nos encontramos ante una mujer imputada por

⁴ FAERMAN, R., “El derecho al aborto a la luz del principio de autonomía personal”, en Romina FAERMAN [et. al.], *Aborto, la marea verde desde el derecho*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019.

⁵ El delito de aborto es un tipo penal establecido en el artículo 86 del Código Penal Argentino. El mismo establece que: “Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare”. A ello, debemos sumar lo prescripto para los médicos que intervengan en este hecho.

⁶ Así, el artículo 85, CP, establece que: “El que causare un aborto será reprimido: 1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”; y el artículo 87, CP, que indica que: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”.

⁷ Esta “falsa tensión” fue abordada en el plenario “Natividad Frías” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (26 de agosto de 1966), ese Tribunal resolvió que “No puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no–...”.

⁸ CSJ Tucumán, Sala Civil y Penal, “S.S.S. s/ Homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación” (Caso “Belén”), reg. n.º 329/17, rta. 23/3/2017.

el delito de homicidio agravado por el vínculo, causa que tuvo inicio e impulso a partir de la información y las declaraciones brindadas por el personal de salud que le prestó asistencia en el Hospital Avellaneda de la Provincia de Tucumán. Sin adentrarnos en otros hechos de gran relevancia en el caso (violación del secreto médico profesional, arbitrariedad en la valoración de la prueba, etc.), no podemos dejar de mencionar el siguiente dato relevante: ***Belén fue juzgada y defendida como culpable.*** ¿Cuáles son los argumentos para sostener esto? Pues bien, Belén manifestó desde un primer momento ***no saber que estaba embarazada,***⁹ pero nadie pareció darle importancia a sus testimonios, ni siquiera su defensa. Esta cuestión configura un dato relevante si tenemos en cuenta de que al no saberlo no podría haber evitado la muerte. Pero claro está, a la luz de una sociedad que maternaliza a la mujer, ***es inconcebible que ella no haya tenido conocimiento de su estado gestante.*** (las negritas nos pertenecen). Así, se lleva a cabo la “verificación de *violencia institucional* en contra de la joven, ya que a la ruptura del compromiso de reserva profesional se sumó una sucesión de hechos que nada se condice con el trato que debe recibir una persona en claro estado de vulnerabilidad, en este una mujer, que fue al hospital para recibir atención médica urgente: se la incriminó de ser autora del hecho acusándola desde un primer momento de mentir sobre su alegada ignorancia de su estado de embarazo; se le exhibió dentro de una caja el cuerpo del niño muerto como una suerte de castigo moral; se la sometió a tratamiento médico sin brindarse explicación alguna sobre la causa y alcance del mismo; se violaron todos sus derechos a la confidencialidad y a su privacidad, en franca vulneración de la obligación del equipo de salud de mantener el secreto médico, habiéndose permitido incluso la presencia de personal policial en medio de la práctica del legrado. Es decir que la

⁹ *Ibídem*, p. 30. En su declaración ante el Fiscal de Instrucción (fs. 23/24), Belén sostuvo que no tenía conocimiento de que cursara un embarazo: “[...] **yo no sabía que estaba embarazada** [...]”. (las negritas nos pertenecen).

encartada fue absolutamente relegada de su estado de paciente, dispensándosele a partir de allí un trato directo como rea”.¹⁰

Ante esto, creemos más que necesario pensar esta cuestión a partir de lo dicho por NINO, quien plantea que, el principio que está aquí en juego es el [...] “*principio de autonomía de la persona*”, y que prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.¹¹ Por tanto, la cuestión socio-jurídico de maternalizar a la persona esconde algo más grave por parte del Estado; esto es, vulnerar el principio de autonomía de la persona (reconocido en el art. 19, Constitución Nacional Argentina)¹² al prescribir todas aquellas conductas merecedoras de premios o castigos; negándoles, así, la autonomía y el reconocimiento pleno de sus derechos.

II. B. Infanticidio

Para empezar, indicaremos que el infanticidio según el artículo 81, inc. 2 del Código Penal de 1921, preveía una pena atenuada para la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontraba bajo la influencia del estado puerperal, con el objeto de ocultar su deshonor.¹³ Esta

¹⁰ Caso “Belén”, considerando 18.

¹¹ NINO, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, 2da edición ampliada y revisada, Buenos Aires, 1989, pp. 204-205.

¹² Establece que: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹³ Así, el art. 81, inc. 2, establece que: “Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonor, matare a su hijo durante el

norma fue derogada en 1994 por la ley 24.210. Como consecuencia de la supresión de este tipo penal en el ordenamiento jurídico, la conducta de la madre que mate a su hijo –durante el nacimiento o mientras dure el estado puerperal– constituye un homicidio agravado por el vínculo, y será merecedora de una pena de prisión perpetua, que a lo sumo es pasible de atenuación por circunstancias extraordinarias o emoción violenta.

Esta modificación legislativa merecía el análisis de la cuestión con mayor profundidad ya que, como bien indica ZAFFARONI: “[N]o se puede olvidar que los casos de infanticidio... son supuestos en extremo penosos y tristes, con frecuencia producidos en baños y en el curso de partos sin asistencia, cometidos por mujeres muy humildes y casi niñas, desconcertadas, a veces con cierta debilidad mental, privadas de mayor contacto humano, abandonadas por sus compañeros y a las que ahora, al suprimir el efecto simbólico negativo (deshonra y estado puerperal) que tenían algunos elementos del tipo privilegiado, se las enviará a prisión o reclusión perpetua” (Zaffaroni, 2000:35).¹⁴

Tal es el *caso de Yamila*,¹⁵ condenada a 9 años de prisión por el delito de abandono de persona seguido de muerte, con el agravante de haber sido cometido en contra de su hijo. Una sentencia cargada de ***prejuicios y estereotipos de género***, cuyo desarrollo gira en torno a que ***“Yamila ya era madre”*** y bajo ese precepto no se da lugar a argumentos que permitan

nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1 de este artículo”.

¹⁴ Cfr. PIQUÉ, M. L., & ALLENDE, M., “Hacia una alianza entre el garantismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda de política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo”, en GARGARELLA, Roberto & PASTOR, Daniel, *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el Derecho Constitucional y el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.

¹⁵ Juzgado de Sentencia en lo penal n° 8 de Rosario, “Sotelo, Yamila Araceli s/ abandono de persona agravado por ser cometido por un padre contra su hijo”, proceso 10/16, rta. 12/9/2016.

justificar su accionar, incluso se **“juzga”** su conducta en relación al embarazo anterior, sumado a **valoraciones respecto de su rol de madre** que no hacen a la causa en cuestión.¹⁶ (las negritas nos pertenecen).

El resultado de la derogación de la figura del infanticidio y la consecuente subsunción de la conducta en otros tipos penales, como es el caso de Yamila, trae aparejado un mayor castigo para las **“malas madres”**. Entonces, la propuesta deberá consistir en establecer un “punto medio” que permita dar cuenta de la fuerte connotación sexista de la concepción original del delito de infanticidio al incluir como elemento subjetivo del tipo la intención de “ocultar la deshonra” y, pensar, así, en un nuevo tipo penal con perspectiva de género que aborde esta cuestión.

II. C. Delitos por Omisión o por Imprudencia

En todos estos supuestos, el reproche a la mujer se basa en su función de garante del bienestar de sus hijos.¹⁷ Bajo esta mirada –que denota un fuerte estereotipo–, se atribuye a la mujer el rol de garante respecto de sus hijos por el solo hecho de ser madre, sin poner en análisis si efectivamente el contexto en el que se encuentra, ya sea atravesado por violencia de género, violencia doméstica, posibilita, efectivamente, la realización de la conducta exigida por la norma. En efecto, en estos casos donde la mujer cumple el doble rol de víctima y de madre, se espera que trascienda su victimización y actúe a favor de sus propios hijos/as, con independencia de su propia situación.¹⁸

¹⁶ *Ibidem*, p. 17. Observa la Defensa que la fiscalía ha realizado valoraciones personales en cada presentación. Que a fs. 329 la fiscal expresa: “la justicia deberá mantener en resguardo a la otra hija de Sotelo, no permitiéndole su convivencia”. Que con esa afirmación la fiscal no solo se entromete en una decisión que es competencia de otro fuero, sino que desnuda su visión de “mala madre” que tiene respecto de Sotelo”.

¹⁷ Cfr. HOPP, C., “‘Buena madre’, ‘buena esposa’, ‘buena mujer’: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en DI CORLETO (comp.), *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires, 2017.

¹⁸ PIQUÉ, M. L., & ALLENDE, M, op. cit.

El *caso Pippo*¹⁹ es un claro ejemplo al respecto ya que surge de distintos elementos de la causa, sobre todo de las declaraciones de los testigos, que las agresiones a los hijos de la pareja fueron propiciadas por el padre, pero, aun así, se considera igualmente responsable a la madre. No se hace ninguna diferenciación en la valoración de la conducta de cada uno.

Es así, que “[...] no interesa qué acción llevó a cabo cada uno de los padres, o si, como lo consideró el tribunal de grado, alcanza con presumir que al menos uno actuó por comisión mientras el otro lo toleró, sino que lo determinante es que el resultado de lesiones ha sido constatado, y es en función del deber institucional de sus progenitores que éstos deben responder”.²⁰

En contraposición, tenemos el *caso de Yanina González*,²¹ imputada por abandono de persona seguido de muerte, agravado por el vínculo. Su hija fallece producto de las lesiones que le provocó la pareja de Yanina. La sentencia absolutoria, tuvo en cuenta que Yanina dentro de sus *escasas posibilidades*, tenía *retraso madurativo* y estaba atravesada por un *contexto de violencia de género*, hizo lo que estuvo a su alcance: pidió ayuda con anterioridad al concurrir al centro comunitario Gallo Rojo, donde mostro las marcas que la niña tenía en el cuerpo; asistió a su hija cuando advirtió que se sentía mal. Este fallo nos acerca más hacia el derecho que queremos, un derecho con perspectiva de género, libre de estereotipos.

II. D. Maternidad en Prisión y Detención Domiciliaria

Existen en nuestro ordenamiento dos previsiones que contemplan la situación de las madres de niños de corta edad. La

¹⁹ CFCP, Sala I, causa n° 15.539, caratulada: “Pippo, Francisco y Pastore, Andrea s/ recurso de casación”, reg. n° 24.028, rta. 8/9/2014.

²⁰ Ídem.

²¹ “González, Yanina S/ Abandono de persona seguido de muerte, agravado por el vínculo”, 11 de marzo de 2015, Tribunal en lo Criminal Oral N° 2, San Isidro, Provincia de Buenos Aires.

Ley de Ejecución 24.460, en su artículo 195,²² permite que las mujeres encarceladas puedan tener consigo a sus hijos menores de 4 años. El Código Penal de la Nación, en su artículo 10, establece que, podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria –entre otros supuestos– la mujer embarazada y la madre de un niño menor de 5 años o a cargo de una persona con discapacidad.

Es necesario, por un lado, tener conocimiento de la composición social de la población carcelaria. Esto es entender que, dentro de la cárcel, nos encontramos con personas privadas de la libertad que llevan consigo el agravante de ser alcanzadas por la pobreza y marginación social. Y, por otro lado, saber identificar la vulneración de derechos y garantías, de las que son víctimas en el transcurso del cumplimiento de una condena.

Al respecto, “La Corte Interamericana (en adelante “la Corte IDH” o “Corte IDH” –siguiendo criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “la Corte EDH” o “Corte EDH”) – estableció, a partir del caso Neira Alegría y otros, que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.”²³ Este criterio fundamental ha sido

²² “La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado”. Al respecto, “[...] es conocido que los establecimientos penitenciarios no proveen un ambiente amigable para los niños y niñas, pero resulta importante que puedan criarse junto con su madre, por el principio fundamental del interés superior del niño, el que deberá primar en toda decisión. Es obligación del Estado mejorar el ambiente para que el niño o niña no sufra consecuencias psicológicas. No hay duda que constituye una obligación del Estado velar por la seguridad y bienestar del niño o niña y, especialmente, por su integridad psicofísica”, en SALDUANA, M. & DE LA FUENTE, J. E., *Ejecución de la pena privativa de la libertad: comentario a la ley 24.660 reformada por la ley 27.375*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, p. 548.

²³ Corte IDH., Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60. Para un mayor análisis acerca de los delitos de omisión de evitación de tortura se puede consultar LAMAS, Felipe & CARLIN SANCHEZ, John A., “Sobre la omisión de

reiterado consistentemente por la Corte Interamericana, tanto en sus sentencias, como en sus resoluciones de medidas provisionales; con respecto a estas últimas a partir de su resolución de otorgamiento de las medidas provisionales de la Cárcel de Urso Branco, Brasil (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, Considerando 8).²⁴

Acerca de las condiciones de detención la Corte EDH indica “que, quien sea detenido ‘tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal’. La Corte ha establecido que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos, lo cual implica, entre otras cosas, que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad”.²⁵

Ahora bien, a pesar de encontrarnos con normas que podríamos entender que refuerzan el estereotipo de “mujer madre” y los roles de cuidado asignados a la mujer, debe entenderse también que, en su concepción responden, por un lado, a la **protección del interés superior del niño** y, por otro lado, **el derecho de la mujer a sostener el vínculo con sus**

evitación de tortura como mecanismos de frenos punitivos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año IX, N°9, octubre 2019, pp. 3-9.

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc.64, 31 de diciembre de 2011, párr.51.

²⁵ Cfr. Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126.

hijos.²⁶ Además, en el supuesto de detención domiciliaria, vino a subsanar el impacto que tiene en el resto de la familia el encierro de la madre. En general, las mujeres-madres que están en prisión son **jefas de hogares monoparentales,**²⁷ por lo que su encierro trae aparejado un aumento de la **vulnerabilidad** de sus hogares, el desmembramiento de la familia y el desamparo de los menores.²⁸ (las negritas nos pertenecen).

La problemática surge al momento de aplicación de estas normas. En cuanto a las madres que conviven en prisión con sus hijos menores de 4 años, las distintas formas de vulneración de derechos a las que se ven sometidas –violencia física, acceso restringido a los servicios de salud y atención médica, etc.– afectan las condiciones en que las detenidas ejercen la maternidad.²⁹ Dadas estas condiciones, cabe preguntarnos si en pos de “satisfacer” el derecho de las madres de tener a sus hijos consigo en prisión o el derecho de los niños de estar con sus madres, son más los derechos vulnerados que los que se intentan proteger.

Así, “[...] El Estado al privar de la libertad a una persona asume una responsabilidad especial de la que surgen deberes concretos de respeto y garantía de sus derechos, y de la que surge una fuerte presunción de responsabilidad internacional

²⁶ Así, “[...] La vida en prisión de las mujeres que conviven con sus hijos menores de 4 años se caracteriza por la constante preocupación acerca de las necesidades insatisfechas de sus hijos. Estas mujeres están más preocupadas por la higiene del lugar de alojamiento, las plagas persistentes (cucarachas, ratas, etc.), las condiciones materiales (espacios no aptos para los niños, sin juegos, con elementos riesgosos, conexiones eléctricas inseguras, falta de medidas de prevención de incendios, etc.), la alimentación que reciben para sus hijos, la atención a la salud (la ausencia de guarda pediátrica permanente, los reiterados episodios de enfermedades respiratorias que sufren los pequeños, etc.”, en MONCLÚS Masó, M., “Mujeres con hijos en prisión. Comentario a los artículos 195 y 196”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/comentadas/46511-articulos-195-y-196-mujeres-hijos-prision>, p. 9.

²⁷ GIACOMELLO, C., “Mujeres privadas de la libertad una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal”, en DI CORLETO (comp.), *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires, 2017, p. 355.

²⁸ MONCLÚS Masó, M., “El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as”, en Di Corleto (comp.), *op. cit.*, p. 376.

²⁹ Cfr. AAVV, *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, FCE, Buenos Aires, 2011, p. 105-150.

del Estado con respecto a los daños que sufren las personas mientras se encuentren bajo su custodia”.³⁰

Con respecto a la detención domiciliaria, surge del análisis de las sentencias denegatorias que, en su gran mayoría, se basan en el estereotipo de “mala madre” y/o en pronósticos peligrosistas (peligro moral o material que implicaría la presencia de la madre en el hogar). El razonamiento judicial parece entender *a priori* “**madre que delinque = mala madre**” (las negritas nos pertenecen). Bajo este precepto, consideran que si los niños no están en una situación de abandono y desamparo total no hay por qué considerar que la convivencia con la madre les sería beneficiosa y, aun cuando no estén en las mejores condiciones, probablemente estas empeorarían estando bajo el cuidado de una “mala madre”.³¹

III. Conclusión

De lo aquí expuesto surge que, tal como dijimos al comienzo, estamos frente a un derecho androcéntrico que, como tal, reproduce y sostiene un sistema de desigualdades entre hombres y mujeres, repecta y refuerza estereotipos de género.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 13. “[Asimismo, existen] otros deberes básicos del Estado derivados de su posición de garante de los derechos de las personas privadas de libertad, como lo son: (a) el asegurar un control judicial pronto y efectivo de la detención, como garantía fundamental de los derechos a la vida e integridad personal de los detenidos; (b) el deber de mantener registros completos, organizados y confiables del ingreso de personas a los centros de privación de libertad, y el deber de realizar un examen médico inicial de los detenidos en el que se determine la posible existencia de signos de violencia y la presencia de enfermedades transmisibles o que ameriten un tratamiento específico; (c) la necesidad de contar con personal penitenciario idóneo, capacitado y que ejerza sus funciones en condiciones adecuadas, el cual deberá ser de naturaleza civil e institucionalmente distinto de la policía o el ejército —en particular si está en contacto directo con los reclusos o sus familias—; el deber de recurrir al uso de la fuerza —letal y no letal— sólo cuando sea estrictamente necesario, de forma proporcional a la naturaleza de la situación que se busca controlar, de acuerdo con protocolos previamente establecidos para tal fin, y asegurando que tales acciones sean objeto de controles institucionales y judiciales; y el deber de establecer recursos judiciales idóneos y sistemas de quejas efectivos ante posibles violaciones a los derechos humanos derivadas de las condiciones de reclusión.”, *Ibidem*, párr. 16.

³¹ Cfr. AAVV, *Punición y Maternidad. Acceso al arresto domiciliario*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2015, pp. 86-102.

Emerge entonces la necesidad de pensar un derecho con perspectiva de género. Un derecho donde aquellas mujeres que deciden no ser madres vean reconocido y garantizado el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, su propio plan de vida. Donde quienes cometan un delito sean juzgadas objetivamente por aquel y no prejuizadas por valoraciones personales. Entendiendo el rol de garante en su concepción normativa, no como un deber en cabeza de la mujer por el solo hecho de ser madre, exigiéndole que haga más por sus hijos de lo que puede hacer por ella misma. Garantizando a las madres condenadas a prisión y a sus hijos el derecho a vincularse, erradicando así el “castigo” que supone la ruptura de ese vínculo.

Más temprano que tarde los mandatos patriarcales caerán y junto con ellos los estereotipos y roles asignados. Las mujeres-madres en conflicto con la ley penal serán juzgadas solo respecto de la cuestión en juego, tomando en cuenta el contexto que las atraviesa como mujeres –antes que como madres-, concibiendo a la maternidad como una decisión y no como un deber que las obligue a soportar lo insoportable.

IV. Bibliografía

Allende, Martina & Piqué, María Luisa, “Hacia una alianza entre el garantismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda de política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo”, en Gargarella, Roberto, Pastor, Daniel (dirs.) y Finkelstein Nappi, Juan Lucas (coord.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2016.

Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y Justicia Penal*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2017.

Faerman, Romina, “El derecho al aborto temprano a la luz del principio de autonomía personal” en *Red de Profesoras de Derecho UBA, Aborto, la marea verde desde el Derecho*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019.

Hopp, Cecilia Marcela, “Mujeres en Conflicto con la Ley Penal”.

El Estado frente al derecho de acceso a la vivienda digna¹

*Paula Beatriz Kohan*² | Universidad de Buenos Aires,
Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 500-507
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e347>

I. Introducción

El derecho a una vivienda digna se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico interno. Así, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional prevé que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable...”, y que “... la ley establecerá [...] el acceso a una vivienda digna”. Asimismo, el artículo 75 inc. 22 eleva al rango de jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, destacándose en materia de derecho a la vivienda la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC). A pesar de dicho reconocimiento, el derecho a una vivienda digna ha suscitado controversias sobre su contenido y alcances, así como sobre las obligaciones que conlleva para el Estado argentino. Estos puntos serán desarrollados a continuación.

¹ Trabajo elaborado en el marco de la materia “Elementos de Derecho Constitucional”, cátedra del Dr. Raúl Gustavo Ferreyra, a cargo del Dr. Mario Francisco Manuel Cámpora, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

² Estudiante de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

II. Contenido y alcances del derecho de acceso a una vivienda digna

En la clasificación de los derechos humanos, el derecho a una vivienda digna forma parte de los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien su distinción con los derechos civiles y políticos ha sido relativizada³, dicha categoría enfatiza la importancia que revisten para el desarrollo de una vida digna en el marco de una sociedad justa y la necesidad de que el Estado promueva las condiciones para su efectivo ejercicio a través de acciones positivas.

Además de la función social que se le reconoce a esta clase de derechos, es importante tener en cuenta el concepto de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos para comprender el lugar que el derecho a la vivienda ocupa en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, Corti señala que la asignación de derechos busca proteger bienes básicos como la autonomía personal, la vida digna y la autodeterminación política, permitiendo el desarrollo de un plan de vida propio en un contexto humanamente decente⁴. Por este motivo, los derechos reconocidos en la Constitución en general y el derecho a la vivienda digna en particular, deben entenderse de manera articulada e integral. Esta concepción resulta compleja, en la medida en que existen múltiples derechos reconocidos que deben ser alcanzados por el conjunto de la sociedad. Según el autor mencionado, deberá solucionarse en cada caso concreto las eventuales colisiones que pudieren presentarse entre ellos.

En esta línea se pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el Comité)⁵ cuando

³ Courtis, Christian. "Los derechos sociales como derechos", publicado en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2011). "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", disponible en: red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/110509.doc_.pdf.

⁴ Corti, Horacio (2012). "Derecho constitucional presupuestario", Abeledo Perrot.

⁵ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4: El derecho a una vivienda adecuada, 1991.

sostuvo que el derecho a una vivienda adecuada constituye uno de los elementos fundamentales para alcanzar un nivel de vida adecuado, definiéndolo como “el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”⁶. Asimismo, el Comité brinda un conjunto de pautas sobre su contenido concreto. El derecho a la vivienda no debe entenderse con un sentido restrictivo, que implique sólo un techo, sino como el derecho a una vivienda “adecuada”. La adecuación se alcanza cuando se cumplen los requisitos de seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar; y adecuación cultural. De conjunto, estos requisitos implican que una persona ejercerá su derecho de acceso a una vivienda adecuada cuando le permita desarrollar su vida de forma regular y gozando del resto de los derechos fundamentales: cuando se encuentre protegida legalmente frente a cualquier tipo de amenazas o posibilidad de desalojo; cuando se encuentre protegida materialmente en su integridad física frente a situaciones de inseguridad, las desavenencias del clima, etc.; cuando le permita acceder a los servicios sociales, de salud y educación; cuando le posibilite acceder a opciones de empleo; y cuando fácticamente logre acceder con sus recursos a la misma. En este punto, resulta relevante la mención que el Comité hace respecto a que deben atenderse las necesidades de los grupos más desfavorecidos.

III. Obligaciones del Estado argentino respecto al derecho de acceso a una vivienda digna

De manera general, el compromiso adoptado por el Estado frente al reconocimiento de los derechos humanos se encuentra explicitado en los artículos 1 y 2 de la CADH, donde menciona la “obligación de respetar los derechos”, “... garantizar su libre y pleno ejercicio...”⁷, y el “deber de adoptar disposiciones de

⁶ Ibidem.

⁷ Sobre estas obligaciones genéricas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido “respetar” en términos de limitación al ejercicio de la función pública, es decir,

derecho interno”, y “... adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. En este sentido, se requiere que los Estados intervengan activamente para facilitar el efectivo ejercicio y goce de los derechos.

En referencia a la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, y de acuerdo al artículo 26 de la CADH, los Estados se comprometen a adoptar las providencias para “lograr progresivamente la plena efectividad [...], en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”⁸. La índole de estas obligaciones ha sido explicitada por el Comité⁹. Reconoce obligaciones de conducta y de resultado, entendiendo que los Estados deben adoptar medidas positivas pero que sólo con ello no alcanza: deben cumplirse ciertos objetivos. Por eso, si bien contempla las limitaciones de recursos de los Estados, establece que deben cumplir con obligaciones de efecto inmediato, independientemente de que la CADH indique la ampliación progresiva y paulatina de estos derechos. En este grupo quedan comprendidas las obligaciones de garantizar la no discriminación en el ejercicio de los derechos; adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas claramente hacia su cumplimiento; y asegurar la satisfacción de

impone un deber de abstención a los Estados, de no generar obstáculos ni lesiones a los derechos y libertades reconocidos por la CADH. En cuanto a la obligación “garantizar su libre y pleno ejercicio”, la Corte IDH sostuvo que los Estados deben “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos”, procurando, en la medida de lo posible, la reparación de los daños producidos. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 17 de agosto de 1990.

⁸ En esta línea, Corti ha señalado distintas etapas en el desarrollo de los derechos fundamentales, en las que tienen lugar diversas obligaciones por parte del Estado: la reglamentación de los derechos, el establecimiento de las estructuras organizativas requeridas para ponerlos en práctica, la ejecución de acciones públicas que los resguarden y la actuación de los órganos jurisdiccionales del Estado frente a eventuales lesiones de los derechos. Todas estas acciones por parte del Estado aseguran el ejercicio habitual de los derechos, y tanto por omitirse como por realizarse de manera inadecuada, el Estado puede incurrir en su violación.

⁹ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990.

niveles esenciales de cada uno de ellos. Se aclara, asimismo, que las restricciones de recursos no eximen a los Estados de estas obligaciones, debiendo proteger a los miembros vulnerables de la sociedad.

Específicamente respecto al derecho a la vivienda, el Comité enfatiza este último punto, inclusive haciendo responsable al Estado por el deterioro de las condiciones de vida y de vivienda en tiempos de contracción económica. Además, considera que el abordaje respecto al derecho a la vivienda requiere la adopción de una estrategia nacional de vivienda sumamente detallada y la vigilancia eficaz de la situación con respecto a la vivienda. Ambas exigencias constituyen obligaciones de efecto inmediato¹⁰.

Por último, con respecto a los alcances del derecho de acceso a la vivienda y su vinculación con los recursos del Estado que permiten su efectivización, Corti desarrolla una muy interesante graduación de los derechos, que resulta útil para zanjar el debate sobre su programaticidad u operatividad. Afirma que la Constitución establece un contenido mínimo y esencial de cada uno de los derechos con su sola enunciación, y que el nivel que de los mismos debe asegurarse es el que supone su ejercicio habitual, normal, típico o medio. Este grado de ejercicio medio puede restringirse a su contenido mínimo en momentos de emergencia, pero nunca suprimirse. Del mismo modo, las cláusulas de progresividad y de igualdad de oportunidades contempladas en el artículo 75 incs. 19 y 23 de la Constitución prevén el eventual ejercicio pleno de los derechos fundamentales, por encima de su nivel medio. De manera que la falta de recursos y/o las circunstancias de emergencia no dan lugar a los Estados para que omitan o suspendan el cumplimiento de sus obligaciones respecto a los derechos.

¹⁰ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4: El derecho a una vivienda adecuada, 1991.

IV. Interpretación del derecho de acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el fallo “Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”, de fecha 24 de abril de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) sienta precedente sobre el contenido y alcances del derecho a la vivienda digna, enfrentándose a las interpretaciones realizadas previamente por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante TSJC).

En este caso, una mujer con un hijo menor discapacitado en situación de calle demanda al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para exigirle los medios para superar esa realidad y acceder al efectivo ejercicio del derecho a la vivienda, entre otros derechos que entendía que estaban siendo violados. Frente a estos hechos, el TSJC falló a favor de la demandada y la CSJN lo hizo en contra.

En sus argumentos, el TSJC entendió que el contenido mínimo y esencial del derecho a una vivienda digna consistía en un estándar de “abrigo”, satisfecho por la política de red de albergues y paradores estatales, y el otorgamiento de subsidios a familias en situación de calle. Por el contrario, la CSJN entendió que dichas políticas no atendían las necesidades mínimas de la demandante, como las de salud, privacidad, integridad física, dignidad, etc. Es decir, entendió el derecho a una vivienda digna desde la perspectiva de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, en el sentido de que contribuyen a garantizar la salud y el desarrollo de las personas.

Respecto de las obligaciones del Estado, el TSJC consideró que sobre el derecho a la vivienda debe tenerse una visión colectiva y no de cada caso concreto. Dicho derecho no consiste en que el Estado proporcione una vivienda a cada persona que le falte, sino en fijar programas de acceso a la misma de acuerdo a los recursos disponibles, en una perspectiva que contemple la paulatina progresividad en su goce.

Por su parte, la CSJN consideró tres características generales de los derechos económicos, sociales y culturales: son normas operativas y, por eso, exigibles; dicha operatividad es de carácter derivado, en la medida en que comporta obligaciones de hacer por parte del Estado; tal operatividad derivada está sujeta al control de razonabilidad del Poder Judicial, es decir, las múltiples formas en que el Estado puede cumplir con sus obligaciones deben adecuarse a los fines perseguidos.

Un punto de discusión importante entre ambos tribunales es el referido a los recursos destinados a garantizar el derecho a la vivienda y su consideración para determinar si el Estado cumplía o incumplía sus obligaciones. Mientras el TSJC consideró suficiente que el Estado destine recursos a la adopción de medidas que procuren garantizar los derechos reconocidos, evaluándolas partir de la mejora que producen respecto al conjunto general de la población e independientemente de la situación concreta de cada individuo, la CSJN consideró que la obligación del Estado no se satisface con una determinada inversión de recursos, ni siquiera cuando resulte sumamente cuantiosa, sino cuando su uso sea eficiente. Asimismo, expuso que la falta de recursos no excusaba al Estado para incumplir sus obligaciones, y que debía protegerse a los grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad.

V. Consideraciones finales

De los distintos argumentos y razonamientos esgrimidos por el Comité sobre las normas que consagran el derecho de acceso a una vivienda digna, se desprende que la acción de los distintos poderes del Estado debe tener como horizonte el criterio pro homine y los fines constitucionales. Y esto, en el marco de la complejidad del sistema de derechos humanos, que involucra diversas dimensiones: la consideración del conjunto de los derechos (que en situaciones concretas colisionan entre sí); a su vez, del conjunto de la población que pretende gozar de todos los derechos fundamentales reconocidos (siendo cada persona,

a su vez, responsable por el efectivo ejercicio de los derechos del resto de las personas); y la disponibilidad de recursos de los Estados (que en múltiples circunstancias resultan insuficientes).

A la luz de esta interpretación ha resuelto la CSJN en el caso examinado. Por el contrario, en el entendimiento del TSJC primó una perspectiva restrictiva del derecho de acceso a una vivienda digna, independiente del conjunto de los derechos humanos, y aislando, en la evaluación de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo para garantizarlo, los resultados obtenidos con ellas.

VI. Bibliografía

- Bidart Campos, Germán (2006). "Manual de la Constitución reformada", EDIAR.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", 17 de agosto de 1990.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación "Q.C., S.Y. c/GCBAs/amparo", 24 de abril de 2012.
- Corti, Horacio (2012). "Derecho constitucional presupuestario", Abeledo Perrot.
- Courtis, Christian. "Los derechos sociales como derechos", publicado en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2011). "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", disponible en: red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/110509.doc_.pdf.
- ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990.
- ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4: El derecho a una vivienda adecuada, 1991.
- Sabsay, Daniel. "El acceso a una vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", publicado en la revista "Pensar en derecho", disponible en: <http://derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-acceso-a-la-vivienda-digna-en-un-fallo-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion.pdf>.

INVESTIGACIONES



Colaboración

Voy a tomar partido,
no en la templanza
ni en la búsqueda
de aforo.

Digo partido,
lo siento
lo tomo.

/Es qué hay dolor
que me conmueve
también pasión
que me emociona/

Escucho partido,
a jugarlo
a vivirlo.

Salen otros,
el escenario está partido
entre la solidaridad
y el egoísmo.

Autor: *Luciano Scatolini*

Gritan partido,
cómo ritual
como lamento.

Saben de jugadas,
trampas
esperpentos

Y algunos sin saberlo
dirimen su existencia.

No se juega a la derrota
que es de todos pasajera.

Digo partido
y hago más
profunda
mi trinchera.

Arte de la portada: *Dolores Mendieta*

Obra: *Sikuriada al sol* (acrílico sobre lienzo; 60x60cm; 2008)

Análisis de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires durante el año 2018¹

Esteban F. Taglianetti

Mariano Raffo

Daniela Ibarra

Erika Deantoni Mosca

Facundo Aravena

María Victoria Simioni

Guillermina Fernández

Fernando Novelli

Jacqueline Grace

Universidad Nacional
de La Plata, Argentina

Daniel Herrera

Universidad Católica
de La Plata, Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 511-634

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e348>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5809-9881>

<https://orcid.org/0000-0001-7305-2184>

<https://orcid.org/0000-0003-0255-072X>

<https://orcid.org/0000-0001-6503-8219>

<https://orcid.org/0000-0002-2974-8499>

<https://orcid.org/0000-0001-6470-9025>

<https://orcid.org/0000-0003-0172-9963>

<https://orcid.org/0000-0002-6332-864X>

<https://orcid.org/0000-0002-5437-5372>

<https://orcid.org/0000-0002-2574-030X>

¹ Esta investigación fue incorporada a las líneas de trabajo del Centro de Investigación en Derecho Crítico (CIDERCRI) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, bajo la dirección de Esteban Taglianetti.

I. Introducción: Notas a la investigación sobre los decretos bonaerenses 2018

El presente trabajo es el resultado de un intenso proceso de investigación que tuvo como objeto de estudio el análisis detallado de todos los decretos dictados por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires durante el 2018 –año correspondiente al punto intermedio del mandato de María Eugenia Vidal (2015-2019)–.

El propósito principal de esta propuesta es aportar una descripción minuciosa sobre una significativa porción de la actividad desarrollada por la Gobernadora durante el año demarcado, cuya importancia reside, en primer lugar, en el volumen de decretos analizados -un total de mil novecientos sesenta y nueve (1969)-; en segundo lugar, en la actualidad de la información que presentan –dado que 2018 es el último año completo de su gestión–; y, por último, en la diversidad de datos que estos documentos presentan.

En este sentido, cabe señalar que nuestro trabajo ofrece un análisis de tipo estadístico –que hasta el momento no ha sido realizado– que dimensiona de un modo meticuloso la actividad desarrollada y que, además, permite visualizar información variada relativa a los plazos que insume cada proceso, a las áreas intervinientes y a los resultados obtenidos. Asimismo, en materia de recursos humanos, detallamos la cantidad de nombramientos y ceses efectuados, dando cuenta de una serie de aspectos significativos, por ejemplo, las razones de cese, la cantidad de nombramientos efectuados en las distintas plantas –temporaria y permanente– y características personales de los funcionarios nombrados. Prestamos especial atención al género de los designados, con el propósito de determinar si hubo, o no, equidad porcentual en los nombramientos.

Por otra parte, el análisis de los decretos nos permitió conocer, en algunos casos, cómo se llevó adelante la tarea previa al dictado de los actos administrativos –más allá de lo estrictamente previsto en el marco jurídico aplicable, a saber, la

Constitución Provincial, el Decreto Ley de Procedimientos Administrativos N° 7647/70 y la Ley N° 10.430, principalmente-. En este sentido, nuestro trabajo muestra cómo es, en el plano real, la labor cotidiana de los órganos administrativos, ofreciendo datos e informaciones relevantes que pueden constituirse en insumos para la evaluación de los procesos analizados, así como también para el diseño de futuras modificaciones en el marco normativo.

En lo que respecta a las tareas realizadas en el curso de la investigación, debemos mencionar, en primer lugar, la búsqueda y recopilación de la totalidad de los decretos emitidos durante el año 2018, que se encuentra disponible en los distintos sitios web oficiales de la Provincia.² Al respecto, cabe señalar que esta accesibilidad fue la que nos permitió constituir el reservorio documental.

Por otra parte, a partir de la compilación normativa efectuada y del estudio de los procesos administrativos involucrados, se llevaron a cabo las tareas de lectura y análisis de la totalidad de los decretos, de creación de una base de datos específica y de sistematización de los resultados.

En lo que respecta al análisis de los decretos, cabe anticipar que se estudiaron y observaron los distintos procesos administrativos involucrados en su emisión. Como se sabe, estos procesos son herramientas que se aplican a las organizaciones para el cumplimiento de sus objetivos y la satisfacción de sus necesidades. Son actividades, acciones o tareas mediante las cuales las organizaciones, transforman o procesan los insumos generalmente a cargo de subsistemas especializados. Dentro de su estructura típica, podemos mencionar cuatro cuestiones vinculadas y en continua interacción, a saber: planeación, organización, dirección y control. Con esta base, nos adentramos al estudio de los distintos procesos que la Administración transita en forma previa. Si bien existen estadios o pasos comunes –como, por ejemplo, el paso de los expedientes por la Asesoría

² Para la búsqueda de la normas provinciales se utilizó las siguientes páginas web oficiales: <https://normas.gba.gob.ar> y <https://www.boletinoficial.gba.gob.ar>

General de Gobierno (dictamen jurídico previo)–, lo cierto es que los distintos objetos de los actos administrativos (como son las designaciones y la declaración de emergencia agropecuaria, por ejemplo) requieren de la injerencia de diversas áreas técnicas. Precisamente, debido a esta especificidad, consideramos necesaria su profundización.

A partir de esta labor, además, se extrajeron datos relevantes para el análisis de la eficacia y eficiencia de los procesos, debido a ello, en nuestro estudio, destacamos los siguientes aspectos: el plazo que insumieron las actuaciones (tomando, como inicio, la fecha en que fueron caratulados los expedientes, conforme el sistema provincial,³ y, como punto de cierre, la fecha de emisión de los decretos); los órganos promotores y los funcionarios firmantes (obteniendo, así, información relativa a cuáles fueron las áreas de gobierno que más proyectos de decreto elevaron y qué ministerios refrendaron más decretos), la intervención de los organismos de control y asesoramiento –de corresponder–, y, las áreas sustantivas según el objeto perseguido.

Finalmente, la última tarea realizada fue la difusión de la investigación mediante la elaboración del presente artículo que presenta dos partes: en la primera, se ofrecen una serie de aspectos teóricos imprescindibles para el estudio de los decretos –es decir, conceptos y descripción de los procesos involucrados para el dictado y la clasificación de los decretos–; y, en la segunda parte, a la par que analizamos los decretos emitidos durante el 2018 por el Poder Ejecutivo provincial, ofrecemos una serie de gráficos y cuadros descriptivos que facilitan el acceso a la información recabada.

II. Primera parte: Conceptos principales

En esta primera parte del trabajo haremos un breve desarrollo del marco teórico dentro del cual se llevó adelante la investigación. En ese sentido, comenzaremos por precisar los

³ Consulta de Expedientes: <https://sistemas.gba.gov.ar/consulta/expedientes/index.php>

conceptos de los principales términos que utilizaremos a lo largo del presente.

A continuación, dado que el correcto dictado de un acto administrativo requiere la previa tramitación conforme un procedimiento legalmente establecido, pasaremos revista de los distintos procesos administrativos que deben transitarse previamente. Ello así, pues consideramos que el relevamiento y descripción de los procesos, partiendo de la identificación de las diferentes actividades y tareas que se realizan en un proceso para lograr determinado resultado, es una forma de representar la realidad de la manera más exacta posible.

II.1. El decreto como acto administrativo

En primer lugar, corresponde indicar que existe actividad jurídica y no jurídica de la Administración. Dentro de la primera, es posible diferenciar entre hechos y actos. Los primeros, pueden ser entendidos, más allá de las distintas opiniones al respecto, como todo comportamiento material de la Administración o acontecimiento de la naturaleza que, conforme el ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

Por su parte, el acto administrativo consiste en la exteriorización intelectual del autor dirigida a la mente del destinatario. En este sentido, Julio Comadira y Héctor Escola lo definen como “[u]na declaración emitida por un órgano estatal, o ente público no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”.⁴ Consecuentemente, los decretos son actos administrativos, que emanan del Poder Ejecutivo Provincial.⁵

⁴ Comadira, Julio Rodolfo y Escola Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 385.

⁵ Cabe aclarar que, en algunas oportunidades, la práctica administrativa suele denominar como “decreto” a actos que no revisten esa naturaleza. En el presente trabajo, llegado el caso, se dejará constancia de esa terminología impropia.

II.2. El reglamento como acto administrativo: definición y clasificación

Según el análisis del constitucionalista Germán Bidart Campos,⁶ el término reglamento se aplica a toda manifestación de voluntad de los órganos administrativos, que crea status general, impersonal y objetivo mediante normas generales. En este sentido, el reglamento es entendido como un acto administrativo de alcance general.

A continuación, y de manera muy sucinta, haremos referencia a los cuatro tipos de reglamentos (ejecutivo, autónomo, delegado y de necesidad y urgencia), habitualmente tratados por la doctrina.

II.2.1. Reglamento ejecutivo

El artículo 144, inciso 2°, de la Constitución Provincial señala entre las atribuciones del Poder Ejecutivo la de “Promulgar y hacer ejecutar las leyes de la Provincia, facilitando su ejecución por reglamentos y disposiciones especiales que no alteren su espíritu”.

La actividad reglamentaria se realiza siempre *secundum legem*, completando la ley y regulando detalles indispensables para asegurar su cumplimiento,⁷ pero no se puede por vía reglamentaria extender o restringir el alcance de la ley.⁸ Para que su obrar sea constitucional, el reglamento no debe alterar el contenido de la ley. En este sentido, el principio de razonabilidad, actúa como límite o valladar en dicho obrar. Es decir, el

⁶ Bidart Campos, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 5ª reimpresión, 2005, Tomo III, p. 243.

⁷ Criterio sustentado por la SCBA, entre otros, en la causa I. 2174, “Trucco, María Carmen contra Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultural y Educación). Inconstitucionalidad del art. 140° ap. “B”, párr. 4° del dto. 2485/92, reglam. ley 10.579”.

⁸ La Corte Suprema ha dicho, “las normas reglamentarias, si bien subordinadas a la ley, la completan regulando los detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador”. Fallos: 241:396.

reglamento únicamente puede establecer las condiciones de la aplicación de la ley para hacerla factible.

Una cuestión indispensable para que se pueda legítimamente actuar al respecto es que debe existir la *necesidad* de que la ley sea complementada. *Ergo*, solo podrá dictarse un reglamento cuando sea imprescindible para la aplicación de la ley.⁹ En ciertas oportunidades, es la propia ley la que señala expresamente que el Poder Ejecutivo deberá reglamentarla –incluso, en ciertas circunstancias, establecen un plazo perentorio para el dictado del reglamento–.

Según Quiroga Lavié, estas normas del Ejecutivo complementan y completan la ley que reglamentan y, por ende, son también obligatorias.¹⁰

Por otra parte, cabe recordar que en torno a la naturaleza del reglamento ejecutivo se ha suscitado una discusión en la doctrina, pues mientras que una parte de los juristas sostiene que su naturaleza es legislativa,¹¹ la otra parte considera que se trata de actos administrativos de carácter general.¹²

En lo que respecta al procedimiento para su dictado en la Provincia de Buenos Aires, es posible apuntar las siguientes etapas que se deben seguir, luego de promulgada la ley:¹³ a) se

⁹ La Corte ha dicho que la omisión o retardo en el ejercicio de la facultad reglamentaria, no obsta a la aplicación de la ley cuya operatividad no ofrece duda (“De Hilados y Tejidos de Lana Campomar, S.A. c/ Nación”, Fallos: 262:468).

¹⁰ Quiroga Lavié, Humberto, Miguel Ángel Benedetti y María de las Nieves Cenicacelaya, *Derecho Constitucional Argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, Tomo II, p. 1171.

¹¹ Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 152; Bianchi, Alberto, “El control de los reglamentos de ejecución por medio del recurso extraordinario”, ED 108:895; Perrino, Pablo E., “El crecimiento de la potestad normativa de la administración en los estados contemporáneos”, en AA.VV. *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2009, 1ª Ed. p. 94.

¹² Bidart Campos, Campos, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 5a reimpresión, 2005, Tomo III, p. 243; Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, 3ª ed. act. y ampl., p. 645.

¹³ El Decreto Ley de Procedimientos Administrativos (7647/70), en el Capítulo XV –art. 120 al 126–, regula la actuación de los órganos administrativos en los denominados reglamentos

da intervención al Ministerio o a un órgano administrativo con competencia primaria (sin perjuicio de la posible concurrencia de otros en ejercicio de la denominada competencia secundaria); b) se elaboran informes técnicos y se forja un proyecto de decreto ejecutivo; c) se da intervención previa a la Asesoría General de Gobierno y a la Fiscalía de Estado (Decreto Ley de procedimiento administrativo N° 7647/70, artículo 123); d) los Ministros intervinientes refrendan el proyecto de decreto y lo elevan al Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros a los mismos fines¹⁴; e) el gobernador a cargo suscribe el acto y lo comunica mediante su publicación en el Boletín Oficial, en el Sistema de Información Normativa de la Provincia de Buenos Aires (SINBA) y en el sitio web oficial de la Provincia.¹⁵

II.2.2. *Reglamento autónomo*

Los reglamentos autónomos son dictados por el Gobernador para implementar, directa e inmediatamente, una atribución propia que le fue asignada constitucionalmente.¹⁶

Si bien estos reglamentos no están expresamente previstos en el texto constitucional, al igual que ocurre en el ámbito federal, éstos surgen de la consagración de las jefaturas de Estado Provincial y Gobierno, en favor del Poder Ejecutivo.

Para una parte de la doctrina nacional, los reglamentos autónomos versan sobre temas de la denominada “zona de reserva” de la administración y se refieren, entonces, a materias que –según estas voces– estarían consecuentemente reservadas a

y a los anteproyectos de ley (en contra, ver Hutchinson, Tomás, Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, Astrea, 1995).

¹⁴ Conforme el artículo 5° de la Ley de Ministerios N° 14.989 todos los actos del Poder Ejecutivo son refrendados por el Ministro Secretario en el Departamento de Jefatura de Gabinete de Ministros.

¹⁵ https://www.gba.gob.ar/boletin_oficial/Noticias/nueva_ubicacion_de_boletin_oficial_de_la_provincia

¹⁶ Quiroga Lavié, H. et al., *Op Cit.*, p. 1171.

la Administración¹⁷ por no encontrarse reguladas por la ley, tal es el caso de, por ejemplo, la organización administrativa.¹⁸

Sesín expresó que, a pesar de tener un ámbito de aplicación limitado, vinculado con “la organización funcional del Poder Administrador” y que éste debe respetar la preeminencia de la ley en el caso de superposiciones normativas, todo lo que haya sido “regulado por la ley y que no sea objeto de reserva absoluta y exclusiva puede ser normado por reglamento autónomo”.¹⁹

Por último, debemos remarcar que este tipo de reglamentos no pueden limitar los derechos de los ciudadanos, dado que dichas restricciones sólo pueden ser efectuadas por ley, según el artículo 14 de la Constitución Nacional y su homónimo provincial. Consecuentemente, podemos sintetizar señalando que el ámbito de aplicación material de los reglamentos autónomos queda limitado a cuestiones vinculadas al funcionamiento interno de la administración.

II.2.3. Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia

El artículo 45 de la Constitución Provincial dispone que: “*Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les*

¹⁷ Gordillo explica que “[e]n Francia la nueva Constitución autoriza expresamente a la administración el expedir reglamentos autónomos de carácter legislativo en materias excluidas de las atribuciones del Parlamento (arts. 34 y 37). Cabe distinguir así entre los reglamentos externos: a) los autónomos (o más propiamente, los legislativos) y b) los subordinados. Los primeros surgen directamente de la Constitución, sin que una ley pueda determinar su contenido ni legislar sobre el punto. Tienen así la categoría de ley los segundos sólo pueden dictarse para la ejecución de las leyes o por autorización de ellas. Es un criterio constitucional peligroso y ciertamente desaconsejable si no se cuenta con gobiernos mesurados y pueblos vigilantes y celosos de su libertad; en diametral oposición al mismo cabe recordar la Constitución austríaca, que en su art. 18, ap. 2, expresamente desautoriza los reglamentos autónomos y delegados”. En *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Parte General*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2017, Tomo I, Cap. VII, p. 41.

¹⁸ Quienes se oponen desconocen la denominada “zona de reserva”. Remarcan que solo los reglamentos ejecutivos están previstos en la Constitución y consideran, por ende, que no hay norma constitucional alguna que habilite al PE a dictar los denominados reglamentos autónomos.

¹⁹ Sesín, Domingo, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, pp. 32-33.

han sido conferidas por esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordadas por ella”.

Las explícitas prohibiciones contenidas en el artículo, marcan una diferencia sustancial respecto la admisión constitucional de los reglamentos mencionados, entre el ámbito provincial y el nacional.

En efecto, mientras la constituyente provincial de 1994 optó por mantener la prohibición absoluta vigente al tiempo de la reforma, la nacional incorporó de forma expresa ambos tipos de reglamentos a la Constitución; así, los reglamentos delegados fueron admitidos en el artículo 76²⁰, mientras que los de necesidad y urgencia en el artículo 99, inc. 3.

Corresponde señalar que, en el ámbito nacional y sobre este particular aspecto, la reforma fue precedida de pronunciamientos cercanos de la Corte Suprema a favor del reconocimiento constitucional de ambos instrumentos; de forma que, admitida su utilización por el Máximo Tribunal, la incorporación a la Constitución Nacional importó la sujeción de los instrumentos a las pautas formales y sustanciales allí establecidas.

En el ámbito provincial, interesa destacar algunos pronunciamientos de la Suprema Corte en los que se objetaba al Poder Ejecutivo haber ejercido atribuciones propias del Poder Legislativo.²¹

²⁰ El artículo 76 reza: “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”.

²¹ En igual sentido, la Constitución de la Provincia de Córdoba impide la delegación en su artículo 13. La norma reza: “Ningún magistrado o funcionario público puede delegar sus funciones en otra persona, ni un Poder delegar en otro sus atribuciones constitucionales, salvo en los casos previstos en esta Constitución, y es insanablemente nulo lo que cualquiera de ellos obrase en consecuencia”.

En esta línea se inscriben los casos “Coronel” (1999)²² e “Iberargen”(2004)²³.

Ambos precedentes comparten una estructura jurídica similar, se trataba de analizar reglamentos que exhibían la utilización de atribuciones legislativas y que fueron posteriormente ratificados mediante leyes; encontrándose en discusión los efectos jurídicos de aquellos actos desde el tiempo de su dictado hasta el de su ratificación legal.

Al respecto, la Suprema Corte entendió que la convalidación legislativa “(...) *no sólo le ha dado el carácter de fuerza de ley sino que ha ratificado la validez de los actos celebrados o emitidos por la aplicación que el decreto ha tenido hasta ese momento*”.

De esta forma, la jurisprudencia que emerge de los casos consiste en que la convalidación por el Poder Legislativo ratifica la validez de los actos celebrados al amparo de un DNU.

Sin embargo, se advierte también que el alcance de la jurisprudencia se encuentra condicionado por la existencia, en los

²² SCBA, causa B-54487, 18/05/99, “Coronel, Oscar Adolfo y otros c/ Municipalidad de Navarro s/ Demanda contenciosa administrativa, DJBA 156:343. En el caso “Coronel”, los actores habían sido beneficiados mediante Decretos del Intendente de la Municipalidad de Navarro, en los que se dispuso su acogimiento al régimen de retiro voluntario y el pago de una indemnización. Se trataba de actos administrativos emitidos en aplicación de un Decreto provincial de emergencia administrativa (Decreto N° 369/91), que había sido dictado durante el receso de la Legislatura y que resultó posteriormente ratificado por la Ley N° 11.184. En tanto aquellos actos, favorables a los actores, fueron luego anulados por la Intendencia entrante, en el caso se analizó, entre otras cuestiones, la validez de los actos dictados al amparo del Decreto (de necesidad y urgencia), previo a su ratificación por ley.

²³ SCBA, causa B-64708, del 01/12/04, “Iberargen S.A. c/ Instituto Provincial de Loterías y Casinos”. En el caso “Iberargen”, la actora, titular de una sala de Bingo en la localidad de San Martín, presentó una acción de amparo contra el Instituto Provincial de Loterías y Casinos, por la falta de aplicación de la Ley N° 12.972 –que suspendió la habilitación de nuevas salas de ese juego- y del art. 11 del Decreto N° 1371/2002, por el que se estableció que a partir de su publicación no podría autorizarse el funcionamiento de más de un local por distrito. El Decreto N° 1371/2002 fue calificado como de Necesidad y Urgencia, y ratificado por la Ley N° 13.013. Así, mientras la actora, titular de la sala, invocaba aquel reglamento en su favor; la empresa Bingo Ciudadela S.A. (beneficiaria de un trámite de autorización y habilitación ante el IPLyC, objetado por Iberargen S.A., y presentado en el caso como tercero interesado) cuestionaba su constitucionalidad, por tratar una materia reservada al órgano legislativo.

hechos de los casos, de una ley ratificatoria; y que, por lo tanto, en los antecedentes subsiste el interrogante sobre la constitucionalidad de los reglamentos de necesidad y urgencia en el caso de no existir aquella ratificación por el Poder constitucionalmente habilitado para legislar.

Este supuesto específico fue tratado en un precedente temporalmente intermedio entre los dos casos citados, el supuesto de la Resolución N° 1295/01 de la Suprema Corte, que registra particularidades que merecen ser destacadas.

En primer lugar, se trata de un antecedente en que la Suprema Corte declaró la invalidez de un reglamento *en abstracto*. En efecto, el pronunciamiento fue efectuado, a solicitud del Procurador General, frente a la formal comunicación, “*a sus efectos*”, del Decreto al Poder Judicial, sin que mediara, por lo tanto, un *caso*.

Además, y no menos relevante, es que invalidó un reglamento de suma trascendencia institucional. Se trataba del Decreto N° 1960/01 que había dispuesto la adhesión de la Provincia de Buenos Aires a la ley nacional N° 25.344, de emergencia económica-financiera, y declarado similar estado en el ámbito provincial, reglamentando medidas con la finalidad de superarla, ello en orden a enfrentar la crisis que desembocara en hechos por todos conocidos.

En su Resolución, la Suprema Corte declaró la invalidez del Decreto por resultar contrario a la Constitución de la Provincia, sosteniendo para ello “(...) *que (...) las materias propias de la legislación general conciernen al Poder Legislativo de la provincia (art. 103 de la Const. Prov.); (...) los poderes públicos no pueden delegar las facultades que les han sido conferidas ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordadas (art. 45 Const. Prov.), ni éste último arrogárselas; (...) el Decreto 1960/01 desconoce manifiestamente los principios indicados excediendo las facultades que para el Poder Ejecutivo reconoce el art. 144 de la Const. Prov.; (...) corresponde que esta Suprema Corte de Justicia, como guardián último de la Constitución de la provincia, declare su total y absoluta invalidez*”.

Más cercano en el tiempo, se presentó el análisis de la validez constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y de sus leyes ratificadoras en el caso “Asociación Judicial Bonaerense”²⁴ (2011), un precedente resuelto por conjuces, toda vez que se encontraban en discusión normas que afectaban las remuneraciones de magistrados, funcionarios y agentes del Poder Judicial.²⁵ Si bien el caso planteaba una estructura similar a la de los casos “Coronel” e “Iberargen”, DNUs posteriormente ratificados por ley, la resolución del caso implicó un apartamiento de la doctrina emergente de esos precedentes, en tanto se declaró la inconstitucionalidad tanto de los decretos cuestionados, como de las leyes que los ratificaron.

Destacamos, en este antecedente, los fundamentos contenidos en el voto del conjuce Mamberti, quien respecto a la constitucionalidad de estos reglamentos, interpretando los artículos 3° -primero y segundo párrafo- y 45 de la Constitución local, concluyó que la existencia de una materia reglada como atribución exclusiva del Poder Legislativo importa una interdicción sobre el Poder Ejecutivo para el ejercicio de atribuciones legislativas, lo que determina la invalidez constitucional de los decretos cuestionados

²⁴ Causa I. 1559, “Asociación Judicial Bonaerense”, fallada el 14-X-2011, donde se declaró la inconstitucionalidad de los Decretos n° 3073/1991 y n° 3641/1991 y de las Leyes 11.195 y 11.196 mediante las cuales el Poder Legislativo dispuso la ratificación de éstos.

Cabe destacar, que se encontraba integrado por conjuces ante la excusación de los ministros titulares, la Suprema Corte de Justicia.

²⁵ En el caso “AJB” el Secretario General y el Secretario Adjunto de la Comisión Directiva Provincial de esa Asociación promovieron una demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos N° 3073/91, N° 3640/91 y N° 3641/91 y las leyes N° 11.195 y 11.196, invocando la afectación de derechos adquiridos por sus afiliados. Los Decretos cuestionados (de necesidad y urgencia) habían suspendido temporalmente la aplicación de dos artículos de la Ley N° 11.017 que equiparaban la remuneración nominal de los Ministros de la Corte provincial con sus pares nacionales, extendiendo el beneficio a los demás Magistrados, Funcionarios y Agentes de acuerdo a un sistema de porcentualidad; al tiempo que, mediante una de las normas mencionadas (el Decreto N° 3640/01) se había dispuesto que la Contaduría General de la Provincia debía ajustarse a los términos del Decreto N° 3073/01, atento el carácter no vinculante de una Resolución emitida por la Suprema Corte (N° 1355/91) que había declarado la invalidez de aquella norma. Las leyes cuestionadas, por su parte, habían ratificado los Decretos de Necesidad y Urgencia.

por la sola razón de su origen. Señaló el conjuetz, además, que el Poder Ejecutivo, si la urgencia y el interés público lo exigen, se encuentra habilitado a convocar a sesiones extraordinarias (art. 86, CP); destacando que el constituyente provincial de 1994 no siguió los pasos de la Constitución Nacional en este aspecto, como sí lo hizo en otros casos, al incorporar sus instituciones.

Por su parte, y en relación a las leyes ratificadoras de los decretos cuestionados, el conjuetz fundamentó su inconstitucionalidad, en que encontrándose los reglamentos afectados por una nulidad absoluta, estos no pueden ser objeto de ratificación, conversión, confirmación o regularización legislativa, puesto que ninguna ley puede dar valor a un acto nulo en sí mismo; afirmando que si la Legislatura no tiene capacidad de delegar sus atribuciones, tampoco la tiene para ratificar actos que no pudo autorizar.

En definitiva, de los antecedentes de los últimos veinte años puede concluirse que: (i) frente a un reglamento de necesidad y urgencia no ratificado, la Suprema Corte declaró su inconstitucionalidad por aplicación del artículo 45 de la Constitución Provincial (Resolución N° 1295/01); mientras que (ii) ante reglamentos de la misma naturaleza ratificados legalmente sostuvo, (ii.a.) en dos casos (“Coronel” e “Iberargen”) que la ley ratifica la validez de los actos emitidos o celebrados al amparo del reglamento; y, (ii.b.) en otro (“Asociación Judicial Bonaerense”), que es temporalmente último en la línea de análisis y fue resuelto por conjuettes, que resultan inconstitucionales tanto los reglamentos de necesidad y urgencia como las leyes que los ratifican.

No obstante, del diferente tratamiento recibido en el ámbito judicial, la historia institucional de la Provincia nos muestra que, pese a la falta de una habilitación expresa, en determinados casos y bajo ciertas circunstancias, se han dictado los denominados “Acuerdos de Ministros”, con fundamento en el fallo “Peralta”²⁶

²⁶ Fallos: 313:1513. En el caso “Peralta, Luis A. c. Estado nacional”, el actor cuestionó la validez constitucional del Decreto N° 36/90, sancionado por el Presidente Menem, que provocó una profunda alteración en el régimen de retribución y pago de inversiones financieras, como medida de emergencia para atacar a la segunda ola de alta inflación que estaba padeciendo el

de la Corte Suprema y en cierta doctrina. Dichas actuaciones se notificaron a la Legislatura para ratificar lo actuado.

Finalmente, como conclusión de este punto, diremos que en nuestra opinión la Constitución Provincial no habilita al órgano ejecutivo a dictar actos de naturaleza legislativa por expresa imposición de los artículos 1, 3, 37, 45, 57 y 103. En consecuencia, los reglamentos de necesidad y urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo provincial son inconstitucionales y, por ende, nulos -desde el momento de su dictado y, como tales, no admiten su convalidación vía legal-.

país, como efecto todavía no neutralizado de la gran explosión hiperinflacionaria de mayo y junio de 1989.

En lo que aquí importa, diremos que el considerando 24), de la causa citada en último término, la mayoría de la Corte afirmó: "...Que, en tales condiciones puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el dec. 36/90 dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque -y esto es público y notorio- ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados".

La Corte, como se ha visto, plantea tres requisitos para la validez constitucional de los decretos de necesidad y urgencia (siempre en la exclusiva consideración de su origen, y no de su contenido): el primero es "la situación de grave riesgo social", que, a lo largo del extensamente fundado fallo, para el tribunal es una circunstancia capaz de poner en riesgo la unidad nacional, los mismos fines del Estado así definidos por el constituyente, o aún la supervivencia del Estado; el segundo es la adecuación del medio o procedimiento empleado (en lo formal y no sólo en su contenido) con relación a la eficaz respuesta a dicha situación: una medida súbita, sorpresiva, de gran rapidez en su decisión e instrumentación, a semejanza de lo ocurrido con la génesis del DNU 1096/85; el tercero se refiere a la participación del Congreso: estrictamente hablando la Corte no exigió la ratificación por parte del Poder Legislativo, sino sólo su tolerancia o aquiescencia. Que el Congreso "no adopte decisiones diferentes", exigió la Corte. Nótese que aun cuando en el Considerando 25) la opinión mayoritaria relata la existencia de decisiones legislativas posteriores al DNU 36/90 que importaban el reconocimiento de la existencia del decreto y la adopción de medidas coincidentes con el mismo (no su ratificación expresa), tal conducta del Legislativo fue considerada por la Corte sólo en cuanto significaron conocimiento y tolerancia respecto del decreto: "Esto implica -continúa la Corte en el Considerando 25), luego de reseñar aquellas medidas legislativas- que el Congreso Nacional ha tenido un conocimiento de modo y por un lapso suficientes de la situación planteada en autos, sin que haya mediado por su parte rechazo de lo dispuesto por el Poder Ejecutivo, ni repudio de conductas análogas por parte de aquél, que por el contrario ratifica".

II.3. Designaciones del Poder Ejecutivo Provincial

El texto fundamental de la provincia, en su artículo 144, establece la atribución constitucional de designar funcionarios en favor del Poder Ejecutivo. Como veremos a continuación, mientras que en algunos casos es preciso contar con el acuerdo previo del Senado o de la Cámara de Diputados (inciso 18),²⁷ otros funcionarios –como los Ministros– podrán ser designados directamente por el Poder Ejecutivo (inciso 1°). Además, el Gobernador, al ser responsable de la Administración pública y Jefe del Estado Provincial, designa a los agentes y funcionarios dependientes, tanto en planta temporaria –personal de gabinete, secretarios privados, personal contratado y transitorio– como en planta permanente (con o sin estabilidad).

A continuación, se hará referencia a los distintos supuestos de nombramientos a cargo del Poder Ejecutivo.

II.3.1. Designación de Ministros o Secretarios

Las condiciones requeridas para ser Ministro o Secretario son las mismas que las previstas para ser Diputado provincial (artículo 148, Constitución Provincial), a saber: a) ciudadanía natural en ejercicio, o legal después de cinco (5) años de obtenida, y residencia inmediata de un (1) año para los que no sean hijos de la Provincia; y b) veintidós (22) años de edad (artículo 71, Constitución Provincial).

El 1° inciso del artículo 144 de la Constitución Provincial indica que Gobernador como jefe de la Administración de la Provincia tiene la atribución de nombrar y remover los ministros secretarios del despacho²⁷. Es decir que, en sentido coincidente con la Constitución federal –y diferenciándose ambas de la estadounidense–, la designación de los Ministros no requiere

²⁷ Según el artículo 144, inciso 18, de la Constitución Provincial, el Poder Ejecutivo está facultado de nombrar con acuerdo del Senado al fiscal de Estado, al director general de Cultura y Educación, al presidente y los vocales del Tribunal de Cuentas y al presidente y los directores del Banco de la Provincia que le corresponda designar. Asimismo, con acuerdo de la Cámara de Diputados, podrá nombrar a los miembros del Consejo General de Cultura y Educación.

de la aprobación del Senado. El Ejecutivo, en terminología de la Constitución provincial, determinará quiénes lo acompañarán en la gestión de gobierno, no encontrando límite en cuanto a la aprobación de sus funcionarios.

A fin de poder efectuar las mentadas designaciones, el Gobernador debe ser acompañado, al menos, por un Ministro que refrendará el acto. Caso peculiar se da con el primer decreto que debe dictar el Gobernador que asume sus funciones. En este supuesto, lo habitual es que los primeros decretos se refieran a las designaciones de las máximas autoridades de las distintas carteras de Estado provincial, pero como es requisito constitucional que los decretos para su validez sean refrendados (artículo 145, Constitución Provincial), al menos por uno, de los Ministros Secretarios, lo que se hace en la práctica institucional es que un subsecretario del gobierno saliente no se le acepte la renuncia hasta que suscriba junto al Gobernador el primer decreto.²⁸ Luego, el siguiente es refrendado por el Ministro designado –que es costumbre sea la aceptación de la renuncia del subsecretario del anterior gobierno–.²⁹

II.3.2. Designación de Plantas de personal en la Administración Pública

A fin de poder llevar adelante las funciones asignadas constitucional y legislativamente, la Administración pública se sirve de una planta de personal que se vincula con ella mediante un contrato de “empleo público”. El procedimiento administrativo de designación requiere que se practiquen los siguientes

²⁸ El artículo 145, reza: “No puede expedir órdenes y decretos sin la firma del ministro respectivo. Podrá, no obstante, expedirlos en caso de acefalía de ministros y mientras se provea a su nombramiento, autorizando a los oficiales mayores de los ministerios por un decreto especial. Los oficiales mayores en estos casos, quedan sujetos a las responsabilidades de los ministros”.

²⁹ A modo de ejemplo, el actual gobierno efectuó la designación del Ministro de Gobierno con la refrenda del entonces subsecretario legal y técnico (Decreto 3/15b) y, luego, mediante el Decreto 4/15b, aceptó la renuncia al mencionado subsecretario (el cual fue refrendado por el nuevo Ministro y la firma de la Gobernadora).

pasos administrativos: 1) El funcionario presenta la solicitud de designación, ésta deberá contar con la información relevante del candidato, el lugar donde prestaría servicios, las tareas a desarrollar y, además, se deberá propiciar el agrupamiento y la categoría -en el caso de designaciones en planta permanente, la persona ingresa por la categoría inicial del agrupamiento solicitado-.³⁰ 2) Con dicha documentación, se forma el respectivo expediente.³¹ 3) En la Dirección de Personal, a través de sus departamentos competentes, controla y analiza la petición y la documentación adunada. En caso positivo, se genera el anteproyecto de designación con su respectivo informe técnico. 4) El requerimiento se remite a la Dirección Provincial de Relaciones Laborales, a los efectos de que se verifique la inexistencia de eventuales incompatibilidades y/o inhabilidades que pudieran impedir la gestión. 5) Posteriormente, toman intervención la Dirección Provincial de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y la Contaduría General de la Provincia, a los efectos del control presupuestario de la gestión que se promueve. 6) Si no hay objeciones técnicas, se gestiona la refrenda de los Ministros, a saber: Ministro promotor, el Ministro de Economía -en función de sus atribuciones- y, finalmente, del Ministro de Jefatura de Gabinete de Ministros. 7) Posteriormente, se remite el proyecto a la Secretaría Legal y Técnica, a los fines de su control. 8) Elevado el proyecto a su consideración, el Gobernador al firmar la designación (Decreto - acto administrativo), se concluye su intervención. 9) Posteriormente, se registra y se ordena su publicación en el Boletín Oficial.

Como hemos señalado anteriormente, solo llegan a nivel de decreto las designaciones en planta permanente con estabilidad y determinadas plantas permanentes sin estabilidad (conf. Decreto N° 272/17E).

³⁰ En los casos relativos al personal de gabinete, en la solicitud se informa también sobre la cantidad de módulos a percibir o la readecuación de módulos.

³¹ A saber: fotocopia de DNI (anverso y reverso); CV (abreviado); fotocopia de título (último nivel alcanzado, en caso de corresponder); una hoja firmada y sin fechar, con los datos personales -tal como figuran en el DNI- y de contacto; y declaración jurada de incompatibilidades e inhabilidades.

II.3.3. Designaciones y renunciaciones en el Poder Judicial

A continuación, mencionaremos cuáles son los procesos implicados tanto en la designación como en la renuncia de los diferentes magistrados.

II.3.3.1. Designación de los jueces del Poder Judicial provincial

El mecanismo de designación de los jueces en la provincia de Buenos Aires es un proceso complejo en el cual intervienen distintos órganos de manera secuencial que convergen en el ejercicio de competencias diferenciadas.³² La reforma de 1994 incorporó al diseño constitucional la figura del Consejo de la Magistratura. Su inclusión, al menos en el plano teórico, supuso una limitación a la competencia del Poder Ejecutivo en la designación de los jueces, ya que éste debe ahora escoger al candidato entre una terna que le elevan.³³

³² En la causa “Zarlenga” (causa B 62.241: “Zarlenga, Marcelo contra Consejo de la Magistratura. Acción de amparo”), el Dr. Soria afirma: “En lo atinente a la elección dentro de la terna, la Constitución fija que ésta ha de ser decidida por el Poder Ejecutivo. Es decir, se establece únicamente el órgano competente. Lo mismo ocurre con el acuerdo del Senado, acto respecto al cual se impone el carácter público de la sesión en la que fuere otorgado. La decisión del jefe de la administración provincial (Art. 144, primer párrafo, Const. Pcial.) encuentra la evidente limitación emergente del carácter vinculante de la terna (Art. 175, Const. Pcial.) más ella es plenamente discrecional, criterio que se justifica en la medida en que existe una habilitación normativa que le permite escoger a cualquiera de los tres aspirantes que han acreditado iguales méritos, según la valoración del Consejo (arg. CSJN, Fallos 320:1191). El mismo carácter reviste el acuerdo senatorial”.

³³ En el fallo “Decastelli” (causa A 70.444, “Decastelli, Héctor Hugo contra Provincia de Buenos Aires. Pretensión anulatória. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, sent. del 8/4/15), la SCBA realiza una pormenorizada descripción del procedimiento de designación de los jueces.

En su voto, el Dr. Soria indica: “La secuencia permite identificar en ese conjunto de tramitaciones de variada complejidad ciertos actos típicos, cada cual con efectos propios, vinculados funcionalmente. Ellos son: i) la selección de la idoneidad de los postulantes a jueces, a practicarse en concursos públicos regidos por criterios objetivos y predeterminados de evaluación, que concluye con la terna vinculante decidida por el Consejo de la Magistratura y comunicada al Poder Ejecutivo; ii) la propuesta referida a uno de los postulantes incluidos en la terna, formalizada por el Poder Ejecutivo mediante el envío del pliego al Senado; iii) el Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires A-70444 pronunciamiento del Senado sobre dicha proposición, que, en caso positivo, previo dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos, constituye el acuerdo, a votarse en sesión pública; iv) el decreto

Cabe acotar que el plexo normativo referido a la designación de magistrados está actualmente conformado por la siguiente legislación: artículos 82,³⁴ 175 y 179 de la Constitución de la Provincia; la Ley N° 11.868 y modificatoria, referida al Consejo de la Magistratura; la Ley N° 14.989 de Ministerios –competencia asignada en el trámite al Ministerio de Justicia– y, finalmente, el Reglamento Interno del Senado de la Provincia.

A partir de esta configuración institucional, el procedimiento de designación de los jueces en la Provincia de Buenos Aires consta de las siguientes etapas o estadios:

1ª etapa: selección del postulante mediante un concurso público convocado por el Consejo de la Magistratura;³⁵

2ª etapa: elección de uno de los integrantes de la terna por parte del Poder Ejecutivo;

3ª etapa: envío de la propuesta a la Cámara de Senadores y acuerdo de la elección por parte de este organismo;

4ª etapa: dictado del decreto de designación, publicación y notificación al postulante y a la Suprema Corte de Justicia;

5ª etapa: juramento del aspirante ante la Corte Suprema o la autoridad competente y toma posesión del cargo.³⁶

de nombramiento emanado del Poder Ejecutivo. Como actuación complementaria, corresponde la toma de posesión del cargo, precedido del juramento del designado ante el órgano judicial competente. Así se estructuran las intervenciones de los diferentes órganos públicos competentes (arts. 82, 175, 179 y concs., Const. Prov.; 25, 28, 29 y concs., Ley 11.868, con sus reformas; 18 inc. 2 y concs., Ley 13.757, con sus reformas)”

³⁴ Este artículo debe contemplarse el artículo 146 que reza: “Estando las Cámaras reunidas, la propuesta de funcionarios que requieren para su nombramiento el acuerdo del Senado o de la Cámara de Diputados, se hará dentro de los quince días de ocurrida la vacante, no pudiendo el Poder Ejecutivo insistir sobre un candidato rechazado por el Senado o la Cámara de Diputados en su caso, durante ese año. En el receso, la propuesta se hará dentro del mismo término, convocándose extraordinariamente, al efecto, a la Cámara respectiva. Ninguno de los funcionarios para cuyo nombramiento se requiere el acuerdo o propuesta por terna de alguna de las Cámaras, podrá ser removido sin el mismo requisito. Exceptúanse los funcionarios para cuya remoción esta Constitución establece un procedimiento especial”.

³⁵ La Constitución establece que la competencia referida a la selección de los candidatos a magistrados debe recaer en el Consejo de la Magistratura y le exige que dicha selección se realice mediante criterios objetivos de evaluación, previa convocatoria libre y con la debida publicidad en las distintas etapas.

Como vemos, en el caso particular del Poder Ejecutivo, su actuación se da en dos instancias, a saber: durante la elección del candidato y el posterior envío al Senado del pliego de la persona escogida y, en una segunda oportunidad, cuando la designación se formaliza mediante el dictado del decreto pertinente.

Así, conforme el artículo 175, para el caso de los jueces inferiores a los Supremos, el Poder Ejecutivo debe designar a uno de la terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura.

Paso seguido, el Gobernador envía al Senado una petición solicitando su intervención y acuerdo, en los siguientes términos: “El Poder Ejecutivo... tiene el honor de dirigirse a Vuestra Honorabilidad a los efectos de solicitar el acuerdo correspondiente para efectuar la siguiente designación”. La nota, que es firmada por el Ejecutivo provincial, incluye los datos personales del postulante elegido: nombres y apellidos, fecha nacimiento, nacionalidad, documento de identidad, domicilio, teléfono, título de grado y posgrado, matrícula del Colegio de Abogados y antecedentes laborales. Asimismo, se adjunta copias del legajo de antecedentes. El pedido de acuerdo redactado es remitido con nota suscripta por el titular de la Secretaría Legal y Técnica de la Gobernación a la Presidencia del Senado.

De esta forma, concluye la primera intervención del Gobernador en el procedimiento.

En el caso de que el Senado preste su conformidad, el Poder Ejecutivo puede –si lo considera necesario, ya que no está obligado a hacerlo– dictar el acto por el cual se designa a la persona como juez. En la actualidad, este nombramiento debe ser refrendado por los Ministros de Jefatura de Gabinete y Justicia, y firmado por el Gobernador.

Los siguientes pasos son: el registro del acto administrativo; la comunicación a la Suprema Corte de Justicia vía una nota del Ministerio de Justicia –estilándose una misiva brevísima dirigida al Presidente del Tribunal–; la notificación al postulante seleccionado

³⁶ De conformidad a lo dispuesto en el artículo 179 de la Constitución Provincial y artículo 32, inciso g, de la Ley N° 5.827 y sus modificatorias.

y, la publicación en el Boletín Oficial del decreto. Finalmente, debemos señalar que el trámite concluye cuando el candidato presta juramento (artículo 152 y 159 de la Constitución Provincial y el Acuerdo 2159 y modif.) y toma posesión del cargo.³⁷

II.3.3.2. Ceses en el Poder judicial

En referencia a la renuncia de los jueces, si bien la Constitución provincial nada indica al respecto, la *práctica* institucional ha impuesto que la aceptación de ésta sea efectuada por el Gobernador, pese a que los magistrados no dependen del Poder Ejecutivo.

En cuanto al procedimiento que se sigue para la aceptación de renuncia, debemos indicar que es simple. Así, en primer lugar, una vez recibidas las actuaciones provenientes del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia requiere información respecto del magistrado renunciante a la Dirección de Asesoramiento Técnico a la Presidencia en relación a los Organismos de la Constitución de la Suprema Corte de Justicia y a la Secretaría Permanente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, la cual informa si median o no actuaciones relacionadas con la persona involucrada (Leyes N° 8.085 –derogada- y N° 13.661 y sus modificatorias).

Se formaliza el Decreto mediante la refrenda de los Ministros Secretarios en las carteras de Jefatura de Gabinete y Justicia, y la firma del Gobernador.

Por último, los siguientes pasos administrativos resultan ser: registro del acto administrativo; comunicación a la Suprema Corte de Justicia vía una nota del Ministerio de Justicia; notificación al funcionario renunciante y, finalmente, publicación en el Boletín Oficial.

³⁷ El juramento no es un acto meramente formal sino un requisito necesario para acceder al cargo. Asimismo, la Suprema Corte ha dicho que, en dicha oportunidad, éste puede controlar el cumplimiento de los distintos requisitos constitucionales y legales para la designación de los jueces (ver: Res. SCBA N° 403/16).

II.3.3.3. Cuerpo de Magistrados Suplentes

Es importante destacar que, en la provincia, se creó el denominado Cuerpo de Magistrados Suplentes del que dispondrá la Suprema Corte de Justicia para cubrir vacantes transitorias (Ley N° 13.837). A tales fines, se considerará vacante transitoria a la falta de cobertura temporaria del cargo de Magistrado por renuncia, remoción, suspensión en los términos del artículo 183 de la Constitución Provincial, fallecimiento o licencia por un plazo de más de sesenta (60) días corridos (art. 2, de la ley mencionada).³⁸

Es importante destacar que la designación de los integrantes del Cuerpo de Magistrados Suplentes se efectuará siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 175 de la Constitución Provincial. Es decir, de conformidad al proceso que referenciamos precedentemente. A su vez, el artículo 4 de la ley refiere que los aspirantes a integrar el Cuerpo deberán cumplir los requisitos exigidos por el artículo 177 respecto de las exigencias para ser Juez de las Cámaras de Apelación y el artículo 181, ambos de la Constitución Provincial y no podrán ser Magistrados jubilados.

Asimismo, los Magistrados designados podrán ser suspendidos y removidos del Cuerpo de Magistrados Suplentes por el procedimiento establecido por el artículo 182 y concordantes de la Constitución Provincial.

Diremos que, lo proyectado por la ley, en cuanto se respeta los estándares previstos en la Constitución para la designación de los jueces, luce como una correcta respuesta a los problemas que se generan con las vacantes en el Poder Judicial.

³⁸ La norma establece regiones, a partir de los departamentos judiciales, a saber: Las regiones en que se encuentra dividido el Cuerpo de Magistrados Suplentes son: 1. Departamentos Judiciales de La Plata, Lomas de Zamora, Avellaneda- Lanús, Quilmes y Moreno-General Rodríguez. 2. Departamentos Judiciales de Merlo, Morón, San Martín, La Matanza y San Isidro. 3. Departamentos Judiciales de Zárate-Campana, San Nicolás y Pergamino. 4. Departamentos Judiciales de Junín, Trenque Lauquen y Mercedes. 5. Departamentos Judiciales de Azul, Mar del Plata y Dolores. 6. Departamentos Judiciales de Bahía Blanca y Necochea. A efectos de una mayor eficiencia del funcionamiento del Cuerpo, la Suprema Corte podrá disponer que para el Fuero Contencioso Administrativo no haya distinción de regiones.

II.3.4. Designación de los magistrados de la Procuración General de la Provincia

De conformidad al artículo 10 de la Ley 14.442, el Ministerio Público está integrado por los siguientes miembros: 1) El Procurador General de la Suprema Corte de Justicia 2) El Subprocurador General de la Suprema Corte de Justicia 3) El Defensor General de la Provincia de Buenos Aires. 4) El Subdefensor General de la Provincia de Buenos Aires. 5) El Fiscal y el Defensor del Tribunal de Casación. 6) Los Fiscales de Cámara y los Defensores Departamentales. 7) Los Adjuntos del Fiscal y del Defensor del Tribunal de Casación. 8) Los Agentes Fiscales y los Defensores Oficiales. 9) Asesores de Incapaces. 10) El Cuerpo de Magistrados Suplentes del Ministerio Público (Ley Nº 14.613).³⁹

El proceso de designación referenciado para el Poder Judicial, es de aplicación a la Procuración General. Lo mismo ocurre con los ceses.

Por último, diremos que por medio de la Ley Nº 14.613 se creó el Cuerpo de Magistrados Suplentes del Ministerio Público del que dispondrá la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia, para cubrir vacantes transitorias. A tal fin, se considerará vacante transitoria la falta de cobertura temporaria de los cargos de Agente Fiscal, Agente Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, Defensor Oficial para actuar ante los fueros Criminal y Correccional, Defensor Oficial para actuar ante el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil, Defensor Oficial para actuar ante los Fueros Civil, Comercial y de Familia y Asesor de Incapaces, por renuncia, remoción, suspensión en los términos de los artículos 182 y 183 de la Constitución Provincial, fallecimiento, o licencia por un plazo de más de sesenta (60) días corridos.

³⁹ Esta norma crea el cuerpo de magistrados suplentes del ministerio público del que dispondrá la procuración general de la suprema corte de justicia para cubrir vacantes transitorias. modifica la ley 14442.

II.4. Participación del Poder Ejecutivo provincial en el proceso legislativo

La ley resulta ser un acto complejo que requiere de la intervención de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Así, del propio texto constitucional, surge que el Gobernador tiene facultades colegislativas. Éste puede aprobar o desechar los proyectos sancionados por la Legislatura.

Previo a ingresar al análisis de los supuestos indicados, debemos señalar que la Constitución Provincial prevé tres (3) situaciones respecto de las leyes, a saber: sanción, promulgación y publicación. El primero tiene lugar, cuando un proyecto legislativo cuenta con la aprobación de ambas Cámaras de la Legislatura. El segundo, resulta ser el acto formal por el cual el Gobernador manifiesta su voluntad política con relación al proyecto y, finalmente, la publicación implica la puesta en conocimiento a la sociedad de la norma.

II.4.1. Promulgación de leyes

a. Aprobado el proyecto de ley por ambas Cámaras de la Legislatura, se eleva a consideración del Poder Ejecutivo quien, como hemos visto, puede hacer uso de la atribución constitucional de vetar. En caso de que no haga aplicación de dicha atribución, el Ejecutivo interviene para su promulgación. De esta manera, al igual que en la órbita federal, el Gobernador en ejercicio de su función colegislativa aprueba un proyecto de ley. Es, justamente, a partir de este momento que el proyecto se convierte en Ley.

Conforme lo normado en el artículo 108 de la Constitución Provincial,⁴⁰ la promulgación puede ser: a) expresa, cuando el

⁴⁰ Artículo 108.- "El Poder Ejecutivo deberá promulgar los proyectos de ley sancionados dentro de diez días de haberle sido remitidos por la Legislatura; pero podrá devolverlos con observaciones durante dicho plazo, y si una vez transcurrido no ha hecho la promulgación, ni los ha devuelto con sus objeciones, serán ley de la Provincia y deberán promulgarse y publicarse en el día inmediato por el Poder Ejecutivo, o en su defecto, se publicarán por el

Poder Ejecutivo dicta un acto expreso de promulgación y ordena su publicación; b) tácita, cuando, transcurridos diez (10) días hábiles contados desde su recepción, el Ejecutivo no formula expresamente su aprobación o desaprobación (artículos 109, 110 y 111).⁴¹

Con respecto a la publicación, si bien lo ordinario es que la misma sea realizada por el Poder Ejecutivo, la Constitución prevé, también, la posibilidad de que lo haga, en su defecto, el presidente de la Cámara que hubiese prestado la sanción definitiva. Entendemos que esta habilitación del texto fundamental, solo se configuraría cuando el Ejecutivo se muestre renuente o díscolo a hacerlo.

La publicación de la ley en el Boletín Oficial queda a cargo de la Dirección de Boletín Oficial. Gracias a los nuevos canales de difusión y comunicación –páginas web oficiales, redes sociales, entre otros-, estos medios tecnológicos inicialmente considerados alternativos son los que, en definitiva, actualmente ejercen la función de poner en conocimiento a la sociedad lo que ocurre en materia legislativa en nuestro país.

Finalmente, en la mayoría de los casos, la ley prevé la fecha de su entrada en vigencia a partir del momento mismo de su publicación. Caso contrario, el artículo 5 del Código Civil y Comercial de la Nación, establece que las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial.

presidente de la Cámara que hubiese prestado la sanción definitiva. En cuanto a la ley general de presupuesto, que fuese observada por el Poder Ejecutivo, sólo será reconsiderada en la parte objetada, quedando en vigencia lo demás de ella.”

⁴¹ Artículo 109.- “Si antes del vencimiento de los diez días, hubiese tenido lugar la clausura de las Cámaras, el Poder Ejecutivo deberá, dentro de dicho término, remitir el proyecto vetado a la Secretaría de la Cámara de su origen, sin cuyo requisito no tendrá efecto el veto.”

Artículo 110.- “Devuelto un proyecto por el Poder Ejecutivo, será reconsiderado primero en la Cámara de su origen, pasando luego a la revisora; y si ambas insisten en su sanción por el voto de los dos tercios de sus miembros presentes, el proyecto será ley y el Poder Ejecutivo se hallará obligado a promulgarlo. En caso contrario no podrá repetirse en las sesiones de aquel año.”

Artículo 111.- “Si un proyecto de ley observado volviere a ser sancionado en uno de los dos períodos legislativos subsiguientes, el Poder Ejecutivo no podrá observarlo de nuevo, estando obligado a promulgarlo como ley.”

b. Sentado lo dicho, corresponde describir los pasos administrativos que se deben cumplir previamente al dictado del decreto promulgatorio por parte del Poder Ejecutivo. En primer lugar, el proyecto de ley es recibido en la Mesa de Entradas de la Secretaría Legal y Técnica de la Gobernación, dicha recepción implica el inicio del plazo de diez días para que el Ejecutivo veto o promulgue la ley –tácita o expresamente– (artículo 108). Con la comunicación del legislativo y el proyecto propiamente dicho, se forma una actuación administrativa (expediente digital), en donde se le asigna un número para su tramitación formal.

Luego, se gira a la Dirección de Enlace Legislativo, quien analiza el proyecto de ley y determina qué áreas del Gobierno deben intervenir. Esta labor se funda, principalmente, en la Ley de Ministerios N° 14.989 y en leyes específicas, que son las que determinan la competencia material de los órganos administrativos. Una vez individualizados, toma intervención, en primer lugar, quien tenga la competencia primaria, sin perjuicio de la colaboración de otros órganos que, básicamente, realizan un análisis técnico promoviendo la promulgación o no del proyecto.

Posteriormente, se recaba la opinión de las distintas estructuras administrativas y la Dirección Provincial de Enlace Jurídico y Legislativo da intervención a la Asesoría General de Gobierno. Finalmente, la referida Dirección provincial eleva a la Gobernadora el proyecto de decreto promoviendo la promulgación.

El decreto básicamente contiene los elementos referenciados previamente, a saber: 1) individualización concreta del proyecto de ley; 2) refrenda de los Ministros intervinientes –destacándose que, el Ministro Secretario en Jefatura de Gabinete refrenda siempre–; 3) Se registra el proyecto, se le comunica a la Legislatura y se ordena su publicación en el Boletín Oficial y el Sistema de Información Normativa de la Provincia de Buenos Aires (SINBA).⁴²

Por último, el acto refiere como competencia para el dictado los artículos 104 y 144, inciso 2° de la Constitución Provincial.

⁴² Creado por el Decreto N° 2704/05

II.4.2. Veto de proyectos

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires le reconoce al Poder Ejecutivo la competencia de vetar los proyectos de ley sancionados por la Legislatura. El constituyente ubicó esta competencia en la parte dedicada al procedimiento de formación y sanción de leyes.

En primer lugar, cabe puntualizar que el veto es un instituto del derecho constitucional que hunde sus raíces en Inglaterra, Francia (Constitución de 1790), y Estados Unidos -principio de frenos y contrapesos-, entre otros, destinado a procurar el equilibrio entre los poderes. Básicamente, se trata de un *arma* concedida al Gobernador para evitar los (presuntos) *desbordes* que pueda cometer la legislatura en el ejercicio constitucional de sus atribuciones.

Desde otro plano, es posible afirmar que el instituto del veto supone una discrepancia del Poder Ejecutivo con respecto a una decisión político-legislativa del órgano legislativo. Esta discordancia se le presenta al Gobernador como un inconveniente para determinar la promulgación de la ley.⁴³ En el procedimiento de sanción de leyes, un proyecto aprobado por ambas cámaras requiere para convertirse en ley de la conformidad del Gobernador, excepto en los casos en los que tiene lugar el mecanismo de insistencia.

En cuanto a la forma en que debe ser exteriorizado el veto, la Constitución nada explícita. En consecuencia, es posible afirmar que la observación al proyecto puede ser practicada, siempre de manera expresa y en forma escrita,⁴⁴ mediante mensaje o por decreto. Requiriéndose, en ambos casos, del refrendo de los ministros actuantes y de su envío al Poder Legislativo.

La Constitución prevé tanto el caso del veto total, cuando el proyecto es rechazado íntegramente, como el del veto parcial, cuando

⁴³ Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, T° II, 2° Edición, pp. 1708 y ss. El autor se refiere a la normativa nacional, pero estimamos que sus conclusiones son plenamente aplicables al caso provincial.

⁴⁴ Se descarta toda posibilidad de hacerlo en forma verbal.

las observaciones se efectúen a determinadas parcelas o artículos del proyecto de ley, cuidando de no desvirtuar el proyecto.

Respecto de este último asunto, cabe agregar que existe un único caso constitucionalmente habilitado para el veto parcial, que tiene lugar cuando el Poder Legislativo aprueba el proyecto de ley de presupuesto. Este supuesto contemplado para que el Ejecutivo realice un acto de anuencia parcial es mencionado en el artículo 108 de la Constitución Provincial, en los siguientes términos: “En cuanto a la ley general de presupuesto, que fuese observada por el Poder Ejecutivo, sólo será reconsiderada en la parte objetada, quedando en vigencia lo demás de ella”.

Ahora bien, la práctica constitucional nos muestra que, a lo largo de la historia, los distintos gobernadores provinciales han practicado vetos parciales, pese a la falta de previsión expresa de esa competencia. La reforma constitucional de 1994, a diferencia de lo ocurrido en la esfera federal,⁴⁵ no modificó dicha circunstancia. En el ejercicio, la dinámica prevista solo para el caso de *la ley general de presupuesto* se extiende a otros supuestos. Teniendo en consideración que el análisis de la constitucionalidad de ese obrar supera los límites del presente trabajo, dejamos sentado este interrogante que, como veremos en los decretos dictados durante el 2018, mantiene actualidad e importancia institucional.

⁴⁵ La Constitución Nacional prevé la figura del veto en el artículo 80 y en el 83.

Artículo 80.- Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

Artículo 83.- Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen: ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año.

A modo de síntesis, podemos afirmar que el veto, que tiene un plazo temporal para su ejercicio de diez (10) días útiles, permite al Gobernador examinar la constitucionalidad, oportunidad y conveniencia del proyecto. Su decisión únicamente sería susceptible de ser controlada judicialmente si se observara el incumplimiento de los requisitos constitucionales (entre los cuales se incluyen los de procedimiento).

II.4.3. Regulación del veto

La Constitución Provincial regula la atribución del Ejecutivo en su facultad de vetar leyes. En efecto, el texto fundamental establece un procedimiento específico que prevé el cumplimiento de pautas temporales y requisitos cuya inobservancia acarrea su inconstitucionalidad.

En primer lugar, la norma instituye un límite temporal de diez (10) días para el legítimo ejercicio de esta competencia. Dicho plazo, como se dijo, comienza a correr desde la efectiva comunicación al Poder Ejecutivo provincial, es decir, desde que el proyecto es presentado en la Mesa de entradas de la Gobernación (Secretaría Legal y Técnica).

Transitado el procedimiento necesario para la correcta aplicación del veto, el Poder Ejecutivo dicta un decreto que, para que tenga validez, deberá ser notificado a la Cámara de origen del proyecto. Como bien se sabe, si el Poder Legislativo insiste con la medida, el Poder Ejecutivo no podrá volver a vetarlo. Con elocuente conocimiento práctico, evitando de esta manera interpretaciones disímiles, la propia Constitución señala que, en el caso de receso legislativo, el proyecto observado debe ingresar a la Secretaría de la Cámara originaria (artículo 109, Constitución Provincial). Por esta razón, se especifica que los días son útiles respecto del Poder Ejecutivo y, por lo tanto, no se refieren a los plazos del Poder Legislativo, que cuenta con otro calendario motivo del receso.⁴⁶

⁴⁶ La Suprema Corte de Justicia ha manifestado, reiteradamente, que la competencia acordada al Poder Ejecutivo no implica el ejercicio ilimitado del veto fuera de las oportunidades

En un interesante fallo de la Suprema Corte (causa I. 1508, “Fiscal de Estado. Inconstitucionalidad Decreto N° 5092/1989. Demanda de inconstitucionalidad”), el máximo tribunal se encargó de delimitar con precisión los dos tipos de mecanismos de insistencia previstos por la Constitución. El primero, el más conocido, como dijimos, es aquel que tiene lugar cuando el proyecto reingresa a la Legislatura, logra su aprobación con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes y, automáticamente, se convierte en ley. Lamentablemente, el texto constitucional no prevé ni fija el plazo dentro del cual es posible activar dicho mecanismo (artículo 110, Constitución Provincial).

Por el otro lado, en una interesante regulación, la Constitución provincial señala que, si el proyecto oportunamente vetado fuera aprobado en uno de los dos períodos legislativos subsiguientes, el Poder Ejecutivo no podrá observarlo de nuevo, estando obligado a promulgarlo (art. 111, Constitución Provincial).⁴⁷

Esta cláusula, como observa Cuelli,⁴⁸ fue introducida al texto fundamental por la Convencional constituyente de 1873. En

que, en forma taxativa, señala la Constitución (conf. “Acuerdos y Sentencias”, serie 18ª, VI-453; 1957-IV-244; 1959-IV-30; 1961-IV-278; 1963-I-845; causas I. 1179, “Rosas”, sentencia del 27-IX-1983; I. 2104, “Calderon”, sentencia del 3-XI-2004; I. 2125, “Bringas de Salusso”, sentencia del 24-VIII-2005 e I. 2798, “Alonso”, sentencia del 10-X-2007; I. 68.942, “Rango”, sentencia del 4-IX-2013, entre muchas otras).

⁴⁷ Al respecto, cabe recordar que el procedimiento seguido por la Legislatura, que culmina con la sanción del proyecto vetado, se ajustó a lo normado por los artículos 97 y 98 —actuales artículos 110 y 111—. En efecto, al estatuir el artículo 97 —artículo 110— que vetado un proyecto, el mismo no puede repetirse en las sesiones de ese año, se está señalando que no es posible presentar un proyecto similar dentro del período legislativo en curso. Aquí, debe entenderse por “período legislativo” a aquel lapso temporal que comienza con las sesiones ordinarias el 1° día hábil del mes de mayo de cada año (artículo 71, Constitución Provincial; el actual artículo 84 extiende el período a dos años) y concluye con el último día de prórroga de las sesiones ordinarias o extraordinarias, según el caso (artículo 71, último párrafo, y artículo 73, Constitución Provincial; actuales artículos 84 y 86), sin importar el año calendario en que tales actos se realicen. (Al respecto ver Bidart Campos, G., “El Derecho Constitucional del Poder”, Tomo I, p. 361; Bielsa, R., “Derecho Constitucional”, p. 435; Linares Quintana, S., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Tomo VII, pp. 314-317).

⁴⁸ Cuelli, Hugo Oscar, *Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, p. 215.

aquel diseño constitucional, la Cámara de Diputados se renovaba por mitades cada año y la de Senadores por tercios en el mismo plazo. La cláusula encontraba cabida institucional debido a la rotación de sus miembros, pues si dos Legislaturas sucesivas y diferentes insistían con un proyecto, el Poder Ejecutivo estaba impedido para ejecutar el atributo del veto.

El límite impuesto al Gobernador se estableció para que no pueda vetar dos veces un proyecto de ley sancionado por diversas Legislaturas, ponderándose el distingo en mérito al sistema de renovación parcial que determinaba diferentes integraciones por mandato de la voluntad popular en forma anual (actualmente, sin embargo, se produce cada dos años).⁴⁹ Los debates de los constituyentes vienen a reafirmar la interpretación aquí sustentada, atento de que de las exposiciones surge con claridad que aquellos entendieron que toda mención a “año” estaba referida a “período legislativo” y no a “año calendario”.⁵⁰

Con precisión, en el referenciado fallo “Fiscal”, se puntualizó que los artículos 110 y 111 de la Constitución Provincial, establecen una cortapisa mayor al previsto en su homónima federal, al indicar que existen estos dos procedimientos de insistencia. De esta forma, el campo de actuación del veto queda reducido.

II.5. La estructura orgánico-funcional en la Administración Pública

En este apartado, inicialmente daremos cuenta de algunos aspectos teóricos relativos a la estructura organizativa de la Administración Pública. Luego, nos detendremos a analizar el caso bonaerense, haciendo hincapié tanto en la normativa vigente, donde señalaremos la importancia de la Ley de Ministerios, como en decretos significativos que han sido derogados. El propósito de esta mirada retrospectiva es señalar qué implicó

⁴⁹ SCBA, causa “Fiscal de Estado s/Inconstitucionalidad decreto 5092/89”, sentencia del 11/3/97.

⁵⁰ *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires*. Publicación Oficial, 1877, pp. 1208-1210

para nuestra actual estructura organizativa provincial la derogación del Decreto N° 1322/05.51

II.5.1. Aspectos teóricos sobre la estructura

Administrar las estructuras organizativas de la Administración pública implica una serie de procesos específicos, que fueron detallados por Oslak del siguiente modo: a) diseñar y definir la configuración estructural de sus unidades (organigramas); b) establecer las competencias y responsabilidades de cada unidad; c) determinar su tamaño en términos de cantidades y tipos de puestos de trabajo; d) aprobar formalmente las estructuras y sus sucesivas redefiniciones, teniendo en cuenta la misión y objetivos de los respectivos organismos.

La existencia de instancias técnicas para el análisis y aprobación de estructuras tiene como ventaja contar con un proceso de control que trasciende los aspectos de diseño organizativo. Asimismo, cabe advertir que toda aprobación de estructuras debería garantizar, tal como señala el autor citado, no solo su racionalidad técnica, sino también la razonabilidad del gasto que demanda y la prioridad política de establecer una determinada estructura en reemplazo de otra.

II.5.1.1. Componentes de la estructura

La estructura organizacional, de acuerdo a Richard Draft, es la que define el modo en que el poder y la responsabilidad son asignados y, a su vez, determina cómo las tareas de trabajo se dividen, agrupan y coordinan dentro de una organización.⁵² Asimismo, siguiendo a Mintzberg, podemos señalar que determinar la estructura administrativa supone establecer, en forma total, las distintas formas de organización y coordinación del trabajo.

⁵¹ En la segunda parte de este trabajo, se hará un análisis detallado de las estructuras aprobadas durante el 2018.

⁵² Draft, Richard L., *Essentials of organization theory and design*. Cincinnati, OH: Southwestern, 2004.

Para este autor, los componentes de la estructura organizacional son seis (6), a saber: 1) El “núcleo de operaciones”, conformado por los operadores. 2) El “ápice estratégico”, ocupado por, al menos, un administrador que vigila a la organización. 3) La línea intermedia, que jerárquicamente se encuentra entre el ápice y el núcleo. 4) La “tecnoestructura”, conformada por analistas que desempeñan tareas administrativas de planeación y control. 5) El “apoyo administrativo”, conformado por quienes apoyan los servicios internos, no directamente relacionados con la organización. 6) La “ideología” o cultura organizacional, que infunde vida a los elementos internos.⁵³

II.5.1.2. Parámetros para la modificación de la estructura

Robbins considera que son seis (6) los elementos que deben considerarse para modificar una estructura: 1) El grado de especialización del trabajo. 2) La departamentalización o agrupación de funciones comunes. 3) La cadena de mando, relacionada con quien los dirige. 4) La extensión del control o la cantidad de personas que se pueden dirigir eficientemente. 5) El grado de centralización de la organización. 6) La formalización, refiriéndose a la cantidad de normas y reglas que presenta la misma.⁵⁴

Por su parte, Mintzberg establece en cuatro campos las labores desde las cuales se logra la realización de la coordinación a partir de la división de las actividades: 1) Diseño de las posiciones o puestos de trabajo individuales. 2) Diseño de la superestructura (la red de unidades a las que están asociados los puestos de trabajo). 3) Diseño de los enlaces de la superestructura.

⁵³ Mintzberg, H. en Prentice Hall (Ed.), *The Structuring of Organizations: a synthesis of the research*, 1979

⁵⁴ Robbins, S. P. Comportamiento organizacional Pearson, 2009, citado de Herrán, Pamela C. y Salcedo Alarcón, Alexandra. *Propuesta para el Diseño de la Estructura Administrativa de la Dirección de Unidades de Servicio y Logística empresarial (DUSLE) de la Universidad del Norte basada en el Modelo de Gestión por Procesos*. Tesis 2012, Barranquilla (Disponible para su consulta en: <http://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/handle/10584/5278/Propuestaparaeldise%C3%B1o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

4) Diseño del sistema de la toma de decisiones en los diferentes niveles de la estructura.

II.5.1.3. Diseño de la estructura

Desde nuestro punto de vista, el proceso de diseño de la organización o de creación de una estructura organizativa debería seguir el siguiente desarrollo: 1) Establecer los objetivos de la organización. 2) Identificar y clasificar las funciones necesarias para alcanzar los objetivos. 3) Diseñar la estructura administrativa (mediante la construcción del organigrama). 4) Establecer una coordinación y una integración, tanto horizontal como vertical.

Asimismo, en este proceso es necesario que los implementadores tengan presente los recursos y la infraestructura con los que contarán al implementarla. En este punto, conocer los perfiles de los recursos humanos y sus capacidades resulta ser un elemento a considerar para el éxito de la estructura.

II.5.2. Estructura organizativa de la Provincia de Buenos Aires

Para analizar la estructura organizativa de la administración pública provincial es necesario remitirnos a lo señalado en la Constitución Provincial, cuyo artículo 147 nos deriva al estudio minucioso de la actual Ley de Ministerios. Luego, con el propósito de evaluar la estructura organizativa actual, efectuaremos una mirada retrospectiva deteniéndonos en dos decretos significativos –el N° 18/91 y N° 1322/05–. Este itinerario nos permitirá analizar la situación actual bajo una perspectiva histórica.

II.5.2.1. Artículo 147 de la Constitución Provincial y la Ley de Ministerios

El anclaje constitucional de las estructuras lo encontramos en el artículo 147 de la Constitución Provincial, que establece: “El despacho de los negocios administrativos de la Provincia estará a cargo de dos o más ministros secretarios, y una ley especial

deslindará los ramos y las funciones adscriptas al despacho de cada uno de los ministerios”.⁵⁵

La ley fundamental optó por establecer un mínimo y no un máximo en el número de ministerios, correspondiendo a la Legislatura determinar la cantidad de carteras necesarias y la incumbencia de cada una de ellas. Creemos acertada la redacción que deja en manos del Poder Ejecutivo, el diseño institucional de su gobierno.

La actual Ley de Ministerios N° 14.989 establece, entre otras cuestiones,⁵⁶ la competencia asignada a las distintas jurisdicciones.

Desde el punto de vista constitucional, es importante destacar que la norma de ministerios debe ser presentada por el Ejecutivo a la Legislatura.⁵⁷ Ello sin perjuicio, de que podrá remitir otros proyectos, dado que no se le niega o limita dicha posibilidad.⁵⁸

La Ley mencionada tiene una trascendencia institucional semejante a la de presupuesto, pero –lamentablemente– recibe aún menos atención pública. En efecto, si consideramos que la Ley de Presupuesto es un instrumento de política económica y planificación gubernamental de importancia mayúscula, pues la determinación de qué tipo de gastos va a efectuar un gobierno

⁵⁵ Consideramos que la presente competencia en favor del órgano legislativo debe ser entendida como un instrumento *más*, tendiente a robustecer el esquema de equilibrio entre los poderes del Estado, al que aspira la Constitución. Esta norma implica una restricción de las potestades del Poder Ejecutivo, quien, a partir del diseño constitucional establecido, debe contar con la aprobación de la Legislatura para poder determinar las áreas y competencias de los órganos a su cargo.

El diseño constitucional adoptado, le permite al órgano legislativo tener un peso específico en el organigrama de la gestión pública y, a su vez, trazar líneas políticas. Dentro de ellas, destacándose dos: la ley de presupuesto y la mentada norma de ministerios.

⁵⁶ Decimos “entre otras cosas” pues la norma también establece el régimen de incompatibilidad, delegación, entre otras.

⁵⁷ El diseño constitucional adoptado, le permite al órgano legislativo tener un peso específico en el organigrama de la gestión pública y, a su vez, trazar líneas políticas, entre las que se destacan dos: la ley de presupuesto y la mentada norma de ministerios.

⁵⁸ Como sabemos esta competencia es conocida como iniciativa legislativa. Al respecto, insistimos, el Poder Ejecutivo tiene iniciativa en forma exclusiva en las leyes de presupuesto y de ministerios.

nos permite dilucidar qué tipo de políticas públicas va a implementar. Es decir, saber dónde y en qué va a gastar nos permite conocer el perfil de gobierno que se pretende establecer.⁵⁹ Por su parte, la Ley de Ministerios establece las responsabilidades primarias y secundarias de los organismos encargados de practicar las políticas públicas. La norma responde a la pregunta acerca de quién va a gestionar, estableciendo las atribuciones competenciales. Como allí radica su importancia institucional, esta cuestión no puede ser desatendida por el funcionario ni por la ciudadanía. Tan valiosa es que, aun teniendo el presupuesto suficiente para tratar una problemática social determinada, si no se cuenta con una organización lo suficientemente robusta para afrontarla, el accionar puede fracasar.

En cuanto a la relevancia constitucional, y atento a los fines del presente trabajo, es conveniente subrayar que del texto legal se desprende que el Ejecutivo no puede suscribir los decretos solo. Esa tarea debe ser efectuada junto a un Ministro Secretario con competencia en la materia. Este último detalle es esencial pues es precisamente la presente Ley la que determina dicho extremo.⁶⁰

Por último, diremos que la actual Ley N° 14.989 prevé catorce (14) ministerios⁶¹ y cuatro (4) secretarías.⁶² A su vez,

⁵⁹ Para un análisis más detallado ver: Corti, Horacio, *Derecho constitucional presupuestario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

⁶⁰ El artículo 5 señala que, la refrenda de los actos propiciados por organismos públicos cuyo titular no se encuentre facultado para ello, corresponderá al Ministro Secretario en el Departamento de Jefatura de Gabinete de Ministros.

⁶¹ Artículo 2 -. “Los siguientes Ministerios tendrán a su cargo el despacho de los asuntos del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires: 1. Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros; 2. Ministerio de Economía; 3. Ministerio de Gobierno; 4. Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos; 5. Ministerio de Salud; 6. Ministerio de Seguridad; 7. Ministerio de Justicia; 8. Ministerio de Agroindustria; 9. Ministerio de Desarrollo Social; 10. Ministerio de Producción; 11. Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación; 12. Ministerio de Trabajo; 13. Ministerio de Gestión Cultural y 14. Ministerio de Asuntos Públicos.”

⁶² Artículo 15 -. “Las tareas de apoyo necesarias para la actividad del Gobernador son atendidas por las siguientes Secretarías: 1. Secretaría General; 2. Secretaría Legal y Técnica; 3. Secretaría de Derechos Humanos, y 4. Secretaría de Medios.”

determina que el Oficial Mayor, en los términos del artículo 145 de la Constitución Provincial, será un funcionario con rango inmediatamente inferior al de Ministro o Secretario.

Las estructuras orgánico-funcionales de las jurisdicciones y entidades de la Administración Pública Provincial deberán ser, en consecuencia, diseñadas con arreglo a la Ley de Ministerios, a las políticas, objetivos y programas previstos en la Ley de Presupuesto General de la Administración Provincial (Central y Descentralizada) y en normas complementarias. De este modo, las estructuras organizativas y las funciones específicas serán aprobadas por el Gobernador (artículo 9, Ley N° 14.989). Asimismo, prevé que el Poder Ejecutivo podrá crear otras Secretarías con rango y equivalencia a las previstas en su texto.

II.5.2.2. Retrospectiva histórica

En este apartado, como señalamos anteriormente, haremos mención de dos (2) decretos –a saber, el N° 18/91 y N° 1322/05– significativos en tanto pueden ser concebidos como iniciativas legislativas que buscaron ordenar la confección de las estructuras organizativas en la Administración pública provincial.

II.5.2.2.1. El derogado Decreto N° 18/91

El Decreto N° 18/91,⁶³ dictado por el entonces gobernador Eduardo Duhalde, aprobaba el Régimen General para la elaboración, tramitación y financiamiento de las estructuras organizativas de la Administración Pública Provincial. Cabe señalar que ese marco normativo se aplicaba en todo el ámbito de la Administración Pública Provincial, centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su naturaleza jurídica, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Ministerio en ese entonces vigente (Ley N° 11.175).

El acto administrativo, conforme el contexto social y económico que atravesaba nuestro país, fijaba límites cuantitativos

⁶³ Derogado por Felipe Solá mediante el Decreto 1322/05.

en la creación de estructuras. Así, el artículo 12 del referido decreto establecía, para el total de las distintas jurisdicciones ministeriales, un máximo de dieciséis (16) Subsecretarías, cincuenta (50) Direcciones Provinciales o Generales y ciento dieciséis (116) Direcciones. Asimismo, estaba restringido el número de asesores que podían tener los funcionarios según su rango.⁶⁴

En cuanto a la confección de las estructuras propiamente dichas, se establecían tres etapas de apertura, a saber:

1ª etapa: estructuras organizativas ministeriales y de las Secretarías de la Gobernación [a. Organigrama Ministerial y de cada Subsecretaría con sus dependencias (unidades) hasta llegar al nivel de Dirección. Se especifica qué organismos descentralizados dependen de las distintas Subsecretaría. b. Objetivos de las Subsecretarías (hasta un máximo de siete). c. Metas de las Direcciones Provinciales y Generales (hasta un máximo de seis). d. Financiamiento].

2ª etapa: los Ministerios y Secretarías presentan una estructura común. [a. Acciones de las Direcciones (hasta un máximo de seis). b. Organigrama de cada Dirección con sus respectivas unidades de apertura. c. Tareas de los Departamento y de las Divisiones (si las hubiera). d. Planta permanente global y gabinete].

3ª etapa: Incluye los siguientes ítems: a. Planta permanente por unidades estructurales; b. Relevamiento de tareas y responsabilidades por agente.

Finalmente, estandariza el diseño de las Direcciones Generales de los Ministerios y Secretarías en un número de 3 (tres), a saber: de Personal, de Contabilidad y Servicios Auxiliares y de Servicios Técnico-Administrativo.

⁶⁴ Art. 15 - Constituyen unidades orgánicas los Ministerios, Secretarías, Subsecretarías, Gabinetes, Direcciones Provinciales o Generales, Direcciones, Departamentos y Divisiones. Los Subdirectores podrán constituir cargos pero no definen unidades. Los Gabinetes de asesores quedarán sujetos a que su costo total no supere el monto que surge de la valorización de los cargos que se detallan a continuación: Ministros y Asesor General: Hasta cuatro (4) cargos equivalentes a Director Provincial. Secretarios y Subsecretarios de la Gobernación y Subsecretarios Ministeriales: Hasta tres (3) cargos equivalentes a Director Provincial.

II.5.2.2.2. El derogado Decreto N° 1322/05

En 2005, el entonces gobernador Felipe Solá dictó el Decreto 1322/05,⁶⁵ por el cual se aprobaba el régimen para la formulación, presentación, financiación, tramitación y aprobación de estructuras, aplicable a todo el ámbito de la Administración Pública Provincial centralizada y descentralizada, cualquiera fuera la naturaleza jurídica del organismo o entidad estatal. Se trata, como el mismo texto lo define, de un instrumento legal que opera como guía metodológica y conceptual que, al ser aplicable a todos los organismos, permite lograr la coherencia y eficacia en materia organizativa requerida en la estructura del Estado provincial.

De acuerdo al artículo 3 del Decreto, son unidades orgánicas los Ministerios, Secretarías, Subsecretarías, Gabinetes, Direcciones Provinciales o Generales, Direcciones, Subdirecciones, Departamentos y Divisiones –de conformidad a lo establecido en cada uno de los regímenes estatutarios vigentes– o Unidades Equivalentes (artículo 3).

Desde nuestro punto de vista, lo verdaderamente interesante de esta norma radica en que, por un lado, instauraba un procedimiento lo suficientemente robusto para promover estructuras acordes a las necesidades estatales –reflejando así la actividad real del Estado y procurando que la organización sea eficaz y eficiente– y, por el otro, establecía la obligatoriedad de la intervención de áreas sustantivas en las labores que actuaban, centralizando así la información (procedimiento que, al menos en el plano teórico, evitaba la superposición de labores).

Los proyectos de las estructuras organizativas, o de sus modificaciones, se aprobaban por decreto del Poder Ejecutivo Provincial. Si la creación o modificación de la estructura respondía a una desagregación en el área de un Ministerio, el acto era refrendado por el Ministro Secretario del área correspondiente.

⁶⁵ Derogado por la Gobernadora María Eugenia Vidal a través del Decreto 37/15B

En caso de pertenecer a una Secretaría, la refrenda la practicaba el Ministro Secretario en el Departamento de Gobierno. En ambas circunstancias se debía requerir, además, la refrenda del Ministro Secretario en el Departamento de Economía.

A tales fines, se creó una Mesa de Trabajo integrada por funcionarios provenientes de distintos sectores –a saber: de la Subsecretaría de la Gestión Pública (dependiente de la Secretaría General de la Gobernación), de la Subsecretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y de la Asesoría General de Gobierno–, quienes tenían la responsabilidad de realizar las recomendaciones preliminares acordes a sus competencias, previamente a la elaboración del proyecto definitivo del acto administrativo correspondiente.

Así, las actuaciones por las cuales se promovían la aprobación de estructuras organizativas –una vez iniciados por la jurisdicción de inicio– se remitían, en primer término, a la Subsecretaría de la Gestión Pública para el análisis técnico de la estructura propuesta. Posteriormente, se debía dar intervención a la Subsecretaría de Finanzas del Ministerio de Economía, para su evaluación económica y su impacto presupuestario. Seguidamente, se giraba a la Asesoría General de Gobierno para su revisión legal y, por último, se remitía a la Subsecretaría Legal, Técnica y de Asuntos Legislativos quien, luego de evaluar los aspectos legales y técnicos del proyecto, requería la intervención del Ministro del área y lo ponía a consideración del señor Secretario General de la Gobernación, para la posterior firma del señor Gobernador. En el caso en que alguno de los organismos intervinientes con posterioridad a la Subsecretaría de la Gestión Pública, hubiese realizado alguna modificación al proyecto en tratamiento, el expediente debía volver a esta para su informe y posterior devolución.

Mediante el Decreto, la Subsecretaría de la Gestión Pública estaba facultada para proponer, elaborar y dictar las normas de carácter técnico, complementarias o aclaratorias, relativas al régimen mencionado.

II.5.3. Estructura actual y las implicancias de la derogación del Decreto N° 1322/05

El Decreto N° 1322/05 ha sido derogado por su par N° 37/15B, sin que se haya establecido otro en reemplazo. Es decir, el trámite de aprobación de estructuras organizativas de la Administración pública provincial no cuenta con un procedimiento reglado. Consecuentemente, al menos desde el aspecto técnico, no existen límites cuantitativos –sin perjuicio, claro está, de la disponibilidad presupuestaria.

Pese a esta ausencia, ciertas intervenciones se respetan, a saber: Dirección Provincial de Presupuesto, Asesoría General de Gobierno y Secretaría Legal y Técnica.

Por otra parte, cabe aclarar que el Decreto N° 34/18 establece las competencias que tienen la Subsecretaría de Recursos Humanos, la Dirección de Planificación y Desarrollo del Empleo Público, a saber: 1) Examinar y elaborar criterios, pautas técnicas, planes, programas y normas reglamentarias en materia de estructuras organizativas. 2) Verificar la aplicación de normas, criterios y pautas técnicas y dictaminar en su carácter de autoridad en la materia, respecto a la aprobación y modificación de estructuras, y el circuito administrativo para su aprobación por parte de la administración pública centralizada. 3) Diseñar e implementar mejoras en el diseño de la estructura orgánico funcional del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. 4) Realizar juntamente con las reparticiones del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires la planificación y análisis de la dotación de personal. 5) Formular indicadores de desempeño por área que visibilicen el análisis de carga de trabajo de cada sector.

III. Segunda parte: Análisis de los decretos dictados durante el 2018

III.1. Palabras introductorias

a. Teniendo en cuenta que en el 2017 la producción de decretos de la Gobernadora alcanzó el número de mil doscientos

noventa y ocho (1298), y que en el 2018 dicho número aumentó a mil novecientos sesenta y nueve (1969), el primer dato global que podemos dar es que, en el período en estudio, el número de decretos se incrementó significativamente (51,69%). Ello así, pese a la delegación efectuada por el Decreto N° 272/17 E que, como veremos en el acápite dedicado a los recursos humanos, implicó una transferencia mayor de funciones en favor de los Ministros Secretarios y otros funcionarios de alto rango.⁶⁶

Con anterioridad al decreto mencionado, rigió el N° 230/16 que, si bien implicó un incremento de la materia delegada,⁶⁷ éste resultaba ser inferior en relación al mentado decreto N° 272/17. Ello marca, otro dato relevante de la investigación, pese a una delegación mayor, el número de decretos no descendió sino, por el contrario, aumentó.⁶⁸

Consecuentemente, teniendo en cuenta las cifras indicadas, y que en el 2018 hubo doscientos cuarenta y dos (242) días laborables⁶⁹, el promedio de decretos diarios alcanza la cifra impactante de ocho con ciento treinta y seis (8,136).

⁶⁶ Entendemos por cargos de “alto rango”, en este contexto, a los titulares de las distintas jurisdicciones y/u organismos de la Provincia.

⁶⁷ Con anterioridad al Decreto N° 230/16, rigieron los Decretos N° 5.000/89, 574/01, 2510/90, 2704/93, 3/15 y los artículos 9 del Decreto N° 3/12 y 1° del Decreto N° 3/13.

⁶⁸ Para completar la información diremos que en el 2015, el Gobernador Scioli dictó un total de dos mil seiscientos veintitrés (2.623) decretos y que Vidal suscribió un total de noventa y ocho (98). Dando un total de dos mil setecientos veintiuno (2721). El elevado número entendemos responde a las siguientes razones: 1) menor delegación de funciones en los ministros; 2) ser el último año de gobierno de Scioli; 3) Ser los primeros veintinueve días de Gobierno de Vidal lo que implicó la modificación de las estructuras administrativas y la designación de los nuevos funcionarios.

En el 2016, se dictaron dos mil ciento setenta y siete (2177) decretos. El mayor número de decretos dictados por Vidal durante su gestión –tégase presente que al momento de escribir el presente, no había concluido su gestión de gobierno-. Ello motivó, como se dijo ut supra, el dictado del mentado decreto 272/17, ampliando las materias delegadas.

⁶⁹ A los fines de determinar la cantidad de días laborables de la Secretaría Legal y Técnica, se ponderaron las siguientes cuestiones, a saber: 1) Ley 27.399 (Norma de establecimiento de feriados nacionales y días no laborables en todo el territorio nacional), establece lo siguiente: a. Feriados nacionales inamovibles: diez (10) días feriados nacionales que no cayeron en días sábados o domingos (2 excluidos de la suma); b. Feriados nacionales trasladables: tres

A partir de lo expuesto, es posible afirmar otra información relevante de la investigación, el Poder Ejecutivo provincial dicta un excesivo número de decretos por año. Ello conlleva un cúmulo de tareas y tiempo, que -entendemos- deberían ser redireccionadas a otras parcelas de su gestión de gobierno. En este punto, teniendo en cuenta lo dicho y el estado de la normativa provincial, se impone la necesidad de ampliar la delegación de funciones en los Ministros Secretarios y éstos -a su vez- de funciones propias en funcionarios de menor jerarquía -ej.: sub-secretarios-. Es decir, promover una delegación más amplia y sistémica de funciones que permita a la alta dirección abocarse, con mayor disponibilidad temporal, a la planificación de las políticas públicas.

Por último, en dicho escenario (es decir, el número elevado de decretos que llegan a la firma del Poder Ejecutivo), nos invita a analizar y reflexionar sobre la figura del Ministro de Jefatura de Gabinete en la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a sus labores y posibles delegaciones en su favor. Dicho colaborador que, a diferencia del orden federal es de creación legal, podría eruirse en natural gestor de la mayoría de las cuestiones administrativas que se elevan a consideración del Gobernador. Ello así, atento que se encuentra en mejores condiciones para absorber las tareas administrativas, dado que actualmente refrenda todos los decretos⁷⁰ y conoce los distintos procedimientos administrativos.

(3) fueron trasladados y uno (1) no lo fue que recayó el domingo 17/6, y c. Días no laborables: uno (1) -jueves Santo-; 2) Decreto 923/17 (denominados "Feriados puentes"): tres (3); 3. Día del trabajador del Estado - Ley provincial N° 14.600 (27/6/18): uno (1); 4. Día de la Secretaría Legal y Técnico - Decreto N° 2532/10: uno (1); 5. No se computó el 19 de noviembre de 2018, aniversario de la fundación de la Ciudad de La Plata, atento que coincidió con el traslado del feriado del 20 de noviembre (Día de la Soberanía nacional).

En consecuencia, con el objetivo de determinar los días laborables de la Secretaría referenciada, debemos afirmar que éstos ascienden al número de doscientos cuarenta y dos (242) días.

⁷⁰ Conf. artículo 5 de la Ley N° 14.989.

b. A continuación mostramos la distribución de los decretos dictados por materia, indicando cantidades y proporción sobre el total. También indicamos la cantidad de decretos emitidos por mes.

Total de decretos por materia

MATERIA	# Decretos	%
Recursos Humanos	1324	67,24%
Designación/renuncia Funcionario Poder Judicial	190	9,65%
Designación/renuncia Procuración General	127	6,45%
Convenios	62	3,15%
Decreto Autónomo	29	1,47%
Licencia Política	28	1,42%
Política Salarial	25	1,27%
Estructuras	24	1,22%
Convalida Ordenanza territorial	22	1,12%
Decreto Reglamentario	21	1,07%
Reconocimiento de Funciones	20	1,02%
Promulgatorio de ley	16	0,81%
Subsidios	13	0,66%
Decreto no parametrizado	12	0,61%
Contrataciones de Bienes y Servicios	11	0,56%
Decreto rectificatorio	7	0,36%
Emergencia agropecuaria	5	0,25%
Recurso Administrativo	5	0,25%
Bienes	4	0,20%
Decreto suspendiendo o ampliando suspensión preventivas (sumario)	4	0,20%
Decreto Parques Industriales	3	0,15%
Decreto Delegante	2	0,10%
Decreto encomendando la firma y despacho	2	0,10%
Decreto Veto Parcial	2	0,10%
Delegación de Funciones	2	0,10%
Legítimo Abono	2	0,10%
Tarifas	2	0,10%
Decreto Caja de Policías	1	0,05%
Decreto excepción jubilación	1	0,05%
Decreto fijando honorarios profesionales mínimo	1	0,05%
Decreto Veto	1	0,05%
Viajes al Exterior	1	0,05%
Total	1969	100,00%

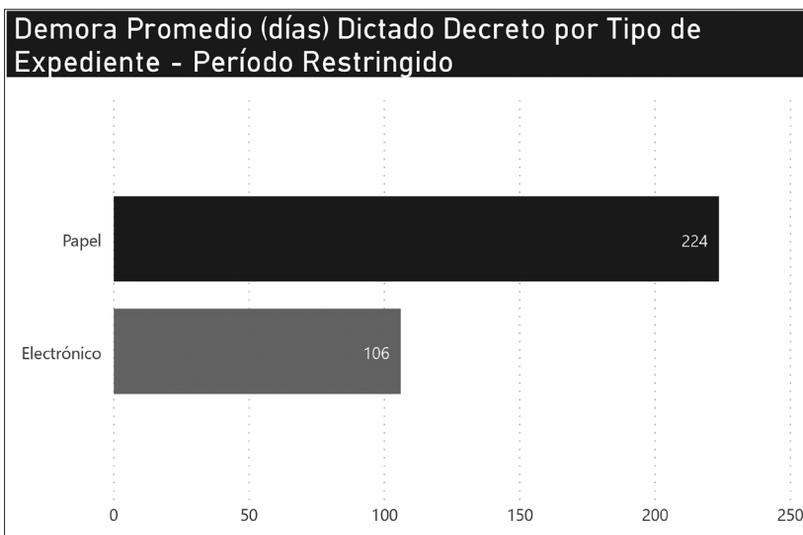
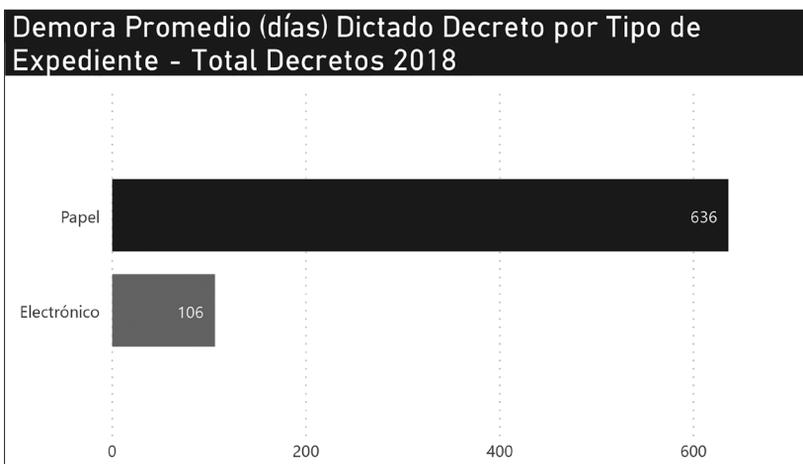
Total de decretos por mes



c. Respecto al promedio de días de tramitación de las actuaciones hasta llegar a la máxima autoridad (Gobernadora), debemos indicar que éstos varían según el soporte en el que se gestionan. En efecto, del análisis efectuado podemos aseverar que los expedientes electrónicos lucen más eficaces y eficientes que los de soporte papel. Verdad que puede parecer obvia, pero que ahora contamos con la información para avalarla.

En un análisis lineal, en cuanto a los días de demora, la diferencia entre ambos asciende a quinientos treinta (530) días.

No obstante, es pertinente aclarar que el paralelismo así planteado castiga al expediente papel, toda vez que existen actuaciones que registran trámites anteriores, a cuyos datos no se pudo acceder, en donde el inicio fue de meses y hasta años previos al primer expediente electrónico. Ahora bien, analizando la diferencia en días, pero reduciendo la muestra a aquellos expedientes papel iniciados a partir del 19 de julio 2017 -fecha del expediente electrónico más antiguo-, la brecha se reduce a ciento dieciocho (118) días, diferencia igualmente significativa.



III.2. Análisis en particular de los decretos según su temática

Luego de la descripción genérica, pasamos a exponer en forma particular los datos relevados en la investigación. En función de ello, se exhibirán los decretos agrupados según su

temática (objeto), ordenados y priorizados, de acuerdo a su importancia cuantitativa y cualitativa.

III.2.1. Régimen de empleo público

1. La Ley N° 10.430, promulgada el 31 de julio de 1986, T.O. Dec.1.869/96, con las modificaciones incorporadas a la misma, y reglamentada por Decreto N° 4.161/96, con sus modificaciones, constituye el Estatuto y el Escalafón para el personal de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires, dependiente del Poder Ejecutivo, y es de aplicación al personal de los restantes poderes cuando exista una adhesión expresa de las autoridades respectivas y con los alcances que la misma disponga, con las siguientes excepciones: a) Ministros Secretarios de Estado, Asesor General de Gobierno, Secretarios de la Gobernación, Fiscal de Estado Adjunto, Subsecretarios, Asesor Ejecutivo de la Asesoría General de Gobierno, Escribano General de Gobierno, Escribano Adscripto Superior y Jefes y Subjefes de Policía y del Servicio Penitenciario, b) Funcionarios para cuyo nombramiento y/o remoción la Constitución y leyes fijen procedimientos determinados y c) Personal amparado por regímenes especiales⁷¹. (art. 1° de la norma citada).

2. Relacionado con este capítulo, citamos el Decreto N° 272/17 E por el que se delegaron en los Ministros Secretarios, Secretarios del Poder Ejecutivo, Titulares de los Organismos

⁷¹ Son algunos de los regímenes especiales: Ley 10.471 de Carrera Profesional Hospitalaria para los profesionales que prestan servicios en los establecimientos asistenciales correspondientes al Ministerio de Salud; Ley 10.579 Estatuto para el Personal Docente; Ley 12.268 Régimen de las actividades artísticas, técnicas y complementarias de las mismas, que desarrollan los organismos específicos dependientes del Instituto Cultural de la Provincia de Bs. As; Ley 11.759 Estatuto para agentes que prestan servicios en Establecimientos de Salud; Ley 13.982 Estatuto para el Personal de la Policía Bonaerense.

Decreto Ley 9578/80 Régimen para el personal del Servicio Penitenciario; Ley 10.328 Estatuto para el personal de la Planta Permanente de la Dirección de Vialidad de la Pcia. de Bs. As; Ley 10.384 Estatuto y escalafón para agentes de la planta permanente de Obras Sanitarias de la Pcia. de Bs. As.

de la Constitución, Asesor General de Gobierno y titulares de organismos descentralizados el ejercicio de una serie de facultades en materia personal atribuidas al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, de acuerdo a las normas que regulan cada materia.

En ese sentido, el artículo 3° del acto referido faculta a los señores Ministros, Secretarios del Poder Ejecutivo, Titulares de los Organismos de la Constitución y Asesor General de Gobierno para: designar al personal comprendido en los artículos 111 incisos a) y b) de la Ley N° 10.430 (T.O. Decreto N° 1869/96) y modificatorias –personal de gabinete y secretarios privados, respectivamente-; contratar y designar agentes bajo la modalidad prevista en el artículo 111 incisos c) y d) de la Ley N° 10.430 –personal contratado y transitorio- que hayan revistado en igual modalidad en el año inmediato anterior; disponer reconocimientos de servicios prestados por los agentes de la Ley N° 10430 (T.O. Decreto N° 1869/96) y modificatorias y/o en otros regímenes estatutarios especiales; disponer ceses de personal, en los supuestos de pasividad anticipada y retiro voluntario; disponer la conversión de exoneración en cesantía; disponer rehabilitaciones; prorrogar plazos para la conclusión de sumarios administrativos, ampliar suspensiones preventivas y disponibilidades relativas; suspender la aplicación de sanciones expulsivas cuando medie recurso contra ellas; otorgar licencias o permisos, sin goce de haberes, por el tiempo máximo legal previsto; asignar becas, cualquiera sea su tipo y reconocer los servicios que se originen en ellas; disponer ascensos, cambios de agrupamiento, reubicaciones y traslados de agentes dentro de cada jurisdicción, así como las ubicaciones previstas en el artículo 171 de la Ley N° 10.430 (T.O. Decreto N° 1869/96); disponer, mediante resolución conjunta, traslados de agentes entre distintas Jurisdicciones, con o sin transferencia de cargos, de conformidad con las previsiones que a este respecto contenga la pertinente Ley de Presupuesto vigente en el año calendario en curso y las que en el futuro se dicten; aprobar las calificaciones del personal; acordar

menciones o premios honoríficos a los agentes que se destaquen por actos encomiables dentro o fuera del servicio; dejar establecida la fecha del cese del personal de planta temporaria –personal de gabinete y secretarios privados-, previstos en el artículo 111 incisos a) y b) de la Ley N° 10.430 (T.O. 1996) y sus modificatorias, cuando se produzcan por la circunstancia regulada en los artículos 113 y 114 de la misma norma –cese por término de la gestión de la autoridad en cuya jurisdicción se desempeñe-; disponer la reserva del cargo de revista; autorizar el pago de los subsidios previstos por el Decreto-Ley N° 9507/80 y modificatorios o cualquier otro beneficio que corresponda a los derecho habientes de los agentes fallecidos; dejar sin efecto designaciones de personal cuando no se hubiere tomado posesión del cargo o no se cumplimenten los requisitos legales exigidos para el ingreso; prorrogar plazos para la presentación de la Carta de Ciudadanía por parte de los extranjeros que ingresen a la Administración Pública Provincial; acordar bonificaciones especiales o adicionales cuyo otorgamiento esté reglamentado; y fijar el valor hora de la contraprestación para tareas extraordinarias realizadas por agentes fuera de sus funciones propias.

Por su parte, el artículo 4° delega en los titulares de los organismos descentralizados el ejercicio de las siguientes facultades: otorgar licencias o permisos sin goce de retribución hasta un máximo de seis (6) meses; disponer ceses por renuncia o fallecimiento, excepto el del personal de planta permanente sin estabilidad; dejar sin efecto designaciones de personal cuando no se hubiere tomado posesión del cargo o no se cumplimenten los requisitos legales exigidos para el ingreso; prorrogar plazos para la presentación de la Carta de Ciudadanía por parte de los extranjeros que ingresen a la Administración Pública Provincial; acordar bonificaciones especiales o adicionales cuyo otorgamiento esté reglamentado; y fijar el valor hora de la contraprestación para tareas extraordinarias realizadas por agentes fuera de sus funciones propias.

Asimismo, se establece que los Ministros Secretarios dispondrán el nombramiento y cese del personal para ocupar los cargos correspondientes a estructuras orgánico-funcionales aprobadas por decreto del Poder Ejecutivo, con excepción del cargo de Subsecretario o rango equivalente.

Los actos mediante los cuales se ejerciten las competencias así atribuidas deberán reflejar dicha circunstancia en la fórmula que precede la parte dispositiva y se comunicarán a la Secretaría Legal y Técnica en un plazo no mayor a siete (7) días hábiles (art. 8°).

Es importante recordar que -como se ha destacado en la “Segunda parte: Descripción del Análisis de los decretos emitidos durante el 2018”-, la delegación de facultades para designar al personal comprendido en la Ley N° 10.430 no alcanza a los agentes del régimen escalafonado de la Carrera Profesional Hospitalaria (Ley N° 10.471), que prevé el ingreso mediante un concurso abierto de méritos, antecedentes y evaluación.

3. También resulta oportuno citar en este apartado del presente trabajo de investigación, por su directa implicancia en el proceso de designación de empleo público, el Decreto N° 61/18 que fija restricciones de ingreso al Sector Público Provincial por razones de parentesco.

Esta norma establece limitaciones de orden moral y/o ético en el régimen de designaciones e ingreso a la Administración Pública centralizada y descentralizada, disponiendo que no podrá efectuarse la designación de personal, bajo cualquier modalidad, de quien tenga vínculo de parentesco tanto en línea recta como colateral, hasta el segundo grado, con el Gobernador y Vicegobernador de la provincia, Ministro de Jefatura de Gabinete de Ministros, Ministros y demás funcionarios con rango y jerarquía equiparado a Ministro, en todo el Sector Público Provincial, quedando incluidos el cónyuge y la Unión Convivencial.

Dicha limitación no alcanza a las personas designadas y/o a designar mediante procesos de selección por Concurso Público de antecedentes o que cuenten con estabilidad en el cargo.

Asimismo, la norma estableció en su artículo 2° cuales son los entes que integran el Sector Público Provincial⁷², repitiendo el concepto del artículo 8° de la Ley N° 13.767 de la Administración Financiera y el Sistema de Control de la Administración General del Estado Provincial.

4. Por último, respecto del procedimiento de designación remitimos al punto “Designación de Plantas de personal en la Administración Pública”, de la Primera Parte, donde exponemos el circuito administrativo y los requisitos de ingreso a la dotación estatal.

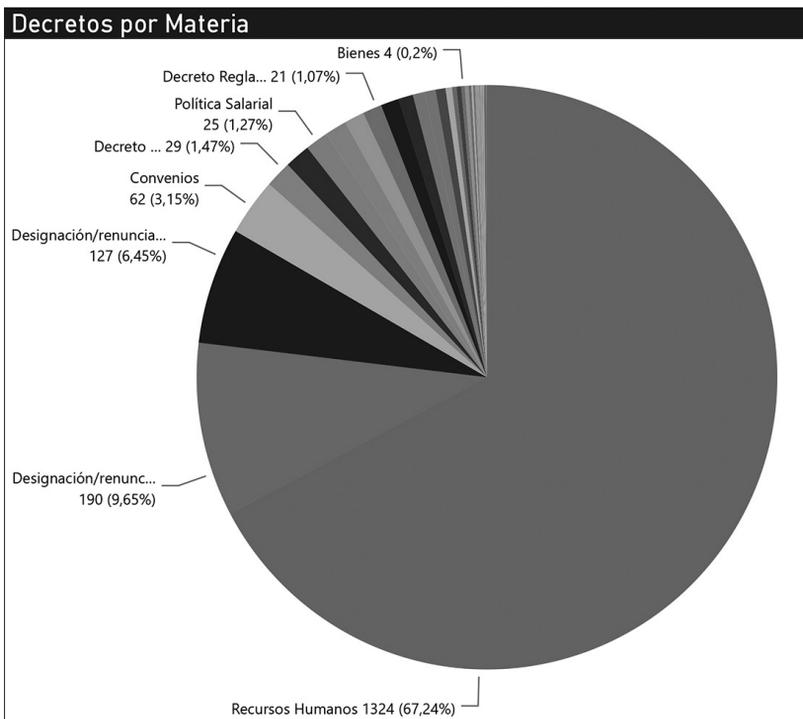
III.2.1.1. Estudio de los decretos dictados durante 2018 referidos a RRHH

1. En el año bajo estudio se firmaron mil trescientos veinticuatro (**1.324**) decretos referentes a personal de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires⁷³, que representan sobre el total de 1.969 suscriptos en el mismo período, el sesenta y siete con veinticuatro por ciento (**67,24%**).

⁷² El Anexo al art. 2° del Decreto N° 61/18 detalla que los Entes integrantes del Sector Público Provincial son: “La Administración Central, y los Organismos Descentralizados, comprendiendo además a las Empresas y sociedades del Estado provincial, a las empresas públicas, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado provincial tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, Fondos Fiduciarios existentes y a crearse, integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Provincial.”

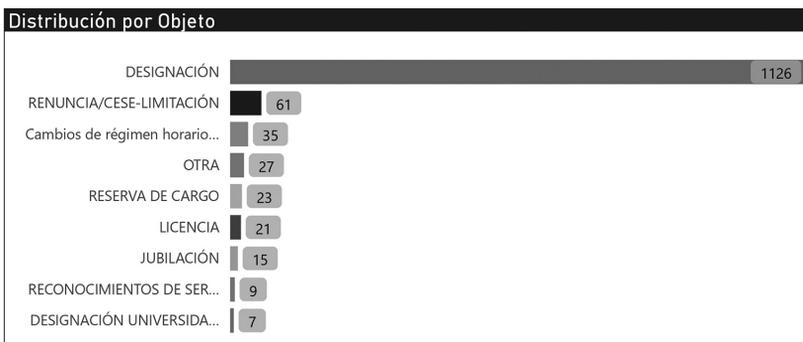
⁷³ Se excluyen de este universo las designaciones, renunciaciones y demás figuras referidas a jueces y a miembros del Ministerio Público.

Total de decretos por materia



Una primera clasificación del componente RRHH es la siguiente:

Apertura decretos materia recursos humanos



A continuación, haremos una disección de cada uno de los ítems en que se distribuyen los 1.324 decretos, señalando cantidad de personas involucradas, género, tiempo de tramitación, entre otros datos de interés.

a. Designaciones:

Como hemos señalado, mil ciento veintiséis (**1.126**) decretos fueron de designación de personal, siendo:

1. En Planta Permanente, quinientos uno (**501**); los que a su vez se distribuyen:

- En personal con estabilidad: trescientos treinta y dos (**332**).
- En personal sin estabilidad –funcionarios–: ciento sesenta y nueve (**169**).

2. En Planta Temporaria, seiscientos veintidós (**622**); los que a su vez se distribuyen:

- En personal de gabinete/régimen modular (facultad delegada⁷⁴): cincuenta y nueve (**59**).
- En personal transitorio (facultad delegada⁷⁵): quinientos sesenta y tres (**563**).

3. En Otros⁷⁶: tres (**3**).

⁷⁴ Art. 3 inc. 1, Decreto 272/17 E

⁷⁵ Art. 3 inc. 2, Decreto 272/17 E. En este caso, la delegación establece como condición que los agentes hayan revistado en igual modalidad en el año inmediato anterior.

⁷⁶ En el grupo “Otros” incluimos los decretos:

- D. 244/18, que designa por el término de 4 años vocal titular y vocal suplente del directorio del Instituto de Obra Médico Asistencial, en representación de los afiliados obligatorios del área personal docente.

- D. 1003/18, que designa autoridad y miembro en el Comité de Administración del Fideicomiso Fondo Fiduciario Fuerza Solidaria.

- D. 1095/18, que designa *-ad honorem-* un representante titular y un representante suplente por la Provincia de Buenos Aires ante el Consejo Federal Pesquero (Ley Nacional N° 24.922).

Decretos recursos humanos apertura designación de personal

TIPO DE GESTIÓN	# Decretos
PLANTA TEMPORARIA	622
RÉGIMEN MODULAR	52
PLANTA TEMPORARIA	563
PERSONAL DE GABINETE	7
PLANTA PERMANENTE	501
PLANTA PERMANENTE	332
FUNCIONARIO	169
OTRO	3
OTRO	3
Total	1126

La nómina del personal designado durante 2018 –en las situaciones de revista descriptas en el punto anterior- asciende a **3.327** personas, siendo **234** en carácter de funcionarios y **68** personal de gabinete.

Otro dato que arroja el relevamiento es que del total de personas designadas (**3.327**), **12** fueron incorporadas en el marco del régimen jurídico básico e integral para las personas con discapacidad (Ley N° 10.592), a través de cinco (**5**) Decretos.

Los plazos de gestión de las actuaciones de las designaciones, tanto en Planta Permanente como en Planta Temporaria, insumieron un promedio de **570** días.

En relación con el género, del total de personas -3.327-, se designaron **1.446** agentes de género masculino (representando el **43,46%**) y **1.881** agentes de género femenino (representando el **56,54%**).

Designación apertura por género; plazo promedio de dictado del decreto



Designaciones de funcionarios apertura por género; plazo promedio de dictado del decretos

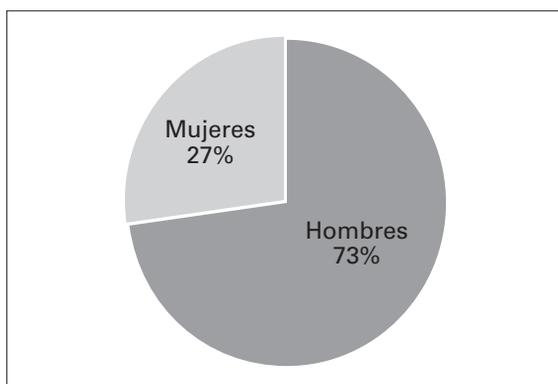


En términos generales, hubo más designaciones de personas de género femenino, sin embargo, a medida que se sube a los niveles de decisión y dirección se visualiza un cambio de composición de los cuadros, con amplia mayoría de género masculino.

Así, de los **234** funcionarios, **153** son de género masculino (**65,38%**) y **81** son de género femenino (**34,62%**).

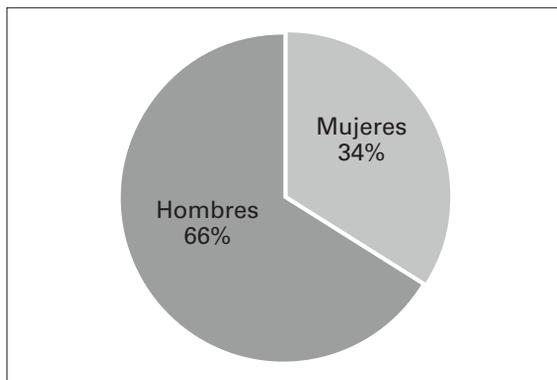
Si seguimos desagregando, advertimos que las designaciones durante 2018 de las más altas autoridades provinciales (ej.: Ministro, Contador General, Secretarios, Subsecretarios, Presidentes de organismos descentralizados, Representantes del PE ante el Consejo de la Magistratura, Director Ejecutivos, entre otras), se distribuyen del siguiente modo: **38** de género masculino (**73,08%**) y **14** de género femenino (**26,92%**).

Porcentaje de designaciones de altas autoridades apertura por género



En el nivel de asesoramiento, los **68** agentes designados personal de gabinete con régimen modular se componen: **45** de género masculino (**66,18%**) y **23** de género femenino (**33,82%**).

Porcentaje de designaciones de asesores apertura por género



Creemos que este trato desigual de género, con las consecuencias disvaliosas que ocasiona, merece una consideración especial, la que formulamos al finalizar este capítulo.

En cuanto al rango etario de los funcionarios y el personal de gabinete designados, presentamos el siguiente recuento:

Rango etario designaciones funcionarios y personal de gabinete

Designación	Década del '40	Década del '50	Década del '60	Década del '70	Década del '80	Década del '90	TOTAL
Funcionarios	3	33	62	72	58	6	234
Personal de Gabinete	1	6	7	15	30	9	68

Mención particular merecen las designaciones en el Ministerio de Salud que, con ochocientos cincuenta (**850**) decretos (el **75,49%** de los decretos de designaciones), nombraron **1.552** personas, siendo **558** de género masculino (**35,95%**) y **994** de género femenino (**64,05%**). De este total, **37** son funcionarios: **16** de género masculino (**43,24%**) y **21** de género femenino (**56,76%**), **944** de Planta Permanente: **364** de género masculino (**38,56%**) y **580** de género femenino (**61,44%**) y **571** de Planta Temporaria: **178** de género masculino (**31,17%**) y **393** de género femenino (**68,83%**).

**Designaciones Ministerio de Salud. Apertura por género.
Plazo promedio de dictado de los decretos**



Por último, en el cuadro que sigue volcamos el *ranking* de jurisdicciones y organismos que han propiciado la mayor cantidad de designaciones:

Ranking de designaciones por organismos y jurisdicciones

Órgano Promotor	#Decretos
Salud	850
Infraestructura y Servicios Públicos	30
OPDS	29
IOMA	24
Autoridad del Agua	21
Jefatura de Gabinete de Ministros	15
Lotería y Casinos	15
Producción	12
Fiscal de Estado	9
Trabajo	9
Ciencia, Tecnología e Innovación	8

▣ Instituto de la Vivienda	8
▣ otro	8
▣ Asesoría General de Gobierno	6
▣ Instituto de Previsión Social	6
▣ Secretaría Legal y Técnica	6
Total	1126

b. Designaciones universidad provincial:

A los efectos estadísticos hacemos mención que a través de siete (7) decretos se procedió a la designación de docentes en la UNIVERSIDAD PROVINCIAL DE EZEIZA y en la UNIVERSIDAD PROVINCIAL DEL SUDOESTE.

c. Ceses por renuncia o limitación:

Se dictaron sesenta y un (61) decretos de cese de agentes que englobaron la renuncia y limitación, de acuerdo con el siguiente detalle:

- Funcionarios: cincuenta (50).
- Planta Permanente: cinco (5).
- Planta Temporaria: uno (1).
- Personal Gabinete: dos (2).
- Comisión Honoraria: dos (2).
- Otro: uno (1).

Mediante la cantidad de decretos enumerados, cesaron: **78** personas (**55** de género masculino y **23** de género femenino); de las cuales, **58** eran funcionarios (**43** de género masculino y **15** de género femenino), **5** de Planta Permanente (**4** de género masculino y **1** de género femenino), **1** persona de género femenino de Planta Temporaria, **12** de Personal de Gabinete (**6** de género masculino y **6** de género femenino) y **2** miembros de género masculino de comisiones honorarias. Por último, hubo una (1) limitación de Comisión de Servicio de agente de género femenino.

d. Ceses por jubilación:

A fin de acogerse a los beneficios jubilatorios, cesaron **16** agentes, mediante el dictado de quince (**15**) decretos (**9** personas de género masculino y **7** de género femenino).

e. Cambios de régimen/agrupamiento/categoría:

Con el dictado de treinta y cinco (**35**) decretos se dispuso cambios de régimen, agrupamiento y/o categoría, contemplando en algunos casos un número no definido de agentes.

f. Reservas de cargo:

Se formularon reservas de cargo de revista a través de veintitrés (**23**) Decretos, ejerciendo este derecho **18** personas de género masculino y **5** de género femenino.

g. Licencias/permisos:

Durante el período analizado se dictaron veintiún (**21**) decretos que otorgaron licencias y permisos, de los cuales **6** se concedieron con goce de haberes y **15** sin goce de haberes. Resultaron beneficiarios **25** personas: **14** de género masculino y **11** de género femenino.

h. Reconocimientos de servicios:

Se dictaron nueve (**9**) decretos con motivo de distintas solicitudes de reconocimientos (de servicios, recategorización y pago de diferencias salariales), rechazando en todos los casos las peticiones.

i. Otros:

Finalmente, en esta categoría “Otros” incluimos veintisiete (**27**) decretos residuales que no cuadran en ninguna de las anteriores. Estos casos obedecen a ordenamientos internos del personal de la Administración, tales como, establecer fecha de inicio de actividades, traslados dentro una misma jurisdicción, reincorporaciones, etc.

III.2.1.2. Género

Como adelantamos, el promedio general de designaciones a favor del género femenino enmascara desigualdades en las posiciones gerenciales, salariales y, en suma, vinculadas al respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos de las mujeres.

Resulta que el balance de las tendencias con base en la evidencia y los datos disponibles, demuestra la naturaleza generalizada de la discriminación en contra de las mujeres al vedar su participación concreta, activa y directa en los altos cargos de la gestión pública, y esto nos lleva -obligadamente- a poner mayor énfasis en el enfoque de seguimiento que toma en cuenta los fines (objetivos y metas) y los medios (políticas y procesos) para lograr la igualdad de género.

Si bien nuestro país se acogió a los principios consagrados en el orden internacional que se pronuncian a favor de una participación igualitaria y sin discriminaciones entre mujeres y varones⁷⁷ y nuestra Carta Magna promueve asegurar mediante la implementación de “acciones positivas” -artículos 37 y 75 inciso 23 C.N.-, la participación en la dirección de los asuntos públicos por parte de las mujeres aún no se ve reflejada en la administración pública provincial.

Del análisis empírico surge que la igualdad de oportunidades de las mujeres –en lo relativo a la ocupación de cargos públicos de alto rango en el ejecutivo provincial– sigue siendo meramente aspiracional y que no se traduce en una igualdad real, toda vez que el cien por ciento (100%) de las jurisdicciones administrativas a nivel provincial –catorce (14) Ministerios y cuatro (4) secretarías– tienen en sus primeras líneas, designados funcionarios del género masculino⁷⁸. Igual situación se replica en los organismos de la

⁷⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1, 23 y 24), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1, 3, 25 y 26) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 1, 2, 7, 8, 11.1 b).

⁷⁸ Ministerio de Agroindustria (Leonardo Sarquís), Ministerio de Asuntos Públicos (Federico Suárez), Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Jorge Elustondo), Ministerio de Desarrollo Social (Santiago López Medrano), Ministerio de Economía (Damián Bonari),

Constitución, a saber: Fiscal de Estado, Contador General de la Provincia, Director General de Cultura y Educación, Tribunal de Cuentas y Tesorería General. Lo mismo ocurre en el organismo de asesoramiento: Asesoría General de Gobierno⁷⁹.

Con alguna salvedad, dicha situación también se ve reflejada en los entes descentralizados, tales como: Instituto Obra Médico Asistencial -IOMA-, podemos encontrar una excepción en la vocalía personal administrativo y en la vocalía Docente, Instituto de Previsión Social -IPS-, Instituto Provincial de la Vivienda -IVBA-, Dirección de Vialidad -DVBA-, Patronato de liberados, Instituto Provincial de Lotería y Casinos, Autoridad del Agua -ADA-, CORFO-Río Colorado⁸⁰

Consecuentemente, podemos aseverar que una buena práctica de gobierno, en el tema que nos ocupa, exige políticas

Ministerio de Gestión Cultural (Alejandro Gómez), Ministerio de Gobierno (Joaquín de la Torre), Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos (Roberto Gigante), Ministerio de Jefatura de Gabinete de ministros (Carlos Salvai), Ministerio de Justicia (Gustavo Ferrari), Ministerio de Producción (Javier Tizado), Ministerio de Salud (Andrés Scarsi), Ministerio de Seguridad (Cristian Ritondo), Ministerio de Trabajo (Marcelo Villegas), Secretaría de Derechos Humanos (Santiago Cantón), Secretaría de Medios (Mariano Mohadeb), Secretaría General (Eduardo Perechodnik) y Secretaría Legal y Técnica (José Grippo).

⁷⁹ Fiscal de Estado (Hernán Gómez), Contador General de la Provincia (Carlos Baleztena), Director General de Cultura y Educación (Gabriel Sánchez Zinny), Tribunal de Cuentas (Eduardo Grinberg, Gustavo Diez, Ariel Pietronave, Juan Peredo y Daniel Chillo) y Tesorería General (Horacio Stavale). Organismo Asesor: Asesor General de Gobierno (Patricio Blanco Ilari).

⁸⁰ IOMA: Presidente (Pablo Di Liscia), Vice Presidenta (Malena Baro), Vocalía por el poder ejecutivo: Alejandro Rico Douglas, Vocalía por el poder ejecutivo: Pablo JULIANO, Vocalía personal administrativo: Patricia Wilde y Vocalía Docente: Paula Espiño. Dos mujeres

IPS: PRESIDENTE. Lic. Christian Alejandro Gribaudo. Directores Gubernamentales: Pablo Carrera, Mailén Vélez, Patricio Hogan (cargo vacante).

Instituto Provincial de la Vivienda: Administrador General (Ismael Passaglia) y Subadministrador General (Manuel Tamborenea).

Dirección de Vialidad: Administrador General (Esteban Perera), Sub Administrador General (Gustavo Torrontegui)

Patronato de liberados: Presidente (Fabián Leonardi)

Instituto de Lotería y Casino: Presidente (Matías Lanusse), Vicepresidente (Juan Malcolm)

Autoridad del Agua: Presidente (Pablo Rodríguez), vicepresidente (Felipe Llorente), Vocales: (Fabián Mazzanti y Lucas Malbrán). CORFO-Río Colorado: Administrador General: (León Somenson)

de estado acordes a los principios consagrados en nuestra Carta Magna, y para ello es fundamental la transversalización del enfoque de género⁸¹, mediante acciones concretas a nivel institucional que impacten sobre las relaciones en pos de una igualdad real de oportunidades para mujeres y hombres.

Es decir, de los datos reflejados surge sin hesitación que las personas de género femenino han sido marginadas de los cargos más relevantes de la Administración Pública -agregamos, también, a los organismos de la constitución-. Atento esta situación, es pertinente preguntarnos, si como ha hecho el poder legislativo⁸², teniendo en cuenta la información reflejada precedentemente, no correspondería aplicar un cupo femenino para los puestos referenciados, promoviendo la equidad y la igualdad de trato con el género masculino.

III.2.2. Decretos sobre la estructura de la Administración Pública provincial

Anteriormente, en la primera parte de nuestra investigación, dimos cuenta de algunos aspectos teóricos sobre las estructuras organizativas de la Administración Pública. A continuación, luego de señalar el “juego en dominó” que tuvo la promulgación de la Ley de Ministerios, en lo que respecta a la estructura administrativa de la Provincia de Buenos Aires, nos abocaremos a detallar los decretos emitidos en 2018 vinculados a esta temática.

III.2.2.1. Efectos de la creación de la Ley de Ministerios en la estructura

Por medio del Decreto N° 1101/17 E, emitido el 28 de diciembre de 2017, se promulgó la Ley de Ministerios N° 14.989 que, en sus fundamentos, estratégicamente propuso una serie de

⁸¹ El enfoque de género analiza las relaciones sociales entre los sexos, permitiendo mostrar las inequidades e injusticias que derivan de patrones culturales sobre las mujeres, que han determinado históricamente subordinación y limitado sus posibilidades de realización y autonomía.

⁸² Ley Provincial Electoral N° 5.109 y modificatorias.

novedades institucionales como ser, por ejemplo, la creación del Ministerio de Asuntos Públicos, así como también la del Organismo Provincial de Integración Social y Urbana (OPISU) dentro del ámbito del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros. Asimismo, estableció que la Asesoría General de Gobierno será un organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo Provincial, cuya estructura administrativa y presupuesto estarán contenidos en la estructura y presupuesto de la Secretaría Legal y Técnica.

La sanción de la Ley de Ministerios N° 14.989, cuya vigencia se estableció a partir del 1° de enero de 2018, generó una reorganización considerable en la Administración Pública provincial. Por esta razón, las jurisdicciones y entidades en ella previstas proyectaron sus respectivas estructuras orgánico-funcionales, que fueron aprobadas sucesivamente a lo largo del año 2018. La única excepción la constituye, actualmente, el Ministerio de Gestión Cultural que, al momento de elaborarse el presente trabajo, aún continúa rigiéndose por la estructura aprobada en 2016 (Decretos N° 47/16 y N° 503/16). Esta situación resulta curiosa ya que las mencionadas normas establecen la estructura organizativa de la Secretaría de Cultura, que fue reemplazada por el Ministerio de Gestión Cultural mediante Ley N° 14.832.⁸³

III.2.2.2. Decretos sobre la reorganización administrativa

En virtud de la reorganización mencionada en el apartado anterior, como consecuencia de la aprobación de la Ley de Ministerios, durante el 2018 se dictaron un total de veinticuatro (24) decretos referidos a estructuras organizativas –ya sea aprobatorios o modificatorios– de los que pasaremos revista a continuación.

Las primeras jurisdicciones en aprobar sus estructuras orgánico-funcionales lo hicieron el 26 de enero de 2018 y fue

⁸³ Cabe aclarar que la Ley N° 14.832 modificó la entonces vigente Ley de Ministerios N° 14.803.

así que Jefatura de Gabinete de Ministros, Infraestructura y Servicios Públicos, Asuntos Públicos y Ciencia, Tecnología e Innovación gestionaron su organización administrativa en plazos que oscilan entre once (11) y veintiún (21) días.

El Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros fue una de las pocas jurisdicciones que, como consecuencia de la reorganización mencionada, vieron incrementada su estructura con el fin de absorber diversas unidades organizativas provenientes de distintas jurisdicciones. De esta forma, a través del Decreto N° 34/18, se aumentó el número de subsecretarías –de tres (3) a cinco (5)–, el de direcciones provinciales –de once (11) a dieciséis (16)– y el de direcciones –de treinta (30) a cuarenta y cinco (45)–. Asimismo, en el mismo acto se determinó la existencia de treinta y cuatro (34) jefaturas departamentales. Aunque, cabe aclarar que el artículo 12 del decreto dispone que, hasta tanto se efectúe la desagregación integral de la totalidad de la estructura orgánico-funcional, mantendrán su vigencia aquellas unidades orgánico-funcionales con nivel inferior a Dirección oportunamente aprobadas.

Por su parte, la estructura organizativa del Ministerio Infraestructura y Servicios Públicos fue considerablemente reducida mediante el Decreto N° 35/18, debido –parcialmente– a la transferencia de diversas unidades organizativas a los Ministerios de Desarrollo Social, Seguridad y Gobierno. De esta manera, de las nueve (9) subsecretarías existentes quedaron cinco (5); de las veintisiete (27) direcciones provinciales, quince (15); y de las cincuenta (50) direcciones, cuarenta y dos (42).

También sufrió una disminución considerable la estructura organizativa del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación en relación a la aprobada –mediante la hoy derogada Ley N° 14.832–, en oportunidad de su separación del Ministerio de Producción. En ese sentido, el Decreto N° 36/18 prevé sólo dos (2) subsecretarías, cuatro (4) direcciones provinciales y diez (10) direcciones; mientras que el derogado Decreto N° 1169/16 establecía tres (3), ocho (8) y diecisiete (17), respectivamente.

El Ministerio de Asuntos Públicos hizo su aparición en la escena provincial con dos (2) subsecretarías; cinco (5) direcciones provinciales y trece direcciones (13), al tiempo que absorbió las plantas de personal, los créditos presupuestarios, el patrimonio y los recursos económicos, financieros y presupuestarios de la ex Secretaría de Comunicación. La mencionada gestión fue aprobada mediante el Decreto N° 37/18.

Con la emisión del Decreto N° 62/18 se determinaron cuáles serían las estructuras organizativas del Ministerio de Desarrollo Social y del Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia. El Ministerio en cuestión incrementó a cinco (5) el número de subsecretarías, como consecuencia de la absorción de la Subsecretaría Social de Tierras, Urbanismo y Vivienda –la cual, por otra parte, pasó a denominarse Subsecretaría Social de Tierras y Acceso Justo al Hábitat–. Pero, si bien el proceso de absorción realizado por la nueva estructuración ministerial incluyó varias unidades organizativas inferiores, el Ministerio disminuyó a trece (13) las direcciones provinciales y a treinta y nueve (39) las direcciones⁸⁴.

Por su parte, el Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia mantuvo sus dos (2) subsecretarías y las cinco (5) direcciones provinciales, al tiempo que suprimió tres (3) direcciones, quedando con un total de diez (10).

Mediante el Decreto N° 82/18, se aprobó la estructura orgánico-funcional de la Secretaría General de la Gobernación, la cual mantuvo sus cuatro (4) subsecretarías, pero redujo casi a la mitad las direcciones provinciales, que pasaron a ser sólo seis (6). Menos drástica fue la reducción en las direcciones que pasaron de catorce (14) a doce (12).

El Ministerio de Producción, por su parte, redujo casi un tercio su estructura mediante Decreto N° 118/18, el cual determinó tres (3) subsecretarías, trece (13) direcciones provinciales y veinticuatro (24) direcciones.

⁸⁴ El derogado Decreto 4/16 preveía cuatro (4) subsecretarías, dieciséis (16) direcciones provinciales y cuarenta y cinco (45) direcciones.

Durante el mes de marzo se determinaron ocho (8) estructuras organizativas, constituyendo la mayor cantidad de estructuras aprobada en el año. La primera de ellas fue la correspondiente a la Secretaría de Derechos Humanos que, a través del Decreto N° 165/18, redujo su estructura a la siguiente disposición: dos (2) subsecretarías, cuatro (4) direcciones provinciales y catorce (14) direcciones⁸⁵.

Cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 38° de la Ley de Ministerios N° 14.989, el Decreto N° 166/18 aprobó conjuntamente las estructuras organizativas de la Secretaría Legal y Técnica y de la Asesoría General de Gobierno. Se advierte que mientras la primera sufrió un aumento considerable –que incluso excede las absorciones operadas al hacerse responsable del Boletín Oficial y la imprenta del gobierno–; la segunda tuvo una importante disminución, suprimiéndose tres (3) subsecretarías, siete (7) direcciones provinciales y ocho (8) direcciones. En relación con lo acotado, cabe señalar que la composición de la estructura orgánico-funcional de la Secretaría Legal y Técnica quedó formada por dos (2) subsecretarías, seis (6) direcciones provinciales y dieciséis (16) direcciones, mientras que la estructura de la Asesoría General de Gobierno quedó compuesta de la siguiente manera: un (1) Asesor Ejecutivo –con idéntico rango y remuneración que un Fiscal adjunto de Fiscalía de Estado–; seis (6) Secretarios Letrados de Asesoría General de Gobierno –con idéntico rango y remuneración que los Subsecretarios de Fiscalía de Estado–; ocho (8) Relatores Jefes de Asesoría General de Gobierno –con idéntico rango y remuneración que los Directores Generales–; dieciocho (18) Relatores Delegados de Asesoría General de Gobierno –con idéntico rango y remuneración que los Directores Generales–; veintiséis (26) Relatores Adjuntos –con idéntico rango y remuneración que los Directores– y un (1) Director de Biblioteca, Jurisprudencia y Dictámenes. Cabe destacar que cinco meses después, el 6 de agosto, mediante el

⁸⁵ El Decreto N° 686/16 determinaba tres (3) subsecretarías, siete (7) direcciones provinciales y diecisiete (17) direcciones.

Decreto N° 816/18, se aprobó la desagregación de la estructura orgánico-funcional de la Secretaría Legal y Técnica y de la Asesoría General de Gobierno, determinándose para ambos organismos un total de nueve (9) subdirecciones y cuarenta y ocho (48) jefaturas departamentales.

En lo que constituye un acto atípico en cuanto a estructuras, el Decreto N° 167/18, impulsado por el Ministerio de Infraestructura, acumuló diversas gestiones: determinó que el personal perteneciente al Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento Rural (SPAR) y el Organismo de Control de Agua de Buenos Aires (OCABA) –suprimidos ambos por la Ley N° 14.989– fueran absorbidos por la nueva estructura de la Autoridad del Agua (ADA); aprobó las estructuras organizativas del Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires y del ADA; ratificó las estructuras orgánico-funcionales del Organismo de Control de Energía Eléctrica de Buenos Aires (OCEBA) y la Dirección de Vialidad que habían sido aprobadas por los Decretos N° 2256/97 y 3501/94, respectivamente; entre otras.

En relación a la materia que nos ocupa, debemos señalar que, con escasas variaciones, se determinaron para la estructura organizativa del Instituto de la Vivienda dos (2) subsecretarías, tres (3) direcciones provinciales y tres (3) direcciones. En relación a la Autoridad del Agua, el acto en análisis estableció un Directorio conformado por un (1) presidente, un (1) vicepresidente y dos (2) vocales –con rango y remuneración equiparada al cargo de Subsecretario–, cuatro (4) direcciones provinciales y nueve (9) direcciones.

Por el artículo 48 de la Ley N° 14.989 se creó el Organismo Provincial de Integración Social y Urbana (OPISU) como entidad autárquica de derecho público en la órbita del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros, cuya organización y funcionamiento, sobre la base de la descentralización operativa, fue aprobada por el Poder Ejecutivo provincial mediante el Decreto N° 168/18. De este modo, se determinó para el OPISU la siguiente composición: un (1) Director Ejecutivo del Organismo Provincial de Integración Social y Urbana –con rango y

remuneración equivalente a Subsecretario–; seis (6) direcciones provinciales, ocho (8) direcciones y cuatro (4) jefaturas departamentales.

Debido a diversas absorciones y transferencias –como consecuencia, según hemos visto, de la nueva Ley de Ministerios–, el Decreto N° 169/18 redujo en gran proporción la estructura organizativa del Ministerio de Gobierno. Hasta el momento de su dictado, el ministerio contaba con siete (7) subsecretarías, veintitrés (23) direcciones provinciales y sesenta y siete (67) direcciones. A partir de la entrada en vigencia del decreto en cuestión, pasó a tener cuatro (4) subsecretarías, trece (13) direcciones provinciales y cuarenta y dos (42) direcciones.

El Decreto N° 170/18 también significó una reducción de la estructura orgánico-funcional respecto del Ministerio de Justicia. Se determinaron cuatro (4) subsecretarías y un (1) Director Ejecutivo de la Oficina de Fortalecimiento Institucional, con rango y remuneración equivalente a Subsecretario, un diecisiete por ciento (17%) menos que en la estructura organizativa predecesora aprobada por Decreto N° 1577/16; dieciséis (16) direcciones provinciales, lo que representa un veinticuatro por ciento (24%) menos, y cincuenta y cuatro (54) direcciones, esto es, un dieciséis por ciento (16%) menos.

No fue ajeno a la reducción el Ministerio de Economía que, mediante Decreto N° 171/18, quedó con un setenta y siete por ciento (77%) de la estructura organizativa aprobada el año anterior. El acto en cuestión previó cuatro (4) subsecretarías, trece (13) direcciones provinciales y treinta y seis (36) direcciones.

Tampoco constituyó una excepción el Decreto N° 172/18 por el cual se aprobó, para el Ministerio de Trabajo, una estructura organizativa conformada por cuatro (4) subsecretarías, ocho (8) direcciones provinciales y setenta y siete (77) direcciones.

Por su parte, el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) no sufrió tantas supresiones en su estructura organizativa. El Decreto N° 242/18 determinó dos (2) subsecretarías, siete (7) direcciones provinciales y trece (13) direcciones.

Durante el mes abril sólo se aprobó la estructura orgánico-funcional del Ministerio de Salud, sin reducciones significativas. El Decreto N° 337/18 determinó cuatro (4) subsecretarías, doce (12) direcciones provinciales y veintiocho (28) direcciones.

El 21 de junio, el Patronato de Liberados obtuvo la aprobación de su estructura organizativa incluyendo la desagregación hasta el nivel de departamento. El Decreto N° 658/18 significó una inmensa reducción de jefaturas departamentales: más de sesenta y cinco (65) conforme su Anexo IV. A partir de esta modificación, la estructura del organismo quedó conformada de la siguiente manera: un (1) Presidente –con rango y remuneración equivalente al Jefe del Servicio Penitenciario (según lo establecido en el artículo 210° de la Ley N° 12.256)–, cuatro (4) direcciones provinciales, dieciocho (18) direcciones, veintitrés (23) subdirecciones y noventa y ocho (98) jefaturas departamentales.

Tres meses después, se dictó el Decreto N° 1073/18, aprobando, para el Ministerio de Seguridad, una de las estructuras cuantitativamente más grande de las establecidas durante el 2018. La estructura en cuestión prevé ocho (8) subsecretarías, treinta y ocho (38) direcciones provinciales y noventa y dos (92) direcciones. Únicamente se redujo la cantidad de direcciones que, anteriormente, eran ciento cuatro (104).

Por su parte, el Decreto N° 1292/18 aprobó la estructura organizativa del Ministerio de Agroindustria y determinó así dos (2) subsecretarías, siete (7) direcciones provinciales y diecisiete (17) direcciones. Exactamente dos meses después, el Decreto N° 1708/18 incorporó otras dos (2) direcciones y determinó dos (2) jefaturas departamentales.

Mención especial merece el Decreto N° 1668/18 que, desde el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, determinó la transferencia de la Dirección Provincial de Ordenamiento Urbano y Territorial (junto con sus dependencias orgánico-funcionales, plantas de personal, créditos presupuestarios, patrimonio, recursos económicos, financieros y presupuestarios) a la Subsecretaría de Gobierno y Asuntos Políticos del Ministerio

de Gobierno, a partir del 1° de diciembre de 2018. Dicha transferencia se fundamentó en el artículo 51° de la Ley N° 14.989, dejando de lado las competencias asignadas por su artículo 21°, que establece que el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos es el encargado de asistir al Gobernador en lo inherente al ordenamiento urbano y territorial, dentro del marco del Decreto-Ley N° 8912/77.

Finalmente, el último decreto relativo a estructuras del año 2018 pertenece a la desagregación de la Secretaría de Medios y es la que mayor tiempo de tramitación tuvo durante todo el año, seiscientos veintinueve (629) días. Así, a través del Decreto 1709/18, se establecen para esta jurisdicción una (1) subdirección y veintiocho (28) jefaturas departamentales.

III.2.2.3. Cantidad de decretos de estructura por organismo

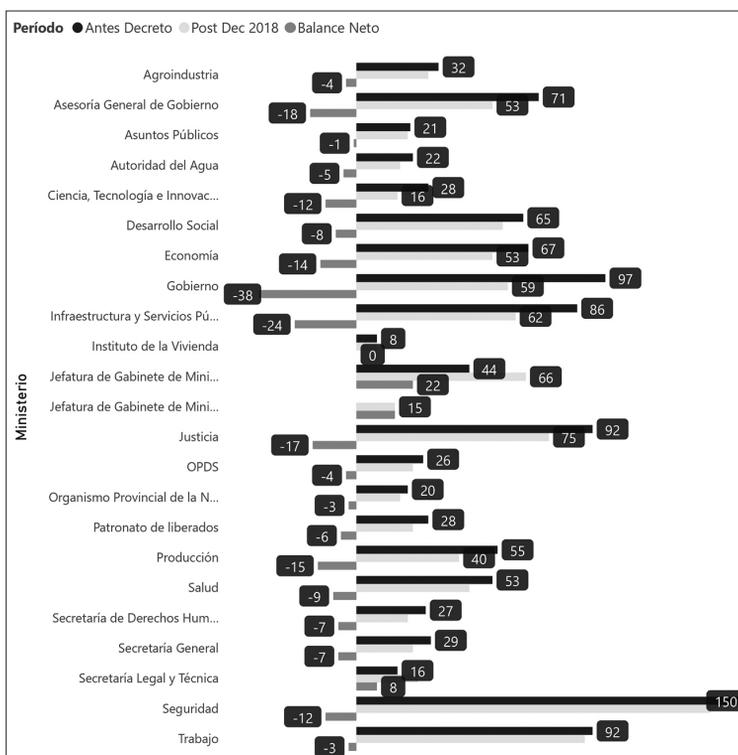
A continuación, listamos la cantidad de decretos de estructura por organismo, y analizamos gráficamente el saldo estructural respecto a subsecretarías, direcciones provinciales y direcciones de línea:

Cantidad decretos referidos a estructuras por organismo promotor

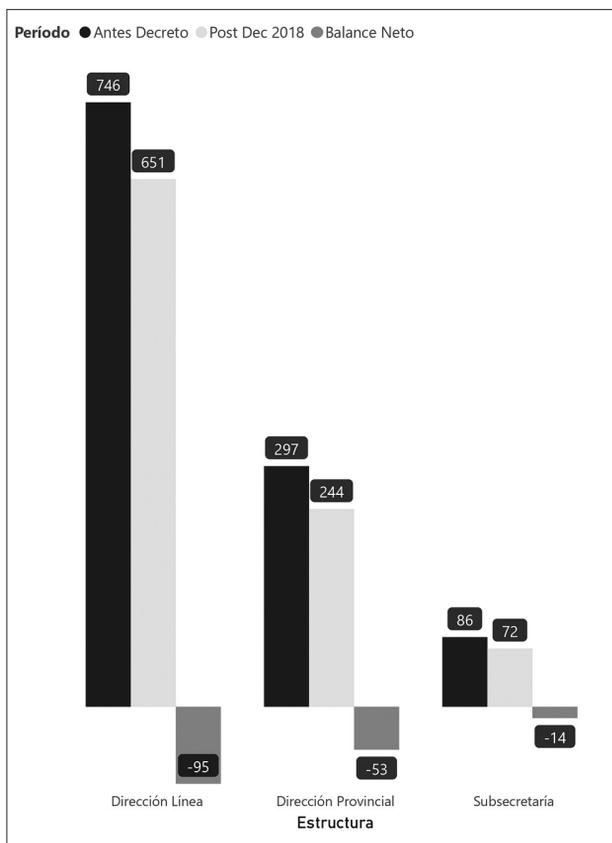
Órgano Promotor (superior)	#Decretos
Infraestructura y Servicios Públicos	3
Agroindustria	2
Jefatura de Gabinete de Ministros	2
Secretaría Legal y Técnica	2
Asuntos Públicos	1
Ciencia, Tecnología e Innovación	1
Desarrollo Social	1
Economía	1
Gobierno	1
Justicia	1

OPDS	1
Patronato de liberados	1
Producción	1
Salud	1
Secretaría de Derechos Humanos	1
Secretaría de Medios	1
Secretaría General	1
Seguridad	1
Trabajo	1
Total	24

Cantidad de subsecretarías, direcciones provinciales y direcciones por organismo



Cantidad de subsecretarías, direcciones provinciales y direcciones por organismo (acumulado)



III.2.3. Participación del Poder Ejecutivo en el proceso legislativo: Promulgación de leyes y veto

Respecto de la participación del Poder Ejecutivo en el proceso legislativo, se puede señalar que durante el 2018 se dictaron dieciséis (16) decretos de promulgación y tres (3) vetos, uno (1) que dispuso un veto total y dos (2) de veto parcial. Además, cabe destacar de estos diecinueve (19) decretos, cuatro (4) se refieren a leyes sancionadas por la Legislatura provincial

durante el 2017 y los quince (15) restantes a las sancionadas durante el 2018.

Durante el periodo estudiado, el Poder Legislativo sancionó un total de ciento doce (112) leyes, dos de las cuales –la N° 15.109 y la N° 15.110–, fueron promulgadas al año siguiente mediante los Decretos N° 11/19 y 12/19, respectivamente. Con respecto a este punto, cabe señalar que, del conjunto de leyes mencionados, el Poder Ejecutivo tuvo una participación activa posterior respecto de solo diecisiete (17), pues en los restantes noventa y cinco (95) casos se limitó a dejar transcurrir el plazo de diez (10) días previsto en el artículo 108° de la Constitución provincial.⁸⁶

III.2.3.1. Promulgación tácita de leyes

Entre las leyes que fueron promulgadas tácitamente, cabe destacar las siguientes:

- Ley N° 15.023, que modifica la Ley N° 15.005 de Policía Judicial en relación con la selección, designación y remoción de funcionarios y empleados, las funciones de la subdirección técnico-científica y los requisitos de los integrantes de la mencionada subdirección.

- Ley N° 15.030, que crea el Colegio de Ingenieros Agrónomos y Forestales en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

⁸⁶ En relación a la actividad del Poder Legislativo de la Provincia, se puede observar que se aprobaron ciento doce (112) proyectos en el período 2018.

Conforme su objeto, los mencionados pueden ser agrupados de la siguiente manera: 1) declaraciones de distintas personalidades destacadas: veintidós (22); 2) declaraciones de ciudadanos ilustres: cinco (5); 3) declaraciones de días, fiestas o capitales provinciales: doce (12); 4) declaraciones de interés histórico de bienes, monumentos o sitios: seis (6); 5) referidas a inmuebles (expropiación o transferencias): tres (3); 6) suspensión de plazos judiciales: cinco (5); prórroga de diferentes leyes: siete (7); 7) diversas modificaciones a leyes: veintidós (22); 8) referidas a la creación de colegios profesionales: dos (2); 9) adhesión a leyes nacionales: ocho (8); 10) referidas a la materia presupuestaria: cuatro (4); 11) materia impositiva: tres (3); 12) marcos jurídicos (creación régimen legal): nueve (9); 13) otras: cuatro (4).

- Ley N° 15.041, que deroga el artículo 68° del Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires, Decreto-Ley N° 8031/73, Texto Ordenado por Decreto N° 181/87, que penaba a la persona que “ejerciere la prostitución, dando ocasión de escándalo o molestando o produjere escándalo en la casa que habitare”.

- Ley N° 15.056, que establece la prórroga por el término de un año –contado a partir de la fecha de su vencimiento– de la vigencia de la Ley N° 14.939, modificatoria del artículo 70 de la Ley N° 14.449 de Acceso Justo al Hábitat, relativo al plazo para la suspensión de medidas judiciales o administrativas de desalojo de habitantes de villas y asentamientos precarios, inscriptos en el registro creado por el artículo 28° de la norma que modifica.

- Ley N° 15.063, que adhiere a la Ley Nacional N° 27.287 de creación del Sistema Nacional para la Gestión Integral del Riesgo y la Protección Civil.

- Ley N° 15.094, que crea el régimen legal para el ejercicio profesional de los técnicos en emergencias médicas.

- Ley N° 15.103, que modifica el inciso 2° del artículo 68° de la Ley Orgánica de las Municipalidades -Decreto-Ley N° 6769/58 y modificatorias- sobre periodo de sesiones ordinarias de los concejos deliberantes.

- Ley N° 15.105, que crea el Colegio Único de los Profesionales de la Higiene y Seguridad en el Trabajo de la Provincia de Buenos Aires.

III.2.3.2. Promulgación de leyes mediante acto administrativo

Por su parte, las leyes promulgadas mediante el dictado del pertinente acto administrativo fueron las siguientes:

- Decreto N° 2/18: Ley N° 14.999, que modifica el Decreto-Ley N° 9650/80, relativo al régimen previsional de la provincia respecto de las jubilaciones y pensiones de los gobernadores, los vicegobernadores y los legisladores de ambas cámaras.

- Decreto N° 3/18: Ley N° 15.000, que regula el sistema de declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios y agentes del sector público de la provincia.

- Decreto N° 6/18: Ley N° 15.017, que aprueba el consenso fiscal entre el Presidente de la Nación, los Gobernadores y el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.
- Decreto N° 344/18: Ley N° 15.022, que establece la prórroga, por un año, de la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos (declarada por la Ley N° 14.812), así como también de la emergencia administrativa y tecnológica (declarada por la Ley N° 14.815).
- Decreto N° 470/18: Ley N° 15.026 que modifica el artículo 74 de la Ley N° 11.769 -Marco Regulatorio del Sector Eléctrico Provincial-.
- Decreto N° 471/18: Ley N° 15.027 que modifica la Ley N° 10.397 -Código Fiscal- a fin de incorporar una exención respecto del impuesto automotor a favor de soldados excombatientes de Malvinas.
- Decreto N° 505/18: Ley N° 15.031, que modifica la Ley N° 13.661 sobre normas de procedimiento para el enjuiciamiento de magistrados y funcionarios.
- Decreto N° 963/18: Ley N° 15.044, que crea la Comisión Permanente del Mapa Judicial de la Provincia de Buenos Aires, con el fin de hacer efectivos los postulados del artículo 15° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.
- Decreto N° 1417/18: Ley N° 15.058, que modifica la Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura N° 11.868.
- Decreto N° 1418/18: Ley N° 15.057, que establece el nuevo procedimiento laboral en la Provincia.
- Decreto N° 1607/18: Ley N° 15.077, que autoriza al Poder Ejecutivo a endeudarse con el objetivo de financiar la ejecución de proyectos y/o programas sociales y/o de inversión pública en desarrollo (o que se previera iniciar); de atender el déficit financiero; de regularizar los atrasos de Tesorería; de afrontar la cancelación y/o la renegociación de deudas y/o de los servicios de deudas; y, por último, de mejorar el perfil de los vencimientos y/o las condiciones financieras de la deuda pública.

- Decreto N° 1608/18: Ley N° 15.078, que establece el presupuesto General para la Administración Pública Provincial, Ejercicio 2019; que crea el Fondo Fiduciario de Innovación Tecnológica; que establece compensaciones tarifarias para empresas de transporte público; y que declara de utilidad pública una serie de diversos bienes inmuebles.

- Decreto N° 1609/18: Ley N° 15.079, que establece la Ley Impositiva para el Ejercicio Fiscal 2019; que aprueba el Consenso Fiscal 2018 –suscripto entre el Presidente de la Nación y los Gobernadores–; que regula el juego online; y que crea el Fondo de Progreso e Inclusión Social.

- Decreto N° 1706/18: Ley N° 15.097, que fija el presupuesto de erogaciones corrientes y de capital de la Honorable Cámara de Diputados para el Ejercicio Financiero de 2019.

- Decreto N° 1707/18: Ley N° 15.098, que fija el presupuesto de erogaciones corrientes y de capital de la Honorable Cámara de Senadores para el Ejercicio Financiero de 2019.

- Decreto N° 1750/18: Ley N° 15.101, que prorroga, por el término de un año, la Ley N° 14.806, relativa a la emergencia en materia de seguridad pública y de política y salud penitenciaria, que fueron prorrogadas previamente por las Leyes N° 14.866 y N° 14.990.

III.2.3.3. Leyes vetadas total o parcialmente

Respecto de los casos en los que el Poder Ejecutivo se opuso a la voluntad de la legislatura provincial, la Gobernadora dispuso un (1) veto total –mediante el Decreto N° 1/18– y dos (2) vetos parciales –mediante los Decretos N° 32/18 y N° 650/18–, en los que el veto se refirió a solo un artículo del proyecto remitido por el cuerpo legislativo.

Mediante el Decreto N° 1/18, el Poder Ejecutivo vetó el proyecto de ley por el cual se intentaba prorrogar por tres (3) años la vigencia de la Ley N° 13.764, a partir de la fecha de vencimiento de la Ley N° 14.474, que difiriera los efectos de la mencionada en primer término por el plazo de cinco

(5) años. Cabe destacar que por la prorrogada Ley N° 13.764 se declararon de utilidad pública y sujetos a expropiación diversos inmuebles del partido de La Plata, para ser transferidos a título gratuito al dominio de la Asociación Civil “Unión Solidaria”, con cargo de ser destinados a apoyar y promover el funcionamiento de emprendimientos solidarios sin fines de lucro. En el cuerpo del decreto se deja indicado que el Ministerio de Economía solicitó el rechazo de la iniciativa señalando que no surgían elementos de juicio que permitieran estimar el gasto de la expropiación en cuestión, dejando constancia, además, que el Presupuesto General no previó partida específica para atender la erogación originada en el dictado de la norma.

Por su parte, el Decreto N° 32/18, vetó parcialmente el proyecto convertido en Ley N° 15.018, a través de la cual se propicia garantizar condiciones de accesibilidad al uso por personas con silla de ruedas en hoteles, hospedajes, albergues o alojamientos turísticos. El artículo vetado del proyecto fue el 6°, el cual preveía que la reglamentación podría establecer promociones impositivas parciales para quienes superasen los cupos de alojamiento previstos en los artículos 1° y 2° de la ley. Dicho artículo fue vetado, pues el Ministerio de Economía manifestó que facultaba a la autoridad de aplicación a conceder promociones impositivas, violando el principio de reserva de ley en materia tributaria contemplado en la Constitución Nacional (artículos 4°, 17, 52 y 75 incisos 1°, 2° y 22) y en la Constitución local (artículo 103). Sin perjuicio de lo que oportunamente dijimos respecto a los vetos parciales (v. primera parte de este trabajo), la observación, desde el punto de vista constitucional, es correcta.

Finalmente, mediante Decreto N° 650/18 el Poder Ejecutivo observó el artículo 2° y promulgó el texto restante del proyecto posteriormente registrado como Ley N° 15.036. Por esta norma se sustituyó el artículo 1° de la Ley N° 13.295, modificada mediante Ley N° 14.984, por el siguiente: “Artículo 1.- Adhiérese la Provincia de Buenos Aires a la Ley Nacional N° 25917 con

las modificaciones introducidas por la Ley N° 27428.” Por su parte, el observado artículo 2° del proyecto disponía sustituir el artículo 2 de la Ley N° 13.295, modificada mediante Ley N° 14.984, por el siguiente: “Artículo 2.- Invítase a los municipios de la Provincia de Buenos Aires a adherir al Régimen Provincial de Responsabilidad Fiscal Municipal, establecido en la presente con los alcances de la adhesión a la Ley Nacional N° 27428, a través de las ordenanzas de sus Honorables Concejos Deliberantes.” En el decreto en estudio se dejó constancia de que el Ministerio de Economía señaló que mediante la Ley N° 15.017 la Provincia aprobó el Consenso Fiscal suscripto el 16 de noviembre de 2017 entre el señor Presidente de la Nación, los señores Gobernadores y el señor Jefe de Gobierno de la ciudad de Buenos Aires, por el que las Provincias se obligaron a establecer un régimen de responsabilidad fiscal similar al nacional para sus Municipios. En base a ese compromiso, observó la referida cartera ministerial, se impulsó la adhesión al mismo y el control de su cumplimiento respecto de los municipios. Conforme a ello, sostuvo el Ministerio, se encontraba acabadamente cumplida con la adhesión de los municipios a la Ley N° 13.295 y su modificatoria Ley N° 14.984, por lo que no resultaba, conforme su criterio, oportuno realizar una nueva invitación. Así, se entendió que el artículo en cuestión no incorporaba nuevas situaciones, pudiendo generar por el contrario dificultades de orden práctico, debido a que noventa y cuatro (94) de los ciento treinta y cinco (135) municipios que comprenden la Provincia ya se encontraban adheridos.

III.2.3.4. Plazos

En cuanto al tiempo de tramitación, podemos señalar que el plazo transcurrido desde que el proyecto fue comunicado por la Legislatura al Poder Ejecutivo hasta que éste dictó el acto administrativo fue entre siete (7) y diez (10) días hábiles administrativos, en el caso de los decretos de veto, y entre tres (3) y diez (10), en el caso de los promulgatorios.

III.2.4. Poder Judicial

En la primera parte de este trabajo, hicimos alusión al proceso que se debe transitar para la designación de los jueces en la Provincia. Al respecto, señalamos que el Poder Ejecutivo interviene en la designación, pero no concluye el proceso. Es decir, su participación es una etapa necesaria pero no suficiente para que la persona sea puesta en funciones, dado que resta la jura ante el órgano judicial y la toma de posesión del cargo.

III.2.4.1. Designaciones de magistrados en el Poder Judicial

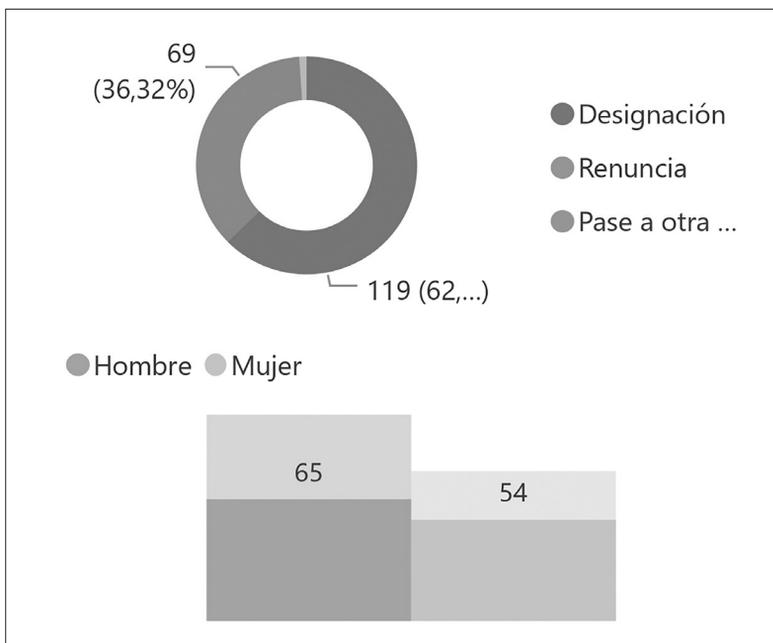
1. Durante el 2018 se registraron un total de ciento diecinueve (119) designaciones en el ámbito del Poder Judicial provincial. Dentro de ellas, observamos que cincuenta y cuatro (54) nombramientos, que representan un 45,38% del total, recayeron en candidatas de sexo femenino. Las restantes sesenta y cinco (65) designaciones, que corresponden a un 54,62%⁸⁷ del total, recayeron en candidatos del género masculino. Como vemos, existe una diferencia significativa del 9,24% –equivalente a once (11) designaciones– en beneficio de los miembros del grupo masculino por sobre el femenino.

En relación a los cargos y fueros de las designaciones, la distribución respecto de las magistradas fue la siguiente: dos (2) Juezas de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, seis (6) Juezas de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, cuatro (4) Juezas en lo Correccional, siete (7) Juezas de Paz, una (1) Jueza de Garantías de Jóvenes, tres (3) Juezas de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, siete (7) Juezas de Primera Instancia de Familia, una (1) Jueza de Responsabilidad Penal Juvenil, una (1) Jueza del Cuerpo de Magistrados Suplentes, una (1) Jueza del Tribunal de Casación Penal, doce (12) Juezas de

⁸⁷ Es importante destacar que puede ocurrir que las ternas elevadas desde el Consejo de la Magistratura estuvieran compuestas en su totalidad por hombres o mujeres. Dicha información no surge del acto de designación del candidato finalmente seleccionado por el Poder Ejecutivo.

Trabajo y nueve (9) Juezas de Tribunal Penal. Cabe aclarar que, del total de magistradas designadas durante 2018, nueve (9) – el 16,666 %– lo fueron con rango de camaristas, mientras que al 83,333 % restantes –correspondiente a cuarenta y cinco (45) juezas– se les asignaron cargos en primera instancia.

**Total de designaciones poder judicial
y Cantidad de designaciones poder judicial apertura por género**



Respecto de las designaciones de los magistrados del Poder Judicial, la distribución de cargos y fueros, por su parte, fue la siguiente: cuatro (4) Jueces de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, cuatro (4) Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, un (1) Juez Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, cuatro (4) Jueces Correccionales, dos (2) Jueces de Ejecución Penal, un (1) Juez de Garantías de Jóvenes, cuatro (4) Jueces de Paz, ocho (8) Jueces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, tres (3) Jueces de Primera Instancia de

Familia, tres (3) Jueces de Responsabilidad Penal Juvenil, tres (3) Jueces del Cuerpo de Magistrados Suplentes, catorce (14) Jueces de Trabajo y catorce (14) Jueces de Tribunal Penal. Como podemos observar, se designaron nueve (9) camaristas de sexo masculino –igual número al otorgado al sexo femenino–, pero en este caso representan el 13,85 %. Las restantes cincuenta y seis (56) designaciones –correspondientes al 86,15 %– fueron para que ejerzan como magistrados de primera instancia.

2. Respecto del ámbito territorial, las designaciones efectuadas durante 2018 se distribuyeron en los distintos Departamentos Judiciales conforme se indica a continuación: Avellaneda - Lanús, diecisiete (17); Azul, seis (6); Bahía Blanca, siete (7); Dolores, cuatro (4); San Martín, cinco (5); Junín, cinco (5); La Matanza, cuatro (4); La Plata, diecisiete (17); Lomas de Zamora, diez (10); Mar del Plata, siete (7); Mercedes, dos (2); Pergamino, uno (1); San Isidro, cuatro (4); Quilmes, trece (13); San Nicolás, tres (3); Zárate - Campana, tres (3); Morón, cuatro (4); Trenque Lauquen, dos (2); con competencia en toda la provincia, uno (1); y Departamentos varios, cuatro (4) –que corresponde al caso de magistrados suplentes–.⁸⁸

Como puede observarse, el Departamento Judicial de La Plata, sede de la Suprema Corte, es el que más designaciones tuvo –diecisiete (17)–, junto a un Departamento de reciente creación como es el caso de Avellaneda-Lanús con igual número de nombramientos y, seguidos, por el de Quilmes, con trece (13).

3. La investigación procuró, también, determinar el rango etario de los designados. En ese sentido, los datos recabados fueron los siguientes: en relación a los sesenta y cinco (65) hombres designados, podemos señalar que uno (1) nació en la década del '40; tres (3), en la del '50; diecisiete (17), en la década del '60; treinta y cuatro (34), en la década del '70; y diez (10), en la década

⁸⁸ Recordemos que los Departamentos Judiciales son: La Plata, Lomas de Zamora, Avellaneda-Lanús, Quilmes, Moreno-General Rodríguez, Morón, General San Martín, La Matanza, San Isidro, Zárate Campana, San Nicolás, Pergamino, Junín, Trenque Lauquen, Mercedes, Azul, Mar del Plata, Dolores, Bahía Blanca y Necochea.

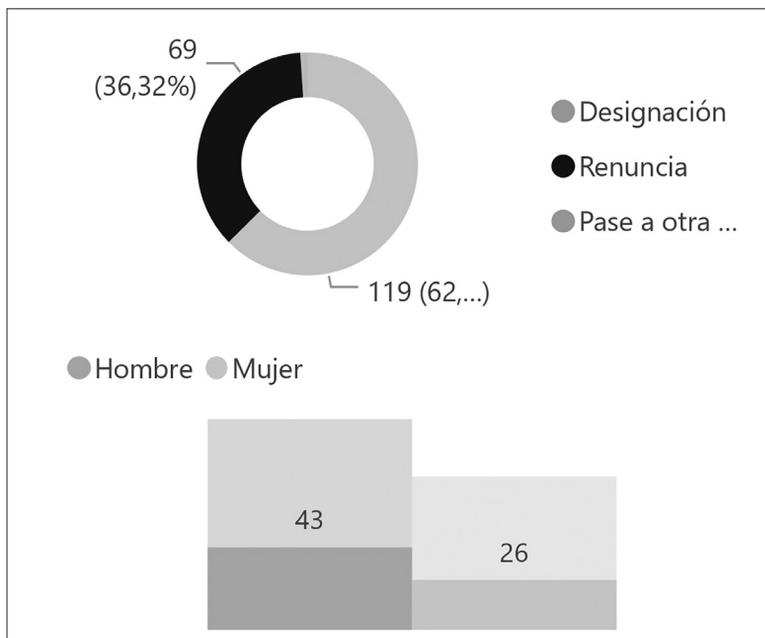
del 80. Por su parte, en referencia al género femenino, de las cincuenta y cuatro (54) designaciones, los datos fueron: dos (2) nacieron la década del '50; diecisiete (17), en la década del '60; treinta (30), en la década del '70; y cinco (5), durante la del '80.

4. Finalmente, debemos indicar que durante el 2018 se dictaron dos (2) decretos el N° 60/18 y el N° 178/18 que trataron pases de magistrados a diferentes salas o juzgados.

III.2.4.2. Ceses en el Poder Judicial

1. Respecto de las renunciaciones aceptadas en el ámbito del Poder Judicial durante el año 2018, debemos destacar que, de un total de sesenta y nueve (69), cuarenta y tres (43) fueron presentadas por magistrados de sexo masculino y veintiséis (26), por magistradas mujeres.

**Total de renunciaciones poder judicial
y cantidad de renunciaciones poder judicial por género**



Los cargos que quedaron vacantes, como consecuencia de las renunciaciones aceptadas, fueron los siguientes. Respecto del género masculino: cuatro (4) Jueces de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, dos (2) Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, un (1) Juez Correccional, un (1) Juez de Ejecución Penal, un (1) Juez de Garantías de Jóvenes, cuatro (4) Jueces de Paz, cinco (5) Jueces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, tres (3) Jueces de Primera Instancia de Familia, tres (3) Jueces de Responsabilidad Penal Juvenil, dos (2) Jueces del Cuerpo de Magistrados Suplentes, un (1) Juez de Casación Penal, diez (10) Jueces de Trabajo y seis (6) Jueces Tribunal Penal.

En cuanto al género femenino, la distribución de cargos fue la siguiente: una (1) Jueza de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, tres (3) Juezas de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, tres (3) Juezas Correccionales, dos (2) Juezas de Garantías de Jóvenes, una (1) Jueza de Garantías Penal, cuatro (4) Juezas de Paz, una (1) Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, cuatro (4) Juezas de Primera Instancia de Familia, una (1) Jueza de Responsabilidad Penal Juvenil, una (1) Jueza del Tribunal de Trabajo y cinco (5) Juezas de Tribunal Penal.

2. Respecto de estos ceses, cabe acotar la siguiente observación. Del total de sesenta y nueve (69) renunciaciones presentadas en el ámbito del Poder Judicial, sesenta (60) de ellas –es decir, el 86.956 %– fueron para acogerse a los beneficios jubilatorios. Por este motivo procedieron treinta y cinco (35) de los cuarenta y tres (43) magistrados de sexo masculino que renunciaron y veinticinco (25) de las (26) magistradas de sexo femenino cesantes.

III.2.4.3. Caso especial: Decreto N° 637/18

Por último, haremos mención al Decreto N° 637/18, por el cual la Gobernadora –a pedido de la parte interesada– dejó sin efecto el Decreto N° 149/18 mediante el cual se la había designado en el cargo de Juez del Cuerpo de Magistrados Suplentes –Fueros Penal, de Menores y Penal Juvenil– de la Región 1, que abarca los Departamentos Judiciales de La Plata, de Lomas de Zamora, de Quilmes y de Moreno - General Rodríguez.

La situación descripta no es habitual y se resolvió desde un punto de vista práctico, antes que técnico.⁸⁹ Al respecto cabe aclarar que si bien, en la presente investigación, se computó la designación efectuada mediante el Decreto N° 149/18, no puede entenderse el Decreto N° 637/18 como una renuncia al cargo de magistrado, ya que el postulante no prestó juramento ni tomó posesión del cargo. En definitiva, a los fines estadísticos del presente, el decreto en cuestión fue contabilizado bajo la categoría “Otros”.

III.2.5. Procuración General

Como vimos en la primera parte de este trabajo, el proceso de designación de magistrados de la Procuración es el mismo que el realizado para los nombramientos en el Poder Judicial. En consecuencia, las advertencias oportunamente efectuadas las reproducimos en esta instancia, a excepción del acto de jura que se encuentra regulado por el artículo 19° de la Ley N° 14.442, según el cual el Procurador General presta juramento ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, junto con el Subprocurador General, el Defensor General y el Subdefensor General.⁹⁰

III.2.5.1. Designaciones en la Procuración General

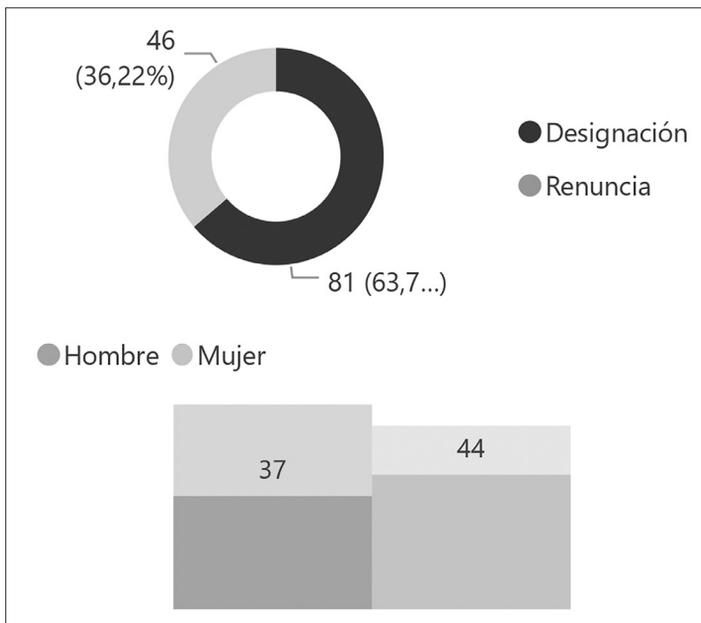
1. Durante el 2018, se registraron una cantidad total de ochenta y un (81) designaciones de magistrados en el ámbito del Ministerio Público provincial. Dentro de ellas, debemos destacar que cuarenta y cuatro (44) fueron de sexo femenino –representando el 54,32% del total– y las restantes treinta y siete

⁸⁹ Ver, en la primera parte de este trabajo, el acápite dedicado a la designación de los jueces.

⁹⁰ Por su parte, El Fiscal y el Defensor del Tribunal de Casación, los Fiscales de Cámara y los Defensores Departamentales, deberán prestar juramento ante el Procurador General o Defensor General, respectivamente. Los Adjuntos del Fiscal y del Defensor del Tribunal de Casación lo harán ante sus respectivos titulares. Los restantes miembros del Ministerio Público deberán prestar juramento ante el Fiscal de Cámara y Defensor Departamental.

(37) –correspondientes al 45,68%– de sexo masculino. Como se puede advertir, existe aquí también una diferencia significativa del 8,64% –que se traduce en siete (7) designaciones–, pero, en este caso –a diferencia de lo que habíamos señalado para el Poder Judicial, donde lo que predominaban eran las designaciones de magistrados de sexo masculino–, se puede observar que, para los cargos referenciados en la Provincia, prima el número de nombramientos de personas de sexo femenino.

Total de designaciones y renuncias en la Procuración Gral y Cantidad de designaciones en la Procuración Gral. por género



Las designaciones de las candidatas a magistradas recayeron en los siguientes cargos: diez (10), en el Cuerpo de Magistrados Suplentes del Ministerio Público; dieciséis (16) Agentes Fiscales; cuatro (4) Asesoras de Incapaces; y catorce (14) Defensoras Oficiales.

En cuanto a los magistrados, la distribución de los cargos se produjo de la siguiente manera: nueve (9), para el Cuerpo

de Magistrados Suplentes del Ministerio Público; diecinueve (19) Agentes Fiscales; dos (2) Asesor de Incapaces; y siete (7) Defensores Oficiales.

2. En cuanto al ámbito territorial, las designaciones de magistradas en el Ministerio Público recayeron en los siguientes Departamentos Judiciales: dos (2), en Avellaneda – Lanús; dos (2), en Bahía Blanca; una (1), en San Martín, tres (3), en La Matanza; ocho (8), en La Plata; dos (2), en Lomas de Zamora; dos (2), en Mar del Plata; dos (2), en Mercedes; dos (2), en Morón; cinco (5), en Quilmes; tres (3), en San Isidro; una (1), San Nicolás; una (1), Zárate – Campana; y diez (10), Departamentos varios, que es el caso de magistrados suplentes.

Por su parte, las designaciones de los magistrados se distribuyeron en los siguientes Departamentos Judiciales: tres (3), en Azul; uno (1), en Bahía Blanca; tres (3), en San Martín; cuatro (4), en La Matanza; cuatro (4), en La Plata; uno (1), en Lomas de Zamora; dos (2), en Mar del Plata; uno (1), en Mercedes; uno (1), en Moreno – General Rodríguez; cuatro (4), en Morón; uno (1), Necochea; uno (1), en San Isidro; uno (1), en San Nicolás; uno (1), en Zárate – Campana; y nueve (9), en Departamentos varios, que es el caso de magistrados suplentes.

3. Finalmente, en cuanto al rango etario de las designaciones en el ámbito del Ministerio Público, el análisis estadístico realizado nos arrojó los siguientes datos. En relación al sexo masculino, cinco (5) nacieron en la década del '60; dieciocho (18), en la del '70; y, finalmente, catorce (14), en la década del '80. Por su parte, en referencia al sexo femenino, podemos indicar que ocho (8) nacieron en la década del '60; treinta y una (31), durante los '70; y cinco (5) en la década siguiente.

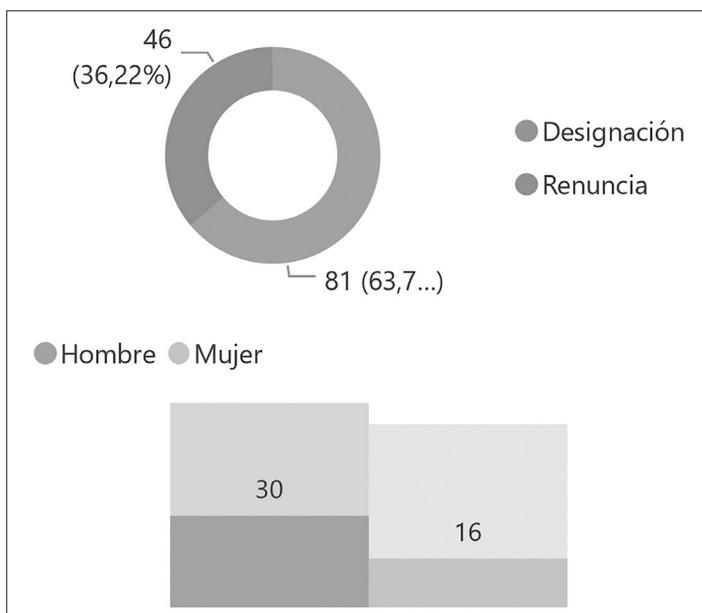
III.2.5.2. Ceses en Procuración General

1. Respecto de las renunciaciones aceptadas en el ámbito del Ministerio Público, durante el año 2018, debemos destacar que de un total de cuarenta y seis (46), treinta (30) fueron

presentadas por magistrados de sexo masculino, mientras que dieciséis (16), por magistradas de sexo femenino.

Los cargos que quedaron vacantes como consecuencia de las renunciaciones aceptadas durante el año en cuestión fueron los siguientes. Respecto del sexo masculino: un (1) Defensor Departamental, un (1) Fiscal de Cámara, dieciocho (18) Agentes Fiscales, dos (2) Asesores de Incapaces y ocho (8) Defensores Oficiales. En cuanto al sexo femenino, la distribución de cargos fue la siguiente: una (1) Defensora Departamental, una (1) Fiscal de Cámara, siete (7) Agentes Fiscales, dos (2) Asesoras de Incapaces y cinco (5) Defensoras Oficiales.

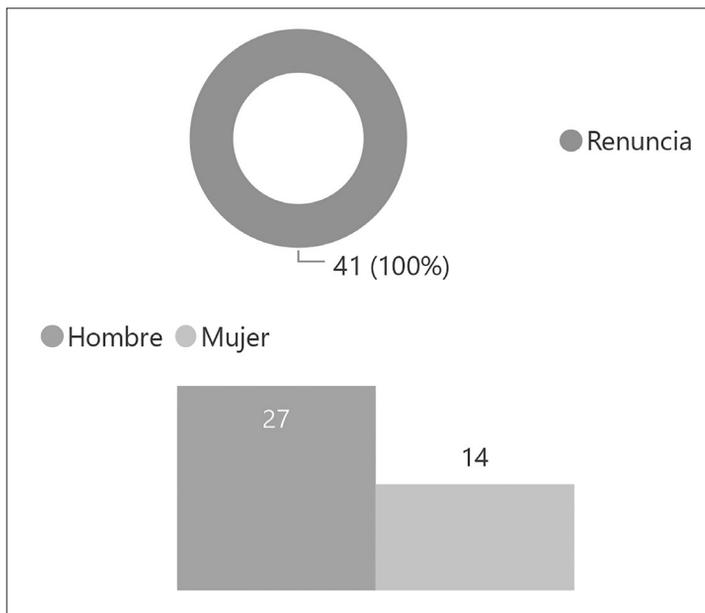
**Total de renunciaciones Procuración Gral.
y Cantidad de renunciaciones Procuración General apertura por género**



2. De un total de cuarenta y seis (46) renunciaciones presentadas en el ámbito del Ministerio Público provincial, cuarenta y una (41) fueron con el propósito de acogerse a los beneficios jubilatorios: veintisiete (27) fueron presentadas por magistrados de

sexo masculino y las catorce (14) restante, por magistradas de sexo femenino.

Cantidad de renunciaciones por motivos jubilatorios procuración general y apertura por género



III.2.6. Contrataciones

1. En el año 2018 se dictaron once (11) decretos que refieren a la Contratación de Bienes y Servicios. Cantidad que obedece al cambio de normativa legal que, en la materia, se registró a fines de 2016. Es decir, hasta el 09/11/2016 rigió la denominada “Ley de Contabilidad”,⁹¹ que fuera derogada en la materia con la entrada en vigencia de la Ley N°13.981,⁹²

⁹¹ Decreto Ley N° 7764/71 (Texto actualizado según Texto Ordenado por Decreto N° 9167/86 y modificatorios).

⁹² Promulgada por Decreto N° 477/09 del 8/4/09. Publicada el 27/04/2009 en el BO N° 26.115.

que regula el subsistema de Contrataciones del Estado de la Provincia de Buenos Aires.⁹³

Por el artículo 2° del Decreto N°1300/16, se aprobaron los niveles de decisión y el Cuadro de Competencias para todos los procesos de contratación de bienes y servicios. Además, se delegó en órganos de nivel inferior la facultad de autorizar los procedimientos, aprobar los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, dejar sin efecto, declarar desierto, fracasado, aprobar y adjudicar, aumentar, disminuir y prorrogar las contrataciones con importes altamente superiores a las delegaciones de competencias previstas en la entonces Ley de contabilidad.

Dicha circunstancia explica por sí sola que, en el ejercicio 2018, se hayan registrado solamente once (11) decretos en la materia.

2. De los once (11) decretos citados, seis (6) se corresponden a ampliaciones de órdenes de compra emitidas en diferentes procesos licitatorios públicos, en el ejercicio de las potestades previstas en el artículo 7° inciso b) del Anexo I del Decreto N° 1300/16.

De las seis (6) ampliaciones citadas, cuatro (4) fueron impulsadas por el Ministerio de Salud (Decreto N° 467/18, Decreto N° 468/18, Decreto N° 700/18, Decreto N° 1670/18), uno (1) por el Ministerio de Justicia (Decreto N° 961/18) y otro (1) por el Ministerio de Desarrollo Social (Decreto N° 1611/18).

Cabe acotar que la decisión de prorrogar –tanto en los contratos de suministros como en los de prestación de servicios (incluya o no un aumento o disminución de la cantidad o nivel de prestaciones contratadas)– debe ser notificada antes de la finalización del contrato originario. Esta situación fija un límite temporal para el inicio del procedimiento que, sumada al hecho de que el procedimiento previsto normativamente es corto y al

⁹³ Entro en vigencia a partir de su reglamentación (artículo 32°), lo cual aconteció a través de la promulgación del Decreto N° 1300/16 (promulgado el 19/10/2016 y publicado el 26/10/2016 BO N° 27895 -Suplemento-).

límite temporal regulado para la emisión de la orden de compra, convierte a este mini proceso en el más eficiente, para los montos de la erogación fiscal que implica.

3. Se registran dos decretos que aprueban documental concursal y autoriza el llamado a Licitación Pública.

Uno impulsado por el Ministerio de Salud (Decreto N° 1752/18), el cual demoró doscientos sesenta y uno (261) días desde el inicio del expediente y el decreto (Decreto N° 702 del 13 de julio de 2018⁹⁴) por el cual se concluyó el procedimiento Licitatorio Público N° 160/16⁹⁵, declarándolo fracasado por razones de oportunidad y conveniencia. Ese procedimiento tardó ochocientos treinta (830) días desde que se inició por el Ministerio de Salud el 08/04/2016⁹⁶ hasta el dictado del Decreto N° 702/18. No obstante cabe acotar que desde su inicio hasta el Decreto N° 667 del 13 de junio de 2016⁹⁷, que autorizó su llamado y aprobó la documental concursal transcurrieron sesenta y seis (66) días y desde dicho acto hasta la apertura de ofertas 31 días. Registrándose el mayor lapso temporal -setecientos veintinueve (729) días- desde la apertura de ofertas hasta el dictado del acto administrativo que decreta fracasado el procedimiento.

El mismo se llevó a cabo bajo el régimen de la derogada ley de Contabilidad N° 7764/71 y su reglamento de Contrataciones.

⁹⁴ El procedimiento tuvo por objeto para la contratación del servicio de racionamiento en cocido con destino a diversos hospitales y Unidades de Pronta Atención (UPA), dependientes de ese Ministerio, por el término de tres (3) meses a partir del 1° de julio de 2016 o fecha posterior aproximada, con opción a una prórroga de tres (3) meses por parte de ese Ministerio y con la posibilidad de aumentar o disminuir hasta un 100 % la cantidad de raciones diarias afectadas al servicio y un presupuesto oficial de \$ 167.685.456

⁹⁵ El artículo 30 de la Ley N° 13.981, establece que *“Todo procedimiento de contratación que al momento de la entrada en vigencia de la presente Ley tuviere dictado el acto administrativo que lo autorice, deberá cumplirse, hasta su total finalización, dentro del régimen previsto en su instrumentación”*

⁹⁶ Fecha de carga en el sistema provincial de expediente de la provincia de Buenos Aires. www.gba.gov.ar

⁹⁷ El mismo fue publicado de manera extractada en el Boletín Oficial el 30/06/2016 (N° 27.814, Suplemento, Página 8) y en el sitio web de la Provincia de Buenos Aires. <http://www.gob.gba.gov.ar>

El segundo decreto (33/18) rectifica la documental licitatoria previamente aprobada por el Decreto N° 944/17, del 10/01/18, registrando un plazo de tramitación de veintiocho (28) días computados a partir del 10/01/18.

Asimismo, se registran tres (3) decretos, los N° 1137/18, 1753/18 y 1868/18, por los cuales se aprueban procedimientos licitatorios públicos (Licitación Pública N° 10/18, la N° 102-0071-LPU18 y la N° 102-0040-LPU18). El primero fue iniciado por la Dirección General de Cultura y Educación y los restantes por el Ministerio de Salud.

El lapso temporal de estos procedimientos licitatorios desde su inicio hasta el dictado del decreto de adjudicación fue de ciento noventa y tres (193), trescientos setenta y siete (377) y trescientos cinco (305) días, respectivamente. Habiéndose realizado todos a través del Sistema de Compras Electrónicas de la Provincia de Buenos Aires (PBAC).

El Decreto N° 1137/18 registra setenta y un (71) días, desde el inicio del expediente hasta el acto aprobatorio de la documentación concursal, y ciento cuatro (104) días, desde la apertura al acto administrativo de adjudicación.

El Decreto N° 1753/18 registra ciento sesenta y un (161) días, desde el inicio del expediente al acto aprobatorio de la documentación concursal, y ciento ochenta y un (181) días, desde la apertura al acto administrativo de adjudicación. El Decreto N° 1868/18, registra ciento un (101) días, desde el inicio del expediente al acto aprobatorio de la documentación concursal, y ciento cincuenta y nueve (159) días, desde la apertura al acto administrativo de adjudicación.

4. Por último, cabe acotar que se registraron dos decretos –el N° 120/18 y el N° 701/18, propiciados por la Dirección General de Cultura y Educación y el Ministerio de Salud, respectivamente– bajo la figura del legítimo abono. Allí, se produce un reconocimiento de gastos por provisión de insumos y/o servicios, sin el correspondiente amparo contractual, estipulado por la Ley N° 13.981 y su Decreto Reglamentario.

Al igual que en las contrataciones, la poca cantidad registrada no obedece a una excelente previsión sino a la delegación de competencias dispuesta en el Decreto N° 1980/16, derogado posteriormente por el Decreto N° 523/18, que no figuraba en la normativa predecesora, Decreto N° 1344/04, en la cual ese tipo de gasto solamente era reconocido por acto del Poder Ejecutivo.

5.a. En materia de contrataciones, estimamos positiva la implementación de los expedientes electrónicos y del Sistema de Compras Electrónicas de la provincia de Buenos Aires (PBAC) en los tiempos de tramitación de las mismas.

En el pasado la gestión electrónica de las compras estatales se limitaba a la publicidad de determinados actos del proceso (ej.: llamado a licitación) y que, una vez cumplidos, el procedimiento continuaba hasta su finalización en soporte papel, haciéndolo más lento y costoso en comparación con el sistema electrónico. Ello, en la actualidad, ha sido superado, pero resta camino para desandar.

La implementación de sistemas de compras públicas electrónicas es un mecanismo estratégico para la ejecución de las políticas públicas. Basta para el caso pensar la premura con la que se requiere determinados bienes y servicios en carteras como las de Salud, Educación o Seguridad. Otro tanto ocurre en los contratos administrativos de obra pública. En efecto, puede que las políticas públicas hayan sido correctamente diseñadas pero el éxito de ésta se encuentra estrechamente ligada a contar, en tiempo y forma, con los elementos para su ejecución.

En ese orden, la implementación de los sistemas electrónicos de contrataciones impacta directamente en la eficacia y eficiencia de los procesos, al reducir –como se dijo– los plazos de tramitación, los insumos requeridos, y los costos que implican el cuidado de la documentación una vez concluido.

Asimismo, a partir de una aplicación generalizada, permite que los particulares se conviertan, primero, en proveedores del estado, mediante el cumplimiento de un proceso para su

calificación como tales. Y, posteriormente, como potenciales adjudicatarios de las licitaciones que el Estado tramite.

Conectado con esto último, es simple darse cuenta que, al menos en el plano teórico, a mayor cantidad de personas calificadas para competir, la Provincia podrá adquirir bienes y servicios de mayor calidad y a mejores precios. El círculo virtuoso se cierra con el impacto positivo en la ciudadanía, pues lo antedicho supone un uso más redituable (razonablemente eficaz) de los fondos públicos.

Ahora bien, para que esto funcione generando las externalidades positivas que se mencionaron precedentemente, es necesario que el sistema y la infraestructura en la que se asientan no permitan la intromisión externa (vulnerabilidad), y de un gerenciamiento estatal adecuado.⁹⁸

Por último, bastará mencionar que esto implica, además, una gestión más transparente.

5.b. Es pertinente mencionar que lo dicho no implica en modo alguno sostener que las contrataciones públicas electrónicas resulten ser perfectas, pero sí que bien gestionadas permite obtener mejores resultados que la denominada “analógica”.

En cuanto a su implementación en la provincia de Buenos Aires podemos aseverar, en función de lo investigado en el presente trabajo y lo dicho con anterioridad, que se encuentra en un grado inicial de desarrollo.

5.c. Desde otro plano, ya en referencia a las contrataciones propiamente dichas, es recomendable evitar generar gastos por la provisión de insumos y/o servicios sin el correspondiente amparo contractual y recurrir al mecanismo de canalizar gestiones que por su naturaleza deban efectuarse a través de los procedimientos previstos por la Ley 13.981, a través del procedimiento de aprobación de un convenio.

⁹⁸ Ligado a lo dicho, debemos poner el foco en la necesidad de contar con una legislación adecuadamente robusta para evitar actos ilícitos (buenas prácticas contractuales). Para un análisis detallado de lo aquí sugerido, entre muchos otros trabajos, ver el siguiente: <https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>

Esta advertencia que bien podría ser considerada atemporal, cobra especial ponderación atento que en el 2018, se dictó el Decreto N° 523 que estableció un nuevo régimen para los denominados legítimos abonos. Si bien excede el punto, diremos que dicha práctica debe ser erradicada de la gestión administrativa por vulnerar flagrantemente la ley.⁹⁹

III.2.7. Convenios

En 2018 se aprobaron por decreto sesenta y dos (62)¹⁰⁰ convenios –incluyendo adendas, modificaciones y prórrogas–, distribuidos por jurisdicción, por organismos descentralizados, por secretarías del Poder Ejecutivo y por organismos de la Constitución, del siguiente modo: Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, cuatro (4); Comisión de Investigaciones Científicas, dieciocho (18); Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, ocho (8); Ministerio de Justicia, cuatro (4); Ministerio de Salud, cuatro (4); Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros, seis (6); Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, tres (3); Organismo Provincial de Integración Social y Urbana, uno (1); Instituto Provincial de Lotería y Casinos, tres (3); Ministerio de Seguridad, cuatro (4); Ministerio de Agroindustria, uno (1); Ministerio de Desarrollo Social, uno (1); Ministerio de Gobierno, uno (1); Ministerio de Economía, uno (1); Secretaría de Derechos Humanos, uno (1); Secretaría Legal y Técnica, uno (1); Tesorería General, uno (1).

⁹⁹ Para un desarrollo particular del Decreto N° 523/18 ver el siguiente trabajo: Taglianetti, Esteban F., *En torno a la figura del legítimo abono en la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Revista de Contrataciones Públicas, Editorial IJ Editores, 2019.

¹⁰⁰ Además, se registraron tres (3) decretos - N° 437/18, 1754/18 y 1865/18- que se analizan en el capítulo correspondiente a subsidios. Ello así, pues si bien en estos decretos referenciados se aprobaron convenios (forma), dicho extremo surge de la normativa de Subsidios, y fueron dados en el marco de dicha actividad de fomento (Decreto N° 467/07).

Cantidad de decretos referidos a Convenios por organismo promotor

Órgano Promotor (superior)	# Decretos
CIC	18
Infraestructura y Servicios Públicos	8
Jefatura de Gabinete de Ministros	6
Ciencia, Tecnología e Innovación	4
Justicia	4
Salud	4
Seguridad	4
Lotería y Casinos	3
OPDS	3
Agroindustria	1
Desarrollo Social	1
Economía	1
Gobierno	1
otro	1
Secretaría de Derechos Humanos	1
Secretaría Legal y Técnica	1
Tesorería General de la Provincia	1
Total	62

A partir del análisis de los mismos, podemos hacer una primera clasificación de acuerdo a si tienen o no contenido económico:

- Sin contenido económico: cincuenta y uno (51) convenios.
- Con contenido económico: once (11) convenios.

En la primera categoría, agrupamos los convenios que, con distintas fórmulas, se refieren a acuerdos, marcos de cooperación y asistencia técnica, colaboración, intercambio y desarrollo, fortalecimiento, capacitación, promoción, investigación, etc.

Siendo para destacar –por la relevancia que tiene para la gestión pública de calidad– el Decreto N° 116/18, que aprobó el Convenio de Colaboración con la Subsecretaría Legal y Técnica de la Nación, con la finalidad de dinamizar el proceso de transformación y modernización del sector público previsto en la Ley N° 14.828. El resto tiene como contraparte a Universidades, organismos públicos (provinciales y nacionales), empresas con participación estatal y organismos internacionales, entre otros.

En el segundo grupo, hacemos referencia, a su vez, a dos situaciones distintas, por un lado, los que tienen afectación presupuestaria directa (prevista en la parte dispositiva del decreto) y, por el otro, los que generan un compromiso económico sin impacto inmediato en el presupuesto del organismo.

Existen cinco (5) convenios con afectación presupuestaria, dictados en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 144° -proemio- de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y de conformidad a los Niveles de Decisión y Cuadro de Competencia para los Procedimientos de Selección de Contratación de Bienes y Servicios, previsto en el Anexo II del Decreto Reglamentario de la Ley N° 13.981. Tres (3) de ellos, impulsados por el Ministerio de Salud (Decretos N° 339/18, N° 340/18 y N° 341/18), uno (1) por el Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros (Decreto N° 1485/18) y el último, por el Instituto Provincial de Lotería y Casinos (Decreto N° 350/18).

Al respecto, debe tenerse presente que, si bien los convenios permiten dar cobertura formal a una gran variedad de actuaciones impulsadas por la Administración Pública, se recomienda que a través de los mismos no se lleven a cabo contrataciones que deban –por su naturaleza jurídica– enmarcarse en la Ley N° 13.981. Ambos instrumentos no deben confundirse, pues las contrataciones de bienes y servicios –regidas por la Ley N° 13.981– no deberían tramitarse bajo el procedimiento que implica la aprobación de un convenio, si la naturaleza jurídica de dicho negocio encuadra en la normativa citada. Recomendamos que las mismas se tramiten conforme a los procedimientos y principios allí establecidos. Por otra parte, los convenios no

deberían tener por objeto prestaciones propias de las contrataciones del Sector Público reguladas en la Ley N° 13.981.

Para los casos que impliquen alguna erogación económica (que, por defecto –y por una poco feliz e histórica costumbre–, suelen encuadrarse en un convenio, a lo que se le suele sumar el artículo 144 -proemio- de la Constitución Provincial), es recomendable que la Administración Pública evite recurrir a dicho mecanismo, so pena de rozar la cornisa de un acto de desviación de poder. Se debe observar una conducta de “buen gestor” de los fondos públicos, justificando de manera amplia la necesidad innegable de satisfacer el interés público, con estudios previos (económicos, técnicos, entre otros).

Por último, relevamos seis (6) convenios con contenido económico sin afectación presupuestaria directa, a saber:

- El Decreto N° 375/18, que aprueba la Revisión “C” –modificación- del Proyecto ARG/15/002 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, denominado “Apoyo a la Implementación del Programa de Saneamiento Ambiental de la Cuenca del Río Reconquista”, aprobado por el Decreto N° 591/15.
- El Decreto N° 965/18, que aprueba la reestructuración de deuda pública, por el cual la Provincia entregará, a la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, un nuevo título de deuda pública por un importe de valor nominal de \$ 4.069.701.053.
- El Decreto N° 39/18, que aprueba el Convenio de Cooperación para la Ejecución de las Obras de Ampliación de la Capacidad del Río Salado -Tramo IV - distintas Etapas.
- El Decreto N° 966/18, que aprueba el Convenio que autoriza la circulación en el territorio de la Provincia de Buenos Aires de un juego de azar (TELE-KINO), con un porcentaje de la venta bruta de cada sorteo a favor de esta.
- El Decreto N° 1098/18, que aprueba el Convenio Marco –celebrado entre el OPISU, el Ministerio de Justicia y

Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires– tendiente a lograr mayor equidad en el acceso a la justicia, en condiciones de igualdad para los habitantes de distintos barrios de la provincia de Buenos Aires.

- El Decreto N° 1838/18, que aprueba la adenda al Acuerdo Marco, suscripta por la Subsecretaría de Coordinación Administrativa del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y el Correo Oficial de la República Argentina S.A., con nuevo cuadro tarifario del servicio postal, que utiliza la Administración Pública Provincial Centralizada y Descentralizada.

III.2.8. Política salarial

III.2.8.1. Procedimiento administrativo

En primer lugar, debemos indicar que el Ministerio de Economía actúa como órgano promotor de la mayoría de los decretos referidos a la materia que se vincula con las políticas salariales y régimen de asignaciones familiares.

El resto, referido a bonificaciones específicas de determinados sectores, se inician en la jurisdicción pertinente. Por su parte, las medidas que se relacionan con la actualización de los haberes mínimos, percibidos por los jubilados y pensionados del IPS, se tramitan por expedientes iniciados en el mentado organismo previsional.

Los expedientes de política salarial *stricto sensu* se caratulan en la Dirección Provincial de Economía Laboral del Sector Público del Ministerio de Economía, incorporándose en el mismo, el acta paritaria firmada por todos los representantes que participaron en la negociación. Luego, se remite a la Dirección Provincial de Asuntos Jurídicos, a efectos de su remisión a los organismos de asesoramiento y control. Recibidas las actuaciones, sin observaciones, se formaliza el acuerdo mediante el dictado del decreto pertinente.

Respecto a la intervención de los organismos de asesoramiento y control, debemos destacar que, en algunos supuestos, intervino solamente la Asesoría General de Gobierno, y en otros, los menos, también lo hicieron la Contaduría General de la Provincia y el Fiscal de Estado. Existe una prédica, no prevista en la normativa aplicable, de que si hay un acta compromiso entre el Gobierno y los gremios, suscripta en el Ministerio de Trabajo, no resulta necesaria la intervención de los mencionados organismos de control. Entendemos que, de conformidad a lo previsto en la Constitución Provincial (artículos 155 y 157) y en el Decreto-Ley N° 7543/69 y modificatoria, estos organismos deben igualmente intervenir.

III.2.8.2. Decretos dictados

Durante el año 2018 se dictaron un total de veinticinco (25) decretos referidos a política salarial, a saber: el Decreto N° 23/18, el N° 24/18, el N° 25/18, el N° 26/18, el N° 27/18, el N° 28/18, el N° 70/18, el N° 71/18, el N° 72/18, el N° 73/18, el N° 96/18, el N° 97/18, el N° 177/18, el N° 412/18, el N° 606/18, el N° 646/18, el N° 647/18, el N° 651/18, el N° 970/18, el N° 1144/18, el N° 1145/18, el N° 1299/18, el N° 1415/18, el N° 1489/18 y el N° 1508/18.

Al respecto, cabe señalar que la mayoría de los Decretos estrictamente de política salarial del año 2018 (con excepción de los docentes, del personal del Poder Judicial, del Jerarquizado Superior y de la Carrera Profesional Hospitalaria, que poseen particularidades distintas) han formalizado los acuerdos paritarios arribados en las audiencias celebradas bajo el marco de la Ley N° 13.453 de negociaciones colectivas, y refieren a los incrementos salariales pautados en el año 2017, incluyendo una cláusula de adecuación salarial.

Lo señalado precedentemente fue una particularidad de la negociación colectiva del año 2017, ya que incluyó, entre los acuerdos, la mentada cláusula de adecuación salarial automática de carácter trimestral –conocida como “cláusula gatillo”– que luego fue transcrita en los decretos que se han tramitado.

Esta cláusula de adecuación salarial consistió en implementar un ajuste trimestral de la pauta salarial del año 2017, en función de la evolución del nivel general del índice de precios al consumidor indicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), determinando que, si dicho índice superaba el incremento salarial acumulado pactado en la negociación, se readecuaría el incremento salarial en el excedente con efecto retroactivo al mes en que se produjo el desfasaje.

La última adecuación fue analizada en el mes de enero de 2018, lo que provocó un ajuste de la pauta en el mes de diciembre de 2017 para todo el personal dependiente de la Administración Pública, quedando las adecuaciones salariales de 2017 formalizadas en su gran mayoría en el Decreto N° 504/19.

La cláusula de adecuación salarial del año 2017 se replicó en las fuerzas de seguridad (Policía y Servicio Penitenciario).

Por último, cabe mencionar que la denominada “cláusula gatillo” se aplicó en julio de 2019, como complemento de la paritaria establecida para el presente año.

III.2.9. Tarifas

En 2018, se registraron dos (2) Decretos con respecto a las tarifas: el N° 211/18, referente al régimen tarifario para la prestación de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales, y el N° 351/18, correspondiente al servicio de electricidad.

Por otra parte, mediante el Decreto N° 385/18 se designó como autoridad de aplicación de la Ley N° 14.906 al Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, a través de la Dirección Provincial de Servicios Públicos -o la repartición que en el futuro la reemplace-, quien tendrá a su cargo el dictado de las normas interpretativas, complementarias y aclaratorias que resulten necesarias.

Por la mencionada Ley, la provincia de Buenos Aires adhirió a la Ley Nacional N° 27.218 sobre “Régimen Tarifario específico para entidades de bien público”, en tal sentido mediante esta

norma se definió un tratamiento particular a aplicar a las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro sujetos de este régimen en relación con el precio que las mismas pagan por los servicios públicos.

III.2.9.1. Decreto N° 211/18: procedimiento administrativo

Los pasos administrativos que se requirieron para la aprobación del Decreto N° 211/18 –que, como señalamos, presenta una modificación del cuadro tarifario– son los siguientes:

a. El área administrativa del organismo promotor inicia las actuaciones incorporando los fundamentos elaborados por parte del concesionario del servicio, atento la modificación de la tarifa solicitada.

b. El Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA), interviene a los fines de convocar a los usuarios del servicio público sanitario a una audiencia pública, con la finalidad de proteger sus derechos de acuerdo a lo establecido en el artículo 9° de la Ley N° 14.745.¹⁰¹

En dicha audiencia el responsable de la concesión del servicio debe informar las causas que motivaron el pedido de readecuación. Corresponde aclarar que el OCABA, era el Organismo de Control del servicio público sanitario encargado de controlar el estricto cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales a cargo de los prestadores del servicio y la defensa de los derechos de los usuarios.

Actualmente la Ley N° 14.989 en su artículo 58 suprimió el referido Organismo, estipulando que todas sus funciones sean absorbidas por la Autoridad del Agua (A.D.A.).

c. Toma intervención la Autoridad del Agua de la provincia de Buenos Aires y elabora un informe técnico sobre los fundamentos esgrimidos por el concesionario, pudiendo realizar observaciones.

¹⁰¹ Norma que sustituyó los incisos d y h del artículo 88 del Anexo del Decreto 878/03 –convalidado por Ley N° 13.154, donde se enunciaban las funciones del organismo.

d. Se da intervención a los organismos de asesoramiento y control: Asesoría General de Gobierno, Contaduría General y Fiscalía de Estado.

e. Con la intervención favorable de los organismos, las actuaciones son remitidas a la refrenda del Ministro promotor.

f. Luego, una vez cumplida la instancia previa, toma conocimiento de los actuados la Secretaría Legal y Técnica y, posteriormente, el Ministro de Jefatura de Gabinete de Ministros refrenda.

g. Por último, pasa a la firma del Gobernador.

Cabe señalar que el proceso administrativo descripto –tomado como punto de partida, la caratulación de las actuaciones y, como punto final, la refrenda del Decreto– tuvo una duración de ochenta y tres (83) días corridos.

III.2.9.2. Decreto N° 351/18: procedimiento administrativo

Con el Decreto N° 351 se estableció la eliminación de impuestos provinciales sobre el consumo de energía, que estaban destinados a Fondos Especiales, tales como el de Desarrollo Eléctrico, el de Grandes Obras Eléctricas Provinciales y el de Obras de Gas.

Es necesario señalar que, debido a este Decreto versó cuestiones tributarias, el organismo promotor de las actuaciones fue el Ministerio de Economía de la provincia de Buenos Aires y no el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, atento el carácter de autoridad en materia de tarifas.

Por lo expuesto, los pasos administrativos que se llevan a cabo para el dictado del Decreto se pueden resumir en los siguientes puntos:

a. El organismo promotor inicia las actuaciones –a través, en este caso, de la Dirección Provincial de Política Tributaria dependiente de la Subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Economía–, incorporando los fundamentos y el proyecto de la norma,

b. Toma intervención la Dirección Provincial de Servicios Públicos, dependiente del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos,

c. Se da intervención a los organismos de asesoramiento y control: Asesoría General de Gobierno, Contaduría General y Fiscalía de Estado.

d. Con la intervención favorable de los organismos, las actuaciones son remitidas a la refrenda del Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos (dado su carácter de autoridad sobre el servicio en cuestión) y del Ministro promotor (Economía).

e. Cumplido, toma conocimiento de los actuados la Secretaría Legal y Técnica, y refrenda el Ministro de Jefatura de Gabinete de Ministros.

f. Por último, pasa a la firma del Gobernador.

Cabe señalar que las actuaciones para la aprobación del Decreto se tramitaron por expediente electrónico y que, de acuerdo a las constancias que obran en el Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDEBA), el Decreto demoró en ser refrendado solo un (1) día.¹⁰²

III.2.10. Convalidación de ordenanzas municipales

III.2.10.1. Breve retrospectiva histórica: Decreto-Ley N° 8912/77 (T.O. y modificatorios)

Debemos recordar que hasta 1977, la falta de normas generales sobre los procedimientos y las condiciones para una mejor y eficiente planificación urbanística, a nivel provincial, generó que los municipios realizaran su propio planeamiento o alteraran los ya sancionados, en razón de los intereses particulares de diversos sectores, admitiendo indicadores cada vez más liberales.

¹⁰² Al respecto, es válido aclarar que, al tratarse de un expediente electrónico, el sistema permite cargar las actuaciones en un día y, considerando que debieron intervenir los tres (3) Organismos de Control y las distintas áreas mencionadas, es factible un análisis de las actuaciones previo.

A partir del Decreto-Ley Nº 8912/77 (T.O. y modificatorias), de ordenamiento territorial y uso del suelo, la provincia cuenta con un cuerpo orgánico de principios y disposiciones referidas al uso del suelo. En este sentido, esta norma se caracteriza por

- Ser el marco normativo provincial dado en materia de ordenamiento territorial y uso del suelo, debiendo sus principios ser respetados por otras leyes complementarias, por reglamentos de alcance general, por ordenanzas municipales y, también, por todo acto administrativo de alcance individual.
- Poner en cabeza del estado provincial la competencia para regular el planeamiento urbano.
- Asignar a los municipios la responsabilidad primaria del planeamiento urbano, afianzando sus atribuciones locales toda vez que les atribuye competencia exclusiva en materia de edificación y zonificación.
- Establece que, en materia de creación y ampliación de núcleos urbanos, subdivisión de la tierra y movilización del suelo urbano las atribuciones son compartidas.

III.2.10.2. Procedimiento administrativo

Desde nuestro punto de vista, los aspectos más relevantes que afectan a nuestras comunas son, por un lado, la subdivisión de la tierra; por el otro, las modalidades de la construcción; también, otro punto importante es la disponibilidad de espacios verdes o de uso público y, finalmente, por mencionar sólo los de mayor peso, el trazado de las vías de circulación vehicular.

El procedimiento administrativo aplicado a este tipo de gestiones puede resumirse de la siguiente manera:

a. El Municipio, en su carácter de responsable primario del ordenamiento territorial, impulsa la propuesta que es acompañada por la siguiente documentación: 1) nota de presentación, con expresión clara, concreta y fundada de la necesidad de la modificación pretendida; 2) memoria descriptiva y/o proyecto urbanístico con la descripción y propuesta técnica del proyecto;

3) planos; 4) certificados de factibilidad y aptitud; 5) informe técnico del área de planeamiento (que necesariamente debe constituirse en cada municipio); y 6) ordenanza sancionada por el Consejo Deliberante y su Decreto promulgatorio.

b. Ingresado el trámite por Mesa General de Entradas, se gira a la Dirección Provincial de Ordenamiento Urbano y Territorial, dependiente -actualmente- del Ministerio de Gobierno. Esta Dirección analiza la documentación presentada: realiza una evaluación técnico-urbanística de la propuesta, verifica el grado de concordancia con los objetivos y estrategias definidos por el Gobierno de la Provincia para el sector, determina si la propuesta se ajusta en un todo al marco normativo. Luego emite su opinión y sus objeciones al respecto.

c. Se remiten los actuados a la Asesoría General de Gobierno, a fin de que emita su dictamen.

d. Por último, en el caso de no existir observaciones, la Gobernación suscribe el decreto de convalidación de la ordenanza municipal y su decreto de promulgación, refrendado por los ministros de Gobierno y de Jefatura de Gabinete de Ministros.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que, conforme a la normativa vigente, corresponde a los municipios remitir, inicialmente, sus proyectos de ordenanzas al Poder Ejecutivo provincial para su evaluación técnico-urbanística y, en caso de no existir observaciones, posteriormente, sancionar la Ordenanza. Sin embargo, en la actualidad persiste la modalidad por la cual los municipios remiten cada ordenanza con posterioridad a su sanción.

III.2.10.3. Decretos dictados

En 2018, el Poder Ejecutivo provincial dictó, en materia de Ordenamiento Urbano, veintidós (22) decretos, convalidando Ordenanzas municipales. Cuatro (4) fueron de General Pueyrredón (Decretos N° 407/18, N° 408/18, N° 756/18 y N° 1487/18); tres (3), de Pergamino (Decretos N° 636/18, N° 642/18 y N° 1486/18); tres (3), de San Nicolás de los Arroyos (Decretos N° 273/18,

N° 382/18 y N° 704/18); dos (2), de Tandil (Decretos N° 198/18 y N° 518/18); uno (1), de Berazategui (Decreto N° 654/18); uno (1), de Benito Juárez (Decreto N° 404/18); uno (1), de Chivilcoy (Decreto N° 440/18); uno (1), de La Plata (Decreto N° 1029/18); uno (1), de Pilar (Decreto N° 272/18); uno (1), de Tres de Febrero (Decreto N° 519/18); uno (1), de Vicente López (Decreto N° 705/18); uno (1), de General Rodríguez (Decreto N° 409/18); uno (1), de Azul (Decreto N° 1203/18) y uno (1), de Baradero (Decreto N° 1479/18).

A su vez, de estos veintidós (22) decretos: fueron caratulados siete (7) en el Ministerio de Gobierno; doce (12) en el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, y tres (3) en el Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros.

Convalidación ordenanzas municipales por organismo promotor y por partido

Órgano Promotor	# Decretos
☐ Gobierno	5
Berazategui	1
General Pueyrredón	1
Pergamino	1
San Nicolás de los Arroyos	1
Tandil	1
☐ Infraestructura y Servicios Públicos	10
Benito Jurez	1
CHIVILCOY	1
General Pueyrredón	1
La Plata	1
Municipalidad de General Pueyrredón	1
Pergamino	1
Pilar	1

Tandil	1
TRES DE FEBRERO	1
Vicente López	1
<input type="checkbox"/> Jefatura de Gabinete de Ministros	1
Municipalidad de General Rodríguez	1
<input type="checkbox"/> otro	6
Azul	1
Baradero	1
General Pueyrredón	1
Pergamino	1
San Nicolás	2
Total	22

Finalmente, podemos observar una significativa disparidad en los plazos de tramitación de dichos decretos convalidatorios, pues varían de nueve (9) a tres mil ciento sesenta y siete (3167) días, como ocurre con las convalidaciones de los municipios de General Pueyrredón y Vicente López, respectivamente. La situación planteada puede obedecer a diferentes causas que podrían englobarse en:

- Cuestiones técnico-administrativas, por ejemplo, observaciones a nivel provincial de los organismos de contralor o del área técnica, que requieran rectificación por parte del municipio (ya sea de planos, de indicadores urbanísticos, entre otros), motivo por el cual el trámite vuelve a la comuna en más de una ocasión. Otro caso puede ser la falta de documentación o la existencia de documentación vencida, debiendo el municipio gestionar nuevos certificados ante el organismo correspondiente.
- Cuestiones político-institucionales, por ejemplo, que el Consejo Deliberante demore en sancionar la ordenanza, ya sea porque no se encuentre sesionando o por no contar con el *quorum* requerido.

III.2.11. Subsidios

III.2.11.1 Procedimiento administrativo

El Decreto N° 467/07 aprueba el reglamento para el otorgamiento de subsidios de la Provincia que se atiende con cargo a créditos globales del presupuesto, sin destino específico. La normativa en cuestión establece, como beneficiarias del régimen, a personas humanas y jurídicas, destacándose entre estas últimas a instituciones o entidades de bien público, instituciones religiosas y Municipios.

Como todo procedimiento de fomento, los requisitos se distinguen en relación al sujeto que las peticona. Así, el Decreto aprueba, para cada grupo en particular, un formulario tipo al cual deberán ajustarse.

Atentos a la importancia institucional y económica que tienen estos procedimientos, diremos que, en el caso de los Municipios, las solicitudes de subsidios se presentarán en nota simple rubricada por el Intendente o funcionario competente, conforme la materia, y, en lo posible, serán acompañadas por los estudios, proyectos o documentos que sustenten el requerimiento y puedan ilustrar de la mejor forma la decisión provincial.

Por otra parte, cabe acotar que los pedidos de subsidio tramitados a partir de una solicitud de la parte interesada podrán presentarse directamente ante el Poder Ejecutivo o la Jurisdicción correspondiente según la materia de que se trate y la competencia prevista en la Ley de Ministerios vigente. Sin perjuicio de esto, se tramitarán, en la Secretaría General de la Gobernación, todos los subsidios que el Poder Ejecutivo decida otorgar, con los créditos determinados, a la jurisdicción de la Gobernación. Cuando proceda, deberán otorgarse mediante la previa suscripción del Contrato de Comodato o del Convenio, según corresponda (ver Decreto N° 467/07, anexos III y IV).

Sentado ello, debemos señalar que el proceso se unifica para los distintos requirentes en los siguientes pasos:

a. El organismo promotor, a través de su área administrativa, inicia las actuaciones incorporando los fundamentos. Es pertinente destacar que las jurisdicciones deben manifestar si auspician o no el requerimiento. En caso positivo, deberá evaluar el impacto que dicha acción traerá en las instituciones o municipios, además de la propia valoración de los extremos acompañados por éstos.

b. El área correspondiente toma la imputación preventiva del gasto y, en caso de que se difiera el gasto, debe ser comunicado a la Dirección Provincial de Presupuesto Público.

c. La Dirección Provincial de Subsidios y Subvenciones, dependiente del Ministerio de Economía, toma intervención de acuerdo a su competencia.

d. Se da intervención a los organismos de asesoramiento y control: Asesoría General de Gobierno, Contaduría General y Fiscalía de Estado.

e. Con la intervención favorable de los organismos, las actuaciones son remitidas, luego, a la refrenda del Ministro promotor.

f. Posteriormente, una vez cumplida la instancia anterior, la Secretaría Legal y Técnica toma conocimiento de los actuados y el Ministro de Jefatura de Gabinete de Ministros refrenda el procedimiento pedido.

g. Por último, el Gobernador firma el decreto.

III.2.11.2. Decretos dictados

Habiendo descripto detenidamente el proceso, diremos que, durante el período analizado, el Poder Ejecutivo suscribió trece (13) decretos otorgando subsidios a personas humanas y jurídicas. La baja cantidad de actos administrativos emitidos se justifica porque, en su mayoría, estas subvenciones son otorgadas por los Ministros.

Es interesante remitirnos al artículo 6 del Decreto N° 349/18¹⁰³ -que determina el marco normativo general para ser

¹⁰³ Modificado por Decreto N° 754/18.

aplicado a la Programación Presupuestaria durante el ejercicio 2018- pues allí se indica que los subsidios para la financiación de los gastos corrientes y los gastos de capital –imputables al Inciso 5¹⁰⁴ y que se otorguen en el marco de, por un lado, los actos administrativos de excepción al artículo 15 del Decreto N° 467/07 y modificatorios y, por el otro, de lo dispuesto por el artículo 16 de la misma norma legal, cuyos montos superen, individualmente considerados, la suma de pesos quinientos mil (\$ 500.000)– deberán ser aprobados por el Poder Ejecutivo, previa intervención de la Dirección Provincial de Presupuesto Público dependiente de la Subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Economía.

III.2.11.3. Análisis de los decretos

A fin de profundizar en determinados detalles de los decretos dictados durante el 2018, a continuación, ofreceremos una enumeración ordenada en forma creciente, según los montos otorgados, estableciendo asimismo quién lo aprueba y a qué está destinado el subsidio.

Ministerio de Economía. Monto total: \$ 700.000.

- Decreto N° 1836/18: Se otorgó a favor de la Municipalidad de Pellegrini, por la suma de pesos setecientos mil (\$700.000), con destino a la adquisición de un carretón.

Ministerio de Agroindustria. Monto Total: \$ 1.111.737,⁵⁷

- Decreto N° 1030/18: Los fondos fueron destinados al equipamiento de un frigorífico, sito en la localidad de Cardenal Cagliero, del partido de Patagones, por un monto de pesos quinientos diecisiete mil novecientos sesenta y uno, con cincuenta y siete centavos (\$ 517.961,⁵⁷).

¹⁰⁴ El Manual de Clasificadores Presupuestarios para el Sector Público Provincial conceptualiza el Inciso 5 –Transferencias, como “Gastos que corresponden a transacciones que no suponen la contra prestación de bienes o servicios y cuyos importes no son reintegrados por los beneficiarios”, e incluye subsidios para atender gastos corrientes y de capital del sector privado y público (provincial, municipal y nacional).

- Decreto N° 1867/18: Los fondos fueron destinados a construcción de una sala extracción y fraccionamiento de miel en el Parque Apícola Municipal de Tornquist, por un monto de pesos quinientos noventa y tres mil setecientos setenta y seis (\$ 593.776).

Secretaría de Derechos Humanos. Monto total: \$ 1.466.000

- Decreto N° 1754/18: Se aprobó un Convenio, con el Equipo Argentino de Antropología Forense Asociación Civil, y se otorgó la suma de pesos un millón cuatrocientos sesenta y seis mil (\$1.466.000), a fin de solventar gastos de trabajos que realizaron en la Provincia, en el marco de causas judiciales.

Ministerio de Gobierno. Monto Total \$ 6.800.000

- Decreto N° 437/18: Mediante un Convenio suscripto con la Asociación Criolla Argentina se otorgó un subsidio por la suma de pesos un millón ochocientos mil (\$ 1.800.000), con destino a solventar los gastos que demandara la realización de la Fiesta del Día Nacional del Gaucho.

- Decreto N°1837/18: Se otorgó un subsidio a la Municipalidad de Saladillo, por la suma de pesos cinco millones (\$ 5.000.000), con destino a solventar los gastos que demande una obra de Repavimentación.

Ministerio de Desarrollo Social. Monto Total: \$ 17.491.550

- Decreto N° 703/18: El subsidio tuvo como finalidad solventar el gasto en concepto de Apoyo Económico para el desarrollo de la Etapa Final de los “Juegos Bonaerenses 2017”, con destino a los Municipios de Bahía Blanca, La Matanza y La Plata, por un monto total de pesos seis millones doscientos cincuenta y seis mil trescientos cincuenta (\$ 6.256.350).

- Decreto N° 1755/18: Se otorgó un subsidio a favor de los Municipios de Bahía Blanca, General Villegas, La Matanza, La Plata, Moreno y Pergamino, por la suma total de pesos once millones doscientos treinta y cinco mil doscientos (\$ 11.235.200), a efectos de solventar el gasto en concepto de “diferencia” - Apoyo Económico por el desarrollo de la Final Provincial de los Juegos Bonaerenses 2018.

Ministerio de Producción. Monto Total \$ 27.580.263

- Decreto N° 962/18: Para el alquiler, por el término dos (2) años, de un inmueble para la instalación de un mercado fijo en el ámbito del Municipio de Pilar, por la suma de pesos ochocientos treinta y siete mil ciento veinte (\$ 837.120).

- Decreto N° 1756/18: Para refacción y puesta en valor de un inmueble, en la ciudad de La Plata, en el cual se planeaba instalar un mercado fijo, por la suma de pesos dos millones doscientos diez mil (\$ 2.210.000).

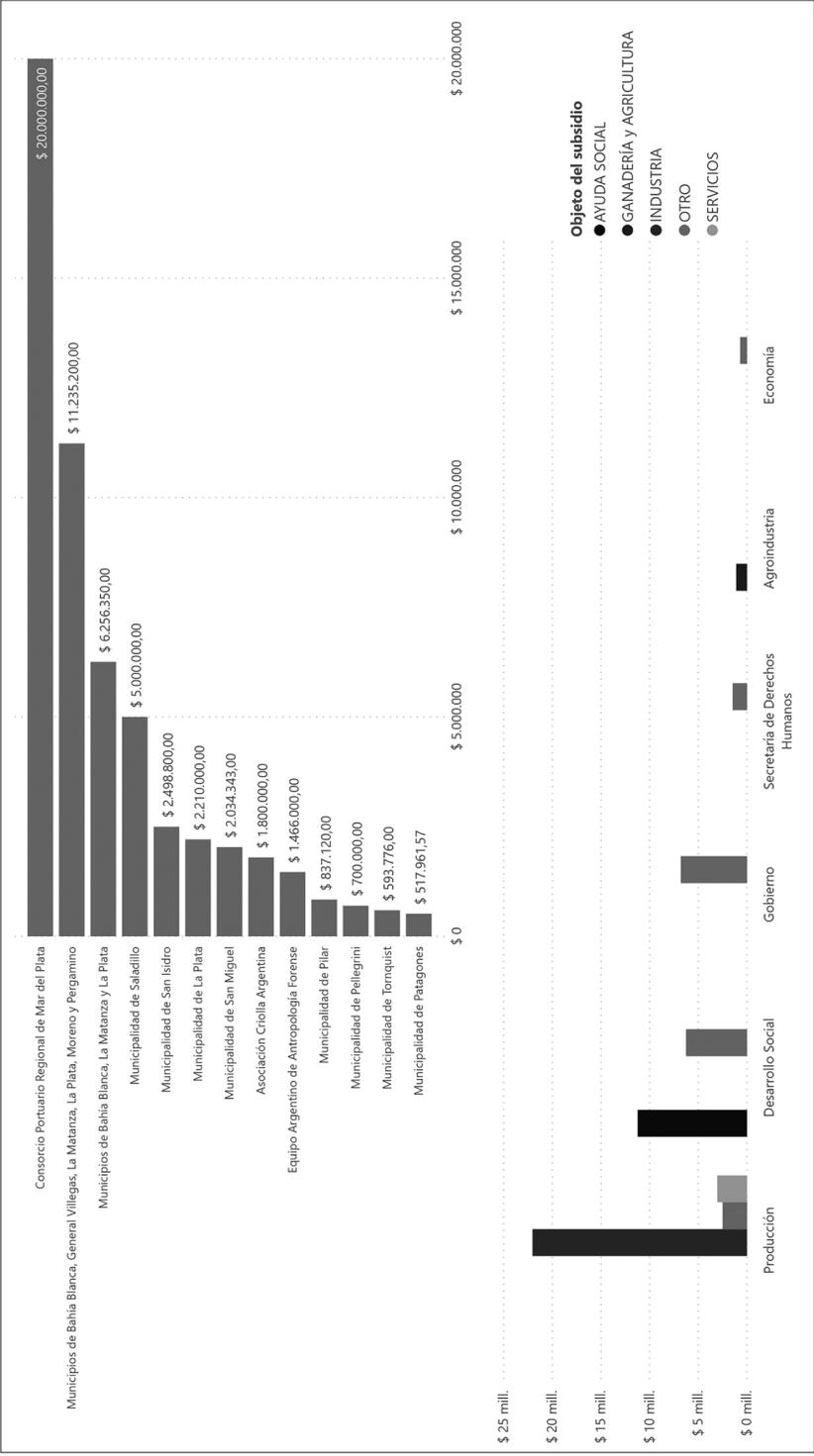
- Decreto N° 1835/18: Refacción y puesta en valor de un inmueble, en el ámbito de la Municipalidad de San Isidro, para la instalación de un mercado fijo, por la suma de pesos dos millones cuatrocientos noventa y ocho mil ochocientos (\$ 2.498.800).

- Decreto N° 1865/18: Convenio suscripto con el Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata, por el cual se otorgó un subsidio por la suma de pesos veinte millones (\$ 20.000.000), para el mantenimiento de las instalaciones del Puerto Mar del Plata.

- Decreto N°1866: Alquiler, refacción y puesta en valor de un inmueble, ubicado en el municipio de la Municipalidad de San Miguel, para la instalación de un mercado fijo, por la suma de pesos dos millones treinta y cuatro mil trescientos cuarenta y tres (\$ 2.034.343).

Teniendo en cuenta este detalle, podemos señalar que el monto total en subsidios otorgado durante el 2018, es de pesos cincuenta y cinco millones ciento cuarenta y nueve mil quinientos cincuenta con cincuenta y siete centavos (\$55.149.550,57).

En las ilustraciones de la página siguiente vemos detallados los **subsidios por beneficiario y monto**, en primer lugar, y luego los **decretos referidos a subsidios por organismo promotor y sector beneficiario**.



Por último, a fin de determinar el tiempo que demanda la refrenda de los decretos en cuestión, se expondrá el tiempo que insumió cada procedimiento. Al respecto cabe aclarar que como fecha de inicio de las actuaciones se ha considerado la datación registrada en el buscador público de consultas de expedientes y, como instancia final, se ha tomado la fecha del decreto. Con el propósito de ofrecer un análisis más claro, establecimos los siguientes rangos de días a fin de agruparlos:

1) Rango de 60 a 103 días:

- Ministerio de Producción (Decreto N° 1865: 60 días; Decreto N° 1866: 102 días).
- Secretaría de Derechos Humanos (Decreto N° 1754: 71 días).
- Ministerio de Desarrollo Social (Decreto N° 1755: 103 días).

2) Rango de 140 a 185 días:

- Ministerio de Producción (Decreto N° 1756: 140 días; Decreto N° 1835: 178 días).
- Ministerio de Economía (Decreto N° 1836: 185 días).

3) Rango de 257 a 294 días:

- Ministerio de Agroindustria (Decreto N° 1867: 257 días).
- Ministerio de Desarrollo Social (Decreto N° 703: 294 días).

4) Rango de 329 a 765 días:

- Ministerio de Producción (Decreto N° 962: 329 días).
- Ministerio de Gobierno (Decreto N° 437: 398 días; Decreto N° 1837: 765 días).
- Ministerio de Agroindustria (Decreto N° 1030: 420 días).

Al respecto, observamos que los decretos que se tramitaron en un expediente físico tuvieron un procedimiento que duró en promedio trece (13) meses hasta la firma del decreto, mientras que los que se gestionaron por expediente electrónico fueron de un promedio de cuatro (4) meses. Es decir, el uso de

procedimientos digitales agiliza el trámite y minimiza en un 69% los tiempos implicados en comparación con la duración del proceso mediante un expediente físico.

III.2.11.4. Sugerencias de modernización

Con base en la investigación realizada consideramos que debería actualizarse la normativa que rige sobre el otorgamiento de subsidios en orden de lograr mayor eficacia, eficiencia y transparencia en la materia.

En ese marco, sería importante redefinir el procedimiento administrativo, incorporando el uso de las nuevas tecnologías con el objeto de agilizar el trámite, tanto para el otorgamiento del subsidio como para su posterior rendición de cuentas. A tal fin podría utilizarse el Portal de Trámites de la Provincia¹⁰⁵, publicando en él los requisitos según el tipo de beneficiario, cargando los formularios de solicitud e incluso podría iniciarse el trámite a través del Módulo de Tramitación Online. La misma plataforma permite, además, la presentación de la rendición parcial o total de los fondos recibidos.

Otra herramienta que puede resultar de utilidad es el Registro Legajo Multipropósito (RLM) de GDEBA que permite registrar los subsidios otorgados y clasificarlos por beneficiario, organismo promotor o la variable que se defina y, a su vez, puede ser potenciado mediante el uso del Tablero de Control, que permite realizar estadísticas y seguimiento de los trámites iniciados, en curso y finalizados. Estas herramientas dotarán de transparencia y permitirán el control de los subsidios otorgados además de evitar la duplicidad de peticiones.

Por otro lado, en virtud de los frecuentes períodos inflacionarios que atraviesa nuestro país, entendemos necesario reemplazar los límites expresados en dinero por valores de referencia actualizables, como ocurre con las Unidades de Contratación (UC)

¹⁰⁵ <https://portal.gba.gob.ar/web/portal/>

del procedimiento de contratación de bienes y servicios¹⁰⁶. Ello así, en tanto la fijación de límites en moneda de curso legal acarrea el atraso de los montos -con su consecuente distorsión- o bien, la necesidad de modificar el decreto frecuentemente, generando así un innecesario dispendio de actividad administrativa.

Finalmente, consideramos esencial poner a disposición de la ciudadanía la información relativa a los subsidios otorgados tanto por el Poder Ejecutivo como por los restantes funcionarios autorizados al efecto. Dado el carácter eminentemente discrecional de la facultad, es necesario que los ciudadanos cuenten con rigurosos mecanismos de control del destino que el poder político asigna al caudal de fondos públicos que cada año se concede en carácter de subsidios. A tal fin, debería publicarse en el Portal de Datos Abiertos de la Provincia¹⁰⁷ cada subsidio otorgado, con indicación clara y precisa del beneficiario, el objeto, el monto, la autoridad otorgante, el estado de la rendición y cualquier otro dato que pueda facilitar el control ciudadano.

III.2.12. Emergencia agropecuaria

La Ley N° 10390 crea, en el ámbito del Ministerio de Asuntos Agrarios, la Comisión de Emergencia y Desastre Agropecuario de la Provincia de Buenos Aires, otorgándole la función de proponer al Poder Ejecutivo -previa verificación- la declaración de emergencia o desastre agropecuario con carácter individual, respecto de aquellos productores que resulten afectados.

¹⁰⁶ El artículo 9° bis de la Ley N° 13.981 crea la "Unidad de Contratación" (UC) como medida de valor expresado en moneda de curso legal que emplearán las jurisdicciones para determinar el monto de los contratos comprendidos en el régimen establecido por dicha norma. Asimismo, dispone que el valor en moneda de curso legal de cada "Unidad de Contratación", será fijado y actualizado anualmente por la Autoridad de Aplicación que el Poder Ejecutivo haya designado o designe, en función de la variación del Índice de Precios Internos al Por Mayor, Nivel General, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos. Actualmente la Autoridad de Aplicación es la Contaduría General de la Provincia, quien fijó el valor en \$ 50 mediante Resolución N° 12/19.

¹⁰⁷ <https://www.gba.gob.ar/datosabiertos>

Los estados de emergencia y desastre agropecuario serán declarados por Decreto del Poder Ejecutivo Provincial y las declaraciones de emergencia o desastre individual, por Resolución del Ministerio de Asuntos Agrarios.

III.2.12.1. Procedimiento administrativo (Decreto reglamentario N° 7282/18)

El Decreto Reglamentario N° 7282/86 determina el procedimiento administrativo a seguir para proponer la declaración de emergencia o desastre agropecuario con carácter individual.

Sintéticamente, los pasos son los siguientes:

a. La solicitud de declaración del estado de emergencia o desastre agropecuario o su prórroga, deberán ser formalizadas por el Intendente Municipal del partido afectado, en base a los requerimientos formulados por productores agropecuarios, entidades que les representan, o bien, por iniciativa del Municipio o de la Comisión Local, si ya existiere en el partido. Igual procedimiento se adoptará en los casos en que se solicite una emergencia con carácter individual.

b. La Comisión de Emergencia y Desastre Agropecuario sugerirá al Poder Ejecutivo la declaración o prórroga del estado de emergencia agropecuaria.

c. Los productores afectados deberán presentar, ante el Municipio correspondiente, un formulario con carácter de declaración jurada, habilitado al efecto por la Comisión de Emergencia y Desastre Agropecuario.

d. En caso de dictarse una prórroga del período de emergencia o desastre, los afectados deberán presentar, ante el Municipio correspondiente –y dentro del término fijado para ello–, el formulario de ratificación de la declaración jurada habilitado al efecto, que tendrá el mismo carácter.

e. Recibida la declaración jurada o su ratificación, el Municipio dará intervención a la Comisión Local de Emergencia, la que determinará el porcentaje de afectación correspondiente.

f. Aprobada la presentación, la Intendencia Municipal otorgará una constancia de recepción al interesado y remitirá las declaraciones juradas y ratificaciones presentadas al organismo específico del Ministerio de Asuntos Agrarios, quien –previa evaluación– otorgará el “Certificado de Emergencia o de desastre agropecuario”.

III.2.12.2. Decretos dictados

En 2018, se dictaron un total de cinco (5) decretos, de los cuales tres (3) fueron ratificando resoluciones que han declarado y/o prorrogado el estado de Emergencia y/o Desastre Agropecuario, y dos (2) declarando la misma. A continuación, haremos una breve descripción de los mismos, estableciendo en cada caso el lapso que duró el procedimiento:

- Decreto N°1291/18, plazo: 115 días

Ratifica las Resoluciones N° 41/16, N° 64/16, N° 162/16 y N° 163/16 del Ministerio de Agroindustria, por las que se ha declarado y/o prorrogado el estado de Emergencia y/o Desastre Agropecuario de carácter Individual, para las parcelas rurales afectadas por inundación y/o secuelas en los partidos de Trenque Lauquen, General Viamonte y Coronel Dorrego de la Provincia de Buenos Aires

- Decreto N° 383/18, plazo: 8 días

Declara el estado de Emergencia y/o Desastre Agropecuario para las explotaciones rurales (alcanzando, exclusivamente, a aquellos productores que desarrollen como actividad principal la explotación agropecuaria) afectadas por sequía en los partidos de Alberti, Bolívar, Bragado, Coronel Suárez, Daireaux, Exaltación de la Cruz, General Alvear, General La Madrid, Guaminí, Navarro, 9 de Julio, Olavarría, Saavedra, Saladillo, Tornquist y 25 de Mayo, por el período tres meses (02/01/18 al 30/04/18).

- Decreto N° 438/18, plazo: 6 días

Declara el estado de Emergencia y/o Desastre Agropecuario para las explotaciones rurales (alcanzando, exclusivamente, a

aquellos productores que desarrollen como actividad principal la explotación agropecuaria) afectadas por sequía en los partidos de Benito Juárez, Cañuelas, Chacabuco, General Las Heras, General Viamonte, Laprida, Lobos, Luján, Marcos Paz, Roque Pérez, San Antonio de Areco, Tandil y Tapalqué, por período de tres meses (02/01/18 al 30/04/18).

- Decreto N° 1612/18, plazo: 162 días

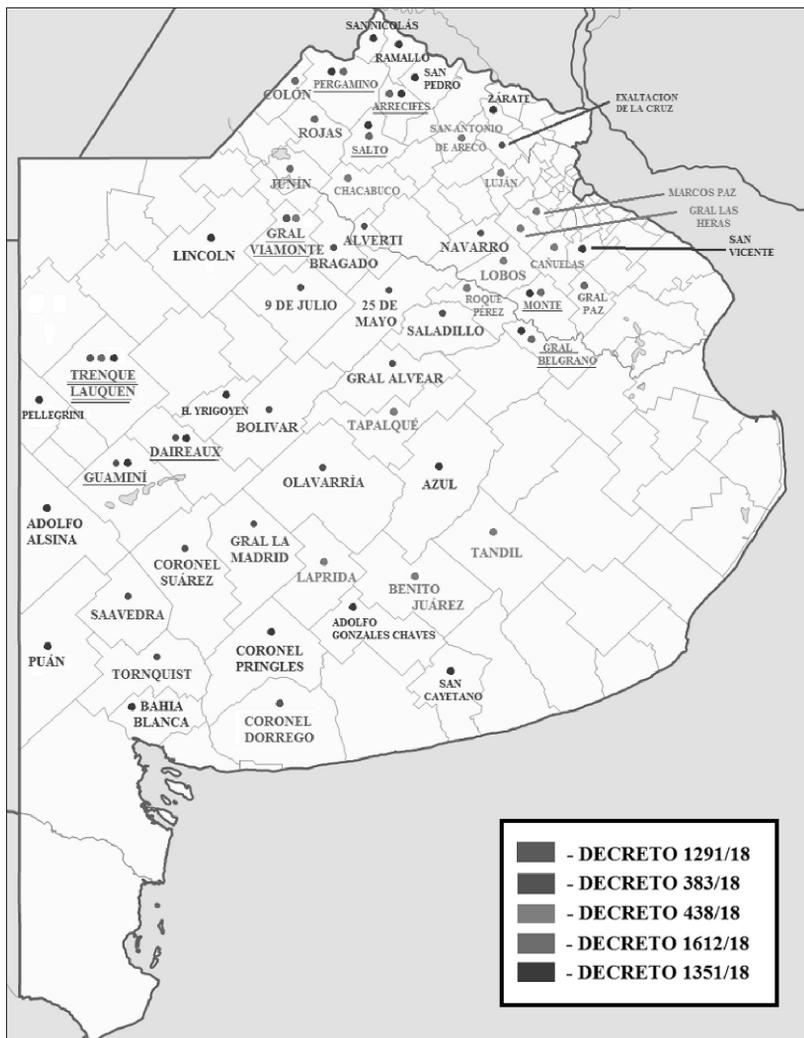
Ratifica las Resoluciones, N° 53/17, N° 87/17, N° 103/17, N° 1/17 E, N° 2/17 E, N° 43/17 E, N° 221/17 E, N° 222/17 E, N° 223/17 E y N° 224/17 E por las que se ha declarado y/o prorrogado el estado de Emergencia y/o Desastre Agropecuario de carácter Individual, para las parcelas rurales afectadas por inundación y/o secuelas y tornado en los partidos de Junín, Trenque Lauquen, Colón, Rojas, Arrecifes, Pergamino, General Belgrano, Monte, Salto y General Paz de la Provincia de Buenos Aires.

- Decreto N°1351/18, plazo: 14 días

Ratifica las Resoluciones N° 141/18, N° 175/18 y N° 204/18, por las que se ha declarado el estado de Emergencia y/o Desastre Agropecuario de carácter Individual, para las parcelas rurales afectadas por inundación y sequía en los partidos de Daireaux, Hipólito Yrigoyen, Guaminí, Adolfo Alsina, Adolfo Gonzales Chaves, Arrecifes, Azul, Bahía Blanca, Coronel Pringles, General Belgrano, Lincoln, Monte, Pellegrini, Pergamino, Púan, Ramallo, Salto, San Cayetano, San Nicolás, San Pedro, San Vicente, Trenque Lauquen y Zárate de la Provincia de Buenos Aires.

A modo de conclusión, podemos destacar que las respectivas gestiones fueron propiciadas por el Ministerio de Agroindustria, por medio de expedientes en soporte papel y que los plazos de tramitación fueron dispares, las ratificaciones van de catorce (14) a ciento sesenta y dos (162) días, mientras que las declaraciones promediaron los siete (7) días.

Mapa de la Prov. de Buenos Aires. Zona de referencia por decreto



IV. Palabras finales

A lo largo del presente estudio, en el que abordamos analíticamente los decretos provinciales emitidos por la Gobernadora bonaerense durante el 2018, buscamos subsanar una

serie de carencias cognoscitivas relativas al análisis del actual funcionamiento de la Administración Pública. En este sentido, nuestro trabajo partió de las siguientes consideraciones: por un lado, la complejidad del funcionamiento administrativo y la escasa información relativa al modo en que se concretan los distintos procesos implicados y, por el otro, el hecho de que –hasta el momento– no se había llevado a cabo un relevamiento detallado de la actuación gubernamental, en lo que respecta –específicamente– a la emisión de decretos. Frente a este estado de situación, nuestra investigación buscó ordenar y compactar los datos disponibles, a fin de generar información relevante, mediante la cual quedarán visibilizadas las tareas administrativas previas al dictado de estos documentos.

Para llevar a cabo nuestro análisis, recurrimos a las estadísticas públicas, que nos permitieron obtener un panorama de la situación actual y definir, a su vez, parámetros de la gestión. En términos generales, el análisis y el control de los datos relevados permiten, desde nuestro punto de vista, controlar y, al mismo tiempo –en caso de ser necesario–, tomar medidas correctivas para obtener resultados diferentes. Al respecto, creemos que, con el actual sistema público de acceso a la información de la gestión gubernamental, se inicia un nuevo ciclo que le permite al ciudadano no sólo conocer información específica sobre la administración del gobierno vigente, sino también, por ello mismo, incrementar su participación en la cosa pública.

A fin de comprender el funcionamiento del complejo sistema administrativo público de la Provincia, se relevaron los diferentes procesos implicados con el objeto de analizar la situación actual, así como también, de visibilizar los aspectos críticos y de plantear alternativas más eficaces y eficientes. De esta forma, y a modo de ejemplo, de la compulsa de las actuaciones en lo que respecta al área de las contrataciones, observamos –mediante un análisis transversal de los procesos administrativos– la existencia de una marcada asimetría. Para evitar este tipo de desajustes, nuestra investigación buscó, justamente, estandarizar los procesos y resultados, a fin de optimizar los recursos –tanto

materiales como inmateriales–, agilizar los procedimientos, dotarlos de previsibilidad y facilitar el control. En este sentido, arribamos a la conclusión de que es sumamente necesario profundizar en el empleo de las TIC –es decir, de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación– dado que los beneficios que ofrece son múltiples, ya que, entre otras cuestiones, genera la reducción en los plazos de espera, mejora la transparencia de procesos, permite el ahorro de costos, reduce las barreras geográficas, impulsa la eficacia y eficiencia, mejora la calidad del producto final y facilita el diseño y parametrización de las políticas públicas. De allí, que estamos convencidos de que la provincia debe avanzar en esta línea con el objetivo de adaptar la Administración a las actuales exigencias.

Para finalizar, queremos subrayar que la presente investigación pretende erigirse como un estudio minucioso de la problemática referenciada, ofreciendo –en cada caso– las pautas para futuras mejoras de los procesos involucrados, en pos de facilitar el escrutinio público de la información generada y ser insumido para la optimización de futuras gestiones.

Programa de investigación-acción sobre Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Autonomía de la Defensa; representación del interés público ante conflictos de intereses y defensa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales ante el Fuero Contencioso Administrativo provincial

*Pablo Octavio Cabral*¹

*María Cecilia Rita Villegas*²

*Guillermo Raúl Moreno*³

*Matías Alejandro Sucunza*⁴

*Alejandro Medici*⁵

Universidad Nacional
de la Plata, Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 635-696

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e348>

¹ Abogado, especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP), Director de la Revista Derechos en Acción, integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico de la UNLP. Email: pablooctaviocabral@yahoo.com.ar

² Abogada, egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, integrante del Ministerio Público de la Nación y del Centro de Investigación en Derecho Crítico de la UNLP.

³ Abogado, adjunto cátedra III de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Editor Ejecutivo de la Revista Derechos en Acción, integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico de la UNLP.

⁴ Abogado (UNLP), especialista en Derecho Procesal Profundizado, especialista en Derecho Administrativo Económico, integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico de la UNLP. Email: sucunzamatias@gmail.com

⁵ Profesor Titular de Derecho Político en UNLP y UNLPam, Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Investigador categoría I del sistema de incentivos, Miembro del GT CLACSO Pensamiento Jurídico Crítico. Director del Centro de Investigación en Derecho Crítico de la UNLP.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>

<https://orcid.org/0000-0002-8740-4723>

<https://orcid.org/0000-0002-6334-659X>

<https://orcid.org/0000-0003-3858-9757>

<https://orcid.org/0000-0002-9409-8744>

Sumario: I. Presentación. II. Equipo de trabajo. III. Metodología. IV. Acciones en el marco del programa. 1. Proyecto de Investigación sobre las herramientas para lograr la justiciabilidad de los derechos sociales (ABDA, 2007). 2. Creación de la Secretaría de Protección de Nuevos derechos en la Defensoría General de San Nicolás. 3. Presentación de una propuesta de reforma legislativa al Segundo Encuentro Políticas Públicas para la provincia de Buenos Aires. 4. Presentación del proyecto de ley de reforma de la ley orgánica del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires (Expte. D-1373/13-14). V. Líneas de investigación-acción: 1. Autonomía de la defensa pública. 2. La representación del Interés Público ante conflictos de intereses. 3. La defensa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en el Fuero Contencioso Administrativo. 4. Políticas de género en el Ministerio Público bonaerense. VI. Fundamentación: 1. Regulación constitucional y legal. 2. Proyectos de reforma de la ley orgánica del Ministerio Público provincial. 3. Suspensión cautelar de la ley 14.442. Sentencia de la SCBA en la Causa I. 72.447 "Procuradora General contra Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad ley 14.442". VII. Actividades: 1. Mesa de discusión. 2. Jornada "El Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires". 3. Conversatorio. 4. Propuesta legislativa. 5. Propuesta de modificación constitucional por enmienda. VIII. Bibliografía.

I. Presentación

El presente programa de investigación acción del Centro de Investigación en Derecho Crítico -CIDERCRI- de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, tiene por objeto abordar la problemática del "**Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Autonomía de**

la defensa; representación del interés público ante conflicto de intereses y defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Fuero Contencioso Administrativo provincial".

Los contornos institucionales del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires se encuentran desdibujados por una incompatibilidad de su regulación constitucional local con el sistema nacional e internacional de protección de Derechos Humanos, y por la existencia de una incertidumbre respecto del régimen normativo vigente.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, CP) regula la institución en su artículo 189⁶, que -a diferencia del art. 120 de la Constitución Nacional (en adelante, CN)- crea un Ministerio Público en cabeza del Procurador y Subprocurador General, sin reconocerle independencia, autonomía funcional ni autarquía financiera. Organismos internacionales de Derechos Humanos observaron que, encontrándose la defensa y acusación penal bajo una misma autoridad, se violentaba la independencia y autonomía de la Defensa Pública afectando garantías del debido proceso adjetivo.

A fin de otorgarle dicha autonomía a la defensa pública, a comienzos del año 2013, la legislatura provincial reemplazó la ley orgánica del Ministerio Público vigente (Ley N° 12.061) sancionando en su reemplazo la Ley N° 14.442⁷. Esta nueva normativa fue impugnada judicialmente por la entonces Procuradora General y suspendida en sus efectos por una medida cautelar dispuesta

⁶ Artículo 189.- El Ministerio Público será desempeñado por el Procurador y Subprocurador General de la Suprema Corte de Justicia; por los Fiscales de Cámaras, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de las Cámaras de Apelación; por agentes fiscales, asesores de menores y defensores de pobres y ausentes, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de primera instancia. El Procurador General ejercerá superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público.

⁷ Texto modificado por Ley 14613 que creó el Cuerpo de Magistrados Suplentes y por Ley 14687, que creó Unidades Funcionales de Instrucción y Juicio especializadas en Violencia Institucional.

por la Suprema Corte de Justicia local, la cual se encontró vigente hasta el 29 de mayo de 2019, fecha en que se dictara sentencia definitiva declarando la constitucionalidad de la nueva norma.

Somos consientes que si bien esta decisión judicial viabiliza una norma que intenta hacer compatible la estructura del Ministerio Público con las pautas y principios en los que se fundamenta la autonomía de la defensa, la solución óptima es la modificación del artículo 189 de la CP.

Los siete años de incerteza normativa se agravan por el surgimiento de nuevas problemáticas que exigen reflexiones situadas en la actualidad bonaerense. En primer lugar, la constitucionalización del derecho y la introducción del paradigma de los derechos humanos, supuso una mayor exigibilidad y justicia-bilidad de derechos desde un enfoque de derechos. Esto es, la transformación de una visión que los concebía como necesidades, discrecionales y puramente políticas, a un enfoque que los (re)construye como obligaciones jurídicas del Estado, sometido a estándares y mecanismos concretos para su satisfacción.

Ello supone una profundización del rol del Poder Judicial y su intervención en cuestiones que antes eran concebidas como exentas o limitadas al control judicial, exigiendo repensar los alcances y límites de la relación entre funciones estatales en torno al cumplimiento de dichos derechos, la definición del programa de gobierno constitucional y la demarcación de una agenda. Especialmente, porque en las acciones de las autoridades interpretativas, se juega parte importante de la autonomía personal y la realización del autogobierno colectivo.

Todo ello se recrudece cuando sumamos al análisis que, hace más de 20 años, los derechos colectivos han sido reconocidos constitucionalmente. Ello supuso un cambio radical de paradigma en términos de derechos, conflictos y, por ende, en los esquemas de empoderamiento, exigibilidad y justicia-bilidad.

De ese modo, los procesos colectivos:

(i) Exigen el desarrollo de toda una estructura (recursos, medios y reglas) que facilite el ejercicio adecuado de los derechos

involucrados en esa clase de conflictos, totalmente distinta de aquellos *individuales* que habían eclipsado el entendimiento e interpretación constitucional-convencional hasta entrado el siglo XX; y,

(ii) Suponen una herramienta valiosa y de singular incidencia que generan, en todas las latitudes y en el contexto argentino también, desafíos y problemas múltiples a las estructuras de poder y sus intereses. Entre esas dificultades que los procesos colectivos suponen para la preservación de sus privilegios, podemos mencionar: una ingente cantidad de demandas y reclamos (exigibilidad de derechos) al Estado, grupos concentrados de poder (v.gr., corporaciones) u otros actores sociales, que motorizan cambios en clave más igualitaria; una amenaza y riesgo real para ciertas conductas, formas y medios indebidos de obtener ventajas o riqueza por parte de ciertos sectores (por ejemplo, cargos administrativos indebidos por sumas individualmente irrisorias); promoción de litigios estructurales vinculados a sujetos de especial prevalencia y/o situaciones de desigualdad histórica, que jaquean el orden de cosas instituido y su legitimación (por caso, la distribución de bienes y servicios, su legalidad y justicia; la asignación presupuestaria en razón de las prioridades constitucionales-convencionales, etc.); un mayor empoderamiento ciudadano, participación y acceso a la información, que favorece y mejora el escrutinio público de las acciones de gobierno y sus *razones*; el (re)planteo de la organización y distribución del poder y roles en el espacio (público/privado), al incentivar y promover lecturas e intervenciones más equitativas, entre otras.

Cuando aludimos a “estructuras de poder” nos estamos refiriendo a todos aquellos grupos, sectores o personas que tienen una posición de privilegio por resguardar, la cual se halla legitimada por cierto tipo de interpretación jurídica y respecto de las cuales la exigibilidad y justiciabilidad de derechos en clave igualitaria supone una amenaza. Hablamos de las corporaciones económicas, de grupos empresarios, de gremios y sindicatos, la Iglesia y/o el Estado. Es decir, los actores hegemónicos del

sector público y privado que monopolizan o detentan el poder real en términos de fuerza pública, regulación económica, social y/o política. Ellos son quienes, en principio, más se favorecen de la inexistencia de un sistema de procesamiento colectivo adecuado.

Los procesos colectivos tienen una incidencia gravitante en la definición de las políticas públicas. Esta circunstancia incomoda a los poderes naturalmente políticos, pues los pone de cara a problemas que no quieren abordar de forma estructural; porque condiciona la actual forma de gestionar o administrar (focalizada y mayormente asistencial), la cual les brinda otros beneficios, control social y prebendas; porque limita el uso discrecional de fondos y el manejo presupuestario y aumenta la rendición de cuentas y responsabilidades; o, porque rompen con la lógica del caso a caso individual que, en la administración del problema estructural, no sólo le es más económica al Estado sino que pospone o suspende dificultades más relevantes en términos de discusiones reales acerca de la distribución del dinero público en función de los valores constitucionalmente prevalentes. En esta esfera, la actuación que pueda desenvolver el Ministerio Público es fundamental y crítica.

En segundo lugar, también se han acrecentado los conflictos de intereses, especialmente en razón de la mayor complejidad en las relaciones, vinculaciones público-privado y en el entramado institucional-corporativo, circunstancia que obliga a crear instancias y medios para su fiscalización y el debido resguardo del interés general. Por ejemplo, a través de la intervención del Ministerio Público.

En tercer término, el reconocimiento de los DESCAs hace necesario incorporar a la estructura del Ministerio Público provincial defensorías especializadas en la temática para intervenir en cualquier fuero donde se dispute su exigibilidad y, especial y particularmente, ante el Fuero Contencioso Administrativo bonaerense.

Finalmente, la visibilización de los reclamos contra estructuras patriarcales en defensa de la igualdad de la mujer y otros

colectivos en situación de vulnerabilidad, imponen una visión del organismo que internalice la perspectiva de género en tanto exigencia constitucional-convencional y la traduzca en una agenda institucional y de litigio en consonancia con las imposiciones jurídicas de los sistemas de protección regional y universal de derechos humanos.

Las actividades se desarrollarán en los siguientes ejes temáticos:

1. Autonomía de la defensa pública.
2. Representación del interés público ante conflictos de intereses.
3. Defensa de Derechos Sociales ante el Fuero Contencioso Administrativo.
4. Políticas de género en el Ministerio Público bonaerense.

II. Equipo de trabajo

Director: Prof. Pablo Octavio Cabral

Codirector: Dr. Alejandro Medici.

Coordinador: Prof. Guillermo Raúl Moreno

Grupo Promotor: Fueron invitados: Mario Coriolano (Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires), Luis Arias (Justicia Contencioso Administrativa), Marcelo Schreginger (Justicia Contencioso Administrativa), Fernando Maitini (CIDerCrit), Pablo Giurleo (CIDerCrit), José Ignacio López (Justicia Federal), Cecilia Villegas (Ministerio Público Fiscal de la Nación), Gabriel Ganon (Ex titular de la Defensoría General de Santa Fe), Homero Bibiloni (CIDerCrit) Julián Axat (Programa ATAJO, Ministerio Público Fiscal de la Nación), Anibal Hnatiuk (Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires), Luciano Savignano (Justicia Contencioso Administrativa), Irina Leal (Profesora de Derecho Administrativo UNLP), Víctor Violini (Justicia de Casación Penal), Matías Sucunza (Justicia de la Provincia de Buenos Aires), Mauro Benente (Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales de la Universidad de José

C. Paz.), Daniel Pérez Guillén (Judiciales bonaerenses y CTA) y Carlos Raimundi (CIDerCrit).

III. Metodología

Introducción

La presente propuesta de investigación-acción, se interroga sobre las necesarias reformas organizacionales que deben modelarse en un tiempo de crisis, donde debemos encontrar las fuerzas sociales y las funciones institucionales para resolver los profundos desarreglos estructurales existentes.

En la historia reciente argentina, desde las últimas enmiendas constitucionales federal y bonaerense de 1994 y bajo la incidencia de coyunturas sociales críticas, diversas voces se han pronunciado acerca de la necesidad de amplias reformas institucionales en ámbitos relevantes vinculados directamente a la misión de nuestro Centro de Investigación: los obstáculos económicos, sociales y culturales para el ejercicio de los Derechos Humanos; el acceso a la justicia; el funcionamiento de servicios de procuración y defensa pública; la perspectiva de género; la participación de las ciudadanías titulares de la reforma constitucional; y, los marcos normativos de todos estos aspectos de la relación entre instituciones y sociedad.

En ese marco, emerge la necesidad de reformar las constituciones federal y bonaerense. Así, a título meramente ejemplificativo, podemos señalar:

a) La propuesta de una constituyente social por parte de la Central de Trabajadores Argentinos desde fines de los 90 y durante la crisis social de 2001/2002.

b) El más reciente Foro por una Nueva Constitución.

c) Las propuestas de reforma al poder judicial federal y/o provincial en razón de las objeciones vinculadas a su estructuración, funcionamiento y legitimidad. Particularmente, en función de las preocupaciones que genera su obsolescencia como dispositivo para abordar la conflictividad, su concepción de poder,

el modelo de gestión y las prácticas que ha construido. Quizás la más simbólica del último tiempo haya sido el “Lawfare”. Esto es, la articulación de operaciones de inteligencia a través de estructuras de poder estatal, económico, informal o mediático, tendientes al armado de causas y la instalación en el imaginario social de una postverdad, socavando las garantías básicas del debido proceso, el derecho de defensa en juicio y las garantías de imparcialidad de jueces y fiscales.

d) La necesaria adecuación en el ámbito bonaerense de la institución del Ministerio Público a un paradigma de Derechos Humanos, adecuación que constituye una exigencia del bloque de constitucionalidad y convencionalidad. En esos términos, no constituye una potestad discrecional sino una obligación jurídica del Estado argentino plenamente exigible y justiciable en todos sus niveles e instancias, la cual supone el deber detransformar al MP en un órgano autónomo que separe funcional y financieramente los servicios públicos de procuración y defensa, asegurando en el proceso penal la paridad de armas de acuerdo a un esquema de tipo acusatorio oral; que cumpla con todas las funciones no penales de los servicios de procuración y defensa pública para representar los intereses públicos de la sociedad, garantizando el acceso a la justicia y tutela diferenciada de los DESCAs y del interés público ante el fuero contencioso administrativo bonaerense. Especialmente, teniendo en mira las necesidades de los grupos desaventajados.

Desde distintos ámbitos sociales e institucionales se ha propuesto que estas reformas se plasmen en un nuevo marco de convivencia federal y, en lo que en términos de situación y proximidad nos incumbe, bonaerense.

Estas iniciativas deben comprenderse en un marco histórico paradójico, que muestra, de un lado, grandes innovaciones en el derecho constitucional regional, vinculadas a la participación democrática, el pluralismo cultural, los derechos humanos en general, pero especialmente en los DESCAs (Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales), pero al mismo tiempo, un agravamiento de las desigualdades socioeconómicas,

culturales, ambientales producto de la persistencia de políticas neoliberales que erosionan las bases del estado democrático y social.

En especial en Argentina, hemos vuelto a recaer en una crisis socioeconómica producto de la implementación de dichas políticas ideológicamente sesgadas hacia un modelo excluyente y sus temibles consecuencias desestructuradoras de la vida cotidiana de personas, familias, grupos y redes sociales.

Fundamentación

La democracia argentina, como las de la región, fueron consideradas a partir de la salida de regímenes militares o de regímenes donde no existía la posibilidad de la competencia electoral pluralista (ej. México o Colombia), como regímenes de “transición”.

Sin embargo, una vez que estos regímenes políticos se consolidaron, se buscó adjetivar las democracias “realmente existentes” para dar cuenta de sus peculiaridades. Aparecen miles de páginas sobre estas democracias y sus adjetivaciones, las cuales ya no pueden considerarse “en transición”. Incluso, se constatan innovaciones importantes en el campo semántico de la teoría política y constitucional: “poliarquías”, “democraduras”, “democracias débiles”, “defectivas”, “delegativas”, “populismos”, sea de tipo “conservador” o “progresivo”.

Al mismo tiempo, la doctrina del derecho constitucional y público en general, discurre por caminos relacionados que buscan la explicación de esas peculiaridades en el contraste con modelos prescriptivos de democracia o esquemas funcionales de ingeniería constitucional de los poderes del estado. Por ej., “democracia deliberativa” vs. “hiperpresidencialismo”, modelos presidencialistas, semipresidencialistas, parlamentarios, funcionamiento del poder judicial, su independencia o la naturaleza del control de constitucionalidad.

Normalmente, en forma paralela, discurre el análisis de los Derechos Humanos a partir del bloque de constitucionalidad, el

diálogo y convergencia de fuentes y las obligaciones del Estado. Predomina una mirada casuista, jurisprudencial y que se centra en derechos específicos o a veces de forma más general, en categorías de derechos.

Por supuesto que estos estudios e investigaciones son fundamentales, no sólo como marcos analíticos sino como herramientas prácticas para dar cuenta de la importancia de constitucionalizar transversalmente todas las ramas del derecho desde un paradigma centrado en los derechos. También sirven para recuperar la relevancia de recurrir a la experiencia que provee el análisis comparado en el funcionamiento de las instituciones y poderes del Estado en su estrecha vinculación con las variables que hacen a la calidad de la democracia.

Sin renunciar a este marco general, ni a la posibilidad de encarar renovados esfuerzos de investigación en estas áreas, el Centro de Investigación en Derecho Crítico, así como otros ámbitos sociales e institucionales de nuestra Universidad y Facultad como del ámbito social que pretendemos asociar a experiencias de investigación/acción, procuran un plus que complementa el tratamiento usual de estos problemas, tanto desde el abordaje de los problemas e interrogantes que hacen a este campo semántico político institucional como desde la metodología de investigación.

Las dimensiones fundamentales que aportan las metodologías de Investigación/acción y los programas inspirados en ellas, son las de la participación ciudadana y la experiencia de los actores sociales e institucionales vinculados a los objetivos de transformación social e institucional. Estos aportes amplían la idea de democracia formal normalizada, la cual se limita a analizar las condiciones institucionales y político electorales, sin relacionarla con las condiciones sociales del ejercicio de la ciudadanía. Esto es, con la justicia social.

En efecto, después de que se generalizara la literatura politológica y constitucional acerca de la denominada “tercera ola de democratización”, las “transiciones”, “ingenierías constitucionales” y las adjetivaciones de las democracias “realmente

existentes”, generalmente han omitido reflexionar sobre el poder constituyente a partir del protagonismo popular o, por lo menos, problematizar las relaciones entre este retaceo y la (in) justicia social.

Pensando desde nuestra nación y región -que es la más desigual del planeta-, esta omisión induce a la sospecha. Sospecha que, como sabemos, es la base de la actitud crítica en la vida y también en la investigación, extensión y docencia. La actitud crítica no renuncia a la generalización del conocimiento, ni a su objetividad. Pero los construye desde bases más sólidas al hacer visible lo opaco, al reflexionar sobre los fines de la investigación. Toda investigación no es sólo por el conocimiento mismo, sino para alguien y para algo.

Desde esta mirada crítica, la omisión de la pregunta por la participación en el pensamiento, problematización y reformas a los marcos institucionales de nuestros derechos y de nuestra convivencia; por las causas históricas y estructurales de su retaceo; por la relación entre este retaceo y la ineficacia relativa de todos los derechos humanos constitucionalmente declarados y reconocidos; por la relación entre esos condicionamientos y la (in)justicia social; la carencia de relativa autonomía para orientar las políticas económicas o sociales; o, incluso, la imposibilidad de plantear la pregunta básica en una democracia constitucional acerca de qué marcos institucionales tenemos y cuáles deberíamos tener, no es un dato menor.

Se trata de volver a vincular el derecho con las ciudadanías. De salir del encierro que nos plantean el *claustró* y el *texto*, para entender el derecho y los derechos *en acción* y abrir los estatutos normativos de las instituciones a una hermenéutica social que las piensa-problematiza en su funcionamiento, desde las interpelaciones y necesidades sociales.

Esto es, poner en crisis la (hiper) especialización del lenguaje jurídico y su monopolio por parte de los especialistas, circunstancia que deriva (y se reconstituye) en la expropiación del conflicto de sus titulares, la burocratización sesgada de su

abordaje, la despersonalización de la composición del mismo y el debilitamiento del protagonismo de las ciudadanías en la vida de las instituciones.

Si las Constituciones y el derecho en general, en vez de conformar un lenguaje común, popular, accesible y disponible, aparecen como un código encriptado, opaco y elitista, devienen menos garantistas y democráticas. Un instrumento de opresión, preservación de privilegios y exclusión y no de mayor autonomía personal, autogobierno colectivo e igualdad.

Los poderes fácticos (in)nominados constitucionalmente (Bartolomé Clavero, 2007) o neoabsolutistas (Luigi Ferrajoli, 1997, 2000 y 2011), tanto públicos como privados, transnacionales o nacionales, se benefician de la lejanía cultural de las instituciones, del mantenimiento de desarreglos políticos y económicos profundos en nuestro diseño constitucional, de la opacidad del derecho y de la hermenéutica que a partir del mismo construyen las autoridades interpretativas para la preservación de sus intereses hegemónicos, encontrando un marco para poder apropiarse o resignificar los bienes sociales que son condición y contenido de los derechos constitucionales en una sociedad democrática con pretensión de justicia.

Para la perspectiva crítica por la que bregamos, la participación ciudadana resulta variable fundamental de la autonomía personal y democracia. Está íntimamente vinculado con el carácter democrático y social de nuestros regímenes políticos y constitucionales. Con el grado de igualdad social, institucional y jurídica de los derechos humanos. Con la calidad y pluralismo de la ciudadanía.

Por lo tanto, proponemos un programa de investigación-acción participativa que, articulando tareas de investigación, extensión y docencia, fomente una cultura jurídica crítica o el avance de una “conciencia jurídica social” (Sampay, 1973). Pretendemos que esa resignificación epistémica permita la construcción de un diálogo horizontal e igualitario entre los operadores jurídicos (v.gr., las y los docentes, graduados y estudiantes de

derecho; magistradas y agentes con experiencia en el ejercicio de la justicia; la procuración; o, abogacía pública-privada), las restantes disciplinas vinculadas con la conflictividad, la ciudadanía en general y los distintos actores de la sociedad civil.

Objetivos

Generales:

a) Promover procesos participativos que aporten a la discusión sobre nuevos marcos institucionales en el ámbito federal y bonaerense y contribuyan a la construcción de soluciones a la crisis social, maximizando los derechos de las ciudadanías.

b) Visibilizar, comprender y (de)construir las condiciones que se requieren para garantizar dichas transformaciones institucionales en la sociedad argentina y bonaerense del siglo XXI.

c) Promover una cultura ciudadana plural, participativa, protagónica y responsable en términos de derechos e instituciones.

d) Fomentar que se acepte como un presupuesto esencial de la sociedad democrática en la que vivimos, la discusión y participación permanentes acerca de la institucionalidad que tenemos y la que deberíamos tener.

e) Impulsar la conciencia jurídica social, recuperando al derecho como una herramienta para la emancipación igualitaria y descriptando las prácticas e instituciones jurídicas que hacen a las ciudadanías y el ejercicio cotidiano de sus derechos constitucionales.

Específicos:

a) Promover espacios de discusión entre organizaciones sociales-instituciones-referentes- sobre los marcos institucionales en materia de justicia federal y provincial, en especial los servicios de justicia, procuración y defensa.

b) Impulsar estrategias y líneas de intervención para el abordaje de la conflictividad desde una perspectiva integral e

integrada, que recupere al conflicto como noción estructurante y a la persona-colectivo como titular del mismo.

c) Generar espacios para repensar el acceso a la justicia individual y colectivo, propiciando medidas que permitan robustecer su condición de garantías fundamentales desde un enfoque de derechos.

d) Propiciar proyectos legislativos y/o reglamentarios para regular adecuadamente el debido proceso colectivo en el orden federal y provincial.

e) Articular líneas de investigación y mesas de diálogo para pensar en torno a las tensiones que los conflictos y procesos colectivos pueden presentar en el esquema federal de competencias y como herramientas de empoderamiento, participación, control, rendición de cuentas y cambio (estructural) en relación a conductas lesivas de agentes públicos o privados y/o exigibilidad de intereses, en especial, de aquellos asociados a la planificación, ejecución, monitoreo y evaluación de “políticas públicas” desde un enfoque de derechos.

f) Apoyar instancias para discutir y trabajar en torno a la legitimidad y responsabilidad de las funciones institucionales en general y de la justicia en particular ante la ciudadanía, propiciando mecanismos que robustezcan su participación y rendición de cuentas.

g) Promover la discusión, consenso y propuestas específicas de reformas institucionales a nivel constitucional y legal de los servicios y funciones de justicia, procuración y defensa.

h) Promover este debate en general, como en aspectos parciales que hacen tanto a la garantía de los derechos, como la calidad del funcionamiento de las instituciones políticas, las políticas públicas y los modelos de funcionamiento de los poderes del Estado en sus diversos niveles, la legislación, la administración y el poder judicial.

i) Observar y comparar los procesos constituyentes en nuestra región y en la esfera internacional, recuperando experiencias y aprendizajes de cara a los proyectos de reformas que se promuevan.

j) Analizar, clasificar, comprender y proponer estándares y acciones que integran contemporáneamente procesos constituyentes democráticos participativos desde la calidad de la presencia ciudadana en deliberación y protagonismo.

k) Identificar y problematizar los obstáculos culturales, fácticos, económicos y sociales a la posibilidad de la participación y debate sobre este tópico, considerando especialmente los desarreglos estructurales existentes, la diversidad de actores y sus intereses, el hecho del pluralismo y la complejidad de escenario político-jurídico actual.

l) Promover el empoderamiento y la participación de grupos sociales estructuralmente desaventajados, respecto de los cuales los obstáculos señalados se agravan exponencial y transversalmente. Entre ellos, mujeres, pueblos originarios, inmigrantes, niñez y adolescencia, agricultura familiar, y, organizaciones cooperativas y de la economía popular.

ll) Generar espacios, mesas e instancias de discusión en torno a la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs, recuperando su condición de obligaciones jurídicas exigibles. En particular, enfatizar en cada una de las actividades y medidas a realizar, la importancia del enfoque de derechos, estándares e indicadores como mecanismos para mejorar dichas acciones, la inexistencia de generaciones o jerarquías de derechos, su indivisibilidad e interdependencia y la necesidad de transformar el rol del Ministerio Público, el trabajo de los abogados y la justicia en su abordaje y procesamiento.

m) Participar en asociación con instituciones y organizaciones de la sociedad civil en foros, plataformas, campañas de difusión y concientización acerca del constitucionalismo democrático-social, los derechos constitucionales y la relevancia de la transformación constitucional.

n) Promover, organizar, colaborar y participar en actividades académicas teórico-prácticas curriculares y extracurriculares sobre estos tópicos.

ñ) Promover, organizar, articular en forma sinérgica proyectos de investigación, extensión y transferencia docente de grado y posgrado sobre los tópicos señalados.

Metodología

La IAP desarticula el dualismo propio de las ciencias llamadas “duras”, entre sujeto y objeto de investigación. Propone articular, reflexivamente, a los sujetos investigadores con los sujetos investigados desde un fin transformador del campo de intervención. Su metodología se caracteriza por buscar producir conocimiento para lograr fines de transformación o cambio social e institucional.

En el caso de la investigación acción sobre constitucionalismo democrático y social -y más específicamente su dimensión instituyente-, es la voluntad de ciudadanía activa y protagónica para incidir en las instituciones y su relación con la sociedad el eje articulador entre investigadores (docentes, graduados y estudiantes) y ciudadanía participante.

Ambos sujetos comparten reflexivamente el fomento de una cultura jurídica y democrática social crítica, que apropie como un valor positivo la normalidad de la participación y deliberación protagónica acerca de las instituciones y los derechos. Empezando por su código inicial, básico y nuclear que es de nivel constitucional, o sintéticamente, la Constitución.

También la metodología propuesta tiende a disolver el dualismo entre teoría y práctica, al fomentar una relación transversal entre investigadores y extensionistas; ciudadanía formada jurídicamente y ciudadanía lega; academia e instituciones y organizaciones de la sociedad civil que asumen el carácter, fundamental y normal al mismo tiempo, de la participación popular en materia constitucional y constituyente (Fals Borda, 2013).

Ello se materializa en el tipo de vínculo que se construye entre sujetos y las formas que asume. Entre otras, el consenso de un programa de acciones que supone generar espacios de

diálogo y participación, conocimiento compartido, núcleos formativos que puedan multiplicarse y ampliarse a nuevos actores sociales e institucionales⁸.

De ese modo, la articulación entre metodología IAP y los objetivos generales y específicos de la propuesta, se evidencian al pensar en que la discusión institucional lejos de quedar reservada al ámbito académico debe ser un proceso protagonizado por las ciudadanías en sus plurales expresiones, las organizaciones de la sociedad civil, los actores sociales relevantes por sus funciones (juezas, fiscales, defensoras, legisladores y operadores jurídicos en general) y las organizaciones populares.

Para ello se propone la formación de núcleos promotores o, más específicamente, Grupos de Investigación Acción Participativas (G.I.A.P), (RodríguezVillasante, 2000). que articulen a personas, grupos y representaciones institucionales que compartan la necesidad, interés y posibilidad de impulsar y materializar las reformas institucionales propuestas. Todo ello con el fin de modificar o cambiar aspectos de las relaciones entre instituciones y sociedades. El conocimiento así generado vale en tanto se orienta a plasmar una propuesta y una práctica de la transformación que se busca⁹.

Esta conformación de grupos dinamizadores orientada a formar redes entre sociedad e instituciones, se complementa con la propuesta de proyectos acreditados de investigación y extensión, que sean el reverso burocrático formal hacia la UNLP de las acciones de transformación que se proponen hacia el ámbito contextual institucional y social.

⁸ Medici, A. (2018), Articulación de docencia-investigación extensión para una práctica pedagógica crítica en la enseñanza de los Derechos Humanos, *Derechos En Acción*, 7(7). <https://doi.org/10.24215/25251678e147>.

⁹ Sagastizabal, María Ángeles y Perlo, Claudia (2002), La investigación-acción como estrategia de cambio de las organizaciones, Editorial Stella-La Crujía.

Esta doble vía requiere entonces articular los siguientes aspectos de investigación-acción:

a) Estado de la cuestión y construcción de un acervo común, el cual se renueva permanentemente.

b) Promoción del tema a nivel de la facultad y universidad para articular la participación de docentes, investigadoras y extensionistas de todos los claustros. Reuniones, conferencias, jornadas, congresos, seminarios de grado y posgrado.

c) Mapeo discursivo de las tomas de posición de un conjunto suficientemente representativo de instituciones, organizaciones políticas, de la sociedad civil, la cultura, regionales, pueblos originarios, inmigrantes y de género sobre los temas de agenda. Los mismos se ponderarán según su capacidad de incidencia en la agenda pública vinculada, escrutándose los argumentos que abastecen su posicionamiento.

d) Formación de grupos de discusión focalizados en diversos sectores para confirmar y complejizar el mapeo anterior.

e) Entrevistas en profundidad a especialistas, líderes ciudadanos, funcionarias, legisladoras u otros actores de la sociedad civil.

f) Formulación de un diagnóstico.

g) Formulación de un Programa de IAP que incluya:

(i) Realización de conferencias, seminarios y participación en foros, plataformas y campañas de concientización ciudadana que sean transversales y vinculen el ámbito académico, institucional y de organizaciones de la sociedad civil.

(ii) Realización de proyectos de investigación y de extensión relacionados con diversas problemáticas constitucionales asociadas con lo instituyente en materia de poderes y derechos humanos, participación ciudadana en torno a la pregunta sobre qué Constitución tenemos y cuál deberíamos tener.

(iii) Actividades consultivas y propositivas de incidencia, acerca de políticas públicas con enfoque de derechos, legislación y modelos de reforma y organización institucional.

(iv) Devolución periódica de todo lo actuado a las organizaciones e instituciones participantes, como forma de generar reflexividad, autoevaluación participativa y sinergias en tono a los temas y problemáticas abordadas.

Como señalamos con anterioridad, los programas que articulan investigación y extensión desde la IAP no se limitan a buscar el conocimiento per se. Por eso pueden o no finalizar con los informes o conclusiones que exige el ámbito burocrático de la administración académica.

Tampoco se reducen a los tiempos formales de ejecución de los proyectos de investigación y/o extensión, sino que -pudiendo conciliarse con esos formatos y tiempos, presentando conclusiones tentativas, preliminares o abiertas a los efectos de la validación burocrática-fomentan una espiral reflexiva que intenta transformar el campo práctico en el que intervienen y centrar el protagonismo en la participación activa de los actores sociales, los cuales tienen sus propios tiempos y formas.

Por eso mismo, los formatos de comunicación de los procesos de IAP no se reducen a los usuales en el ámbito académico, aunque tampoco los descartan:

a) Publicaciones en revistas especializadas (por ejemplo, ReDeA, REDHES, Crítica Jurídica, Anales, Revista de Estudios Sociales y/o EL Otro Derecho).

b) Publicaciones de divulgación que reflejen los procesos de participación y las propuestas ciudadanas.

c) Participación en espacios de radio y tv de la UNLP y otros para difundir el proceso de IAP.

d) Formación de blogs, páginas web y redes sociales del proyecto, en red con las organizaciones e instituciones participantes, que reflejen el estado de las acciones, conclusiones y propuestas parciales, difundiendo los acontecimientos vinculados al programa, su campo de intervención, problemas y temas.

IV. Acciones en el marco del programa

En primer lugar se recuperan las siguientes experiencias:

1. Proyecto de Investigación sobre las herramientas para lograr la justiciabilidad de los derechos sociales (ABDA, 2007)

En el marco de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo se desarrolló un proyecto de investigación sobre las herramientas para lograr la justiciabilidad de los derechos sociales. El equipo de trabajo, integrado por Pablo Octavio Cabral, Pablo Giurleo, Karen Bentancur, Marcelo Schreginger, Guillermo Moreno, Juan Azcune, entre otros, desarrolló un relevamiento de la jurisprudencia del nuevo fuero contencioso administrativo en la materia, rescatando aquellas experiencias exitosas y analizando las vías procesales más aptas para la mentada judicialización.

Respecto de la cuestión en estudio, se destacaba en aquel proyecto de investigación que una de las problemáticas consistía en la “inexistencia de un órgano estatal especializado en Derecho Público, que realice la defensa de los ciudadanos que reclaman la protección de sus derechos sociales, en el nuevo fuero contencioso administrativo”, para lo cual se trazó como objetivo “realizar un análisis del sistema de defensa oficial en casos de afectación de derechos sociales y proponer la reestructuración del Ministerio Público, a fin de permitir el acceso a la Justicia a los ciudadanos afectados”¹⁰.

Como producto de dicho proyecto, que se extendió durante los años 2007/2008, se desarrollaron jornadas, reuniones y se presentaron ponencias en congresos con algunas de las ideas discutidas en el grupo de trabajo.

¹⁰ Proyecto de Investigación sobre las herramientas para lograr la justiciabilidad de los derechos sociales, Revista Derecho Administrativo, Año 1 N° ½ Enero Agosto 2007, Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, La Plata, 2007, págs.. 29/39.

Entre las actividades realizadas destacamos:

a) Encuentro: Acceso a la justicia en casos de violaciones a derechos sociales. 22 de Octubre de 2007, Auditorio “Emilio Mignone”, CELS.

b) Presentación titulada “El proyecto de Investigación sobre la Efectividad de los DESC en el Fuero Contencioso Administrativo”, en las Primeras Jornadas sobre Derecho y Vulnerabilidad Social, organizado por la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA), el Centro de Estudios Interdisciplinarios (CEI) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), realizadas los días 18 y 19 de octubre de 2007 en la ciudad de La Plata.

Entre las producciones más relevantes, podemos mencionar:

a) Bentancur, Karen¹¹, ponencia “El rol de las defensorías públicas en defensa de los DESC”.

b) Urbina, Natalia y Azcune, Juan I (2007), ponencia “*La necesaria creación de las defensorías especializadas para actuar ante el Fuero Contencioso Administrativo*”, presentada en 1° Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas, “El Ejercicio de la Abogacía: Nuevos Paradigmas. El Rol de Los Colegios de Abogados en la Capacitación Permanente” (La Plata, 13 y 14 de Septiembre de 2007).

c) Savignano, Luciano C. (2007), ponencia “*El Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires ante el Fuero Contencioso Administrativo y de Ejecuciones Tributarias. Una propuesta*”, presentada en el IV Congreso de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA). Homenaje al profesor Agustín Gordillo. Dolores, 23 y 24 de Noviembre de 2007 y publicada en Revista RAP Bs. As. (73/74), pág. 163 y siguientes.

d) Cabral, Pablo O. (2007), ponencia “*Las Funciones Sociales de la Justicia en lo Contencioso Administrativo*”, en las 2das.

¹¹ Karen Bentancur se desempeñaba como Defensora Oficial y Asesora de Menores Depto. Judicial Zárate – Campana.

Jornadas de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, realizadas los días 20 y 21 de septiembre de 2007.

e) Azcune, Juan I (2010), trabajo *“La necesaria reformulación del Ministerio Público de la defensa para actuar ante la Justicia Administrativa como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Provincia de Buenos Aires”*.

f) Cabral, Pablo O. (2008), ponencia *“La exigibilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Justicia Administrativa”*, en las XIX Jornadas Bonaerenses de Jóvenes Abogados organizadas por el Colegio de Abogados de San Nicolás, desarrolladas en la ciudad de San Nicolás de los Arroyos los días 3 y 4 de octubre de 2008.

g) Cabral, Pablo. O. (2008), *“El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia deliberativa”*, publicado en la Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2008 -año 2, Nº 2-, pág. 157 a 185 (disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69752>).

h) Cabral, P. O. (2008), *“La pretensión prestacional en el proceso contencioso Administrativo Bonaerense”*, en *“Derecho Público para Administrativistas”*, dirigido por el Dr. Jorge Luís Bastons, Librería Editora Platense, La Plata, 2008, pág. 741-766 (disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/70128>).

2. Creación de la Secretaría de Protección de Nuevos derechos en la Defensoría General de San Nicolás

En el marco de las actividades de difusión en la región norte de la provincia de Buenos Aires, se desarrollaron cursos de capacitación en proceso contencioso administrativo para defensorías del Ministerio Público provincial. Allí participaron integrantes de diversos departamentos judiciales y, a propuesta del Defensor General del Departamento Judicial de San Nicolás,

Dr. Gabriel Ganon, se estableció una prueba piloto consistente en la creación de una defensoría especializada en derechos sociales para actuar, entre otros, ante el Fuero Contencioso Administrativo.

El Defensor General de San Nicolás resolvió *“crear la Secretaría de Protección de Nuevos Derechos, con competencia para actuar en el fuero Civil, Comercial, de Familia y Contencioso Administrativo, dejando dispuesto que si el aumento de litigiosidad lo indica se creará una Defensoría para tales derechos”*¹².

En los considerandos de la resolución del Defensor General de San Nicolás se puede leer que: “la labor de los Defensores Oficiales requiere de una habilitación legal de competencia, que conlleve una asignación de estructura y medios para poder enfrentar los retos de litigar en un proceso dónde el desequilibrio económico y de poder de las partes, inclina la balanza en favor de los administradores de la cosa pública. También es necesario, además de otorgar la competencia formal para actuar en el fuero contencioso administrativo, capacitar al personal y a los Defensores Oficiales en la materia administrativa a fin de equiparar su nivel profesional con el de los Abogados del Estado que, como vimos, se encuentran especializados en la materia. En este sentido, y dentro de la batería de medidas que desde esta Defensoría General se impulsarán a tal efecto, ordenaré la capacitación de todo el personal letrado del organismo, a través de los cursos gratuitos a distancia que brinda el Instituto Interamericano de Derechos Humanos”.

Argumentó también que “Si bien actualmente de las Secretarías Generales dependientes de esta Defensoría General -Civil y Penal- no se han reflejado en sus estadísticas, tal como surge de sus respectivas resoluciones registradas, derivaciones de conflictos atinentes a esta materia, resulta que desde la Procuración General de la provincia no se ha incluido dentro de los fueros de intervención a la justicia administrativa. No obstante ello y a fin de garantizar mínimamente -estas Unidades de Defensa no

¹² Resolución del 11/10/2007.

se encuentran especializadas- los derechos sociales, económicos y culturales de los afectados, esta Defensoría Oficial ha iniciado acciones en el fuero mencionado en reclamo de prestaciones atinentes a la salud, resultando su accionar insuficiente para realizar una adecuada intervención debido a que estos derechos de tercera generación poseen distinto marco de actuación para poder ser efectivizados”.

A partir de la formalización de dicha estructura especializada, la Defensoría inició diversos procesos contencioso administrativos en reclamo de derechos económicos, sociales y culturales.

La experiencia piloto fue expuesta en la ciudad de Montevideo (Uruguay), en el Seminario sobre “Las Defensorías Sociales en el Acceso a la Justicia”, realizado del 9 al 11 de diciembre de 2009 y organizado por el Centro de Formación de la Cooperación Española en Montevideo y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados¹³.

También se presentó en San Nicolás mediante el dictado del “Curso de Capacitación para Agentes del Ministerio Público de la Defensa en materia contencioso administrativa” del Departamento Judicial de San Nicolás, llevado a cabo los días 18 y 25 de marzo y 1 y 8 de abril de 2008. El mismo fue organizado por la Defensoría General del Departamento Judicial de San Nicolás y la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Dicho curso se replicó en otras ciudades de la región. Por ejemplo, durante los meses de mayo y septiembre de 2009, se llevó adelante en Pergamino la Capacitación sobre “Derecho Administrativo y Protección de los Derechos Fundamentales (en materia contencioso-administrativa)”, actividad que fue organizada por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

¹³ Exposición a cargo de Pablo Cabral y Gabriel Ganon titulada “*La justiciabilidad de los DESC ante el Fuero Contencioso Administrativo bonaerense y el papel de la defensoría pública*”.

Por último, es relevante destacar que la experiencia se llevó nuevamente a la Universidad de la República de Montevideo (Uruguay) y se replicó en la Universidad de La Habana (Cuba).

En Uruguay, a través de la conferencia titulada *“La experiencia de judicialización de derechos sociales en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”* en la “Jornada sobre la judicialización de los derechos sociales en Uruguay, Argentina y Cuba”, realizada en la Sala del Consejo, organizada por el Instituto de Derechos Humanos y el Consultorio Jurídico de la Facultad, con el auspicio de la Sede Suramericana del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Montevideo, diciembre de 2013.

En Cuba, durante las Jornadas sobre la judicialización de los derechos sociales en Uruguay, Argentina y Cuba, organizadas por la Universidad de La República, Universidad Nacional de La Plata y la Universidad de La Habana, Cuba, los días 17 a 19 diciembre de 2014.

3. Presentación de una propuesta de reforma legislativa al Segundo Encuentro Políticas Públicas para la provincia de Buenos Aires

Desde la Asociación Abogados por la Justicia Social, se presentó el proyecto *“Defensorías públicas ante el Fuero Contencioso Administrativo. Propuesta de creación de la Defensoría Pública para litigar ante el Fuero Contencioso Administrativo bonaerense”*, en el Segundo encuentro de políticas públicas para la Provincia de Buenos Aires, La Matanza, 2013.

4. Presentación del proyecto de ley de reforma de la ley orgánica del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires (Expte. D-1373/13-14)

En el año 2013 el Diputado Marcelo Saín, tomando la iniciativa presentada por la Asociación Abogados por la Justicia Social, presentó en la legislatura provincial un proyecto de ley

modificando la ley orgánica del Ministerio Público bonaerense, con la finalidad de incorporar las defensorías especializadas para actuar ante el Fuero Contencioso Administrativo.

La propuesta legislativa consistió en la creación de Defensorías Oficiales en el Fuero Contencioso Administrativo en cada departamento judicial, una por cada juzgado de dicho fuero. Establecía la creación de cargos y su forma de distribución. Modificaba el artículo 36 de la Ley N° 14.442, incorporando al Fuero Contencioso Administrativo y adecuaba las normas de la ley orgánica del Poder Judicial (N° 5.827) que se veían alcanzadas por la estructura incorporada a la defensa pública provincial.

El proyecto tramitó por expediente D-1373/13-14, pidiendo su autor la reproducción en 2015 (D-21/15-16).

En fecha 15 de julio de 2016 se expidió la Procuradora General de la Suprema Corte de Justicia, Dra. María del Carmen Falbo, quien expresó lo siguiente: “Adelanto que, en líneas generales, el proyecto de ley en estudio fue acogido en forma favorable en las dependencias a mi cargo. Idéntico criterio sostuvo el Consejo de Defensores al momento de analizar y debatir la propuesta en cuestión”, observando un error material del proyecto que omitió una de las defensorías que debía crearse en el Departamento Judicial de San Isidro.

V. Líneas de investigación-acción

1. Autonomía de la defensa pública. El problema estructural del Ministerio Público Bonaerense por su deficitario diseño constitucional. Propuesta de reforma al artículo 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires

a) Consideraciones generales

La necesidad de garantizar la autonomía de la Defensa Pública-planteada por Organismos Internacionales de Derechos Humanos- resulta una de las problemáticas centrales en torno a la estructura del Ministerio Público de la Provincia de Buenos

Aires. Ello así, porque este tipo de organización -amparada en una disposición constitucional que no previó la independencia de acusación y defensa- conlleva la vulneración del derecho al debido proceso constitucional-convencional.

Diversos organismos internacionales han tenido posibilidad de pronunciarse acerca de la necesidad de que los Estados adopten medidas tendientes a garantizar la autonomía funcional y financiera de la defensa pública.

De esa forma, se busca no solo desalentar que la defensa oficial no dependa de la misma autoridad que los fiscales, sino que cuente con los mismos recursos humanos y materiales que el Ministerio Fiscal. Ello, con el objetivo de lograr una verdadera paridad de armas y un efectivo ejercicio del derecho de defensa.

En nuestros países, marcados por la gran cantidad de compatriotas excluidos y los numerosos grupos de marcada vulnerabilidad (sectores desaventajados sobre los que más recae la selectividad de la persecución penal y/o los que no cuentan con asistencia letrada gratuita y de calidad para la promoción, exigibilidad y justiciabilidad de sus derechos fundamentales), sumado al aumento constante de la población carcelaria, las pésimas condiciones de alojamiento en unidades y lugares de detención, el empoderamiento personal-ciudadano en la demanda de bienes y servicios públicos y la consolidación de un enfoque de derechos desde el cual disputar la juridicidad de los DESCAs en sociedades estructuralmente desiguales, han generado un aumento significativo de la demanda del servicio de defensa pública. De allí la necesidad de: (i) dotar de mayores recursos a su estructura, equiparándolos con los ministerios fiscales; y, (ii) repensarla función, razón de ser y límites de actuación del propio Ministerio Público (Fiscal y de la Defensa) en la protección de bienes socialmente relevantes. Esto es, qué rol debe asumir en la discusión y resolución de conflictos de interés público (por ejemplo, causas de libertad de expresión, concentración económica, corrupción o DESCAs).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse en el caso "*Ruano Torres*" sobre la

necesidad de garantizar igualdad de armas entre la Defensa Pública y el poder persecutorio, señalando la exigencia de disponer de “(...) defensores idóneos y capacitados que puedan contar con autonomía funcional. (...) La Asamblea General de la OEA ha instado a los Estados a que adopten acciones tendientes a que los defensores públicos oficiales cuenten con presupuesto adecuado y gocen de independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria y técnica” (caso *“Ruano Torres y Otros VS. El Salvador”*, sentencia de 5 de octubre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 159).

En igual sentido sostuvo la Corte Interamericana en el caso *“Barreto Leiva”* que “el derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona” (caso *“Barreto Leiva Vs. Venezuela”*, sentencia de 17 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 63).

Por su Parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos se ha pronunciado sobre la cuestión en reiteradas oportunidades. Por ejemplo, mediante Resolución AG/RES N° 2656 (7-VI-2011) *“Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales”*, en la que dispuso: “Recomendar a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional” (apartado 4). En el mismo sentido, la AG/RES. N° 2801 (5 de junio de 2013) *“Hacia la autonomía de la Defensa Pública Oficial como garantía de acceso a la justicia”*, estableció en sus apartados 3, 4 y 5: “3. Afirmar la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita prestada por los Defensores Públicos Oficiales para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad en todas las etapas del proceso. 4. Reiterar una vez más a los Estados Miembros

que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los defensores públicos oficiales gocen de independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria y técnica. 5. Sin perjuicio de la diversidad de los sistemas jurídicos de cada país, destacar la importancia de la independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria, de la defensa pública oficial, como parte de los esfuerzos de los Estados Miembros para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida.”

En términos similares se ha pronunciado la Asamblea General de la OEA en las Resoluciones N° 2817; 2887; 2907; y, 2928.

Entre tanto, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en relación a las observaciones sobre los informes presentados por nuestro país en el año 2010, señaló que “El Comité nota con preocupación que, pese a que un alto porcentaje de personas detenidas y procesadas no cuenta con defensor de su elección y debe utilizar los servicios de la Defensoría Pública, ésta no cuenta con los medios necesarios para proporcionar en todos los casos una asistencia jurídica adecuada. Nota igualmente que, pese a lo previsto en el artículo 120 de la Constitución, la autonomía funcional y presupuestaria de la Defensoría Pública respecto de la Procuraduría no está garantizada en todo el territorio nacional, lo que tendría un impacto negativo en la calidad de los servicios prestados por aquella (Artículo 14 del Pacto)”. (Obs. N° 20, Comité de Derechos Humanos, 98° período de sesiones, Nueva York, 8 a 26 de marzo de 2010).

El Ministerio Público en nuestra provincia se encuentra afectado por una falla estructural surgida de la propia voluntad constituyente. Pues bien, el artículo 189 de la Carta provincial, no solo no ha consagrado su independencia, autonomía funcional y autarquía financiera, sino que además depositó en cabeza del Procurador General la superintendencia sobre todos los demás miembros del Ministerio Público.

Esto último genera una situación anómala y contradictoria en donde la defensa y la acusación dependen de la misma autoridad, con la consiguiente afectación de las garantías del debido proceso y el efectivo acceso a la justicia que ello supone.

Ante un problema estructural como el señalado, deberíamos pensar en alguna solución de fondo que logre disipar la objeción y llevar certidumbre al funcionamiento de una institución tan relevante y sensible como el Ministerio Público. Es por ello que, teniendo en cuenta las herramientas que el propio sistema constitucional bonaerense nos brinda, propiciamos el debate de una eventual reforma constitucional por vía de “enmienda” que permita resolver la situación descripta.

b) Los procedimientos de reforma constitucional establecidos en la Constitución Bonaerense

En el artículo 2 de la Constitución local quedó expresamente establecido que el pueblo de la Provincia (a través de sus representantes), podrá reformar la Constitución de acuerdo y mediante los procedimientos que la misma Ley Fundamental establece. Las vías habilitadas para una posible reforma constitucional están previstas en la sección novena (artículos 206, 207, 208 y 209).

El poder constituyente ha sido definido como la atribución soberana del pueblo a darse su ordenamiento político fundamental originario por medio de una Constitución y a revisarla, total o parcialmente, cuando ello sea necesario.

Así, se suelen diferenciar dos clases de poder constituyente: el originario y el derivado. El poder constituyente originario es aquel ejercido para instaurar la primera Constitución de un Estado. De allí que también se lo conoce como “fundacional”. En tanto el poder constituyente derivado se ejercita con el objeto de reformar una Constitución anterior. Este último es el supuesto contemplado en la cláusula que estamos analizando.

En los Estados con una organización federal, como es nuestro caso, cabe distinguir el poder constituyente federal o

de primer grado, del poder constituyente local o provincial (también llamado de segundo grado). Este último, conforme al juego armónico de las prescripciones de los artículos 1, 5, 75 inc.12, 121 y concordantes de la CN y 1 de la CP, debe estar subordinado al poder constituyente federal.

Teniendo en cuenta los procedimientos para ser reformadas, las Constituciones escritas suelen clasificarse en flexibles y rígidas.

La Constitución flexible es aquella que puede ser modificada por el mismo órgano que sanciona la ley. Por su parte, la Constitución rígida requiere para su modificación la actividad de un órgano distinto del que sanciona la ley o la del mismo órgano legislativo, pero con exigencias o recaudos diferentes de los exigidos para la ley ordinaria. Esta posibilidad fue establecida por primera vez en la Constitución de los Estados Unidos de 1789.

Sopesando esta clasificación, la Carta bonaerense entra en el grupo de las Constituciones rígidas, toda vez que -según se desprende de los términos del artículo bajo análisis- para su reforma es necesario llevar adelante un procedimiento diferente al previsto para la formación y sanción de las leyes.

Suele hacerse una distinción entre “reforma” y “enmienda” constitucional. Así, la reforma tendría un carácter amplio, mientras que en la enmienda la modificación alcanzaría tan sólo a uno o pocos artículos. A decir verdad, nos inclinamos a pensar que no existen razones fundadas para hacer tal distinción. La CN en su artículo 30 solamente se refiere a “reforma”, pudiendo ser ésta total o parcial. Además, a diferencia de la CP (como veremos a continuación), dispone que la reforma únicamente se efectuará por una Convención convocada al efecto.

Veamos ahora cuál fue el procedimiento previsto por el constituyente local para llevar adelante una reforma a la Ley Fundamental de la Provincia.

El artículo 206 propone una doble vía para la reforma constitucional. Así, dos son los procedimientos habilitados para tal fin:

a) La “enmienda” llevada adelante por la Legislatura, y su posterior ratificación popular mediante plebiscito.

b) La reforma a través de una convención constituyente.

Para ambos supuestos es imprescindible una ley emanada de la Legislatura que declare la necesidad de la reforma. La Constitución requiere que dicha ley cuente con una mayoría calificada¹⁴. En el caso, el voto afirmativo de los dos tercios del total de los miembros de ambas Cámaras.

La ley que declare la necesidad de la reforma deberá establecer si la misma será total o parcial y, al mismo tiempo, escogerá una de las variantes posibles en cuanto al procedimiento a utilizarse: las enmiendas proyectadas o la convocatoria a una convención constituyente reformadora.

No podemos dejar de mencionar que la interpretación de estas disposiciones constitucionales ha generado debates y puntos de vistas opuestos en la doctrina especializada.

Así, hay quienes entienden que el sistema de “enmienda” por la Legislatura y posterior aprobación popular, debe ser interpretado en sentido restringido, y sólo puede ser utilizado para modificar no más de un artículo. Por el contrario, en criterio que compartimos, se ha sostenido que las reformas -sean éstas amplias o restringidas, alcancen a uno o más artículos- pueden llevarse a cabo por cualquiera de los procedimientos previstos en el artículo 206.

Conviene recordar que siguiendo esta línea de interpretación, la Provincia de Buenos Aires intentó modificar 98 artículos de su Constitución mediante el procedimiento de reforma por la Legislatura y posterior plebiscito en 1989. Dicha reforma no prosperó dado que, al ser sometida a la votación popular, fue rechazada ampliamente por la ciudadanía bonaerense.

En definitiva, la opción por uno de los procedimientos de reforma constitucional previstos en el artículo 206 es una decisión netamente política de la Legislatura local, se trate de modificar uno o más artículos.

¹⁴ El constituyente procuró de esta forma que una cuestión tan delicada y excepcional, como lo es reformar la Carta Magna, cuente con un amplio consenso.

c) La modificación del artículo 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires por vía de enmienda. La actuación de las Cámaras Legislativas y el posterior plebiscito. Una propuesta de reforma

La posibilidad de reformar el artículo 189 de la Constitución provincial por vía de enmienda, no solo se ajusta a la propia letra del artículo 206 de la Carta bonaerense, sino que encuentra en la experiencia reciente ejemplos concretos de implementación.

En efecto, la Ley Nº 14.523 sancionada en el año 2013, declaró necesaria la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires con el objeto de modificar el inciso 3 del artículo 191. Se propició la disminución de la edad requerida para ser electo concejal, bajándola de 25 a 21 años.

Sin embargo, ocurrió algo curioso. No obstante haber entrado en vigencia la ley que declaraba necesaria la reforma parcial, no se dio cumplimiento a la segunda etapa del procedimiento de reforma escogido. Esto es, el plebiscito popular mediante el cual el pueblo de la Provincia ratifica la enmienda constitucional. Así, el artículo 4º de la Ley Nº 14.523 estableció que “El Poder Ejecutivo convocará al electorado de la Provincia de Buenos Aires, a partir de la sanción de la presente Ley, a un plebiscito en la primera elección que se realice, para que se exprese en pro o en contra de la enmienda”. Esto nunca ocurrió.

En vez de ello, el entonces gobernador Daniel Scioli, emitió el Decreto Nº 422/13, mediante el cual se creaba una Comisión Especial tendiente a disponer lo necesario para la implementación de la ley de reforma constitucional.

2. La representación del Interés Público ante conflictos de intereses

A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no existe intervención oficial de las fiscalías ante la justicia administrativa provincial.

El código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires (Ley N° 12.008 y modif.) no tiene regulada la intervención principal ni promiscuadel Ministerio Público provincial a fin de expedirse, por ejemplo, sobre la competencia material, la habilitación de instancia o la afectación de un interés general de la sociedad. Sólo las partes actúan ante el juez.

La presencia de los fiscales ante el fuero contencioso administrativo bien puede ser garantía para evitar conflictos de intereses y de la defensa de los intereses de la sociedad, que en este tipo de proceso judicial se diferencia de los intereses de la Administración Pública y los particulares.

Como se puede percibir de diversas actuaciones judiciales en las que se encuentran en colisión partes con intereses aparentemente similares -como sucedió en la causa “Correo Argentino”-, la defensa del interés de la sociedad estuvo a cargo de la representante del Ministerio Público Fiscal ante el fuero en el que se desarrollaba el juicio.

En otras causas, en las que originariamente la representación del Estado defendía la constitucionalidad de una ley -cuestionada por el actor- y que luego -por un cambio de estrategia procesal- aceptaba que tal norma se oponía a disposiciones de la CN, la defensa de la ley quedó en manos del Fiscal ante la Justicia Contencioso Administrativa interviniente. Por ejemplo, ello ocurrió en las causas en las que se discutía la ley de ingreso irrestricto a las Universidades Públicas¹⁵.

Las preguntas iniciales que dieron origen a estas reflexiones provisorias que aquí se comparten son: ¿Es el interés público una situación que habilita su defensa judicial? En tal caso; ¿Quién es titular del interés público? ¿La Administración -cuya finalidad es satisfacer el interés público- es la titular? ¿Quién está

¹⁵ López, José Ignacio y Cabral, Pablo Octavio (2016) “*La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Ingreso Irrestricto a las Universidades Públicas. Una interpretación contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, publicado en la Revista La Ley de fecha 23 de agosto de 2016, con referato. Extensión 21 carillas (Disponible en SEDICI; <http://hdl.handle.net/10915/61425>).

legitimado a defender en juicio al interés público? ¿Los intereses de la Administración pública coinciden con el interés público?

A finales del siglo XIX, el jurista alemán J. Mejer explicaba que la Administración Pública tenía como objetivo o finalidad promover los intereses del Estado y los del Pueblo. El concepto de interés estatal y público -en el desarrollo de las sociedades modernas- se fue modificando, transformándose, dificultando una captación fiel que nos permita -si esto fuera posible- observarlo, medirlo, pesarlo, describirlo o analizarlo.

No obstante ello, su existencia adquiere relevancia práctica, ya que es la justificación formal de todas las políticas públicas que se llevan a cabo desde los sucesivos gobiernos que administran el Estado. El interés público es utilizado como una válvula de escape por la Administración Pública en contra de las posturas de individuos o colectivos sociales y, al mismo tiempo, obliga al Estado a cumplir con las reglas del juego en que pretende invocarlo.

Hoy contamos con el precedente de la CSJN que en la causa “*Astilleros Alianza*”, afirmó que; “debe prevalecer el interés público frente a los intereses meramente privados” y precisa: “el mantenimiento de la medida de no innovar decidida podría producir en el Estado graves perjuicios patrimoniales que se derivarían de la paralización de las obras. Gravámenes que también se harían extensivos a la comunidad toda, por el daño que aquella circunstancia traería como consecuencia para el desarrollo social, que un emprendimiento de la magnitud y trascendencia como el que nos ocupa, por sí sólo supone”.

Recordemos, como señalamos con anterioridad, que la incorporación de las reformas constitucionales de 1994 reconocieron al debido proceso colectivo como garantía, habilitando a una serie de sujetos como legitimados para exigir derechos en clave colectiva y discutir en cualquier instancia bajo esa modalidad.

La pregunta que nos interpela es si el interés público puede defenderse en un proceso judicial en el que Estado es parte y, en tal caso, quién es el legitimado para defenderlo en esa

instancia. Finalmente propondremos la necesidad que un organismo constitucional como el Ministerio Público Fiscal asuma un rol de defensa institucional del interés público en los procesos contencioso administrativos o en los de otra naturaleza en que se pongan en juego intereses de tal tipo (por ejemplo, conflictos sobre libertad de expresión), debiendo intervenir en causas en las que esté en juego en bienestar de la sociedad en general.

Explica Luciano Savignano que “en un breve análisis de las estructuras organizativas de los distintos Poderes Judiciales que poseen fueros especializados en temas de derecho administrativo, puede advertirse que en numerosas jurisdicciones se encuentra prevista la creación y consecuente actuación en el proceso de Fiscalías en lo Contencioso Administrativo, como órganos especializados del Ministerio Público. Muchas de esas vicisitudes procesales podrían ser reducidas con la creación de una figura que coadyuve a establecer una orientación clara en la materia de la competencia del Fuero. Dicha actuación redundará paulatinamente en una celeridad de los procesos con el beneficio de las personas sometidas a causas judiciales. La figura a la que aludimos es la de un Agente Fiscal para actuar ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y también ante el Fuero de Ejecuciones Tributarias”¹⁶.

En el ámbito de la Justicia Contencioso Administrativo Federal, el Ministerio Público interviene en diversas etapas del proceso judicial como una forma de intervención en los procesos no penales.

Explica Juan De Césarís que el interés público que justifica la intervención de las fiscalías en los juicios penales “tiene también correlato a través de la facultad y obligación de participación, en todo proceso judicial no penal, en el que los intereses en conflicto no pueden dejarse a merced de la voluntad de las partes (...) al haber una afectación pública y social que trasciende una expectativa individual o bilateral, nuestro organismo debe

¹⁶ Luciano Savignano, “El Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires ante el Fuero Contencioso Administrativo y de ejecuciones Tributarias. Una Propuesta”, Revista RAP Bs. As. (73/74), pág. 163 y siguientes.

salvaguardar el equilibrio conculcado que se propaga a toda la comunidad. Es en ese ámbito que encontramos fundamentalmente la defensa de los intereses generales de la sociedad requerida por expreso mandato constitucional”¹⁷.

En la investigación publicada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) sobre el rol del Ministerio Público en casos no penales en América Latina, se postula que “la actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en materia Contencioso Administrativo Federal está a cargo de los fiscales y fiscales generales que velan por el debido proceso legal. Tienen como función principal peticionar en las causas en trámite donde está involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional. En materia procesal participan de cuestiones de competencia, habilitación de instancia, solicitan la recusación con causa de los jueces intervinientes; producen, ofrecen y solicitan la incorporación de prueba, peticionan el dictado de medidas cautelares o dictaminan sobre su procedencia, plantean nulidades e interponen recursos. Asimismo, plantean inconstitucionalidades, interponen las acciones previstas en la Ley N° 24.240, intervienen en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan”¹⁸.

¹⁷ Juan H. De Césarís, Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, en la obra dirigida por Silva Palacio de Caeiro, Competencia Federal, La Ley, Buenos Aires, 2012.

¹⁸ CEJA, Ángela Ledesma, “El rol del Ministerio Público en casos no penales en América Latina”, Santiago de Chile, 2019.

Respecto de la intervención del Ministerio Público Fiscal ante el fuero Contencioso Administrativo Federal, concluye sosteniendo que “en cuanto al rol del Ministerio Público en el fuero, se puede señalar que si bien la normativa anterior guarda relación con el actual art. 31 de la Ley N° 27.148, en tanto ya permitía expresamente su participación activa en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Nacional, a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación, así como para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los últimos años su función ha tomado especial importancia, al punto de convertirse en un agente principal del proceso.”

La propuesta en este punto, puede sintetizarse en las palabras de Savignano, quien ya hiciera un proyecto de modificación legislativa concreto en la publicación referenciada. El mismo señaló que “(...) una propuesta para la solución de las mencionadas controversias, podría ser la creación de un cuerpo de fiscales que actúen principalmente ante los Fueros en lo Contencioso Administrativo y de Ejecuciones Tributarias. En el supuesto de prosperar esta propuestase debería, a su vez, modificar diversas normas orgánicas y de procedimiento a los efectos de la correcta inserción institucional de la figura. Con esta propuesta se pretende que los órganos creados coadyuven a evitar un dispendio de actividad jurisdiccional y a alentar con ello la consolidación de una seguridad jurídica en los procesos, unificando criterios en temas como competencia judicial, habilitación de instancia contencioso administrativa, de constitucionalidad y validez de normas”¹⁹.

¹⁹ Luciano Savignano, “El Ministerio Público Fiscal (...)”, ob. cit..

3. La defensa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en el Fuero Contencioso Administrativo. Problemas estructurales del acceso a la justicia administrativa en la provincia de Buenos Aires

a) Algunas líneas sobre la judicialización de los DESCAs

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales han sido regulados expresamente por el derecho internacional a través de los tratados de protección de los Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana de Derechos Humanos y Protocolo Adicional de San Salvador), los cuales adquirieron rango constitucional con la reforma de 1994.

En el contexto interamericano de protección de los derechos humanos, los DESCAs son definidos como aquellos derechos fundamentales que posibilitan al individuo una calidad y nivel de vida adecuado a su naturaleza y dignidad. Entre otros, se reconocen como tales el empleo; la seguridad social; vivienda; educación; salud; alimentación; y/o cultura.

La realidad nacional y regional nos impone el desarrollo de garantías eficientes para tutelar y efectivizar los DESCAs de gran parte de la población que se encuentra aún excluida de los beneficios que la comunidad reconoce a los incluidos en ella. Estas técnicas o mecanismos de tutela de los derechos, destinados a lograr su efectividad, pueden ser tanto institucionales (políticas o jurisdiccionales) como extrainstitucionales o sociales (acceso a la información y participación de la ciudadanía).

Así, tanto a nivel federal, como en el ámbito bonaerense, la revisión judicial de las políticas públicas y la consiguiente efectivización de los DESCAs es principal (aunque no exclusivamente) competencia de la justicia contencioso administrativa. Por ejemplo, la discusión sobre el alcance de una prestación con una prepaga (sea aún en términos de vínculo contractual), involucra el derecho a la salud. Lo mismo puede decirse en

relación a la disolución de un vínculo contractual, donde se pone en juego el derecho al trabajo. En ese sentido, debemos tener siempre presente que la constitucionalización del derecho supuso erradicar la insularidad que el derecho privado había construido, poniendo en la escena pública la discusión en torno a la distribución igualitaria de bienes y servicios para la satisfacción de derechos. En esa clave de lectura, los principios de indivisibilidad e interdependencia de derechos son trascendentales para entender la potencia del enfoque de derechos y la inexistencia de jerarquías.

A partir de las reformas constitucionales de la década de 1990 fueron creados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la jurisdicción provincial bonaerense nuevos organismos judiciales descentralizados con competencia material de derecho público. La puesta en funcionamiento de estos tribunales permitió el desarrollo de una jurisprudencia de efectivo control de las políticas sociales de los Estados y la garantía de los DESCAs en dicho ámbito judicial.

En nuestra provincia existía una falta de tradición cultural sobre la posibilidad de judicializar los DESCAs, en parte debido a la resistencia del propio Poder Judicial para resolver cuestiones de apariencia típicamente política y en parte causada por el desconocimiento del sistema de derechos reconocidos en los tratados de protección de los derechos humanos. Esta resistencia cultural está siendo superada por la labor de los magistrados del Fuero Contencioso Administrativo y el empeño de muchos defensores oficiales que litigan en esta materia, aún cuando -como veremos- no cuentan con una estructura y habilitación especial para intervenir ante dicho fuero especializado.

Frente a la clásica defensa de la tradicional justicia contencioso administrativa se opone una visión socializante y transformadora del rol de los jueces en nuestra sociedad, que también se articula con una concepción participativa de una democracia en la que los derechos fundamentales son garantizados por el Estado en forma igualitaria.

El poder judicial comenzó a intervenir activamente en las decisiones públicas a través del control de constitucionalidad de las leyes (en nuestro país en forma difusa, es decir tal declaración puede ser emitida por cualquier juez) y mediante el control de legalidad del accionar de las administraciones públicas (especialmente mediante el control efectuado por la justicia contencioso administrativa).

También las reformas de las Constituciones estatales generalizaron el control de la administración mediante la creación de un nuevo fuero descentralizado con especialidad administrativa. Así desde hace unos años tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en la provincia del mismo nombre, funcionan los juzgados en lo contencioso administrativo que desarrollan una actividad de control de las respectivas administraciones públicas.

Esta combinación entre reconocimiento de derechos sociales y activismo judicial en el control de las acciones del gobierno (denominada por algunos medios judicialización de la política), tanto en su esfera legislativa como administrativa, generó un espacio institucional de discusión racional de las decisiones públicas del gobierno.

b) La participación del Ministerio Público en la defensa de los DESCÁ

Independientemente de cuál sea nuestra concepción acerca de los derechos humanos, estos constituyen obligaciones jurídicas exigibles con relación al Estado (u otras personas), los cuales deberán garantizarse a través de la formulación de políticas públicas y/o reglamentaciones de distinta índole, de la consiguiente asignación de recursos, ventajas o desincentivos y de su potencial justiciabilidad.

De ese modo, no existen, en el plano normativo, generaciones de derechos. En consecuencia, las distinciones que en función de estas categorías se han construido y sostenido, resultan no sólo carentes de sustento y sentido, sino que se perciben

contraproducentes e irreconciliables con la idea misma del propio reconocimiento. Ello así, pues la formulación de divisiones jurídicas y la instrumentación de distintos grados de satisfacción en correlación a la “jerarquía” que se les asigna, choca con la realidad material única del ser humano, con la indivisibilidad e interdependencia de sus derechos en pos de la realización de su persona y plan de vida y con la asignación de prioridades constitucionalmente adoptadas en el programa de gobierno que el acuerdo social supone.

De allí que la no operatividad (más) inmediata y sustantiva de gran parte de los derechos humanos -en particular, de los DESCAs- y de su exigibilidad por parte de los sectores más desaventajados, tiene que ver más con una (hegemónica) concepción conservadora -histórica, filosófica, política, ideológica, económica y jurídicamente instituida- que ha marcado la agenda, sentido y universo simbólico de los mismos, que con falta o carencia de recursos presupuestarios, limitaciones competenciales, imposibilidades técnicas o colapsos institucionales.

En consecuencia, a pesar de los reparos que puedan realizarse a las fórmulas de reconocimiento de derechos contenidas en los instrumentos jurídicos, su lectura, interpretación y aplicación en perspectiva de derechos humanos por parte de los distintos actores, organismos técnicos y movimientos sociales en cada uno de los espacios institucionales o de disputa de significación social, permite/iría aportar umbrales de exigibilidad y operatividad aceptables dentro de una sociedad cada vez más fragmentada, desigual y polarizada. Es decir, que más allá de las distancias que se han construido jurídicamente como expresión de poder en función de cierta clase de intereses, el instrumental con que se cuenta puede servir para la construcción de arreglos institucionales más igualitarios.

Es que la falta de proposición y concreción de cambios significativos en pos de una mayor redistribución del bienestar individual y social en términos de acceso real, garantía y satisfacción de derechos está asociada a la resistencia del poder

instituido, político estadual o “mercantil”, de sus actores, agentes y organización, para ceder beneficios o ventajas que irían en detrimento de sus propios intereses o de los intereses que protegen.²⁰

En este contexto, ¿qué herramientas puede aportarnos la existencia de un Ministerio Público de la Defensa autónomo? ¿Por qué es relevante que tal institución exista?

Entre los condicionantes sociales que alteran el acceso a la justicia se destaca en nuestro país la imposibilidad del afectado de costear los gastos que acarrea iniciar una acción judicial. Debe considerarse como fundamental, a fin de garantizar el efectivo acceso a la justicia, la existencia de un servicio de asistencia jurídica gratuita y la eliminación de los costos del proceso.

Las defensorías que hoy por hoy existen en la provincia entienden únicamente en causas civiles y penales no existiendo asistencia estatal en materia contencioso administrativa. En la provincia de Buenos Aires, el servicio de defensa pública que el Estado brinda a sus ciudadanos es ejercido por la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia.

Como vimos, la Constitución bonaerense dispone en su artículo 189 que el Ministerio Público será desempeñado por el procurador y subprocurador general de la Suprema Corte de Justicia; por los fiscales de Cámaras, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de las Cámaras de Apelación; por agentes fiscales, asesores de menores y defensores de pobres y ausentes, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de primera instancia. El procurador general ejercerá superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público.

En la estructura del Poder Judicial de la provincia, la reforma constitucional bonaerense del año 1994, estableció la

²⁰ Valga como ejemplo las interpretaciones de ciertos jueces con relación a situaciones de violaciones graves e intolerables a los derechos humanos de personas en situación de extrema pobreza o la falta de formulación de políticas públicas estructurales e integrales.

creación de un nuevo Fuero Contencioso Administrativo para intervenir en la revisión de la actuación u omisión de las administraciones provincial y municipales (art. 166 CP), integrado en la actualidad con, al menos un juzgado de primera instancia por cada Departamento Judicial (a excepción de Mar del Plata, La Plata, San Martín y San Isidro en los que se incorporaron más organismos) y por cuatro cámaras de apelaciones regionales (en los Departamentos Judiciales de La Plata, San Nicolás, San Martín y Mar del Plata).

En el actual estado de la defensa pública bonaerense, las personas de escasos recursos que se vean obligados a exigir judicialmente a los Estados provincial o municipales por la efectividad de sus derechos humanos básicos (salud, alimentación, vivienda, educación, etc.) carecen de la asistencia jurídica gratuita, ya que -como vimos- la normativa vigente no le otorga tal competencia al Ministerio Público.

Al mismo tiempo, las transformaciones operadas a la luz de la constitucionalización, la consolidación del enfoque de derechos, la irrupción de la dimensión no sólo individual de la exigibilidad de los DESCAs sino también colectiva y las particularidades propias del fuero contencioso administrativo, imponen en cabeza de esa estructura la adquisición de una serie de conocimiento, destrezas y habilidades fundamentales para un adecuado cumplimiento de su mandato constitucional: la defensa de los derechos humanos, el interés público y la juridicidad.

En este marco, el litigio se resignifica como un foro político explícito y el juez como un brazo de esa disputa política, donde se define el alcance concreto de los derechos. A través de su ejercicio se controlan y construyen las líneas de intervención y regulación estatal, disputando la agenda de gobierno. En una estructura institucional caracterizada por su elitismo epistémico, desconfianza hacia la ciudadanía, pluralidad de controles internos ineficientes y ausencia de reaseguros exógenos, la existencia de una defensa pública autónoma, especializada y

técnicamente solvente constituye una herramienta esencial para viabilizar el empoderamiento individual-colectivo, visibilizar la conflictividad y promover cambios en clave estructural.

4. Políticas de género en el Ministerio Público bonaerense

Existen numerosos instrumentos jurídicos internacionales que garantizan la plena vigencia de los derechos humanos para todas las personas, sin distingos de ninguna clase (Carta de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como instrumentos específicos que protegen a las mujeres (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW- y/o Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer).

Nuestro derecho interno también asegura la igualdad y el derecho de no discriminación para todas las personas y contiene leyes específicas para la protección de los derechos de las mujeres. Sin embargo, también en nuestro país las mujeres constituyen un grupo históricamente discriminado que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Es el mismo caso de las personas discriminadas por su identidad sexo-genérica.

En la práctica judicial existen numerosos obstáculos al acceso a los derechos que nuestro sistema normativo les otorga. Tanto el derecho como el sistema de justicia fueron diseñados e implementados respondiendo a necesidades masculinas que se entendieron como universales, por lo que las normas, las instituciones y las prácticas jurídicas y judiciales tienden a invisibilizar las experiencias y las necesidades específicas de estos grupos. Las barreras para acceder a la justicia se originan en estereotipos de género y de diversidad sexual que impiden y obstruyen el efectivo goce de los derechos, de acuerdo a estándares internacionales.

Al respecto, las Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina (2016) del Comité CEDAW, y el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, relativo a su misión al país (2016), contienen una serie de recomendaciones al Estado en la temática, muchas de cuales son responsabilidad del Ministerio Público.

También encontramos recomendaciones que incumben a dicha institución en las Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la Argentina (2016) del Comité de Derechos Humanos y en las Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina (2018) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Conforme lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley N° 14442 y modificatorias, el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires tiene legitimación plena para actuar en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

Por lo tanto, constituye una manda legal la incorporación de perspectiva de género y de diversidad sexual en el diseño e implementación de políticas públicas que reconozcan a las mujeres y personas discriminadas por su identidad sexogenérica como sujetos diferenciados, y que garanticen el acceso efectivo a mecanismos judiciales eficaces y respetuosos de sus derechos.

Asimismo, como política interna del organismo, debe adoptar medidas con perspectiva de género y diversidad sexual para garantizar la igualdad de ingreso y carrera, como así también la igualdad en el ámbito de las relaciones interpersonales de quienes lo integran.

Frente a esta problemática compleja, deviene necesario impulsar la creación de un área específica que articule con sus distintas dependencias para abordar las problemáticas propias de cada una de ellas, promoviendo la transversalización de la

perspectiva de género y diversidad sexual para el efectivo ejercicio de los derechos económicos, sociales, civiles, políticos y culturales de las mujeres y de las personas discriminadas por su identidad sexo-genérica. También para brindar capacitación, asesoramiento y asistencia técnica tanto a fiscales, defensoras y defensores, asesoras y asesores de incapaces como a las demás personas integrantes de su estructura, sobre cuestiones de género y diversidad sexual que se presenten en el desarrollo de sus funciones.

Todo ello supone la necesidad de abordar esta materia con estructuras especializadas, con sensibilización y formación específica, con dedicación exclusiva a la temática y recursos acordes.

Dada las particularidades de las actuaciones del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, y lo normado en los artículos 2 y 4 de la Ley N° 14.442 cuando señalan, respectivamente, que “(...) El Ministerio Público se compone por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa como áreas funcionalmente autónomas” y que “El servicio de la Defensa Pública goza de autonomía funcional, independencia técnica (...)”, podría pensarse en la creación de dos áreas diferentes o dos subáreas, para permitir de este modo un abordaje diferenciado responsable y eficiente de la temática en cuestión. De esta manera, el Ministerio Público bonaerense dará cumplimiento a lo requerido por la Comunidad Internacional, nuestro ordenamiento interno y lo reclamado por nuestra sociedad.

VI. Fundamentación

1. Regulación constitucional y legal

El Ministerio Público es el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales (art. 1, Ley N° 14.442).

Apartándose de las disposiciones de la CN reformada en 1994 -que le dedicó una sección especial al Ministerio Público, asegurando su carácter independiente, autonomía funcional, autarquía financiera, la inmunidad funcional e intangibilidad de los sueldos de sus miembros-, la Carta provincial no contempló ninguno de esos extremos en el artículo que estamos comentando.

Como acertadamente se ha señalado, la convención constituyente provincial reunida en 1994 desperdició la oportunidad de adecuar la estructura de este órgano a las necesidades actuales, generando así un vacío constitucional sobre las funciones que ejerce el Ministerio Público, su independencia y autonomía y las garantías funcionales acordadas a sus integrantes. Si bien el presente artículo fue modificado en 1994, la reforma sólo se limitó a incorporar la figura del Subprocurador.

Como consecuencia de las carencias mencionadas, el legislador -a través de la ley orgánica- se encargó de fijar precisiones sobre esta fundamental institución.

En línea con la presente norma constitucional, la ley dispuso que el Procurador General estará a la cabeza del Ministerio Público y ejercerá la superintendencia sobre todos sus integrantes. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos e inmunidades que los jueces. Conservan sus cargos mientras dure su buena conducta y solamente pueden ser suspendidos o removidos, conforme a los procedimientos de juicio político o enjuiciamiento previstos en los artículos 73, inciso 2) y 182 de esta Constitución.

Casi la totalidad de las constituciones provinciales extienden la garantía de la inamovilidad a los miembros del Ministerio Público. La Carta bonaerense solo se limita a establecer los requisitos para ocupar los cargos, siendo la inamovilidad consagrada en la ley reglamentaria. Mencionamos como excepciones a tal principio el artículo 126 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el cual establece para el Fiscal General una duración en su cargo de siete años, pudiendo ser reelegido. Algo similar ocurre con la Constitución de Córdoba, la que dispuso

que el Fiscal General dura en sus funciones cinco años y puede ser designado nuevamente.

A la hora de analizar la evolución del Ministerio Público de los últimos años, tenemos que tener presente que en 1997 se llevó a cabo una profunda reforma en materia procesal penal en el ámbito bonaerense.

En efecto, durante la gobernación de Eduardo Duhalde tuvo lugar un ambicioso plan de reformas estructurales que desembocaron en un nuevo paradigma de persecución penal. Se pasó de un sistema inquisitivo y escrito (donde el magistrado que llevaba la investigación, luego era el mismo que dictaba la sentencia) a uno acusatorio, de tipo oral y con una investigación penal preparatoria al debate a cargo del agente fiscal.

En ese contexto, se debió pensar en una nueva normativa para el rol del Ministerio Público y su articulación con las demás instituciones y actores del sistema penal. Así fue sancionada la Ley Nº 12.061 por medio de la cual se buscó ordenar la autonomía e independencia del organismo y organizarlo jerárquicamente bajo la figura del Procurador General.

Tiempo más tarde fue sancionada por la legislatura local una nueva ley orgánica del Ministerio Público (Ley Nº 14.442) en el año 2013. La misma parte del principio general que el Ministerio Público es parte integrante del Poder Judicial y goza de la autonomía e independencia que le otorga la Constitución para el debido cumplimiento de sus funciones, siendo su organización jerárquica y regida por los principios de unidad, flexibilidad y descentralización.

Tal vez la reforma más trascendente de la Ley Nº 14.442 ha sido la consolidación del principio de “autonomía de la defensa pública”. Fue así que el texto legal estableció que “el servicio de la Defensa Pública goza de autonomía funcional, independencia técnica y autarquía financiera y es prestado por los defensores oficiales” (art. 4).

En función de ello, la propia ley dispuso que el Ministerio Público estaría compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el

Ministerio Público de la Defensa como áreas funcionalmente autónomas. Por tal motivo el legislador creó la figura del Defensor General de la Provincia, responsable, según la norma, del adecuado funcionamiento del Ministerio Público de la Defensa con potestades y atribuciones de definir políticas de la defensa pública, dictar instrucciones generales y particulares, ejercer acciones disciplinarias y disponer del personal de su área.

Para el desempeño del cargo de Defensor General -como para el de Subdefensor General creado por la misma norma-, se exige los mismos requisitos que para ser miembro de la Suprema Corte de Justicia (art. 177, CP). En cuanto al nombramiento, resulta de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 175 segunda parte. Es decir, serán designados por el Poder Ejecutivo a partir de una terna elevada por el Consejo de la Magistratura y requerirán acuerdo del Senado en sesión pública.

Desde hace años, el principio de la “autonomía de la defensa pública” constituye una cuestión que ya no admite debates, tanto en nuestro país como a nivel internacional. En efecto, debemos partir de la base que la normativa internacional de protección de derechos humanos exige que a toda persona sometida a un proceso (ya sea de tipo penal, civil, laboral o el que fuera) se le deben respetar las garantías de un debido proceso legal.

Dentro de ellas adquiere una importancia fundamental la asistencia de una defensa técnica adecuada y eficaz para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia. Llegado el caso que una persona sometida a proceso carezca de medios económicos para nombrar un defensor particular, será el Estado quien asuma de manera gratuita esa asistencia técnica a través de la defensa oficial (ver comentario al artículo 15 de la CP referido a la tutela judicial efectiva).

A la luz de lo que venimos comentando, resulta claro advertir la necesidad de hacer efectivo el principio de autonomía de la defensa pública para el fortalecimiento de sus funciones. Pensemos que en la Provincia de Buenos Aires, históricamente la defensa pública dependió del Procurador General, que a su

vez ejerce la jefatura sobre los fiscales (contradictores procesales de la defensa).

Esta posición anómala en donde el superior del fiscal y del defensor es el mismo funcionario, podría generar situaciones no deseadas para una buena administración de justicia. Por ejemplo, que los defensores teman ser pasibles de sanciones disciplinarias por el ejercicio comprometido de sus funciones; de ver recortadas sus asignaciones presupuestarias; o, limitar o condicionar sus ascensos.

En el plano internacional, la propia Asamblea General de la OEA (organización de Estados Americanos) viene sosteniendo hace tiempo sobre la necesidad de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para dotar al servicio de defensa pública de autonomía funcional y garantizar de esa forma el derecho de acceso a la justicia, en especial de aquellas personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.

En nuestro país, tal como lo mencionamos anteriormente, la reforma a la Constitución Nacional de 1994 diseñó un modelo de defensa autónoma. De acuerdo a su artículo 120, el Ministerio Público está integrado por un Procurador General y por un Defensor General. Pero como bien se ha señalado, tal diseño a nivel federal no tuvo el impacto esperado sobre la organización de las defensas públicas de todas las provincias del país.

Volviendo al ámbito de la Provincia de Buenos Aires, debemos señalar que al sancionarse la nueva ley orgánica del Ministerio Público (Ley N° 14.442), la entonces Procuradora General presentó, antes de que la misma entrara en vigencia, una acción originaria de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte. Mediante aquella acción solicitó se prohiba la implementación de la nueva normativa por hallarla contraria a la Constitución provincial.

Entre sus fundamentos planteó que, una modificación como la que se pretendía, solo podía ser factible mediante una reforma constitucional y no por vía legislativa. Consideró que la creación del cargo de Defensor General con la misma jerarquía que el Procurador violentaba el artículo 189 de la Carta provincial.

La Suprema Corte en su decisión no se pronunció sobre el fondo de la cuestión como así tampoco sobre la medida cautelar solicitada. Tan solo dejó establecido que “hasta tanto se resuelva, las competencias y facultades asignadas por la ley cuestionada deben ser ejercidas por el Procurador General en tanto cabeza del Ministerio Público y titular de la superintendencia sobre la totalidad de los demás miembros que lo integran (arts. 189, Const. Prov. y 1º, 2º y 20, 1er. párr., ley 14.442; art. 34 inc. 4º y 5º, C.P.C. y C.)”. Esta situación excepcional continúa hasta la actualidad, y demuestra la clara resistencia de ciertos sectores a una verdadera implementación del principio de la autonomía de la defensa pública. Hasta el día de hoy no se ha llamado a concurso para cubrir los cargos de Defensor y Subdefensor General.

2. Proyectos de reforma de la ley orgánica del Ministerio Público provincial

Destacamos entre los antecedentes de reforma de la ley orgánica del Ministerio Público, previo a la sanción de la ley 14.442, los siguientes:

- 1) Proyecto de ley del Diputado Fernando Navarro, tramitado por Expediente D-2877/08-09, sin finalmente ser aprobado por la legislatura provincial.
- 2) Anteproyecto de reforma del Dr. Jorge Taiana.

3. Suspensión cautelar de la ley 14.442. Sentencia de la SCBA en la Causa I. 72.447 “Procuradora General contra Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad ley 14.442”

a) Principales consideraciones

El dictado de sentencia en la causa referida y el sentido de dicha decisión judicial resultó un gran paso hacia la autonomía de la Defensa Pública en la Provincia de Buenos Aires.

El pasado 29 de mayo, el Máximo Tribunal de la Provincia se pronunció de forma categórica y por unanimidad de sus

miembros, acerca de la constitucionalidad de la Ley N° 14.442, la que entre otras cuestiones estableció expresamente que la Defensa Pública goza de autonomía funcional, independencia técnica y autarquía financiera. Al así resolver, vino a poner fin a una situación de incertidumbre que se prolongó durante años en nuestra provincia, con la grave afectación a la vida institucional que ello significaba.

Como ya se ha señalado anteriormente, al sancionarse la ley 14.442 en el año 2013 la entonces Procuradora General interpuso una acción originaria de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que generó en la práctica la suspensión de la aplicación de la norma impugnada.

En su objetivo de lograr la invalidez de la Ley N° 14.442, la Procuradora desplegó en su presentación básicamente dos agravios: a) Que la norma sancionada por la Legislatura no habría cumplido los estándares mínimos de debates en las cámaras; b) Que la creación de los dos nuevos cargos de Defensor General y Subdefensor General y la atribución a ellos conferida de ser los responsables del adecuado funcionamiento del Ministerio Público de la Defensa, resultaría contraria a la Constitución provincial.

En cuanto al primer planteo (la supuesta falta de deliberación legislativa) la Suprema Corte sostuvo con meridiana claridad que, si bien el tratamiento en la Legislatura local de la Ley N° 14.442 pudo no ser el óptimo, debe tenerse en cuenta que el debate parlamentario no fue completamente obviado y que la referida ley “I) concierne a un aspecto organizativo de uno de los poderes públicos; II) no establece una vinculación directa con los derechos de las personas; III) modifica parcialmente un esquema legal preexistente; IV) reconoce como antecedentes varias iniciativas legislativas propuestas en los últimos años; V) fue acompañada por un mensaje o exposición de fundamentos; IV) en principio tiende a una mejor tutela de los derechos; VII) no sacrifica bienes jurídicos ni instaaura un cuadro de regresividad normativa”. Por todo ello, se inclinó a no tachar

la norma impugnada como irrazonable ni mucho menos como contraria a ninguna disposición de la Carta provincial.

En cuanto al segundo agravio planteado por la parte actora (que la norma cuestionada colisionaría con lo dispuesto por el art. 189 de la Constitución provincial), la Corte-con voto del Dr. Soria-, en un extenso razonamiento que abarcó desde aspectos históricos, pasando por antecedentes de iniciativas legislativas sobre la temática en cuestión y hasta pronunciamientos de organismos internacionales en materia de Derechos Humanos, llega a la firme conclusión que la Ley N° 14.442 no infringe de manera alguna el orden constitucional.

Por último señalamos que, por decisión del legislador, integran el Ministerio Público:

- i) El Procurador General de la Suprema Corte de Justicia.
- ii) El Subprocurador General de la Suprema Corte de Justicia.
- iii) El Defensor General de la Provincia de Buenos Aires.
- iv) El Subdefensor General de la Provincia de Buenos Aires.
- v) El Fiscal y el Defensor del Tribunal de Casación.
- vi) Los Fiscales de Cámara y los Defensores Departamentales.
- vii) Los Adjuntos del Fiscal y del Defensor del Tribunal de Casación.
- viii) Los Agentes Fiscales y los Defensores Oficiales.
- ix) Asesores de Incapaces.
- x) El Cuerpo de Magistrados Suplentes del Ministerio Público.

b) Jurisprudencia

Una comprensión sistemática del ordenamiento permite concluir que hasta tanto comiencen su actividad los nuevos órganos creados de la defensa pública, las competencias que la Ley N° 14.442 confiere al Defensor General provincial (y

Sub Defensor provincial) en sustitución de las originariamente asignadas al Procurador General, podrán ser desempeñadas por éste dada su cualidad de titular Ministerio Público (arts. 189, CP y 1 y 2, Ley N° 14.442). Ello así, a fin de asegurar la continuidad de un conjunto de órganos y servicios indispensables para el respecto a la garantía de la tutela judicial continua y efectiva que la Constitución manda a preservar (art. 15, CP). El mismo temperamento cabe aplicar respecto de las funciones hoy día confiadas a otras autoridades de la defensa (art. 18 inc. 5, ley 12.061, según ley 14.221; 24 inc. 3, ley 14.442). [“Procuradora General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad de ley 14.442”. SCBA LP I 72447 I 11/03/2013 Juez SORIA (OP)].

El Ministerio Público como representante de la comunidad tiene el derecho y el deber de promover la adopción de todas aquellas medidas que estime pertinentes para el debido esclarecimiento de los hechos. Si así no fuera, la defensa de la comunidad que le ha sido encomendada, resultaría enervada. Esa amplia facultad sólo encuentra límite en la decisión del magistrado interviniente que consentirá o no la instrumentación de la medida solicitada (JEMF LP 966 RSI-966-93 I 9-12-1993, “Alemano s/Enjuiciamiento”).

VII. Actividades

Entre las acciones que se proponen, destacamos:

- a) Mesa de discusión y trabajo.
- b) Jornadas Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Perspectivas y nuevos desafíos institucionales frente a la sociedad bonaerense (CIDerCrit FCJyS UNLP)
- c) Entrevistas a informantes claves.
- d) Grupo de discusión conversatorios coordinado por miembros del CiDerCrit.
- e) Presentación pública del proyecto de reformas legislativas para un nuevo Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

f) Presentación pública de una propuesta de reforma constitucional.

g) Publicación del presente programa, los avances y acciones en la Revista Derechos en Acción – ReDeA- y otras publicaciones especializadas

h) Seguimiento de las propuestas presentadas a través de proyectos de investigación y extensión universitaria

i) Informe periódico, devolución a las instituciones, actores comprometidos.

Brindaremos una explicación sucinta del estado de avance de las actividades mencionadas.

1. Mesa de discusión y trabajo

La mesa de discusión y trabajo se reunió por primera vez el 24/09/19 en la Secretaría de Relaciones Institucionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales donde se presentó el proyecto y programa a los integrantes de Grupo Promotor.

2. Jornada “El Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Perspectivas y nuevos desafíos institucionales frente a la sociedad bonaerense”

03 de octubre de 2019. Edificio Karakachoff. UNLP.

Inicio. 16. Hs.

Palabras iniciales del Sr. Decano Miguel Berri.

Presentación de proyecto Cidercrit: Prof. Pablo Octavio Cabral y Dr. Alejandro Medici

Primer Panel. 16.30 hs.

I. Las experiencias no penales de otros Ministerios Públicos.

Coordina: Prof. Carolina Correge.

- Dra. Johana Cristalino. Procuración General de la Nación.

- Dr. Nelson Rapimán. Ministerio Público de la Defensa de Chubut

- Dra. María José Rodríguez. Procuración de CABA.
- Dra. Inés Jaureguiberry. Fiscalía de Casación de la Provincia de Bs. As.

Segundo Panel 18 hs.

II. El Ministerio Público ante la Justicia Contencioso Administrativa.

Coordina: Prof. Irina Leal.

- Dr. Marcelo José Schreginger. Juez Contencioso Administrativo de la Cámara de San Nicolás.
- Dra. Analía Eliades. Prof. de Derecho Administrativo y Derecho a la Comunicación (UNLP)
- Dr. Luis Arias. Ex Juez en lo Contencioso Administrativo de La Plata.
- Dr. Mauro Benente. Profesor de la Universidad de José C. Paz.

Tercer Panel 19 hs.

III. El Ministerio Público bonaerense y los desafíos actuales.

Coordina: Prof. Guillermo Rizi.

- Dr. Mario Coriolano. Defensor de Casación Penal de la Provincia de Bs. As.
- Dra. Daniela Bersi. Fiscal Adjunta del Ministerio Público provincial.
- Dr. Víctor Violini. Juez de Casación Penal de la Provincia de Bs. As.
- Dr. Guillermo Raúl Moreno. Prof. Historia Constitucional. Defensoría de Casación Penal de la Provincia de Bs As.

Palabras finales del Secretario de Relaciones Institucionales, Dr. Fernando Maitini.

3. *Conversatorio*

Se propone un conversatorio para dar cuenta de la experiencia llevada a cabo en la zona norte de la provincia de Buenos Aires, donde se generaron actividades en la defensa pública

y en la justicia administrativa para promover el desarrollo de mecanismos eficaces de defensa oficial de DESCA.

Se propone la presencia de **Damián Cebey** (Juez de la Cámara Contencioso Administrativa de San Nicolás), **Luciano Savignano** (Juez contencioso Administrativo de Pergamino), **Matías Sucunza** (Funcionario del área planificación del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires) y **Gabriel Ganon** (Ex defensor General del Departamento Judicial San Nicolás).

4. Propuesta legislativa

Uno de los objetivos iniciales de este programa es la modificación de la normativa estructural vigente del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires y la proposición de marcos regulatorios complementarios que motoricen los cometidos centrales del mismo.

5. Propuesta de modificación constitucional por enmienda

Teniendo en cuenta lo expresado, proponemos como un primer esbozo, la posible reforma al artículo 189 de la Constitución mediante el siguiente anteproyecto:

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUtADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES SANCIONAN CON FUERZA DE LEY

ARTÍCULO 1º: Declaración de Necesidad. Declárase necesaria la reforma parcial de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

ARTÍCULO 2º: Objeto. Será objeto de reforma el artículo 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 189: El ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de los órganos jurisdiccionales en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Está integrado por el Procurador General y el

Subprocurador General a cargo del Ministerio Público Fiscal; el Defensor General y Subdefensor General a cargo del Ministerio Público de la Defensa y demás miembros que establezca la ley.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

Los cargos de Defensor General y Subdefensor General serán designados y removidos de la misma forma y bajo los mismos procedimientos a los que esta Constitución contempló para los cargos de Procurador y Subprocurador General”

ARTÍCULO 3º: Modalidad. Adóptase la modalidad de reforma por vía de Legislatura conforme lo contempla el artículo 206, inciso b) de la Constitución Provincial.

ARTÍCULO 4º: Convocatoria. El Poder Ejecutivo convocará al electorado de la Provincia de Buenos Aires, a partir de la sanción de la presente Ley, a un plebiscito en la primera elección que se realice, para que se exprese en pro o en contra de la enmienda.

ARTÍCULO 5º: Difusión. El Poder Ejecutivo dispondrá la amplia difusión del texto de la enmienda sujeto a plebiscito.

ARTÍCULO 6º: Gastos y Recursos. Facúltase al Poder Ejecutivo a efectuar en el Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos correspondiente al ejercicio en el que se realice el plebiscito, previsto en el artículo 4º de esta Ley, las adecuaciones necesarias para dar cumplimiento con el objeto de la presente.

ARTÍCULO 7º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

VIII. Bibliografía

Abramovich, Víctor, *Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales*, en ABRAMOVICH Víctor, BOVINO Alberto y COURTIS Christian, *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2007, ps. 217-253.

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (Compiladores), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Ediciones del Puerto, CABA, 2010.

- Azcune, Juan Ignacio, “*El Ministerio Público de la defensa ante la justicia administrativa como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en la provincia de Buenos Aires*”, Revista La Ley, T.2015-B, p. 856-868.
- Azcune, Juan Ignacio y Lafalce, Víctor; “*Derecho administrativo y grupos desventajados. Los servicios jurídicos gratuitos de asesoramiento y patrocinio*”, Infojus.
- Andrieu, Mónica Graciela: “*Las deudas jurídicas e institucionales de la Provincia de Buenos Aires: Establecimiento del Fuero Contencioso Administrativo y el Ministerio Público*”, Revista de Derecho Público, 2003-2, p. 323.
- Benente, Mauro (Coordinador), “Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia”, Edunpaz y Editores del Sur, José C. Paz, 2018.
- CEJA, Angela Ledesma, “El rol del Ministerio Público en casos no penales en América Latina”, Santiago de Chile, 2019.
- Chayes, Abram, *El rol del juez en el litigio de interés público*, Traducción al español de Olivia MINATTA y Francisco VERBIC, en Revista de Processo N° 268 -junho 2017-.
- De Césarís, Juan, Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, Silva Palacio de Caeiro (Dirección), La Ley, Buenos Aires, 2012.
- Haberle, Peter, Los derechos fundamentales en el Estado prestacional. Editorial Palestra, Lima, 2019.
- López, José Ignacio y Cabral, Pablo Octavio (2016) “*La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Ingreso Irrestricto a las Universidades Públicas. Una interpretación contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, Revista La Ley, disponible en SEDICI; <http://hdl.handle.net/10915/61425>, 2016.
- Medici, A., Articulación de docencia-investigación extensión para una práctica pedagógica crítica en la enseñanza de los Derechos Humanos, *Derechos En Acción*, 7, <https://doi.org/10.24215/25251678e147>, 2018.
- Moreno, Guillermo Raúl, Comentarios a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Concordada y con notas de jurisprudencia, Librería Editora Platense, La Plata, 2019.
- Savignano, Luciano, “El Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires ante el Fuero Contencioso Administrativo y

- de ejecuciones Tributarias. Una Propuesta”, Revista RAP Bs. As. (73/74), pág. 163 y siguientes.
- Sagastizabal, María Ángeles y Perlo, Claudia (2002), La investigación-acción como estrategia de cambio de las organizaciones, Editorial Stella-La Crujía.
- Sucunza, Matías A., *El derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo: conceptualización e interpelaciones en pos de su efectividad*, en Revista de Derecho Público, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2016-I, pp. 105-163.
- Sucunza, Matías, La indivisibilidad e interdependencia en derechos humanos: conceptualización e interpelaciones en pos de su concreción; MJ-DOC-6787 y 6788 AR, 10 y 11 de julio de 2014.
- Sucunza, Matías, Pobreza y proyecto de vida: ni libertad ni igualdad. ¿Los derechos humanos como qué?, MJ-DOC-7334-AR.
- Verbic, Francisco, *Tutela Colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia*, 2012-05, RDP número especial, Conferencia IAPL-IIIDP.
- Verbic, Francisco, *La Corte Suprema Argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo*, Int'l Journal of Procedural Law, Volumen 5 -2015-, N° 1.

DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA



Axel Kicillof¹: Discurso dado en la Universidad Nacional de José C. Paz jornada “70 años de gratuidad universitaria” del 27 de noviembre de 2019²

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 4/N° 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 699-707
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e350>



En el contexto actual hay mucho para decir sobre la universidad, sobre José C. Paz, sobre la situación política, sobre el gobierno que viene.

¹ Axel Kicillof es licenciado y doctor en Economía (UBA). Actualmente es diputado nacional (FPV-PJ) y asumirá el 11 de diciembre como Gobernador de la Provincia de Buenos Aires. Es profesor regular por concurso en las carreras de Economía y Sociología (UBA) e investigador del Conicet, con licencia sin goce de sueldo. Es autor de numerosas publicaciones, investigaciones y ponencias. Su tesis doctoral Fundamentos de la Teoría General (Eudeba) se enfoca en la macroeconomía y la teoría monetaria.

² La presente desgravación se hace en coordinación con la Revista Bordes de la Universidad Nacional de José C. Paz y será publicado en la presente como en dicha publicación universitaria.

En primer lugar, respecto de la fecha que conmemoramos, los 70 años de gratuidad universitaria, quiero agradecer a toda la comunidad académica de la Universidad de José C. Paz porque representa a quienes en estos últimos cuatro años han sido olvidados: son los docentes, los no docentes, los estudiantes, los graduados, las autoridades. Esa gran familia conocida como la comunidad universitaria, y más ampliamente la comunidad científica argentina.

Existe una leyenda negra sobre la relación entre el peronismo y la ciencia, o entre el peronismo y la universidad, que consiste en la premisa de que los gobiernos peronistas tenían algún conflicto o prejuicio, alguna contradicción con el sistema científico y universitario argentino.

La universidad argentina ha sido mundialmente caracterizada como moldeada por el reformismo.

La palabra reformismo tiene múltiples significados, pero para los que venimos de la universidad y formamos parte de ella, no se refiere a la discusión entre reforma y revolución, o a un movimiento artístico, sino a la reforma universitaria del año 1918. Aquella reforma que estalló en Córdoba y que es recordada también por su iconografía, aquellas fotos en la universidad cordobesa con una bandera, un estudiante: en esos momentos los estudiantes vestían traje y corbata pero eran estudiantes que estaban ahí llevando adelante esa reforma. Fue una reforma más bien revolucionaria: en esa reforma al rector de la universidad lo amenazaron con tirarlo por la ventana. Esto no es una cuestión de modos, sino de valorar el contenido y el resultado de esa reforma universitaria.

La universidad argentina es netamente reformista, esto ocurre en 1918, y por otro lado, venimos de un período de un fuerte ninguneo de la universidad donde también hubo un fuerte ninguneo de la historia, de los hechos históricos, de los personajes históricos, de nuestros próceres (que fueron removidos de los billetes). Esta idea de olvidar la historia, de no recordar la historia, de no valorar la historia, de no discutir la

historia, nunca es inocente. Nunca cuando viene una autoridad, cuando viene un referente, un dirigente, cuando viene un Presidente, una gobernadora, cuando viene alguien a olvidar la historia, es inocente: tiene una finalidad.

Hay muchas frases hechas sobre los pueblos que olvidan su historia y qué destino les espera, que es el de repetirla y de repetir las cosas malas de esa historia. Es mucho peor, porque la cuestión de no hablar de historia también implica desdibujar, olvidar, pero también tratar de reescribir de manera autoritaria, no la historia porque se pretende no discutirla, sino la identidad misma de un pueblo y de una sociedad. Cuando no se habla de historia es porque hay un chanchullo.

La historia de las sociedades está llena de momentos mejores y peores, de momentos que uno disfruta, quiere, recuerda, lo emociona y de otros momentos que no, que preferiría olvidar. Pero la historia es ese cúmulo de acontecimientos y va construyendo una trayectoria, una cultura y una identidad. Y allí creo que está la cuestión que aún este desprecio por la historia, esa falta de referencia a la historia, esa falta de discusión histórica que ocurrió en este período en la República Argentina con el tema de la universidad. Porque la universidad, producto de esa reforma del '18, es parte central de la identidad. No de los que formamos parte de una forma o de otra de la universidad, sino que esa reforma universitaria y la universidad que parió, que alumbró esa reforma universitaria es indudablemente parte de la identidad de la República Argentina, del pueblo argentino.

Todo lo bueno, lo destacable que ha tenido la sociedad argentina en términos propios y comparativos, tuvo de un modo u otro algo que ver con esa universidad que tiene la República Argentina.

La reforma universitaria del '18 fue una reforma que hizo a la universidad más democrática. Decían los reformistas, en su famoso manifiesto liminar –una especie de declaración de principios– que querían terminar con una universidad monárquica y monástica, terminar con una universidad oscurantista, cerrada sobre sí

misma, con una universidad de privilegios, con una universidad donde los cargos universitarios eran una cuestión hereditaria, pero sobre todo, con una universidad antidemocrática y elitista.

Lo que hizo la reforma del '18 es convertir a la universidad en una universidad democrática, en sus procedimientos internos, pero también democrática hacia afuera.

No era solo la cuestión de hacerla más abierta hacia adentro. Lo que marca el hito fundamental de esa reforma es que la problemática y el objetivo era que esa universidad fuera democrática hacia fuera; es decir: que se vinculara no solo con los problemas de adentro de la universidad sino con los problemas de la sociedad en la que esa universidad operaba. De otra forma, no se puede decir que la universidad fuera un instrumento de transformación de la sociedad, no sirve una universidad que se transformara internamente si no pretende formar parte de la transformación social y del desarrollo social de un país.

Eso quedó planteado en la reforma del '18 pero lo que no quedó claro es que esa reforma era incompleta.

Estas son las paradojas que tiene la historia. A veces pasa algo, hay un hecho, un acontecimiento excelente, novedoso, pero que le falta un componente. Es más: la ausencia de ese componente a ese hecho notable lo vuelve contradictorio en sus propios términos. Quería la reforma del '18 una universidad democrática, una universidad que fuera un eje de la transformación social, integrada con la sociedad... la verdad es que ese proyecto, por lo excelente que podía ser en sus propios propósitos era incompleto, le faltaba algo. Lo que le faltaba a la reforma del '18 era la gratuidad.

No hay universidad democrática, transformadora, integrada con la sociedad si los únicos que pueden acceder a la universidad son aquellos que tienen y que gozan de determinados privilegios, de determinados ingresos, de determinada cuna, de determinada suerte.

La universidad solamente podía cumplir lo que se propuso la reforma del '18, si se convertía en una universidad realmente

integradora, en una universidad que viniera a funcionar como un instrumento y como un resorte de la igualdad de oportunidades.

Cuando se habla de derecho a la educación, hay gente que piensa en la primaria, que piensa que hay que extenderlo a la secundaria, piensa que hay que agregar jardines de infantes. Todo eso es verdad, indudablemente. Pero el derecho a la educación tiene que ser también derecho a la educación universitaria.

Eso no quiere decir obligar a nadie a ir a la universidad, pero que el que quiere acceder a la universidad tenga la posibilidad de hacerlo. Y acá viene una cuestión que también ha sido puesta en disputa.

Si bien la educación es un derecho, todos sabemos que en estos años es un derecho que se cumple de manera muy imperfecta. No es verdad que todos los argentinos y argentinas tienen una igualdad ante ese derecho; no es verdad. Hay muchísimas explicaciones, excusas, hay muchísimas condiciones que hacen que el derecho a la educación (como ocurre con el derecho a la salud, con el derecho al trabajo) lo enunciemos como derecho, lo hagamos constar en las leyes, en nuestra Constitución como derecho y sin embargo no sea una realidad efectiva.

Ahí está la contracara por lo menos en mi concepción política, de qué hacer con esos derechos que no se cumplen.

Un derecho para la sociedad, un derecho para el pueblo que no se cumple, se transforma inmediatamente en una obligación para las autoridades y para la dirigencia política. Es una obligación. No puede ser que existiendo el derecho no trabajemos incansablemente. Sabemos que entre ese mundo que queremos y esa realidad que queremos hay un trecho muy largo. Y ese trecho hay que recorrerlo a través de la claridad, del empeño y el trabajo. Y además, la obligación que impone esa sociedad que queremos para los que todavía no la tenemos.

Por eso, hoy lo que estamos celebrando es que la universidad pública, cogobernada, democrática, abierta, relacionada

con la sociedad y gratuita es un instrumento poderosísimo para alcanzar ese objetivo que queremos. Y no hay nada peor que aquél que tiene una tarea, que dispone del instrumento, no lo usa o lo desprecia, o lo ataca o lo aparta.

Estamos ante una época, ante una coyuntura histórica, ante una encrucijada histórica, que nos va a poner a todos a prueba. Porque sabemos que no sólo acarreábamos problemas estructurales durante muchísimo tiempo en la provincia de Buenos Aires, que no estaban resueltos. Pero también sabemos que en el último período, cada una de esas dificultades, lejos de mejorarse se agravó.

Había problemas en la salud, ahora hay más problemas en la salud; había problemas en la educación, [ahora] hay más problemas en la educación; había problemas con niveles salariales, con la estructura social básica todo eso en este tiempo se agravó.

Es más: cuestiones que estaban relativamente incompletas o encaminadas hoy se han convertido en urgencias. Obviamente eso tiene que ver con cuestiones básicas que atañe al diario vivir de nuestra sociedad en la provincia de Buenos Aires. No estaba todo resuelto. Ahora está todo mucho peor y además en estado de emergencia.

Esta es la situación y el cuadro en el que estamos. Creo que va a ser para todos nosotros un desafío y una gran exigencia la etapa que se abre a partir de ahora. Y creo que todos saben que, por más que los procesos electorales lo han elegido rector a Darío, ha sido Federico (Thea), el anterior rector.

Acá tenemos muchos rectores, cada uno de ellos sabe que ha sido elegido por su comunidad para llevar adelante su tarea. Tenemos aquí a varios intendentes: de Malvinas [Argentinas], de José C. Paz; tenemos a un gobernador electo de la provincia de Buenos Aires acompañado por la vicegobernadora Verónica Magario.

Sabemos muy bien que la situación es compleja; sabemos que los recursos son menos que los que había antes, pero sabemos también que tenemos obligaciones, responsabilidades.

Tenemos un arduo trabajo por delante. Pero a quienes nos toca asumir esas responsabilidades, por más que uno tenga y ocupe un lugar dentro de la comunidad dentro de un sistema político determinado, sabemos que no lo vamos a poder hacer solos.

Venimos de una época donde se hablaba de meritocracia, del “*sálvese quien pueda*”, se hablaba de llegar a toda costa y de que si no llegabas era tu culpa y tu exclusiva responsabilidad. Aquí se está inaugurando una época distinta, se está inaugurando una época llena de necesidades, de obligaciones, de desafíos, con pocos recursos, pero a los que nos toca asumir roles centrales en esa responsabilidad sabemos que no vamos a poder hacer nada solos. Necesitamos hacerlo entre todos, colectivamente, sumando a todos los sectores del trabajo, de los sindicatos, de las organizaciones.

Y tenemos que encontrar la sabiduría y los modos para que ese trabajo colectivo, solidario, colaborativo contemple absolutamente a todos sin distinción ni siquiera y sobre todo de la ideología política. Tenemos ahora una tarea que es urgente. Tenemos gente, tenemos compañeros y compañeras, tenemos hermanos y hermanas que no pueden comer y hay que darles de comer. Tenemos hermanos y hermanas sin trabajo, tenemos que darle trabajo. Tenemos empresas que cierran, tenemos que recuperar esas empresas; tenemos universidades que necesitan crecer, tenemos que darle los instrumentos a esas universidades.

Tenemos una lista enorme y lo tenemos que hacer entre todos. Esa es la propuesta que vengo a traer. Yo celebro que estén los rectores de las diferentes universidades porque hay cerca de veinte universidades en la provincia de Buenos Aires.

Ya lo he dicho y lo vengo a reafirmar hoy a pocos días de asumir: vamos a poner al gobierno de la provincia de Buenos Aires a trabajar con todas las universidades de la provincia de Buenos Aires, con todas las universidades nacionales que actúan en la provincia de Buenos Aires.

Así como dijo Federico Thea que las universidades vienen a ofrecer, el gobierno de la provincia viene a ponerse a

disposición de las universidades nacionales y provinciales para coordinarnos mejor, para actuar más efectivamente, para usar hasta el último recurso en bien de la provincia de Buenos Aires.

Lo último que quiero decir es que el proyecto, el brillo de la universidad argentina tiene que ver con lo público, con su autonomía, tiene ver con su cogobierno. Pero tiene que ver fundamentalmente con su gratuidad y esa gratuidad fue lo que convirtió a la universidad en esa palanca tan poderosa para nuestra sociedad y su desarrollo.

Ahora bien, supongamos que alguien piensa que hay demasiadas universidades, o piensa que en la educación pública en general sólo asiste al que no le queda otra, o piensa que los pobres no acceden a la universidad pública. Eso puede ser una cuestión de desconocimiento, de falta de cercanía.

A mí lo que más me preocupa de frases como esas no es que lo creen; me parece que algunos están hablando de proyecto. No es que creen que no vienen los hijos de trabajadores... basta con mirar las estadísticas, sabemos hoy que eso es mentira.

Pueden aplicar laboratorios, *papers*, pero acá, Mario Ishii le acaba de demostrar a la República Argentina y al que quiere hacerse el distraído o al que lo ignora, que eso no es verdad.

Pero a mí me preocupa algo que lo veo peor: aquel que sabe que no es verdad, pero le gustaría pensar o tener una universidad de nuevo cerrada, elitista, para pocos; de nuevo solo para el que tiene las condiciones económicas o la suerte de haber nacido en un lado o en otro para llegar a la universidad.

A mí me preocupa que ese proyecto todavía esté en pie, que piensen todavía que la universidad es un gasto; que el CONICET, el sistema científico tecnológico le sale muy caro al país, que hay que ajustarlo y que vaya a la universidad el que puede ir y el que puede pagárselo. Es una ideología, es una forma de ver el mundo y también indica un proyecto de país. Un país para pocos, donde las oportunidades estén espantosamente distribuidas según indicadores económicos y sociales.

No solo no es cierto que los hijos de trabajadores no van a la universidad, sino que muchísimos más hijos de sectores populares que antes no tenían acceso lo han logrado, porque hubo un estado y una política pública presente, y hubo un gobierno que abrió 19 universidades. Todos sabemos que aún si no hay que pagar la matrícula ni la cuota, la universidad no es gratuita, le cuesta a las familias, es un esfuerzo, hay carreras que no se pueden hacer trabajando y los jóvenes necesitan trabajar para aportar a su familia o para independizarse.

La universidad aún siendo gratuita como la hizo Perón, es un gasto y un costo que no todas las familias pueden afrontar. Y además, por más que se avanzó, por más que hay más universidad y más oferta y más infraestructura, tampoco es cierto hoy que la cobertura de la educación universitaria haya llegado a la universalidad que tenía que llegar.

Por eso digo, está equivocado quien piensa que a la universidad no van los hijos de trabajadores. También quien quiere que los hijos de trabajadores no vayan a la universidad está exactamente en las antípodas de la forma en la que piensa este gobernador electo.

A quien piensa o no entiende porque hay tantas universidades o las considera y califica de demasiadas, le quiero responder que el Gobierno de la provincia de Buenos Aires, a partir del 10 de diciembre, piensa que no hay muchas, hay pocas. Falta cobertura, falta alcance, acceso, falta igualdad de oportunidades y acceso gratuito en la provincia de Buenos Aires.

No es ni un capricho ni una idea; es un derecho que vamos a apuntar a cumplir y que me parece que una parte se hace con recursos, con articulación, con coordinación, con inteligencia, con eficacia, entre las universidades que tenemos en la provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la provincia de Buenos Aires.

Vamos a conseguir que más estudiantes, más bonaerenses puedan acceder a la universidad pública y gratuita en la provincia, porque la universidad es un derecho y un instrumento de igualdad y desarrollo que la provincia no va a desperdiciar.

SECCIÓN ESPECIAL
PLURALISMO JURÍDICO, PUEBLOS
Y ESTADOS



Dolor en la tierra

La locura es el amor
cuando la tierra
te duele

y aunque haya muerte
herejías
lamentos

la utopía la flor
cundo la sangre
se vierte

seremos patria,
nuevos cimientos

la alegría canción
aunque en el grito
se pierda

y andarán los niños
engañando al dolor
con sus juegos.

La alianza es con vos
con tu vida
tus sueños

Autor: *Luciano Scatolini*

Arte de la portada: Dolores Mendieta

Obras: 1. *Misachico* (acrílico sobre tabla; 60x120cm; 2004)

2. *Sikuriada por el maíz* (acrílico sobre tela; 50x100cm; 2008)

Para un debate sobre los derechos colectivos de los pueblos en acción

*Dino Di Nella*¹ | Universidad Nacional de La Plata,
*Fernando Maitini*² | Argentina

*Patricia Giordana*³ | Universidad Nacional de Río Negro,
Argentina

*Clara Camps Calvet*⁴ | Universidad de Barcelona, España
*Pablo Casals*⁵

*Victoria Ibáñez*⁶ | Universidad Nacional de Quilmes,
Argentina

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 711-728

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e352>

Resumen: Este texto, pretende presentar y contribuir a la conformación de una sección especial dentro de la Revista ReDeA. Derechos en Acción, prevista a partir de su número 15, de otoño de 2020.

Se trata de una sección especial sobre Pluralismo Jurídico, Pueblos y Estados, para la Revista Derechos en Acción (ReDeA), propuesta a instancias del Programa Memorias, Pueblos y Estados, dependiente de la Secretaría de Relaciones Institucionales y radicado en el Centro de Investigación en derecho Crítico, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y

¹ Responsable del Programa Memorias, Pueblos y Estados. Secretaría de Relaciones Institucionales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

² Secretario de Relaciones Institucionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

³ Sede Atlántica de la Universidad Nacional de Río Negro.

⁴ Grupo Copolis. Bienestar, Comunidad y Control Social, Universidad de Barcelona.

⁵ Col·lectiu de Solidaritat amb els Països Catalans.

⁶ Colectivo de Acción Jurídica, Social y Cultural Adalquí.

Sociales de la Universidad nacional de La Plata, que empezó a gestarse en el año 2018, con la colaboración de diversos miembros del CIDer-Crit, y el patrocinio y apoyo del Colectivo de Acción Jurídica, Social y Cultural Copolis-Adalquí (Sede Atlántica de la Universidad Nacional de Río Negro/Fundación Adalquí), el Col·lectiu de Solidaritat amb els Països Catalans, y el Grupo Interuniversitario Copolis. Bienestar, Comunidad y Control Social (Universidad de Barcelona).

Palabras clave: Pluralismo Jurídico; Pueblos; Naciones; Estados; Libre determinación.

Al inicio de un nuevo milenio, somos testigos de la dinámica reaparición de algunos movimientos interculturales, interseccionales y radicalmente democráticos en diversos pueblos naciones, que hoy carecen de su propio Estado, pero que en un pasado no tan lejano gozaron de un estatus independiente. Estos pueblos naciones están territorializados en divisiones políticas pertenecientes a diversos estados contemporáneos, y han dado origen a importantes y renovados movimientos socio-económicos y culturales, que no tardaron en mutar hacia nuevas reivindicaciones político-identitarias. Pero, ¿Cuáles son los principales argumentos y prácticas a los que recurren los pueblos-minorías nacionales para esos estados- a fin de promover su derecho a una existencia plural y diferenciada? Y, ¿De qué modo los Estados responden a tales reivindicaciones?

Este texto, pretende presentar y contribuir a la conformación de una sección especial dentro de la Revista ReDeA. Derechos en Acción, prevista a partir de su número 15, de otoño de 2020.

Se trata de una sección especial sobre Pluralismo Jurídico, Pueblos y Estados, para la Revista Derechos en Acción (ReDeA), propuesta a instancias del Programa Memorias, Pueblos y Estados, dependiente de la Secretaría de Relaciones Institucionales y radicado en el Centro de Investigación en derecho Crítico, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad nacional de La Plata, que empezó a gestarse en el año 2018

con la coordinación de Dino Di Nella (actual responsable del Programa Memorias, Pueblos y Estados, Secretaría de Relaciones Institucionales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata), Clara Camps Calvet (Universitat de Barcelona), Patricia Giordana (Universidad Nacional de Río Negro), Victoria Ibañez (Colectivo Adalquí) y Pablo Casals (Col·lectiu de Solidaritat amb els Països Catalans) y el Editor jefe de la Revista, Pablo Octavio Cabral, con la colaboración de diversos miembros del CIDerCrit, y el patrocinio y apoyo del Colectivo de Acción Jurídica, Social y Cultural Copolis-Adalquí (Sede Atlántica de la Universidad Nacional de Río Negro/Fundación Adalquí), el Col·lectiu de Solidaritat amb els Països Catalans, y el Grupo Interuniversitario Copolis. Bienestar, Comunidad y Control Social (Universidad de Barcelona).

En el contexto de los intereses y experiencias previas ya desarrolladas desde la Secretaría de Relaciones Institucionales, y entre los antecedentes y aportes previos del equipo editor que impulsa la sección, y que han dado origen a esta propuesta, se encuentran los resultados obtenidos en más de 20 proyectos y contratos de investigación sobre diferentes aspectos de la desigualdad sociocultural y jurídica en los últimos diez años, y en particular, de los resultados de las investigaciones I+D INFOJUS-2013 “Derechos Humanos y Desigualdades Sociales”; UNRN-40-C-649 “Dinámicas de género, familia y hábitat en mujeres urbanas mapuche”; UB-093722-8P1MCA-HORIZON 2020 “Global trends in social inequalities in Europe and Latin America and exploring innovative ways to reduce them through life, occupational and educational trajectories research to face uncertainty (INCASI)”; FEM2015-71218-REDT “Género, Ciudadanía y Políticas”, y 2017-RICIP-00015 “Conflicto en Catalunya y represión política”. Asimismo, cabe nombrar también los proyectos de investigación “Pueblos, Estados y libre determinación. Entre el Lawfare mediático-judicial estatal y los procesos de resistencia intercultural e interseccional de los pueblos naciones mapuche y catalán” (ref. Solicitud PICT-2019-2019-00145) y “Pueblos, estados y libre determinación. Estudio

sociojurídico de Puelmapu y el Principat de Catalunya” (ref. Solicitud PI-80520190300008RN) como propulsoras y garantes de la propuesta.

El conjunto de estas aportaciones, nos permite afirmar que los procesos de descolonizaciones, autodeterminaciones e independencias de los pueblos naciones marginalizados por los Estados coloniales y patriarcales del capitalismo mundial, están adquiriendo una nueva relevancia jurídica, política, social y cultural. Al estudiar los pueblos naciones sin Estado independiente identificamos una característica común que suele unirlos, y se refiere, por un lado, al grado de insatisfacción que sienten la mayoría de sus miembros por la situación en que se encuentra su pueblo. En efecto, a menudo el Estado es considerado como una institución política que les resulta extraña, de mera anexión y subordinación forzosa de sus pueblos naciones, o bien como una entidad que participa o es cómplice de la extracción, despojo o expolio de sus riquezas, mediante golpes de estado o el despliegue de una estrategia de *lawfare* mediático-judicial o guerra jurídica contra las personas líderes y referentes de sus pueblos naciones, o contra su posición ideológica, política y social, a través de la represión policial y la persecución político-judicial de la desobediencia civil, la criminalización de sus protestas no violentas y la formulación de un derecho penal del enemigo contra ellos y ellas.

Por otro lado, se observa la autopercepción de pertenencia a un sujeto político colectivo e identitario, que se presenta en un devenir existencial diferenciado, proyectivo, performativo e ilusionante, constitutivos de procesos de resistencia intercultural e interseccional, que conllevan ejercicios autodeterminados de recuperaciones territoriales, posesiones e instituciones políticas ancestrales, en las que son parte destacada, mujeres en desobediencia civil no violenta a decisiones estatocéntricas.

La articulación de sentimientos y realidades similares provoca además la consolidación de movimientos soberanistas de base popular con distintos objetivos políticos, que abarcan desde la reivindicación de espacios de participación política

colectiva de libre determinación -como referéndums o consultas vinculantes-, pasando por la delegación de poderes y la autonomía para la conformación de estados plurinacionales, hasta la emancipación política de los estados subordinantes y la subordinación política de los pueblos autodeterministas. Todos ellos, denuncian a su vez, una situación considerada injusta e insatisfactoria, por lo que hace a la extensión y calidad democrática, económica, social, política y de seguridad humana, resultante de la relación entre el Estado y los pueblos naciones así tratados como meras minorías nacionales. Pero, si bien las características de cada Estado -que difieren en cada caso- determinan el estatus de dichos pueblos y las respuestas y tipo de canalización institucional a sus demandas, la fuerza y carácter intercultural e interseccional que adquirieron en los últimos años los movimientos de emancipación política colectiva o nacional, están reconfigurando esas situaciones.

Efectivamente, las posturas políticas y reivindicaciones que le subyacen, ponen palmariamente de manifiesto, la tensión y los conflictos que existen entre el derecho de libre determinación de los pueblos naciones, y el principio de integridad, indivisibilidad o unidad territorial de los Estados. Identificar este dilema y comprender su proyección jurídica crítica en la vigencia o afectación sistémica de los derechos humanos de los estados y los territorios, es de una enorme importancia, impacto local y general, y relevancia académica y social. Las cuestiones que ameritan ser parte de una sección de una revista sobre los derechos en acción, implican en consecuencia, encuadrar su alcance a tres aspectos centrales, en torno a la necesidad de:

- Profundizar en la noción teórica y conceptual de la libre determinación de los pueblos naciones sin estados propios, en estados plurinacionales o bajo estados opresores de su derecho a la existencia diferenciada, a través de estudios y diversas contrastaciones teóricas y empíricas, desarrollando los actuales debates y teorizaciones sobre el pluralismo jurídico, la interculturalidad y la interseccionalidad respecto del capitalismo, el colonialismo y el patriarcado,

desde una perspectiva jurídica crítica y comparada a nivel internacional;

- Indagar, visibilizar e interpretar hermenéuticamente las respuestas políticas y jurídicas estatales a los reclamos por la libre determinación de los pueblos, sus liderazgos sociales y sus intervenciones de acción directa en el espacio público, poniendo énfasis en el despliegamiento de los golpes de estado racializados, la estrategia del *lawfare* mediático-judicial o guerra jurídica contra las personas líderes y referentes de pueblos naciones, o contra su posición ideológica, política y social, a través de la represión policial y la persecución político-judicial de la desobediencia civil; la criminalización de sus protestas no violentas y la formulación de un derecho penal del enemigo; y

- Reflexionar sobre los procesos de resistencia intercultural e interseccional de los pueblos naciones, desde una perspectiva crítica de los derechos humanos, y poniendo énfasis en los procesos instituyentes y constituyentes, el abordaje sociojurídico de la recuperación y/o ocupación de territorios, posesiones e instituciones políticas ancestrales de los pueblos, en desobediencia civil no violenta a decisiones legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales emitidas por órganos políticos y judiciales estatocéntricos.

La importancia e impacto a nivel local y general de esta propuesta, así como para la particular problemática que se propone abordar, viene dada por la trascendencia que están adquiriendo los procesos de defensa de los derechos colectivos llevados a cabo por los pueblos-naciones sin estado independiente, en estados plurinacionales o bajo estados opresores de sus derechos de libre determinación en su existencia colectiva o comunitaria diferenciada, y la interseccionalidad e interculturalidad de los procesos de resistencia popular.

De aquí surge la necesidad de abordar también, los antecedentes y noción actual de los “pueblos” y la “libre determinación” y sus tensiones con el monopolio de la producción

y coactividad jurídica estatal. En efecto, el análisis y estudio de los pueblos y naciones sin estado propio y su derecho a la libre determinación ha ido evolucionando sostenida pero lentamente, desde finales del siglo XIX, si bien a mediados del Siglo XX empezó a tener una mayor significación, sobre todo en los análisis del derecho internacional público, el derecho político, el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho de los pueblos originarios, el derecho indígena y la sociología jurídica. No obstante, es a partir de la primera década del siglo XXI, que este abordaje se ha expandido acelerada e intensamente en casi todos los países del entorno. Así, a nivel comparado e internacional, cabría destacar un crecimiento de estas investigaciones, que podemos agrupar en cinco ejes centrales a) las reflexiones más teóricas sobre sus significados, percepciones, racionalidades, dilemas analíticos, construcciones jurídicas, discursos o identidades; b) las políticas públicas y legislativas enmarcadas en los regímenes de organización territorial de los estados; c) los enfoques desde la génesis de los movimientos de liberación nacional como eje central del análisis; d) los estudios de pobreza y exclusión social estructurales y e) las autobiografías o historias de vida de luchadores y luchadoras sociales por la liberación de sus pueblos (ver selección bibliográfica de los principales autores y autoras de actualidad, efectuada por el equipo del proyecto, en <https://www.adalqui.org.ar/bibliografia/>)

Desde esta producción académica, puede afirmarse que las principales aproximaciones a la noción de “pueblo”, en tanto que un concepto jurídico y político indeterminado, y la necesidad de diferenciarlo de otras nociones similares, lo han vinculado a su configuración y alcance como sujeto colectivo de derechos, en tanto que pueblos “coloniales”, “sometidos a dominación extranjera”, “movimientos de liberación nacional”, “conjunto de habitantes de un Estado”, “grupo diferenciado dentro de un Estado”, “grupo étnico-cultural”, “minoría nacional”, y pueblo “indígena”, entre otras. Todas ellas, derivadas en gran medida, de la Carta, normas y resoluciones de las Naciones Unidas y

sus órganos, tales como la resolución 1541 (XV) y resolución 1541 (XV), de 1960; la resolución 2625 (XXV), de 1970, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, los Convenios 107 (1957) y 169 (1989) de la OIT, y las declaraciones de derechos humanos, como la de los pueblos indígenas y tribales (2007). Tanto los/las científicos sociales, como los movimientos sociales vinculados a los grupos étnico-culturales y los Estados y entidades multilaterales, han tratado de hacer valer sus respectivas concepciones de “los pueblos”. Del mismo modo, la libre determinación (o autodeterminación), es el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente, sin injerencias externas, en tanto que derecho humano colectivo de ejecución continuada. Es, a su vez, un principio fundamental del derecho internacional público de carácter inalienable, que genera obligaciones *erga omnes* para los Estados, y que devino, de acuerdo con muchos autores, en norma de *ius cogens*. Las posturas políticas y reivindicaciones que le subyacen, ponen de manifiesto la tensión y los conflictos que existen entre el derecho de libre determinación y el principio de integridad, indivisibilidad o unidad territorial de los Estados.

Durante el siglo XIX, se lo consideró principalmente para evidenciar la ilegitimidad de las intervenciones de los estados coloniales imperialistas europeos sobre las poblaciones o “naciones” que se pretendían independientes, como en Abya Yala – Amerindia (tanto en los Estados Unidos del norte -1776-, como en las guerras independentistas del sur del continente, contra las fuerzas realistas españolas y portuguesas -1809-1824-). En los principios del siglo XX, tras la primera guerra mundial y la organización de la Sociedad de Naciones, la libre determinación adquirió relevancia como un principio político, respaldado desde diversas posturas ideológicas como el liberalismo y el socialismo. Pese a ello, el poder que aún preservaban los estados imperialistas coloniales europeos impidió que tuviera efectos jurídicos en el Derecho internacional. Esto cambió desde la segunda mitad del siglo XX, con la creación de

la organización de las Naciones Unidas y su Carta de 1945, que incluyó los principios de “igualdad de derechos” y “libre determinación de los pueblos”, como base para la paz y el orden internacional. En este momento, la mayoría de los pueblos del mundo estaban sujetos a colonialismo y se les negaba de hecho la autodeterminación, por lo que la Carta previó diversos sistemas relativos a los territorios no autónomos o de administración fiduciaria. No obstante, no se consideró la eliminación inmediata del régimen colonial ni se redujo el carácter equívoco de la autodeterminación y la noción de pueblo. De tal forma, que los Estados imperialistas retuvieron bajo su control directo a los pueblos naciones de sus colonias, así como los nuevos estados del continente de Abya Yala-Amerindia, construídos sobre la base de genocidios y despojos territoriales, la división política colonial y la hegemonía y control estatal de las clases dominantes criollas de origen europeo, retuvieron bajo su control y subordinación directa a los pueblos naciones indígenas. Entonces, la subjugación de los pueblos naciones europeos de territorios vecinos o colindantes a los de las metrópolis de los reinos coloniales, quedaron invisibilizados y sofocados casi por completo. En cambio, no tardaron en surgir movimientos y guerras de liberación nacional de los pueblos de Asia, África y Abya Yala.

En ese contexto, las normas y resoluciones de las Naciones Unidas citadas también influyeron en el desarrollo del derecho de la libre determinación de los pueblos, aunque evidencian un camino sinuoso. Así, en 1957 el Convenio 107 de la OIT de la ONU (que asumía para América latina la cuestión de los pueblos indígenas, negando no solo un derecho a la autodeterminación de los mismos, sino incluso su carácter de pueblos); en 1960 las resoluciones 1514 (XV) y 1541 (XV) (que concretaron como pueblos titulares del derecho de libre determinación, solo a los grupos étnicos culturales de colonias separadas geográficamente (por ultramar) del estado de la metrópoli); y en 1966 los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (que incluyó la libre determinación de los pueblos como derecho universal). En

1970 se adoptó la resolución 2625 (XXV), estableciendo que la libre determinación es un derecho de todos los pueblos y que conlleva obligaciones para todos los Estados. Sin embargo, en 1989 la OIT adoptó el Convenio 169, en el que si bien se reconoce el carácter de pueblos -y ya no poblaciones- a los grupos étnicos-culturales indígenas y se les admite cierto derecho a su autogobierno, a sus recursos naturales, y a vivir de acuerdo a su cultura y cosmovisión, se vuelve a establecer la imposibilidad de invocarlo como base para afectar la integridad territorial de los estados ya constituidos.

Las exigencias del conjunto de estas normas y resoluciones generaron, así, cuatro estatus jurídicos y políticos internacionales de los pueblos (centrados en, o marginalizados de, su acceso al estado propio):

I) los grupos étnicos-culturales que habitaban sus territorios ancestrales y controlaban los estados imperialistas centrales, a los que se les reconoció como pueblos-naciones en estados independientes, en ejercicio actual de su derecho a la autodeterminación. Se trata de los pueblos que hegemonizaron el control estatal, asimilando y/o subordinando -según el caso- a los demás grupos étnicos-culturales que habitaban su territorio ancestral (como los ingleses, o los castellanos, entre otros).

II) los grupos étnicos-culturales que habitaban territorios coloniales ultramarinos de los estados imperialistas centrales, a los que se les reconoció como pueblos, y también su derecho a la autodeterminación.

III) los grupos étnicos-culturales que habitaban territorios coloniales ultramarinos de los estados constituidos o sobrevenidos después de los procesos de liberación de los imperialismos centrales (como los estados de Abia Yala-Amerindia después de las independencias del imperio español, frances o británico en el siglo XIX, y los estados frutos de la descolonización imperialista de Africa, en el siglo XX), a los que se les reconoció como pueblos (más

específicamente, como pueblos indígenas), aunque no se les reconoció su derecho a la autodeterminación.

IV) los grupos étnicos-culturales que habitaban territorios coloniales vecinos o colindantes de la metrópolis de los estados imperialistas centrales (como los europeos de Escocia, Irlanda, Trentino, Eskal Herria o Països Catalans), a los que no se les reconoció como pueblos, ni tampoco su derecho a la autodeterminación.

Como puede observarse, los dos primeros grupos gozaron del reconocimiento de sus derechos a y/o ejercicio de la autodeterminación, a unos, por su efectivo ejercicio desde el control de los estados ya constituidos, y a otros por encontrar ampliamente reglamentados las formas de acceso y ejercicio de la autodeterminación (las colonias ultramarinas). En cambio, a los dos últimos grupos, que son las situaciones de colonialismo interno o intracontinental (no ultramarino), de pueblos-naciones en estados ya constituidos, se los excluía. Y aún así, cabe distinguir que para los del tercer grupo (pueblos indígenas) se les acabó reconociendo el estatuto de pueblos y su derecho a la autodeterminación interna dentro de un estado (aunque sin prever su instrumentación jurídica internacional), mientras que a los del cuarto grupo (pueblos de territorios continentales colindantes de los pueblos hegemónicos de los estados europeos coloniales) su estatuto es el de una unidad regional o minoría nacional más. No obstante, es incontestable que las posturas políticas y reivindicaciones que le subyacen, ponen de palmariamente de manifiesto la tensión y los conflictos que existen entre el derecho de libre determinación de los pueblos naciones, y el principio de integridad, indivisibilidad o unidad territorial de los Estados.

Abordar estos dilemas, como quiere hacerse desde la sección propuesta, es de gran importancia, impacto local y general, y relevancia académica y social, por diversas razones, que sintetizaremos aquí, en tres principales.

En primer lugar, porque es la realidad de los 5000 pueblos naciones marginalizados y subordinados a los poco

más de 200 estados del capitalismo global que los gobiernan y excluyen del sistema de decisiones que se adoptan sobre los temas que les afectan. Así, emergen indispensables hoy, los estudios comparados de los pueblos-naciones originarios pero marginalizados del sistema de poder-mundo, tanto de África, Oceanía y Abya Yala-Amerindia (como los pueblos indígenas u originarios), como de Europa y Asia (Hong Kong, Kurdistán, Palestina, Catalunya, Irlanda del Norte, Escocia, Euskal Herria, entre otros).

En segundo lugar, porque se observa como respuesta estatal el despliegamiento de una común y homogénea estrategia de *lawfare* mediático-judicial contra las personas líderes y referentes de pueblos naciones sin estado, en estados plurinacionales o sometidos en estados opresores del derecho a su existencia diferenciada. Todo, contextualizado en complejas y opacas tramas relacionales entre sectores del poder judicial, las instancias policiales y los medios de comunicación concentrados en la intencionalidad editorial de los grupos económico financieros que manejan los distintos soportes de información y comunicación. Tal estrategia debe ser comprendida como construcción de un espectáculo que requiere de la sinergia entre el juicio mediático criminalizante y el proceso judicial estatal. Su trascendental relevancia radica además en que, cuando esta estrategia del *lawfare* se utiliza para deslegitimar y proscribir la disidencia política, social y cultural de los pueblos naciones contra los regímenes neoliberales, coloniales y patriarcales de los estados del capitalismo global, se produce una afectación sistémica de derechos humanos, con una alta regresividad en la vigencia y ejercicio de los derechos políticos, económicos y culturales de esos pueblos naciones del mundo.

En tercer lugar, porque los pueblos naciones subyugados, protagonizan histórica y actualmente vigorosas luchas políticas de particular trascendencia por su radicalidad democrática participativa, ejercida como procesos de ruptura pacífica y confrontativa con las agencias de la institucionalidad jurídica estatal. Ello se observa, especialmente, ante los actos de desobediencia

civil no violenta más trascendentes y masivos de la historia de Europa, Asia, Africa y Abya Yala que se están produciendo en los últimos años, a los fines decidir sus futuros políticos en consonancia con sus culturas y cosmovisiones, y en contra de lo dispuesto por múltiples órganos de carácter político y judicial de los estados. A su vez, tales luchas políticas se inbrincan en destacados procesos interseccionales y situados de actuación sociocomunitaria (anticapitalistas-ecologistas, anticolonialistas-comunitaristas interculturales, antipatriarcales-feministas decoloniales), que ponen de relieve el impacto de los procesos de mundialización de la desigualdad estructural que combaten, en los propios grupos de crianza y desarrollo desde donde brotan las rebeldes relaciones sociales y de cuidados en la vida cotidiana. Esto reviste de particular trascendencia en la actualidad, por la radicalidad democrática y participativa de las mujeres que las protagonizan, como colectivos históricamente vulnerabilizados, estigmatizados, y marginalizados de los procesos sociales y políticos subyacentes.

Siendo así, el impacto principal de la sección pasa por la aprehensión conceptual y procesual que posibilitan y/o impiden el ejercicio pacífico - no violento de la libre determinación de estos pueblos, como vías internas y/o externas de relación entre pueblos iguales en derechos. En este sentido, cabe mencionar que los pueblos naciones marginalizados suelen tener reconocido el derecho a una autodeterminación interna en toda o parte de su extensión, limitando a casos muy estrictos el ejercicio de su autodeterminación externa. Son los estados y pueblos naciones que están frente a esta realidad, y su comprensión, las que se constituyen uno de los objetivos centrales del análisis. En cada uno de los continentes, son numerosos. Varios de estos pueblos, se han nucleado en la Organización de Naciones y Pueblos No Representados (*Unrepresented Nations and Peoples Organization*, UNPO, por su sigla en inglés), que es una organización internacional cuyos miembros son poblaciones indígenas, minorías y habitantes de territorios no soberanos u ocupados (<https://unpo.org>; rec. 12-08-2019). La

autodeterminación de los pueblos-naciones, la democracia, la no violencia, el ambientalismo y los derechos humanos, son los cinco principios centrales de la organización. Y en ese marco, es que en los últimos años, se observa la apelación a la desobediencia civil no violenta y los procesos de acción directa para definir democrática y participativamente su futuro político, social y económico. Estos pueblos han reivindicado su derecho a la libre determinación para alcanzar una mayor autonomía y la devolución del control de sus territorios ancestrales e instituciones políticas tradicionales. Los despojos y expolios que como pueblos-naciones han padecido, se han hecho en la gran mayoría de los casos, en flagrante violación de pactos preexistentes (vinculantes por su letra, por *ius cogens*, por *pacta sunt servanda*, y por el conjunto del derecho internacional público aplicable), no solo sin procesos de consulta previa y consentimiento libre e informado, sin la reparación por los daños causados -en términos de restitución del ejercicio de derechos- ni un mínimo resarcimiento, y sin su participación en los pretendidos beneficios, sino que instrumentados mediante verdaderos genocidios y etnocidios, que se pretenden legitimar, sin más, por el supuesto derecho de conquista (el *uti possidetis juris* románico).

En efecto, y en la actual fase histórica, la definición identitaria de estos sujetos políticos colectivos, se forjaron sobre la base de nacionalismos étnicos-culturales que luchaban por sus pueblos y sus libertades nacionales. Su sentido de pertenencia se visualizaba claramente en las objetivables especificidades lingüísticas, sociales, culturales, económicas e históricas que estas etnias presentaban. Ahora bien, a consecuencia de los genocidios, despojos y expolios, aculturación y grandes migraciones durante varios decenios, la composición étnica de cada uno de estos pueblos se ha visto radicalmente alteradas. Más específicamente, los principales de estos cambios son: a) la liquidación de las instituciones políticas propias y las dificultades para restituir su ejercicio, a partir del despliegue de políticas culturales, educativas y de memoria pública de aculturación y

asimilacionismo; b) la expansión de las inversiones extractivistas de grandes corporaciones vinculadas principalmente a los mercados mundiales a través de la subyunción a las metrópolis, resultando, entre otros, en el despojo y/o expolio de sus territorios, recursos naturales y humanos, productivos, comerciales e industriales; c) la modificación de la estructura demográfica, provocados por verdaderos flujos migratorios intra e interterritorial de desplazamiento rural y emplazamiento en sectores periurbanos; y d) la uniformación del sistema de vida y de la cultura, general en el mundo capitalista tras la guerra de 1939-1945, hacia el exitismo meritocrático, el consumismo y el individualismo, y su impacto en la conformación de frustraciones estructurales que conllevan diversas formas de actualización histórica del fascismo social, así como el desarrollo de nuevas estrategias de contrucción sociocomunitaria de proyectos colectivos de futuro.

Esta nueva situación, estaría haciendo tambalear las bases o elementos objetivos anteriormente aducidos de homogeneidad étnica, en que siempre se habían fundamentado el nacionalismo histórico de los pueblos. La incertidumbre resultante, teórica, ideológica y fáctica, se estaría traduciendo en cinco cuestiones principales que, sin perjuicio de otras, merecen ser indagadas profusamente.

En primer lugar, la posible apertura de conformaciones de identidades nacionales mas basadas en los elementos subjetivos, volitivos o autopercebidos. Es decir, políticas de pertenencia basadas en la voluntad de reconocerse como parte de un sujeto político colectivo con un proyecto emancipatorio y de futuro en común, sea en estados independientes o en nuevos estados plurinacionales, así como también, y paralelamente, la actualización histórica de los sujetos políticos colectivos representados en los estados capitalistas, coloniales y patriarcales, subordinacionistas del emergente entramado de disidencias políticas, sociales y culturales.

En segundo lugar, si el sistema patriarcal, colonial-extractivista y puramente rentístico -que siguió caracterizando las

estructurales relaciones comerciales y laborales de explotación no indujo también a la articulación de estrategias de resistencia sociocomunitarias *interseccionales y situadas*, que podrían estar haciendo converger en las mujeres que lo protagonizan, a los distintos movimientos de derechos humanos, feministas y ambientalistas, con los identitarios de los pueblos naciones.

En tercer lugar, si la previsible necesidad de interacción y posibilidad de integración de toda la población residente en un determinado espacio físico, es decir, si la conciencia de identidad étnica colectiva, entró o no en crisis, pues, para poder englobar a todos y todas las recién radicadas en el territorio, para poder aferrarse a la cada vez más inexistente homogeneidad, parecería preciso renunciar a encuadrar dentro del gentilicio nacional, a los esparcidos por las ciudades del propio espacio geográfico y del mundo que, por causas diversas, ni viven ni trabajan ni sostienen las pautas socioculturales ni las respectivas caracterizaciones étnicas, en el propio territorio. Mas específicamente, parecería ser que las conformaciones identitarias colectivas fundadas en dicho basamento, podrían implicar el reconocimiento de la *diversidad e interculturalidad* intrínseca de las sociedades actuales, la igualdad material de derechos individuales y colectivos, y la necesidad de una radicalidad democrática, que pretendería poner en el centro la participación política directa en el gobierno y la toma de decisiones, sobre los asuntos que les afectan.

En cuarto lugar, si el alcance y profundidad de las *respuestas estatales* a los reclamos por la libre determinación, es decir, la forma en que estos pueblos, sus liderazgos sociales y sus intervenciones de acción directa en el espacio público, habrían sido estigmatizadas, rotuladas, criminalizadas y/o reprimidas, observándose los procesos por medio de los cuales pudo eventualmente llegarse -lawfare mediante- a la sistemática persecución mediática-judicial, a la privación de libertad de sus dirigentes, y a la provocación de daños y lesiones gravísimas (incluso el asesinato) de sus militantes sociales.

Y en quinto y último lugar, cabría indagar en la forma de ejercicio del derecho a la protesta social y política de los pueblos

naciones, y eventualmente, en una pretendida *autosatisfacción de su derecho a la libre determinación* mediante el ejercicio de la recuperación y/o ocupación de sus territorios, posesiones e instituciones ancestrales, en desobediencia civil no violenta a decisiones legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales emitidas por órganos políticos y judiciales estatocéntricos.

De estas breves reflexiones no se extraen sino estas preguntas, que acaban perfilando los objetivos de la sección propuesta. ¿Cómo se configuran y que representan para sus actores y actrices, sus identidades y pertenencias a sujetos políticos colectivos nacionales?, ¿Cuáles son las características del *lawfare* mediático-judicial como respuestas a los reclamos por la libre determinación, y cuales sus efectos sobre el ejercicio de derechos humanos políticos, económicos, sociales y culturales?, ¿Cómo lo gestionan los *mass-media*, según sus respectivas intenciones editoriales?, A la luz de realidades tan diversas, ¿puede comprobarse el desarrollo de elementos objetivos de identidad compartida como la cultura, la lengua y la organización jurídica, política, social y económica de un pueblo nación, sin un estado propio?, ¿Puede resolverse sociodemográficamente el dilema de integrar una parte de una población, que, pese a coresidir en un mismo territorio que resulta de ocupación ancestral de un pueblo-nación, no ha asumido todavía la realidad nacional como sus ocupantes ancestrales y actuales?. ¿El derecho de libre determinación de los pueblos naciones sin estados propios, en estados plurinacionales o bajo estados opresores de su derecho a la existencia diferenciada, han efectivamente cambiado en sus características jurídicas y sociales esenciales, hacia condiciones predominantemente subjetivas-volitivas de pertenencia a esos sujetos políticos colectivos, y nuevas interpretaciones judiciales que lo amplían como derecho de todos los pueblos naciones del mundo?. ¿Qué lugar tiene el derecho en todo esto?.

Es en torno a estas preguntas y dilemas, que se dirigirá el conocimiento derivado de la sección, y sobre la que define su misión, objetivos, ámbito territorial, formatos, lenguas, periodicidad, vigencia, indicadores de calidad, asociatividad,

organización interna y política editorial específica, dentro de los lineamientos generales ya establecidos de la Revista Derechos en Acción. Todos aspectos que serán anunciados ya, desde su próximo número. Entre el abordaje de los golpes de estado y el Lawfare mediático-judicial, y los procesos de resistencia intercultural e interseccional de los pueblos naciones, se impulsará este debate, sobre los derechos colectivos de los pueblos en acción, que no puede ser sino su pleno ejercicio de la libre determinación.

ENTREVISTAS



MENDIETA '16

Entrevista a Nicolás Kreplak

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

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 731-739

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e353>



NICOLÁS KREPLAK, médico sanitarista por la Universidad de Buenos Aires, ex vice Ministro de Salud de la Nación, presidente de la Fundación Soberanía Sanitaria y –recientemente- documentalista.

REDEA: Nos interesa conocer su opinión sobre la salud pública, pensada como un derecho social y no como una mercadería.

NK: La verdad es que eso es el trasfondo ideológico que está por donde nosotros laburamos; estamos convencidos que la salud debe ser un derecho y para que sea un derecho debe ser igualitario para todos y equitativos, cada uno debe percibir el acceso al derecho a la salud que precise, según sus necesidades. Esto es inherentemente contrario a la idea de negocio, cuando empieza a aparecer el mercado y el negocio de la salud compite el capitalismo de una manera que impide que pueda ser una política social que le llegue a todos.

No coexisten, siempre que hay metido el dinero de por medio el derecho no se puede dar y esto tiene múltiples razones para que suceda así; en primer instancia el mercado de la salud es imperfecto, porque aquél que consume no sabe lo que está consumiendo sino que está mediada la decisión, a diferencia si uno quiere comprar una comida que puede conocer lo que está comprando, saber si le gusta o no le gusta, un médico le dice debe usar tal cosa y el paciente no tiene capacidad para definir sobre eso, entonces no puede haber competencia libre, si aquél que lo vende lo venda más caro, la persona no puede elegir el precio al cual lo va pagar o si quiere o no consumir una cosa que el profesional le dijo que debe consumir.

Por lo tanto no debe ser entendido como una mercancía porque es un derecho y si entra como mercancía seguramente entonces –como pasa en EEUU donde es una mercancía y hay más de 40 millones de personas que no acceden a los sistemas de salud en absoluto y hay una tremenda segmentación – lo que termina resultando en nuestro país y en casi todos los países del mundo que no tienen un sistema universal de salud que sea igualitario para todos, lo que hay es una fragmentación, hay muchas formas distintas de acceder a la salud; provincias, municipios, obras sociales, prepagas, etc. Además dentro de cada uno de ellos hay distintos planteos, lo que termina segmentando la sociedad según el nivel de acceso a la salud pueda tener o del que pueda ser beneficiario. En esto el programa que impulsa el Banco Mundial y que de alguna manera plantea el macrismo, que se llama cobertura universal de la salud, empeora la situación, lleva más a la idea de mercantilización de la salud. Nosotros estamos convencidos de que hay que trabajar en un sistema único, integrado, universalizado, en el que todos tengamos el máximo nivel de salud sobre nuestra necesidad y no sobre nuestra posibilidad de pago.

REDEA: ¿Puede describir cuáles han sido las políticas públicas en materia de salud en los gobiernos salientes de Nación y de la Provincia de Buenos Aires?

NK: Yo creo que, centralmente, tuvieron ausencia de políticas sanitarias, sobre todo en Nación con la idea muy fuerte de que el Ministerio de Salud de la Nación no debe hacerse responsable de la salud, sino que es cosa de las provincias. Esto lo transmitieron el primer ministro y el segundo también en varias oportunidades, intentaron establecer el XXX?, que es un programa llevando adelante con el empuje del Banco Mundial que es una forma de privatización por la que el Estado otorgue seguros a la población que no tiene obra social y pueda comprar la salud en el sector privado y que solo se anunció y no se hizo al no poner esfuerzo en construirlo. Hubo un recorte muy grande, y sobre todo la idea de que el Estado nacional y la provincia de Buenos Aires no se iban a hacer responsables de la salud del pueblo.

En la provincia también descansando en los municipios que se harían responsables de casi todas las cosas. También tuvieron políticas en la provincia como SAME, o AMBA que, básicamente también es como una infraestructura o un crédito para construir o arreglar algún centro de salud y luego la delegación de la responsabilidad en los municipios. Lo que nunca hizo nunca la provincia de Buenos Aires, aunque era su responsabilidad, fortalecer y organizar un sistema de salud, simplemente equipó algunas cosas, pero con una tremenda falta de lógica de trabajo, de equipos de salud y de profesionales en los territorios.

Las políticas sanitarias, que son los programas verticales que llegan con lógicas particulares, salud sexual, VIH, etc, fueron desde la Nación desfinanciados, mal ejecutados, mal implementados, mal pensados y llegaron mal a las provincias porque las contrapartes que eran las provincias lo hicieron muy mal. Ahí vemos entonces baja cobertura de vacunación, falta de algunos insumos pero sobre todo lo que destruyeron muy fuertemente es lo relacionado con prevención y promoción de la salud. Eso fue lo que más fuertemente se destruyó, tanto en Nación como en provincia, y en consecuencia todos los trabajos que son las principales cosas que hay que hacer en este momento que es la prevención y promoción de la salud, sobre todo porque las

principales epidemias a nivel mundial se trata de enfermedades crónicas no trasmisibles, es decir, obesidad, diabetes, hipertensión, cáncer, que precisan un control adecuado, seguimiento a largo plazo, equipos de salud explícitos, que sepamos qué estamos haciendo con ellos, cual es la entrada al sistema de salud, todo eso fue lo más destruido por este gobierno, incluso la búsqueda de diagnóstico en las escuelas, todo eso fue lo que menos presupuesto se le dio, por lo tanto fue lo más perjudicado.

REDEA: ¿Hay posibilidades en la actualidad de pensar en la producción estatal de medicamentos? ¿Tiene opinión formada sobre el planteo judicial realizado por la cadena de farmacias Farmacity?

NK: En cuanto a la producción pública de medicamentos, por supuesto me parece una estrategia útil, lo ha demostrado, ya se hace en otros países y además hay leyes que lo regulan y estimulan. Es importante que el Estado tenga soberanía, que sepa cómo se hacen las cosas. No solamente que tenga la capacidad productiva, o que pueda producir para poder competir en los precios y para que no haya oligopolios, sino también que sepa cómo es que se hacen, para que entienda como es la producción de las líneas de valor y pueda saber si puede comprar a un precio determinado o debe ponerse a producir para reemplazar los que el mercado no está dispuesto a producir en el precio al que el Estado podría hacerlo. Los medicamentos y las vacunas en nuestros países son un bien social entonces el Estado tiene la responsabilidad de garantizar su adecuado acceso a la población, por lo tanto no puede descansar en que haya proveedores privados suficientes, sino que debe también tener alguna capacidad operativa en el sector público. Además de eso se puede hablar de desarrollo e innovación tecnológica que es también muy importante.

Respecto de Farmacity, puedo decir que las farmacias son efectores del sistema de salud, no son un mercado, me parece que la mezcla de consumos de distintas sustancias en

el mismo lugar es un deterioro para el derecho a la salud, es decir que haya promociones de golosinas junto con medicamentos es un problema, esto me ha tocado vivir que uno va a comprar un medicamento y le hacen dos por uno y le dan otro como si fuera que estuviéramos hablando de una ropa y los medicamentos, en algunos casos, pueden tener efectos adversos, producir muertes, así que entregar más de lo que se precisa es un error y hace mal a la salud. Además en cada lugar que se abrió una sede de, por ejemplo Farmacity, se cerraron entre ocho y diez farmacias de barrio así que tampoco es bueno para la producción de trabajo y siempre los monopolios hacen muy mal, insisto en la idea de mercado imperfecto en la salud, entonces los monopolios son lo peor que pueda haber para deteriorar la idea de un mercado imperfecto.

REDEA: Respecto de la provincia de Buenos Aires, ¿Cómo ve usted la situación actual de su obra social estatal (IOMA)?, ¿Cómo se encuentra el estado del sistema hospitalario público provincial?, ¿Cuáles son las políticas que serán necesarias para mejorar el sistema público de salud en la provincia y en la Nación?

NK: La situación de IOMA es compleja, hay mal funcionamiento, no tienen modelo de atención, simplemente financia sobre prestadores privados, tenemos que empezar a pensar de una manera integral y más lógica, además es deficitaria, no está pagando a tiempo, está generando una crisis económica a los prestadores privados muy grande, hay que sentarse a pensarlo de otra manera, hay que articularlo con el sistema de salud. No podemos tener una obra social desarticulada con el sistema de salud porque pasan estas cosas.

El estado hospitalario público de la provincia, tiene seis hospitales listos para abrir en muy poco tiempo que fueron construidos en la gestión de Cristina Fernández de Kirchner en el gobierno nacional, que Vidal decidió no abrir, vamos a retomar ese camino y abrirlos. Hay hospitales quemados, hay otros en mal estado, bueno hay muchas cosas para hacer. Se

arreglaron algunas guardias, eso es bueno, pero todo lo demás le falta muchísimo, hay mucho que trabajar, hay un gran déficit hospitalario en cantidad de hospitales y en actualización, en reforma y arreglo de muchos hospitales. Hay algunos que son bastante inviables y habría que reemplazarlos, pero bueno, es un trabajo que hay que hacer en mediano y largo plazo. Construir un hospital es una cosa que demora mucho tiempo y mucho esfuerzo y hay que hacerlo muy bien.

Las políticas necesarias para mejorar el sistema de salud, pienso que hay que tratar de lograr tener una idea de modelo de atención: ¿cómo se atiende la gente en nuestro país? Que haya un equipo de cabecera, que todos sepamos quién es, que desde ahí se pueda gestionar el acceso al sistema de salud que no tengamos cada uno que ir peregrinando para conseguir un turno, para conseguir un estudio, eso es un gran productor de inequidad e injusticia y habrá que trabajar fuerte en eso.

REDEA: Nos interesa conocer su opinión sobre la utilización del Cannabis medicinal, a partir de la legislación adoptada en nuestro país.

NK: Respecto del Cannabis medicinal, ya hay una ley que dice que debe utilizarse, no hubo presupuesto para llevar adelante el programa, no cumplieron la ley así que no se pudo desarrollar mucho. Es una locura que estos persiguiendo a gente que auto-cultiva para fines medicinales porque sabemos que hace bien y es bastante inhumano perseguir a una madre o un padre que intenta ayudar a que su hijo no sufra. La verdad es que es una barbaridad. Todo porque se encuentra el cannabis dentro de la lista de estupefacientes, que eso también habría que revistarlo en otro momento. El cannabis de uso medicinal está regulado en nuestro país, está demostrado que tiene efectos y lo único que hay que hacer es investigar seriamente, poner a las universidades y al CONICET a trabajar en esto para poder –si tiene efectos que ayudan a la salud de la gente como viene siendo demostrado- entonces utilizarlo como una respuesta terapéutica más.

En cuanto a la legalización del cannabis para uso recreativo es una discusión que la sociedad debe darse, pero la utilización medicinal del cannabis no debe discutirse más, hay que hacerlo, ya está aprobada la ley.

REDEA: Usted preside la Fundación Soberanía Sanitaria, nos podría contar cuales son los fines y actividades de esa organización no gubernamental.

NK: La Fundación Soberanía Sanitaria está constituida por un grupo de trabajadores de la salud, sanitaristas, militantes del campo social que bregamos por construir un sistema de salud más justo, con más equidad social. La fundación tiene como rol colaborar a ello, colaborar a investigar, formar y actuar para hacer del sistema de salud un sistema más justo y más equitativo.

Las acciones principales es la investigación, nosotros investigamos sobre políticas sanitarias y publicamos informes respecto de la evolución de las variables sanitarias y de las políticas públicas. Tenemos herramientas de difusión y comunicación social, y tenemos una revista que es una revista de fondo que analiza las temáticas de la salud con mucha profundidad y complejidad, ya tiene muchos años y varios números.

Ahora estamos haciendo una película documental también tratando el tema, tenemos cursos de posgrado, participamos en una maestría e hicimos varias diplomaturas en temáticas incluso innovadoras, con varias universidades y cursos propios, virtuales y presenciales. Trabajamos en acciones concretas, capacitaciones, charlas, asistencia, cursos de RCP, talleres y charlas comunitarias, de todo tipo de actividades. Es un equipo grande con una gran presencia e intensidad, uno de los principales actores de la salud del país en función de la presencia en una agenda política, comunicacional y académica.

REDEA: ¿Cuál es el rol de la Universidad Pública en el desarrollo de políticas públicas en materia de salud con una mirada inclusiva e igualitaria?

NK: El rol de la Universidad Pública es sin dudas clave, nosotros somos docentes universitarios, siempre la fundación incluso actúa con las universidades, cuando fuimos autoridades nacionales hicimos por primera y única vez que el Consejo Federal de Salud, que es la estructura que reúne a los ministros de las provincias y al ministro nacional para discutir problemáticas de salud del país, participen los decanos de las facultades de medicina pública, porque tienen que entender y conocer la discusión de las problemáticas sanitarias reales. También llevamos cuando estuvimos en el Ministerio de Salud de la Nación toda la información recabada por los programas sanitarios, que es extensísima, al Foro de Decanos de Universidades Públicas, incluso ofrecimos becas para doctorandos para investigar la información producida por el ministerio para poder tomar decisiones mucho mejores y más racionales,

Sin duda la Universidad Pública tiene un rol muy importante sobre la salud, y sobre la formación, es indispensable que la perspectiva de formación de los estudiantes esté relacionada con las necesidades del país. Pero no sólo es con la formación, sino también con la investigación y con el desarrollo de las políticas públicas. Creemos sin ninguna duda que cada universidad de nuestro país tiene que tener un departamento de salud y tiene que actuar en los territorios y en el mundo académico para profundizar la discusión sobre la salud.

REDEA: No podrías contar como se originó la idea de filmar el documental *La insubordinación de los privilegiados*, ¿cuál es la temática y problemas que aborda? ¿Quiénes son los privilegiados que se insubordinan? y ¿para qué público está pensado?

NK: La insubordinación de los privilegiados es un documental que hicimos desde la fundación soberanía sanitaria, con un grupo que dirijo, con un equipo de cámaras, director de fotografía, sonidistas, productores, muy interesante que fue una tarea realizada en forma militante, colaborativa. El objetivo es tener una discusión sobre la salud desde una perspectiva distinta, habitualmente desde el sector de salud discutimos

entre nosotros desde una visión más racional y acá estamos trabajando desde una mirada más social.

Me inspiré para hacerlo al notar que estaba faltando un documental de salud que no discuta sobre un hecho puntual o la historia o fetichice alguna problemática. Generalmente cuando se habla de salud en la comunicación general se fetichiza ciertas cosas como por ejemplo la tecnología, y acá queremos hablar del derecho a la salud. Qué tipo de sociedad somos si no tenemos una ciudadanía completa a la que se le garantice el derecho a la salud. Hablamos con pacientes que nos contaron historias y esas historias relatan en términos de la inequidad, de cuando se meten negocios el mercado a la salud y ese derecho se va destruyendo. Además entrevistamos a los sanitaristas más importantes del país además de algunos pacientes y discutiendo muchas cosas.

Mi experiencia como director de un documental, no es que uno guiona previamente sino que tiene una línea, una idea y una búsqueda y se va construyendo con lo que surge del documental, lo que van diciendo las personas y así se va armando la idea. Hablamos con sanitaristas argentinos y de Brasil, y con dirigentes políticos y con pensadores muy importantes. Ahí se abre un camino, esta discusión que se abre en la película es una discusión interesante pero que puede tener mucho más opiniones y a uno le dan ganas de hacer muchas políticas más que profundicen el análisis que se esboza en esta película de una hora.

Creo yo que puede ser una herramienta para ampliar la difusión y la comunicación de esta discusión sobre el derecho a la salud, que puede ser una herramienta de educación, de discusión de formación y quizás también recreativa para alguien que guste de los documentales sin estar implicados en la temática directamente. Tiene una búsqueda estética también que está bastante bien lograda y esperemos que a la gente le guste.

Escriben en este número:

AMOSA, Fernando
ARAVENA, Facundo
BALDI, Eduardo
BAUGER, Erika Silvina
BERARDI, Alejandro Emilio
BREGANTIC, Jonatan L.
CABRAL, Pablo Octavio
CAMPS CALVET, Clara
CARLIN SÁNCHEZ, John A.
CASALS, Pablo
CASTILLO ARGANARÁZ, Luis F.
DEANTONI MOSCA, Erika
DI NELLA, Dino
DÍAZ, Juan Francisco
ESPIN DI FEBO, Elena
FERNÁNDEZ, Guillermina
GALVÁN, Ezequiel Rodrigo
GIORDANA, Patricia
GOMEZ NAAR, Verónica
GRACE, Jacqueline
GRES CHÁVEZ, Pablo
HERRERA, Daniel
IBÁÑEZ, Victoria
IBARRA, Daniela
KICILLOF, Axel
KOHAN, Paula Beatriz

KREPLAK, Nicolás
LOVELLI, Mariano
MAITINI, Fernando
MARCHECO ACUÑA, Benjamín
MEDICI, Alejandro
MORENO, Guillermo Raúl
NAVARRO HERNÁNDEZ, Raudel
NOVELLI, Fernando
PICCONE, María Verónica
PRESA, Diego Gabriel
RAFFO, Mariano
REVENGA SÁNCHEZ, Miguel
ROSS, Zarina E.
SIMIONI, María Victoria
STINCO, Juan
SUCUNZA, Matías
TAGLIANETTI, Esteban
TORRES MOLINA, Javier
TRILLO, Verónica S.
VÉRTIZ MEDINA, James
ZAFFARONI, Eugenio Raúl



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR